

“O presente livro é imprescindível pela importância do tema, excelência dos autores e autoras, qualidade das contribuições, impressionante atualidade e ousadia que o caracteriza. É obra singular que merece leitura atenta pois vincula, com rara sabedoria, o específico e o geral, o todo e as partes que o compõem. É um instrumento para a paz ao viabilizar o diálogo entre sistemas jurídicos diferentes”.

Alberto do Amaral Júnior

Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

ISBN: 978-99925-77-06-6



9 789992 577066

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL MERCOSUR

En la práctica de los tribunales internos de los Estados Partes



ESCOLA
de Direito
DIREITO
MESTRADO
E DOUTORADO

UNISINOS
DESAFIE
O AMANHÃ.



Instituto
GIOJA
Derecho

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL MERCOSUR

EN LA PRÁCTICA DE LOS TRIBUNALES INTERNOS
DE LOS ESTADOS PARTES

Directoras
Luciana B. Scotti
Luciane Klein Vieira

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL MERCOSUR

EN LA PRÁCTICA DE LOS TRIBUNALES
INTERNOS DE LOS ESTADOS PARTES



DIRECTORAS

Luciana B. Scotti

Luciane Klein Vieira

**SECRETARÍA DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN
MERCOSUR**

Asunción-Paraguay, 2020

SCOTTI, Luciana

El derecho internacional privado del MERCOSUR: en la práctica de los tribunales internos de los Estados Partes / Luciana SCOTTI y Luciane KLEIN VIEIRA. Asunción : Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, 2020.

1009 p. ; 22,5 x 16 cm.

ISBN: 978-99925-77-06-6

1. Derecho Internacional Privado. 2. MERCOSUR. I. VIEIRA, Luciane Klein. II. Título.

Dewey (22ª ed.) 340.9 SCO431d

© LUCIANA B. SCOTTI, 2020

© LUCIANE KLEIN VIEIRA, 2020

Título original: EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL MERCOSUR: EN LA PRÁCTICA DE LOS TRIBUNALES INTERNOS DE LOS ESTADOS PARTES

© SECRETARÍA DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN MERCOSUR
Asunción, República del Paraguay, 2020

ISBN: 978-99925-77-06-6

DOI: <http://dx.doi.org/10.16890/libro.2020-1>

Depósito Legal Ley 1328/98 de Derechos de Autor y Derechos Conexos de la República del Paraguay.

Licencia Creative Commons



CONSEJO EDITORIAL INTERNACIONAL

ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR, *Universidade de São Paulo – USP,
Brasil*

ALFREDO MARIO SOTO, *Universidad de Buenos Aires – UBA y
Universidad Nacional de Rosario – UNR, Argentina*

ALICIA M. PERUGINI ZANETTI, *Universidad Católica, Argentina*

CLAUDIA MADRID MARTÍNEZ, *Universidad Central de Venezuela –
UCV*

DIDIER OPERTTI BADÁN, *Universidad de La República, Uruguay*

JAIME GALLEGOS ZÚÑIGA, *Universidad de Chile*

JOSÉ MANUEL ÁLVAREZ ZÁRATE, *Universidad Externado de Colombia*

JOSÉ MORENO RODRÍGUEZ, *Centro de Estudios de Derecho, Economía y
Política – CEDEP, Paraguay*

JUAN MANUEL RIVERO GODOY, *Tribunal Permanente de Revisión –
TPR, Paraguay*

JUAN MANUEL VELÁZQUEZ GARDETA, *Universidad del País Vasco –
UPV, España*

LUÍS RENATO VEDOVATO, *Universidade Estadual de Campinas –
UNICAMP, Brasil*

SANDRA CECILIA NEGRO, *Universidad de Buenos Aires – UBA,
Argentina*

TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO <i>Sandra Cecilia Negro</i>	xiii
PREFACIO <i>Didier Opertti Badán</i>	xvii
PRESENTACIÓN DE LA OBRA <i>Juan Manuel Rivero Godoy</i>	xxvi
ANTECEDENTES DE LA OBRA <i>Luciana B. Scotti y Luciane Klein Vieira</i>	xxix

SECCIÓN ARGENTINA

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL MERCOSUR EN ARGENTINA <i>Adriana Dreyzin de Klor</i>	2
---	---

PARTE I: COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL CIVIL Y COMERCIAL

UNA CUESTIÓN DE ENCUADRE EN LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL: A PROPÓSITO DE UN CASO DE LA SAGA DEL GRUPO VELOX <i>Guillermo Argerich</i>	24
EXHORTO INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO MERCOSUREÑO <i>Anaía N. Consolo, Romina V. Bianchini y Mario Gustavo Carrizo Adris</i>	40

JURISDICCIÓN INTERNACIONAL ARGENTINA EN MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BUQUES - MULTIPLICIDAD DE FUENTES Y UNÍVOCAS SOLUCIONES EN EL DIPr REGIONAL	61
<i>Alejandro Aldo Menicocci</i>	
ALGUNAS CONSIDERACIONES EN MATERIAS DE COMPETENCIA JUDICIAL Y ORDEN PÚBLICO EN EL ÁMBITO TERRITORIAL INTEGRADO	74
<i>Mónica Sofía Rodríguez</i>	
LA EXCEPCIÓN DE ARRAIGO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO	99
<i>Luciana Beatriz Scotti y Leandro Baltar</i>	
 PARTE II: CONTRATOS INTERNACIONALES Y ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	
<hr/>	
NOTIFICACIONES Y ORDEN PÚBLICO EN EL MARCO DE FUENTES CONVENCIONALES DEL MERCOSUR	114
<i>Juan José Cerdeira</i>	
EL “LUGAR DE CUMPLIMIENTO” COMO CRITERIO ATRIBUTIVO DE JURISDICCIÓN Y SUS PECULIARIDADES EN EL PROTOCOLO DE BUENOS AIRES SOBRE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA CONTRACTUAL	136
<i>Carolina Daniela Iud</i>	
¿SIGUE TENIENDO RELEVANCIA LA SEDE DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL?	159
<i>María Blanca Noodt Taquela</i>	
 PARTE III: RESPONSABILIDAD CIVIL INTERNACIONAL	
<hr/>	
RESPONSABILIDAD CIVIL EMERGENTE DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR UNA VISIÓN DESDE EL DIPr ARGENTINO	176
<i>Sebastián Paredes</i>	
ACCIDENTES DE TRÁNSITO EN EL MERCOSUR	196
<i>Rodrigo Fernando Piñeiro</i>	
LA APLICACIÓN DEL PROTOCOLO DE SAN LUIS	215
<i>Mariela Carina Rabino</i>	
 PARTE IV: PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ	
<hr/>	
COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. USO ANALÓGICO DE LAS FUENTES	227
<i>Fabio Mastrangelo</i>	

PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ MIGRANTE EN EL MERCOSUR. COMPLEMENTARIEDAD DE LAS PERSPECTIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	241
<i>Nieve Rubaja y Carolina Harrington</i>	

PARTE V: COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL

A PROPÓSITO DEL DILEMA ENTRE LA OBLIGATORIEDAD DE LA COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL Y EL DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO	266
<i>Mariana Antón Pérez</i>	
TRASLADO DE CONDENADOS EN EL MERCOSUR: COMENTARIO AL FALLO “GGCD S/EXTRAÑAMIENTO”	287
<i>Santiago Deluca</i>	

SECCIÓN BRASIL

O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DO MERCOSUL NO BRASIL	306
<i>André de Carvalho Ramos</i>	

PARTE I: COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL CIVIL Y COMERCIAL

A EFICÁCIA EXTRATERRITORIAL DAS SENTENÇAS ESTRANGEIRAS DO PROTOCOLO DE LAS LEÑAS E A NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO EM TRIBUNAIS BRASILEIROS	332
<i>Marilda Rosado de Sá Ribeiro, Leonardo Vieira de Oliveira</i>	
O PROTOCOLO DE LAS LEÑAS COMO FERRAMENTA DE INTEGRAÇÃO ENTRE OS ESTADOS PARTES DO MERCOSUL	350
<i>Ana Cândida Muniz Cípriano</i>	
IGUALDADE DE TRATAMENTO PROCESSUAL E ISENÇÃO DE CAUTIO IUDICATUM SOLVI NO PROTOCOLO DE LAS LEÑAS	365
<i>Augusto Jaeger Junior, Fernando Pedro Meinero</i>	
OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PROCESSUAL INTERNACIONAL NO MERCOSUL: A ELIMINAÇÃO DA CAUTIO JUDICATUM SOLVI	388
<i>Inez Lopes</i>	
A GARANTIA DAS DESPESAS DO PROCESSO COMO CONDIÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA PELO NÃO RESIDENTE NO BRASIL	407
<i>Marcelo De Nardi</i>	

EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO ÂMBITO DO MERCOSUL: POR QUE NÃO SE SEGUIRAM OS TERMOS DO PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES?	423
<i>Gustavo Ferraz de Campos Monaco, Solano de Camargo</i>	
 PARTE II: CONTRATOS INTERNACIONAIS E ARBITRAGEM INTERNACIONAL	
ANÁLISE DO CONFLITO ENTRE JURISDIÇÕES NO MERCOSUL: PERSPECTIVAS DESDE O CASO HERING (RESP 1.633.275/SC)	442
<i>Claudia Lima Marques, Tatiana Cardoso Squeff, Thiago Paluma</i>	
OBSERVÂNCIA DAS CLÁUSULAS DE ELEIÇÃO DE FORO NO BRASIL: O PROTOCOLO DE BUENOS AIRES NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	465
<i>Nádia de Araújo, Caio Gomes de Freitas</i>	
A COOPERAÇÃO JURÍDICA E O EXERCÍCIO ADEQUADO DA JURISDIÇÃO EM MATÉRIA CONTRATUAL NO MERCOSUL: O AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0000.17.032242-2/001	482
<i>Valesca Raizer Borges Moschen</i>	
 PARTE III: RESPONSABILIDADE CIVIL INTERNACIONAL	
O PROTOCOLO DE SÃO LUIZ E A RESPONSABILIDADE CIVIL INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE TRÂNSITO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO	514
<i>Raphael Carvalho de Vasconcelos</i>	
 PARTE IV: COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL	
O ACORDO SOBRE TRANSFERÊNCIA DE PESSOAS CONDENADAS DO MERCOSUL E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL	532
<i>Luciane Klein Vieira, Vitória Volcato da Costa</i>	
A APLICAÇÃO DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO DO MERCOSUL PELOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO BRASIL: O CASO DO HABEAS CORPUS nº 97.535 – RS	557
<i>Jamile Bergamaschine Mata Diz, Hélio Eduardo de Paiva Araújo</i>	
A EXTRADIÇÃO ENTRE PAÍSES DO MERCOSUL: UMA ANÁLISE DOS REQUISITOS E EFEITOS DAS SOLICITAÇÕES DE EXTENSÃO A PARTIR DO RHC 59.666/RS	580
<i>Tatiana Cardoso Squeff</i>	

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL BRASILEIRA PARA JULGAR CRIMES PRATICADOS POR BRASILEIRO NATO EM TERRITÓRIO ESTRANGEIRO: COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO DO RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 97.535-RS <i>Valerio de Oliveira Mazzuoli, Gabriella Boger Prado</i>	606
---	-----

SECCIÓN PARAGUAY

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO DEL MERCOSUR EN PARAGUAY <i>Roberto Ruiz Díaz Labrano</i>	628
---	-----

PARTE I: COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL

COMENTARIO A RESOLUCIÓN JUDICIAL DICTADA EN TERRITORIO DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, A LA LUZ DE UN TRATADO INTERNACIONAL VIGENTE <i>Hugo Esteban Estigarribia Gutiérrez y Daisy Karina León Alonso</i>	649
LA EXCEPCIÓN DE ARRAIGO Y SU SUPRESIÓN POR EL PROTOCOLO DE LAS LEÑAS <i>Emilia Gortari Wirz</i>	666
LA EXCEPCIÓN DE ARRAIGO EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR <i>Gabriela Pérez Moreno</i>	682
ASPECTOS PROCESALES DERIVADOS DE LA COOPERACIÓN CIVIL Y COMERCIAL EN EL MERCOSUR <i>Alberto Manuel Poletti Adorno</i>	708

PARTE II: CONTRATOS INTERNACIONALES Y ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

EL ACUERDO DE ELECCIÓN DE FORO EN EL PROTOCOLO DE BUENOS AIRES <i>María Echaide</i>	722
COMENTARIOS AL CASO “NORTE S.A. IMP. EXP. C/ LABORATORIOS NORTHIA SOCIEDAD ANÓNIMA, COMERCIAL, INDUSTRIAL, FINANCIERA, INMOBILIARIA Y AGROPECUARIA S/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS Y LUCRO CESANTE” Y LA OPINIÓN CONSULTIVA Nº 1/2007 <i>Roberto Ruiz Díaz Labrano</i>	732

PARTE III: COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL

- EL PROCESO DE EXTRADICIÓN A LA LUZ DEL INSTITUTO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL** 752
Mariana Antón Pérez y Martín Chasco
- EL TRASLADO DE CONDENADOS EN LA NORMATIVA DEL MERCOSUR** 766
Matías Benedit
- CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS DEL MERCOSUR EN UNA EXTRADICIÓN PASIVA DE PARAGUAY** 775
Ana Belén Zacur

SECCIÓN URUGUAY

- EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL MERCOSUR EN URUGUAY** 797
Eduardo Tellechea Bergman

PARTE I: COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL

- COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL, ACCESO A LA JUSTICIA Y DIÁLOGO DE FUENTES EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR. UN CONTRAPUNTO ARGENTINO-URUGUAYO** 815
Jonathan Brodsky
- MEDIDAS CAUTELARES Y SU EFICACIA TRANSNACIONAL. LA APLICACIÓN DE LOS PROTOCOLOS DE COOPERACIÓN JURISDICCIONAL EN EL MERCOSUR** 830
Demetrio Oscar González Pereira
- ARMONIZACIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE COOPERACIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL. CONSIDERACIONES EN TORNO A UNA SENTENCIA URUGUAYA DE SEGUNDA INSTANCIA QUE ACOGE EL PRINCIPIO DE “APLICACIÓN DE LA SOLUCIÓN MÁS FAVORABLE” EN RELACIÓN A LAS POSIBLES VÍAS DE TRANSMISIÓN DE LAS SOLICITUDES DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO ARGENTINO – URUGUAYO** 852
Eduardo Tellechea Bergman
- EFICACIA DE LA SENTENCIA EXTRANJERA. COMENTARIO DE UN CASO DE ECUADOR QUE PLANTEA NUEVOS PROBLEMAS** 869
Eduardo Vescovi

**PARTE II: CONTRATOS INTERNACIONALES Y
ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**

LA ALINEACIÓN DE LOS ASTROS RESCATAN UNA SENTENCIA JUDICIAL MAL FUNDAMENTADA <i>Ruben Santos Belandro</i>	885
JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA ENTENDER EN EL RECURSO DE NULIDAD CONTRA UN LAUDO ARBITRAL Y CAUSALES DE NULIDAD <i>Cecilia Fresnedo de Aguirre</i>	903
APUNTES SOBRE LA PRÓRROGA TERRITORIAL DE JURISDICCIÓN <i>Bruno J. Rivero</i>	925
PROTOCOLO DE BUENOS AIRES Y ELECCIÓN DE FORO, UNA MIRADA REGIONAL DESDE LA PRAXIS JURISPRUDENCIAL URUGUAYA <i>Candela Villegas y Santiago Theoduloz</i>	941

PARTE III: RESPONSABILIDAD CIVIL INTERNACIONAL

ACCIDENTES DE TRÁNSITO, UN COMENTARIO JURISPRUDENCIAL EN EL MARCO DEL PROTOCOLO DE SAN LUIS <i>Ana de LLano</i>	960
---	-----

PARTE IV: COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL

RECHAZO DE LA NACIONALIDAD COMO CAUSA DE RECHAZO DE LA EXTRADICIÓN <i>Gonzalo A. Lorenzo Idiarte</i>	975
--	-----

ANEXOS: ÍNDICE DE FALLOS

SECCIÓN ARGENTINA	997
SECCIÓN BRASIL	1000
SECCIÓN PARAGUAY	1004
SECCIÓN URUGUAY	1007

PRÓLOGO

*Sandra Cecilia Negro**

2020, año caracterizado por la pandemia del Covid-19. La irrupción del coronavirus a fines de 2019, su difusión que no reconoció fronteras y sus consecuencias en los ámbitos sanitarios, económicos, sociales y políticos, han sorprendido a los Estados, a las organizaciones internacionales y a la humanidad en su conjunto. Fragilidad y resistencia, son las dos manifestaciones frecuentes y reiteradas de este tiempo. No obstante, subsisten otros temas que estaban presentes en el escenario mundial y regional.

Un panorama global en transformación con complejidad de problemas y variedad de actores que permite reflexionar acerca del derecho, de la naturaleza y propósito de las normas y de la aplicación de ellas por los tribunales, internacionales, regionales o nacionales, a la hora de resolver conflictos.

En este contexto marcado por la incertidumbre, adquiere particular relevancia la publicación de un nuevo texto. La obra de carácter colectivo- titulada “El Derecho Internacional Privado del MERCOSUR en la práctica de los Tribunales Internos de los Estados Partes” es dirigida por las profesoras Luciana Scotti y Luciane Klein Vieira y publicada por el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Ambas estudiosas se proponen indagar, desde una visión iusprivatista en el ámbito de la integración subregional, sobre la interpretación y aplicación en los sistemas jurisdiccionales de los cuatro Estados Parte del MERCOSUR.

Justamente en el sentido de la interpretación jurídica y sus variantes se orienta la obra permitiendo la reflexión y el debate en torno

* Profesora Titular de Derecho de la Integración, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

a los institutos que son el principal objeto de estudio en cada parte. En coincidencia con el pensamiento de Ronald Dworkin en cuanto a que “El Derecho es concebido por muchos como un oficio que consiste en que los abogados deben saber en qué libros se debe buscar para encontrar las respuestas a los problemas que les plantean sus clientes, y cuáles libros citarles a los jueces que están decidiendo el destino de sus clientes. Debe corregirse ese error al situar el Derecho en el contexto correcto, es decir, no solo en el contexto de las ciencias sociales, sino en el de las humanidades en general, reconociendo que la interpretación jurídica es por mucho un arte, valiéndose de todas las tradiciones de las humanidades, tal como sucede con la interpretación literaria, la histórica o la teológica.”¹

El texto alberga en una estructura común dividida en cuatro secciones, a saber Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, la experiencia de los tribunales de cada Estado. Cada una de las secciones está compuesta por una serie de artículos de autoría de destacados profesores e investigadores pertenecientes a los cuatro Estados parte del MERCOSUR, quienes suscribieran en 1991 el Tratado de Asunción. A su vez, la pluralidad de temas se sistematiza en partes dedicadas a Cooperación Jurídica Internacional Civil y Comercial (Parte I), Contratos Internacionales y Arbitraje Internacional (Parte II), Responsabilidad Civil Internacional (Parte III), Protección de la Niñez (Parte IV) y Cooperación Penal Internacional (Parte V). Para Argentina, se cuenta con contribuciones en cada uno de los temas, en tanto que en el caso de Brasil, se exceptúa el tema de Protección de la Niñez y en los supuestos de Paraguay y Uruguay, no se contemplan Responsabilidad Civil Internacional y Protección de la Niñez.

La obra expone -en toda su complejidad- los problemas jurídicos que se plantean en cada jurisdicción y los mecanismos hallados para resolverlos. La calidad de la obra no sorprenderá a quienes conocen la dedicación de Luciana Scotti y de Luciane Klein Vieira. Con un firme compromiso con la docencia e investigación universitarias, cuentan con una excelente formación de Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración, constatada en otros textos y publicaciones anteriores. Ambas conjugaron sus esfuerzos, con la labor dedicada y minuciosa de los coordinadores de cada sección, para amalgamar los contenidos elaborados por prestigiosos juristas y lograr simetría en la presentación país a país.

1 Fragmento del discurso inédito impartido por Ronald Dworkin al recibir el premio internacional Ludvig Holberg, el 28 de noviembre del 2007.

Los trabajos que constituyen este libro plantean un recorrido completo y un tratamiento exhaustivo. La narración pretende someter a discusión temáticas generales e ilustrarlas con ejemplos y casos concretos. Los trabajos se asientan en investigaciones y en una nutrida bibliografía. El tratamiento de la jurisprudencia se encara con enfoques distintos y permite profundizar en casos que alcanzaron relevancia en tiempos recientes.

El texto trata de manera amplia pero asimismo, compleja y articulada los argumentos ofreciendo un esquema sobre la actuación de los Tribunales de cada Estado Parte.

El esfuerzo mayor está puesto en reflexionar sobre la actualidad y el devenir del derecho internacional privado a partir de la interpretación de los Tribunales nacionales en cada Estado integrante del bloque regional.

La visión integradora de las directoras de esta obra nos revela, desde el punto de vista jurídico, un MERCOSUR en el cual se conjugan los conceptos de unidad y diversidad. Justamente, este texto pone en evidencia en qué medida y a pesar de las dificultades que enfrenta como proceso de integración subregional (y que soslayare en esta ocasión), el MERCOSUR es un marco adecuado para la armonización de legislaciones y que ya cuenta con un abundante acervo mercosureño. Es menester comprender que el camino emprendido hace ya casi tres décadas y que no ha estado exento de idas y vueltas, *corsi e rincorsi*, ha sido transitado por los cuatro miembros fundadores sobrellevando y superando crisis políticas, sociales y económicas de envergadura.

¿Qué denota la lectura página tras página de la muy interesante obra dirigida por Luciana y Luciane? UN MERCOSUR QUE A PESAR DE SUS LUCES Y SOMBRAS PERSISTE. Esta es la fortaleza del MERCOSUR, el haber creado un entorno jurídico estable y previsible, a pesar de las zozobras desde el ámbito estatal. Opiniones doctrinarias diversas sobre la naturaleza jurídica, sobre su estructura orgánica y sobre los mecanismos para resolver las controversias deben reconocer que, a pesar de sus múltiples limitaciones, el MERCOSUR está próximo a cumplir tres décadas desde su creación. El tiempo transcurrido se ha visto jalonado por acontecimientos relevantes en cuanto a la adhesión y suspensión de los miembros, modificaciones en los órganos, incorporación de otras dimensiones al proceso y búsqueda -no siempre con resultados exitosos- de cumplir sus objetivos económicos y no económicos de la integración.

PRÓLOGO

Pero en verdad, el MERCOSUR cuenta con un vasto entramado jurídico compuesto por normas de derecho originario y derivado que ha tenido y tiene dificultades para su entrada en vigencia a nivel MERCOSUR por las características elegidas por los Estados parte. Asimismo, la unificación y la armonización de las legislaciones nacionales se cuentan entre las tareas pendientes en gran cantidad de áreas.

Antes de finalizar estas reflexiones, agradezco a Luciana Scotti y a Luciane Klein Vieira, el haberme elegido para realizar el prólogo y la posibilidad de reflexionar desde la perspectiva del derecho de la integración sobre la contribución de la obra. Ambas integran mi Cátedra de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires hace más de una década y han puesto en evidencia su dedicación y vocación a la vez que su gran contracción al trabajo.

Para culminar, deseo expresar que la lectura de los trabajos invita a experimentar el significado, el alcance y la comparación entre los ordenamientos jurídicos teniendo en cuenta la labor desarrollada por los Tribunales nacionales, a interpretar el presente y a desarrollar- en el futuro- el derecho internacional privado, en el ámbito de la integración regional.

Buenos Aires, 15 de octubre de 2020.

PREFACIO

*Didier Opertti Badán**

Aunque pueda ser leído como algo recurrente iniciar estas palabras agradeciendo, seré fiel a ello para ser justo y así expresar un reconocimiento especial a las muy estimadas colegas y amigas, las Profesoras Luciane Klein Vieira y Luciana B. Scotti, por identificar de modo creativo el objeto y fines de esta muy necesaria y oportuna obra colectiva ejecutada con un estricto ajuste del contenido al título y a su propia razón de ser, con base en una metodología y asignación de temas realmente acertada.

Naturalmente, este juicio abarca a todos quienes han colaborado desde sus respectivas Secciones y, por supuesto, a los expositores cuyos trabajos serán de gran utilidad a todos quienes seguimos con indeclinable atención la participación de los jueces nacionales dentro de los mecanismos de integración económica como una alternativa para la solución de disputas.

Y, por supuesto, corresponde agradecer al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, el que desde Asunción viene dándole apoyatura institucional a esta publicación, siendo oportuno registrar aquí mi positiva valoración de la Revista que su Secretaría publica con regularidad encomiable.

Escribir un Prefacio es siempre muy honroso para quien recibe ese encargo y yo no seré una excepción a esa elemental constancia, por lo que trataré de cumplirlo con alegría y legítimo orgullo, al conjuro de una invariable convicción integracionista y de una indisoluble unión con el Derecho internacional privado como mi aliento académico de todas las horas, desde el Maestro Quintín Alfonsín en adelante.

* Profesor Emérito de Derecho Internacional Privado de las Facultades de Derecho de la Universidad de la República y de la Universidad Católica del Uruguay. Abogado y Doctor en Ciencias Sociales.

Este Prefacio, no obstante, presenta a mi juicio algunas particularidades que no puedo silenciar, ya como énfasis, ya como matiz, pero en ningún caso como una justificación sino, apenas, como una autolimitación impuesta por el tiempo disponible, la extensión, diversidad y contenido de los diferentes Capítulos. Y por encima de todo esto, por respeto a los autores y su nivel de profundidad apreciado tras una primera visión.

En ese sentido, me permitiré expresar en los párrafos que siguen algunos **comentarios generales** pues es evidente por virtud de la prestigiosa autoría colegiada, representativa sin duda, así como por la estructura y formato de la obra, temario y especialistas participantes, que estamos frente a un estudio mayor, de consulta obligada para los especialistas y curiales en general, con énfasis en jueces y árbitros, estudiantes y profesores. Así, pues, obra y masa crítica abrirán en el futuro— al menos en mi caso — una lectura cuidadosa de este libro, hoy para mí “misión imposible”.

EL MERCOSUR. Legitimidad. Presencia. Oportunidad

1. Reconocer la fuente de la **legitimidad** del MERCOSUR como un Acuerdo de Alcance Parcial de ALADI (Tratado de Montevideo de 1980 (AP 18), implica verlo como un ejercicio multilateral de integración regional en el marco de la Parte III, Artículo XXIV del GATT de 1947, hoy Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 de la Organización Mundial de Comercio, el que abarca las “Uniones aduaneras y zonas de libre comercio”, vale decir, entre otras, al MERCOSUR.

Trato del modo que antecede de delimitar el ámbito normativo y cuerpo institucional mundial tanto orgánico como normativo lo cual *per se* lo amplifica al punto de escapar al objeto de este Prefacio.

Sin embargo, cabe al menos citar los instrumentos básicos vigentes: Tratado de Asunción (1991), Protocolo de Ouro Preto (1994), Protocolo de Olivos (2002) y Protocolo del Parlamento del MERCOSUR (2005).

2. Más allá de la obviedad del recordatorio precedente lo estimo oportuno y necesario al considerar el derecho emergente de los diferentes órganos, en especial tras su incorporación al derecho interno de los Estados Parte, tema que ha dado origen a múltiples instancias de

análisis que incluyen a los juristas – abogados, jueces, árbitros – y a los diplomáticos y expertos en integración. En este aspecto destaco el gran trabajo de Alejandro Perotti con sus importantes obras publicadas y que junto a Martín Marchesini Gualterio son responsables de la organización y liderazgo del Congreso anual de Abogados y Jueces de la República Argentina (4ta. sesión, set. 2020) sobre el referido asunto.

Subrayo: sirva el ejemplo argentino a los sectores interesados de los demás Estados Parte.

En otras palabras: tener en cuenta la organización internacional de la que dimana el derecho aplicable, o sea la **presencia del MERCOSUR**, – o mejor, su **vivencia** –, es un capítulo ineludible a la hora de considerarlo como el contexto del que hace parte el *corpus juris* del Derecho Internacional Privado en la “**Práctica de los Tribunales internos de los Estados Partes**”.

3. Asigno la mayor relevancia al rasgo de la **oportunidad de esta obra** en momentos en los cuales se llega a poner en duda no solamente la viabilidad y eficacia del MERCOSUR, sino hasta su propia existencia. De consiguiente, la feliz concurrencia de un grupo de juristas de los cuatro Estados Parte con el objetivo de analizar “la **práctica de los Tribunales de los Estados Partes**” configura una orientación académica de análisis y difusión de temas de la **realidad y aplicación del DIPr en la región, la que comparto plenamente**. De este modo se reafirma el valor jurídico del MERCOSUR.

En un tiempo en que proliferan las jurisdicciones internacionales se trata de una clara reafirmación de la que corresponde a los tribunales nacionales en este marco regulador.

Asimismo, de alguna manera clausura o al menos modula la terminante exclusión del MERCOSUR, sea ésta de buena fe y propositiva o, en su caso, excluyente, desde cierta postura no exenta de ideología y prejuicios, casi siempre opuesta a la integración regional por considerarla incompatible con un exagerado y desbordante credo globalizante de “**comercio abierto**, no sujeto a “**gobernanza**” internacional, ni a “**gobernabilidad**”, término este último que reservo para el ámbito interno y como tema de la buena política.

La realidad y su evidencia se encargan de demostrar y en su medida

despejar y hasta refutar esta suerte de neo voluntarismo maniqueísta entre región y mundo, como si fuera un dilema y no un imperativo de ineludible concertación, por lo menos en el espacio jurídico.

4. **Gobernanza**, agrego, que nos animamos a calificar por su uso como “una licencia de lenguaje”, “sin un contenido de recibo universal más allá de su definición tentativa como **sinónimo primario de gobierno**”.

Esto, sin perjuicio de afirmar “con base doctrinaria y de modo preliminar que las cuestiones de DIPr también **son** parte de la agenda política de los Estados y Organizaciones internacionales”. Digo “**son**”, pero de manera más modesta, realista y esperanzada, auspicio: “**deberían ser parte...**”.

A nuestro juicio el DIPr juega su papel en este equilibrio de fuentes generales y específicas en cuanto toma a su cargo el gran sector de las relaciones privadas internacionales, que conciernen a las personas y empresas, fuera de las que regula el derecho público y contribuye con éste a la hora de aportar a los Estados soluciones pacíficas y finales de creciente repercusión en la comunidad internacional, todo lo cual aumenta la porosidad entre el DIPr y el DIPCO, no sin cierta resistencia de este último o, al menos, de una línea doctrinaria notoriamente conservadora en declinación.

Esta visión refuerza la posición desde la cual formulamos el presente comentario, el que busca contribuir a la armonización de las soluciones sobre la base de valores fundamentales compartidos por el Derecho más allá de los conflictos entre diferentes Convenciones internacionales tanto en el tiempo como en el espacio, lo que despierta interrogantes dirimentes a la hora de decidir con fuerza de cosa juzgada.

EL MERCOSUR COMO SISTEMA JURÍDICO. Una debilidad trascendental: “Los reclamos de particulares”

5. Debo reconocer que el MERCOSUR presenta ciertas debilidades que ninguno de nosotros ignora, entre ellas las del ámbito jurídico, por lo cual dar cuenta de la “Práctica de los Tribunales” contribuirá a la exploración de los puntos de contacto y divergencia entre los Estados Partes, una etapa necesaria y previa a cualquier intento de mayor ambición como sería por ejemplo una propuesta fundada de

unificación jurisdiccional o al menos de convergencia en la interpretación y aplicación de los instrumentos mercosureños, por la vía de un catálogo de principios.

En este sentido cabe reconocer la elaboración en el marco de ASADIP de un cuerpo de Principios en materia procesal, seguramente abordado en las ponencias de esta obra.

Este enfoque cobra especial relieve en el ámbito de una organización internacional como el MERCOSUR, el que carece de un sistema jurisdiccional centralizado de naturaleza judicial, competente para conocer y resolver los litigios abarcados por el DIPr, vale decir aquéllos sometidos a las reglas de esta disciplina que tengan por objeto resolver este tipo de controversias entre particulares o entre éstos y los Estados, en un verdadero cruce de derecho privado y público que nos demanda examinarlo en dimensión mayor a la de un bienintencionado y acotado Prefacio.

6. Con la finalidad de una mayor precisión sumaria cabe tener presente que el Protocolo de Olivos trata de las “Controversias entre Estados Partes” (Cap. I) “sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del TA, del POP, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del TA, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio”.

La opción para los Estados Partes ha sido la negociación directa, el arbitraje y la elección del foro (PO, art. 1).

En cuanto a los “Reclamos de particulares” (PO, Cap. XI), deben basarse en la “sanción o aplicación por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal”, en violación de las precitadas fuentes.

Los reclamos así limitados *rationae materiae* deben plantearse ante la respectiva Sección Nacional cuya admisión es necesaria para que pasen al Grupo MC y por el grupo de expertos si se lo convoca (Art .40); este Grupo de expertos eleva su dictamen al Grupo MC, dictamen sobre la procedencia o improcedencia del reclamo” que si fuere por **unanimidad** o no (art. 44, ord.1.ii) y 1.iii) que tendrá en cada caso derivas procesales diferentes en las que no me detendré remitiéndome a la lectura del art.

44. En rigor, los particulares quedan sometidos a la criba de los Estados, más allá del derecho que les asista y de esto habrá que seguir hablando a la hora de revisar el MERCOSUR.

Empero, agrego aquí, más allá de una no muy cuidadosa redacción de la norma aplicable, que la “finalización del reclamo por parte del Grupo MC” no le impedirá al Estados Partes reclamante dar “inicio a los procedimientos previstos en los Caps. IV a VI” del PO, vale decir, las “Negociaciones Directas”, “Intervención del Grupo Mercado Común” y “Procedimiento Arbitral AD HOC”, respectivamente.

7. **En suma:** el MERCOSUR ha adoptado un sistema de negociación directa y técnico-arbitral que no contempla las relaciones ni reclamos entre sujetos privados y sólo habilita el acceso de los particulares de modo mediatizado por los Estados a través de las Secciones Nacionales del Grupo MC. Tampoco se regula el control de legalidad al interior del MERCOSUR, no explicitándose el principio de jerarquía; en cuanto al Derecho aplicable (PO, art. 34) por los “Tribunales arbitrales y el Tribunal Permanente de Revisión”, se agregan a los instrumentos básicos, protocolos y reglas emanadas de los órganos, “los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia”.

8. Me he permitido subrayar el texto de esta disposición que **internacionaliza y amplía** el fundamento del laudo arbitral y habilita a los Estados Partes a invocar esos principios en sus reclamos a igual título que el resto de la normativa en una suerte de pluralismo de fuentes que permita orientar el Derecho de la Integración hacia la llamada “Unidad Formal” del Derecho Internacional.

Asimismo, un buen uso del mecanismo de las Opiniones Consultivas previstas en el PO (art. 3), con sujeción al respectivo Reglamento, incrementa la función preventiva del TPR y amplía la masa jurídica resultante de los laudos ad-hoc y los del propio Tribunal en fase de revisión (PO, Cap. VII).

Cabe precisar que nuestras Supremas Cortes han dictado sendas acordadas acerca de la legitimación para acudir a este instrumento procesal.

UN DESLINDE NECESARIO: Derecho Internacional Privado y DIPr del MERCOSUR

9. Es muy probable que el anunciado deslinde resulte algo *ya visto*; no obstante, respetando los límites de extensión amablemente concertados con mis muy estimadas colegas Profesoras Luciana y Luciane, me permitiré presentar estas **precisiones**:

a) Cada uno de los Estados Partes del MERCOSUR tiene su sistema de DIPr, tanto de fuente interna (unilateral o bilateral, según la norma) como de fuente internacional y la prevalencia, en su caso, de la última.

b) El tipo normativo utilizado en esas fuentes puede ser el formal o clásico de conflicto de leyes o el sustancialista o material o el de leyes uniformes.¹⁰ Hasta aquí y en primera lectura esta delimitación podría ser calificada como superflua – y quizás lo fuere de todas maneras –, por lo cual trataré de evitar ese riesgo con arreglo a la siguiente ordenación:

Los Estados Parte del MERCOSUR han celebrado en ese marco diferentes acuerdos sobre materias propias del DIPr que los obligan en ese marco específico pues fuera de éste continuarán sujetos a las soluciones de su DIPr.

En ciertos casos – en particular en temas procesales – las soluciones se han alineado o al menos inspirado en las Convenciones de la CIDIP de alcance hemisférico (acotado de modo limitado, hasta ahora, a Estados Unidos);

Tenemos así en los Estados Partes dos DIPr, uno que nace fuera del MERCOSUR, el que regula las relaciones privadas internacionales que ponen en juego al orden jurídico de terceros Estados, y otro, que sólo funciona para las que nacen dentro del ámbito del organismo y han sido objeto de sendas regulaciones.

El intérprete – profesional o juez – no podría eludir ciertos criterios básicos del Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969) al considerar este tipo de situaciones como, por ej.– las relaciones entre convenciones del MERCOSUR, por ejemplo, la de Extradición, y los tratados bilaterales aun en vigor entre algunos de los Estados Partes.

Cabe aquí la gran pregunta que la doctrina europea ha formulado así: “**¿La unificación del derecho internacional privado es un objetivo accesible?**”

Podríamos complementarla preguntando: **¿Es posible o al menos imaginable una suerte de unificación o aproximación de la jurisprudencia en el ámbito del MERCOSUR?**

10. Luego de la ineludible lectura de esta publicación estaremos en condiciones de explorar una respuesta, por ahora diferida, aunque alumbrada por una profusa literatura bien conocida de prestigiosos autores muy próximos a nosotros y por una sólida doctrina internacional.

A mi juicio los conflictos inter convencionales configuran un capítulo común a todo el Derecho Internacional no ajeno a los principios generales de los sistemas jurídicos: competencia, jerarquía y derogación.

Por su alcance general y, para nosotros, por su carácter axiomático es tema ineludible para todo intérprete internacionalista.

LOS TEMAS: Una Apostilla

11. Ahora una muy breve proposición: el temario propone un análisis desde el DIPr de cada uno de los Estados Partes del MERCOSUR. Sobre este particular me atrevo a sugerir que a modo de zaga (no de una deriva), incorporemos como un asunto central “UN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA EL MERCOSUR”.

En cuanto a los **temas** su simple enunciado estimula el pensamiento, esta vez casi “en blanco” si a la obra se refiere, y despierta estos subrayados comunes a todos ellos.

La división en PARTES, identifica puntos centrales (mérito compartido de sus *ordenadores*) y la subdivisión pone el foco en ciertos asuntos de especial relieve, con una importante base de derecho positivo (**fundante** en palabras de doctrina argentina) de cuya interpretación y aplicación a nivel jurisdiccional emergerán criterios “guías” para nuestros jueces y árbitros.

El simple hecho de puntuar – tarea impropia del “**iniciado**” – las diversas categorías jurídicas ratifica y consolida el papel que le toca al Derecho Internacional Privado de los Estados Partes y el necesario apoyo del Derecho Comparado que va más allá de su inapelable servicio a la regla formal de solución de conflictos de leyes, para adentrarse **con su materialidad** en la Justicia del caso concreto en Estados Parte de una organización regional cuyo derecho pasa a **ser propio** de cada derecho nacional.

E insisto sobre lo último: los tribunales son protagonistas en el desarrollo progresivo del Derecho en el MERCOSUR, el que debemos ver como un **derecho nuevo**, producto de una renovada mirada de nuestras soberanías, que necesita ser alumbrado por visiones jurisdiccionales y sustantivas renovadoras, propias de esta fuente sobreviniente e irreversible.

EN SUMA: Cada uno de los jueces, en definitiva, se **convierte en órgano jurisdiccional del MERCOSUR.**

Señalo este como un tema a profundizar pues dice relación con la naturaleza misma del **derecho intergubernamental incorporado.**

Para **CONCLUIR:**

Sin liberarme de mi compromiso vitalicio con el MERCOSUR, auguro a esta publicación el éxito de lo ineludible y así será, estoy seguro.

PRESENTACIÓN

*Juan Manuel Rivero Godoy**

Toda obra reviste importancia por sí misma al ser un trabajo que reúne el esfuerzo de sus autores/as y de quienes organizan y editan la obra, en pos del espíritu académico que siempre debe anteponerse -como paso previo- a cualquier proyecto, dado que la experiencia y el conocimiento son valores a potenciar y fomentar; en ese sentido, la integración como proceso multifacético no es ni debe ser la excepción.

El presentar una obra de tamaño empresa es un desafío inagotable y carente de conformismo en su realización. Ante lo cual, seguramente estas palabras sean insuficientes y no hagan justicia a la calidad de quienes han colaborado, pero que con razón meridiana pronóstico una excelente recepción en el mundo académico y del litigio. La experiencia y sapiencia les precede.

En cuanto a la obra, se presenta ambiciosa y abarca varios aspectos. Entre estos, la mirada institucional que siempre está en el foco del bloque y que de ella se desprenden sus rasgos esenciales y que determinan -de alguna manera- las tormentas y destellos de luz por las que ha y seguirá transcurriendo este proceso de integración que no puede presentarse definido, pero si en evolución. Recuerdo a estas alturas, el proceso europeo no se creó de la noche a la mañana, sino que hubo de pasar mucha agua debajo el puente para que hoy se vean sus estructuras sólidas, su avance continuo, un estándar mínimo en materia jurídica, pero que también ha mostrado sus sombras cuando ha sido necesario, ejemplo de esto es el rechazo a la Constitución europea. Otro tanto podría decirse

* Catedrático de Derecho Internacional Público, Facultad de Ciencias Sociales y Administración de la Universidad ORT. Actual Secretario del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

del sistema andino y así sucesivamente, pero lo importante a destacar es que los procesos son continuos y nunca se agotan.

En la actualidad, el MERCOSUR se muestra -a casi 30 años- distinto al contenido que dio su vida, Asunción en 1991, pero aún más diverso será luego de estas tres décadas. El bloque ha ido más allá de los deseos comerciales o económicos, ha creado instituciones sociales y de derechos humanos (aún restando definición en algunos aspectos) así como también ha establecido condiciones a mantener -la democracia- para al unísono ser parte del sistema. Al margen de voces que reclaman mayor comercialidad, lo real es que luego de todo este tiempo el MERCOSUR se enfrenta a su mayor desafío: la convergencia jurídica y el sentar las bases sólidas para todo lo demás. Para los que aman la historia, sabrán y reconocerán que no hubo proceso de integración sin un aporte efectivo de lo jurídico, en algunos casos por los tribunales regionales internacionales que se crearon a tales fines, por otro lado, por los jueces nacionales llamados a interpretar y aplicar un derecho “nuevo” en el medio de posturas jurídicas diversas, contrapuestas o coordinadas que aún resisten la uniformidad y su profundización. Ningún sistema está al margen de lo jurídico y así hoy lo demuestra la crisis que atraviesa la OMC, en cuanto a su órgano de solución de disputas.

Sin dudas que hay deudas pendientes en esta materia, en el bloque mercosureño, pero ahora es tiempo de definiciones y consolidar lo que existe. El tiempo dirá e irá marcando las pautas para esa convergencia, necesaria para quienes se ven afectados (positiva o negativamente) en el día a día.

En cuanto al contenido de la obra, se presenta por demás ilustrativa de los problemas y practicidades que involucran la aplicación e interpretación en cuatro sistemas jurídicos domésticos (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) en relación a un derecho sin calificación cierta -aún- pero que permea a aquellos en silencio y cobra fuerza vital. Bajo este supuesto de calificaciones jurídicas es necesario saber como se aplica el derecho “del MERCOSUR” al interior de sus Estados Partes para saber de primera mano los obstáculos, los beneficios y sobre todo lo que debería mejorar para converger hacia esa realidad jurídica sólida que aún se muestra reticente a semejante cambio y a asumir su lugar de pertenencia.

Es por ello que la cooperación como herramienta flexible, pero oportuna se hace importante y cada vez más necesaria para compatibilizar

y uniformar criterios de interpretación y aplicación al interior del bloque.

La obra ha afrontado la ardua tarea -continua- de compatibilizar el derecho internacional (público y privado) con la idea de la integración y ese cable de cobre -como aleación- que son los derechos domésticos. No es tarea fácil, dado que cada Estado tiene su impronta y cultura política-jurídica particular. Sin embargo, al margen de las eventuales características que suponen los sistemas más o menos supranacionales e intergubernamentales, lo que no debe dejarse de lado es el cumplimiento a la normativa como garantía de quienes viven dentro del proceso de integración (personas, empresas, gobiernos, ONGs, etc.) y para eso aquellas características no son ni pueden ser el argumento para el incumplimiento. Ningún sistema se presenta cien por ciento supranacional o intergubernamental.

Visto esto, solo corresponde felicitar la iniciativa, el proyecto y su conclusión (aunque espero no definitiva) de Luciane Klein Vieira y Luciana Scotti.

ANTECEDENTES DE LA OBRA

*Luciana B. Scotti**

*Luciane Klein Vieira***

La presente obra nace de nuestro interés en la profundización teórica y práctica de dos disciplinas, como son el Derecho Internacional Privado y el Derecho de la Integración, en especial, el de nuestro bloque, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

Hemos integrado y dirigido proyectos que las entrelazan y que se han nutrido de valiosas contribuciones de muchos de los/as autores/as que participan de este libro.

Asimismo, desde el Seminario de Integración Latinoamericana con sede en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina),

* Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Magíster en Relaciones Internacionales (UBA). Doctora con tesis sobresaliente, recomendada al Premio “Facultad” (UBA). Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, UBA). Investigadora Categoría I. Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Directora del Seminario de Integración Latinoamericana y de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Vicedirectora y miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Integrante de la Comisión Asesora del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto en materia de Derecho Internacional Privado (República Argentina). Autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad. E-mail: lucianascotti@derecho.uba.ar

** Abogada (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS). Magíster en Derecho Internacional Privado (UBA). Magíster en Derecho de la Integración Económica (Universidad del Salvador – USAL y Université Paris I – Panthéon Sorbonne). Doctora en Derecho (UBA). Profesora investigadora del Programa de Posgrado en Derecho (UNISINOS). Jefe de Trabajos Prácticos en Derecho de la Integración (UBA). Profesora visitante de la Universidad Externado de Colombia. Directora para el MERCOSUR del Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Ex-consultora internacional contratada por UNESCO (para el desarrollo de la Escuela MERCOSUR de Defensa del Consumidor y respectivo Manual) y por el PNUD (para el estudio de la implementación de las Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor en el derecho brasileño). Directora del Grupo de Estudios “Direito e integração regional”. E-mail: lucianekleinvieira@yahoo.com.br

hemos fomentado los trabajos interdisciplinarios para analizar las situaciones privadas internacionales en el escenario de la integración regional.

En igual sentido, a partir de la labor del Grupo de Estudios “Derecho e Integración Regional”, vinculado al Programa de Posgrado en Derecho de la Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS, Brasil) hemos podido repensar el rol de la integración en la vida de los ciudadanos, así como la importancia de la existencia de reglas comunes de fuente convencional autónoma no solo para armonizar la legislación de los Estados Partes, sino especialmente para brindar seguridad jurídica a los destinatarios de la integración.

La interrelación entre ambas materias es indudable. El Derecho Internacional Privado es una herramienta, un instrumento de insustituible valor para la integración jurídica, que permite en última instancia el logro de los objetivos de diversa índole que se proponga un proceso de integración regional, máxime cuando la meta es intensificar y promover el intercambio comercial y el desplazamiento de las personas humanas y jurídicas que actúan en los Estados Partes del bloque.

A treinta años de la creación del MERCOSUR, a través del Tratado de Asunción celebrado el 26 de marzo de 1991, nos pareció oportuno hacer un relevamiento de la jurisprudencia más significativa de los tribunales nacionales de los cuatro socios originarios, para aproximarnos a la aplicación práctica de las normas *iusprivatitas* mercosureñas.

A tal fin, hemos convocado a especialistas argentinos, brasileños, paraguayos y uruguayos para examinar cada caso en particular, aportando una descripción de la plataforma fáctica, como de la decisión judicial arribada, para luego realizar un estudio del marco normativo, de los acuerdos y protocolos en juego, así como un análisis crítico del fallo y las inestimables conclusiones personales. Siguiendo esa estructura, las contribuciones de los autores fueron agrupadas por secciones, conforme al Estado del que proviene la decisión judicial y, además, subdivididas conforme al tema trabajado.

Cada sección está precedida por una introducción a cargo de los Profesores Adriana Dreyzin de Klor (Argentina), André de Carvalho Ramos (Brasil), Roberto Ruiz Díaz Labrano (Paraguay) y Eduardo Tellechea Bergman (Uruguay). Cada uno de ellos, nos ilustra sobre los

alcances, jerarquía, interpretación y aportes del Derecho Internacional Privado regional en cada Estado.

De cara al inicio de la cuarta década del MERCOSUR, es nuestro deseo que esta obra constituya un aporte al fortalecimiento del bloque a través de un mejor conocimiento de las normas de Derecho Internacional Privado de fuente regional en su aplicación cotidiana por nuestros tribunales judiciales.

Por fin, agradecemos la participación de cada uno de los/as autores/as que prontamente aceptaron la invitación cursada, sin medir esfuerzos, y que hicieron posible la construcción de la obra regional que se presenta, que, además, cuenta con el inestimable apoyo de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, institución a la cual igualmente extendemos nuestros sinceros agradecimientos.

SECCIÓN ARGENTINA

COORDINACIÓN

Luciana B. Scotti

Leandro Baltar



EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MERCOSUR

Una perspectiva desde Argentina

*Adriana Dreyzin de Klor**

Aunque la ventana es la misma,
no todos los que se asoman
ven las mismas cosas.
La vista depende de la mirada.

Autor anónimo

I. El MERCOSUR como escenario

Cuando recibí la invitación para efectuar una presentación a la Sección de Argentina de esta magnífica obra codirigida por Luciana Scotti y Luciane Klein Vieira, aparecieron por un momento, un sin número de imágenes vinculadas a los inicios del MERCOSUR y a diferentes épocas de este proceso, que viví muy de cerca o, mejor dicho, desde el corazón mismo del fenómeno regional. Dichas fotografías tienen que ver en no pocos casos, con personas que integran el índice de este libro, con quienes - cada cual, desde su país, aunque aunados en ideales – confluimos y bregamos por un MERCOSUR en el que los derechos de los ciudadanos no sean solo un enunciado del tratado fundacional, sino una realidad en el territorio ampliado.

* Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Emérita de la UNC. Profesora Emérita de la UBP. Profesora de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración Regional en posgrados nacionales y extranjeros. Ex consultora jurídica de la Secretaría de MERCOSUR. Miembro del TPR de MERCOSUR (2016-2018). Coautora de las normas de Derecho Internacional Privado del Cód. Civ. y Com. de Argentina designada por la Comisión de Reforma.

La obra que presentamos se edifica sobre dos terrenos íntimamente relacionados; el escenario es MERCOSUR y el protagonista, el Derecho Internacional Privado. El vínculo que une a estos ámbitos es inescindible pues no puede concebirse un proyecto regional si no es erigiendo a la persona como centro de gravedad.

Bien conocemos que el esquema nace a la luz de un paradigma irrenunciable, la democracia emergente en nuestros países con la firme decisión de instalarse para siempre. A partir de esta premisa, la integración es uno de los caminos que se intuye desde los albores, como pilar para el “desarrollo económico con justicia social”.¹ En el caso de MERCOSUR, frente al escepticismo imperante en numerosos ámbitos, hubo también un importante número de sectores, que apoyó el proceso subregional por entender que el fenómeno en ciernes obraba como sostén recíproco de la democracia y verdadera columna vertebral de estabilidad política.

Siendo que la integración denota el proceso de formación de un sistema común, coherente entre una pluralidad de países, con cierto grado de interacción y cierto grado de interdependencia, no resultó extraño que la actitud asumida por los gobiernos que comandaron en su momento la experiencia regional, encontrara en los operadores económicos y jurídicos una reacción positiva. La situación política y social ameritaba su creación, existiendo además, una marcada diferencia con lo sucedido en intentos que le precedieron como ALALC y ALADI. Los fracasos de estos esquemas se debieron en buena parte – aunque no exclusivamente² - a no contar con el aval de la ciudadanía, para prosperar en sus objetivos. La existencia de regímenes democráticos se consideró un presupuesto básico y una condición para el despegue de una nueva y más dinámica fase del proceso de integración en América Latina. En este sentido, puede concluirse que se advierte un antes y un después, una verdadera línea divisoria de aguas entre las buenas intenciones y pocas posibilidades de éxito de los proyectos anteriores de integración³ y las potencialidades que

1 Tal como se expresa en los considerandos del Tratado de Asunción.

2 América Latina es tierra fértil para la integración, fenómeno que se retrotrae prácticamente a la época de la independencia de los estados que la conforman. Numerosas son las huellas que diferentes experiencias han ido plasmando en esta parte del continente y no son pocos los avances que podemos contabilizar en el haber de la integración regional. Es cierto que muchos de los pasos dados en tal dirección no han prosperado, no se concretaron o no se encuentran en el estado de desarrollo que los integracionistas anhelamos. Para profundizar sobre las causas que contribuyeron al fracaso de los sistemas de integración anteriores a MERCOSUR puede verse: DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El MERCOSUR, generador de una nueva fuente de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Zavalía, 1997, pp.28-37.

3 Remontándonos en el tiempo, puede advertirse que ya en 1826, era aspiración de los libertadores instalar un proyecto integrador y así como entonces no pudo concretarse por las diferencias políticas, sociales y

surgen a mediados de la década de los años 80 del siglo pasado.

Ahora bien, la decisión de compartir un espacio integrado supone una profunda y minuciosa evaluación de ventajas y desventajas, de costos y beneficios de los países que se involucran. La voluntad política que obra como motor y sustento de la asociación debe ser acompañada por señales dadas en los planos jurídico, económico y social, pudiendo manifestarse, de otras formas posibles, a través de un modelo institucional sólido, una base material de flujos de comercio que obre como dinamizadora del esquema regional e instrumentos legales que recojan las necesidades que se plantean, brindando las soluciones adecuadas.

En una primera etapa, la aparición del MERCOSUR se avizoró como un nuevo tiempo que se instalaba a nivel subregional desde las diversas perspectivas que involucran al fenómeno integracionista. En el devenir en tanto, el esquema no recibió el mismo aliento. La adopción de políticas unilaterales en los ámbitos en que debe actuarse multilateralmente produjeron avances y retrocesos que continúan tornando dificultoso su desarrollo. En este orden de ideas, consideramos importante definir el modelo de integración que se aspira instalar y obrar en consecuencia. En MERCOSUR se diseñaron las acciones para alcanzar un mercado común; sin embargo, no se adoptaron las políticas necesarias a tal efecto. Un esquema integrado que pretende lograr los objetivos consignados requiere avanzar hacia una uniformización de políticas laborales, educacionales, de salud, de seguridad social y de seguridad nacional, de medio ambiente, por mencionar algunas, y no sólo uniformizar políticas tarifarias o de inversiones, que por otra parte, aunque fue un propósito de compromiso, lamentablemente, no se cumple conforme fueran planificadas.

Un esquema de integración no es una decisión de un gobierno sino una política de estado; no concebirlo de esta manera lleva a los vaivenes que se producen por la dependencia del esquema a la ideología del gobierno de turno. Reconocemos que integrarse es una estrategia política de largo plazo, es construir realidades sociopolíticas con una visión prospectiva; por tanto, aceptar el limitado alcance que propone un esquema diplomático en modo alguno puede servir a las expectativas

económicas entre los estados, las que se alzarán como escollos insalvables, en la actualidad, equivalentes variables con sus despliegues coyunturales, obran en no pocos casos de obstáculo para afianzar los esquemas subregionales que coexisten en esta América Latina y en los países del Caribe. Ver CZAR DE ZALDUENDO, Susana. "Finales de Siglo XX: Nuevo regionalismo. Siglo XXI: Síntomas de cambio en la integración regional", en NEGRO, Sandra (Dir.); *Evolución jurídico-institucional. Derecho de la Integración*, Montevideo-Buenos Aires, IBdEF, 2012, pp. 2-31.

apostadas cuando se asume un proyecto ávido de realizaciones múltiples.

Teniendo en cuenta los diferentes enfoques desde los cuales se analiza la integración, no es azaroso agregar que su desarrollo requiere la participación activa de todos los sectores; de esta suerte, no puede quedar en manos de los empresarios únicamente, ni sólo bajo la órbita de los funcionarios gubernamentales; es necesario que se realice como un proyecto nacional conjunto en cada país, que envuelva a los pueblos en su deseo de integración pues son quienes efectivamente, ven afectados sus intereses en estos procesos.

Sea que gocen de andamiaje institucional con perfiles supranacionales, sea que se enrolen en un esquema intergubernamental, no es dable constatar algún modelo que funcione con una dinámica tal que autorice a erigirlo como paradigmático de la región. Hay una notoria carencia que a manera de común denominador se observa en todos los bloques del continente latinoamericano y el problema esencial es que adolecen de falta de voluntad política que los apuntele y refuerce. Si bien en algún momento, generalmente en los inicios, o relanzamientos, se avizoran nuevas esperanzas reflejadas en una actitud de aliento y apoyo a las negociaciones intergubernamentales luego va decayendo ese entusiasmo, se va diluyendo y las políticas proteccionistas y unilaterales son las que ganan espacio.

Pueden existir excelentes acervos normativos, amplias estructuras institucionales, pero si no hay afán de cumplimiento, si no hay verdadera vocación gubernamental integracionista, si falta convicción y espíritu regional, en definitiva, si no existe voluntad política que motorice el proceso, es muy difícil otorgarle crédito y sembrar la confianza que lo sustente como elemento esencial, necesario e ineludible de una asociación.⁴

El MERCOSUR atraviesa etapas en las que se percibe un elemento que optimiza el fenómeno regional; así las propuestas que concentran en alguna medida, la atención de la ciudadanía y la consecuencia de esta actitud es que se van tejiendo redes de distinto orden a través de los actores privados. Sea desde los trabajadores, los profesionales, ONGs, asociaciones colegiadas, red de jueces, estudiantes, grupos de los más diversos intereses, se han ido conformando núcleos cuyo crecimiento palpita en la región, actuando como un soporte muy fuerte en la

⁴ Conf. DREYZIN DE KLOR, Adriana. "Un acuerdo no muy 'acorde' aprobado en el marco del Parlamento del MERCOSUR", en *DeCITA 11*, 2009, CEDEP, Asunción, p. 418.

continuidad de los esquemas y generando declaraciones y propuestas que incluyen las dimensiones políticas, sociales, económicas y culturales. También esta en el haber favorable de la integración, la firma del acuerdo MERCOSUR – Unión Europea que refuerza al bloque como tal.

Desde el otro costado, el problema que se visualiza es la falta de credibilidad que genera MERCOSUR a partir de los pocos avances producidos en el plano institucional y también la afectación que se observa en el cumplimiento de las políticas económicas y tributarias *ad intra*.

¿Cómo se encuentra Argentina actualmente en MERCOSUR?

Entendemos que no podemos referirnos a Argentina de manera diferenciada, sin embargo la actual coyuntura esta caracterizada por la falta de diálogo entre los presidentes de Argentina y Brasil, en un proceso en el cual, lamentablemente, la diplomacia presidencial es importantísima; en consecuencia, esta situación es altamente perjudicial. Solo para referirnos a un par de datos que reflejan un ámbito de Argentina que resulta refractario al esquema, mencionemos los derechos de exportación que recaba *intra* MERCOSUR, la posición en materia de negociaciones externas que separan al país del criterio que avalan los otros Estados Parte (EP), relativos tanto a con quién negociar, sobre qué universo de bienes / productos, cómo negociar y cuándo proceder.⁵

II. La estructura institucional: un dilema a resolver

Los parámetros enunciados conducen nuevamente al problema mayor que adolece MERCOSUR: su estructura institucional. El diseño institucional reviste un rol esencial en la construcción de espacios integrados. Como hemos adelantado, la institucionalidad se va construyendo en el tiempo, y adaptando a requerimientos nuevos o corrigiendo sus falencias.⁶ Sin embargo, a treinta años de su aparición, se ha recorrido un camino que amerita avanzar hacia la supranacionalidad. Ciertamente, en

⁵ Esta situación que describimos corresponde temporalmente a octubre de 2020. ROLANDO, Ariel M. “Acuerdos vigentes con la Unión Europea y con EFTA. Reconversión y adaptación post-Covid”. *Mercosjuris.com*, 19 de octubre 2020. <https://www.mercosjuris.com/35357/acuerdos-vigentes-con-la-union-europea-y-con-efta-reconversion-y-adaptacion-post-covid—cont-pub-ariel-martin-rolando/>

⁶ SCHMITTER, Phillippe. “Mercado, Democracia e Integración”, en *Archivos del presente*, Buenos Aires, 2004. Refiere la importancia de tener en cuenta que en su inicio, las integraciones regionales se plantean ciertos objetivos, que después cambian. Cita el ejemplo de la Unión Europea, y su comienzo con el claro objetivo de impedir la guerra entre Francia y Alemania.

MERCOSUR no se camina en esa dirección y además de la inexistencia de planteos estructurales en el ámbito diplomático con propuestas serias de cambio, la intergubernamentalidad talla definitivamente, siendo este dato inocultable e irrefutable.

Desde toda perspectiva, aunque remarcando la faz jurídica que nos interesa en esta oportunidad, la seguridad jurídica es una de las conquistas que se pretende afianzar en la región. Siendo este el foco, debe primar un sistema sólido que respete la separación y la independencia de los poderes; el trabajo de los “institucionalistas”, entonces, es el de convencer a todos los actores del proceso de integración acerca de la viabilidad de sus propuestas, en especial a quienes asumen las decisiones políticas. Hasta que esa institucionalización llegue y teniendo en cuenta la hipótesis que puede no llegar, si tanto se valoriza la existencia del MERCOSUR como herramienta para ayudar decisivamente en el desarrollo de sus Estados parte, es muy importante garantizar su funcionamiento.

Harari ha escrito recientemente, que el mundo se encuentra ante una disyuntiva cual es optar por refugiarse en el nacionalismo o reforzar la cooperación global⁷. Y si bien el pensamiento del filósofo israelí abarca una coyuntura que avanza por un sentido mucho más amplio y profundo en orden a las actitudes que los Estados deben asumir, nos permitimos tomar la idea para trasladarla a la región. Nuestra plataforma es el MERCOSUR, la integración regional y la defensa de los principios subyacentes al bloque entre los cuales se destaca la cooperación. Si hilamos más fino, podemos afirmar que la cooperación es un cuerpo con varias facetas entre las cuales se ubica la cooperación jurídica internacional. Este sector cobra un valor inusitado en las relaciones jurídicas internacionales sobre todo cuando el norte del esquema se centra en dotar de seguridad jurídica a los actores privados de los Estados parte y asociados, valor sustancial para reconocer credibilidad al bloque.

III. El Derecho Internacional Privado del MERCOSUR: la mirada desde Argentina

Obviamente que no entraré a definir qué es el Derecho

⁷ ALCONADA MON, Hugo. Yuval Noah Harari: “La falta de solidaridad global y de liderazgo representa un peligro inmenso para la humanidad”, en *La Nación*. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/yuval-noah-harari-la-falta-de-solidaridad-global-y-de-liderazgo-representa-un-peligro-inmenso-para-la-humanidad-nid2350906>

Internacional Privado (DIPr), no es el objetivo que tenemos en la mira.⁸ Prefiero enfocarme directamente en el ámbito que nos interesa destacar de esta ciencia jurídica que, así como cualquier otra rama del derecho, está llamada a cumplir una función social y es caja de resonancia de los cambios políticos, económicos y culturales de la sociedad. De esta suerte, no escapa a los factores esenciales que a la hora actual inciden en toda la ciencia, condicionando su desarrollo y el decurso de las relaciones privadas transfronterizas. Bajo esta perspectiva, interesa particularmente ponderar la incidencia que la faz política y la realidad económica ejercen en su devenir.⁹

Es innegable que entre los estados existe una profunda interdependencia social y económica que aumenta progresivamente, así como crece también de manera exponencial la complejidad de las relaciones fruto de los factores mencionados.¹⁰ Se explica así que hace treinta años, haya visto la luz este fenómeno de ribetes políticos, sociales, económicos y jurídicos que confluye en una nueva escalada de esquemas de integración de Estados, con un ente organizativo diverso, un nuevo contexto político y socioeconómico que afecta y condiciona e influye de manera decisiva en el DIPr. Nos encontramos frente a un nuevo escenario de actuación, que es también, y sobre esto no hay debate, plataforma de problemas. A partir de esta coyuntura surge un nuevo ámbito jurídico, que es el Derecho Internacional Privado de la integración.

¿En qué segmento o cuál es el sector en que el DIPr va a reconocer mayor incidencia? Indudablemente, la influencia se hace sentir en el ámbito de las fuentes jurídicas de la materia pues, junto a un DIPr autónomo de origen estatal, al DIPr convencional fundado en la cooperación, y al DIPr transnacional generado a partir de la *lex mercatoria* aunque hoy comprende destacados desarrollos en otros ámbitos,¹¹ se pergeña un

8 Sobre el tema puede verse: DREYZIN DE KLOR, Adriana. *Derecho Internacional Privado actual*. Tomo I, Buenos Aires, Zavala, 2015, p.16.

9 Conf. FERNÁNDEZ ROZAS, José C., SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Derecho Internacional Privado*, 6ª edición, Madrid, Civitas /Thomson Reuters, 2016, p. 40 y ss. También: CALVO CARAVACA, Alfonso, L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 16ª ed. Comares, Granada, 2016, p. 103 y ss.

10 Ver: SCHIFF, Maurice, WINTERS, Alan. Los autores afirman que la integración regional se ha convertido en un marco de las relaciones internacionales, especialmente durante la última década del siglo XX, dado que prácticamente todos los países del mundo forman parte de al menos un esquema regional o multilateral. Asimismo, destacan la tendencia que existe a profundizar la integración con la consiguiente regulación de otras cuestiones además del comercio. Este fenómeno refleja la necesidad de promover a nivel mundial nuevas alternativas de gobernanza y objetivos tales como la seguridad y el desarrollo. *Regional Integration and Development*, Washington, The International Bank of Reconstruction and Development, World Bank, , 2003.

11 Particularmente en materia procesal, principios tales como ALI - UNIDROIT, o TRANSJUS -ASADIP, entre otros, mas despliegues en la Conferencia de La Haya como las Guías de Buenas Prácticas, y todo el

DIPr institucional (DIPrI), susceptible de afectar a idénticas relaciones jurídicas, que por el ámbito espacial, subjetivo, y por el factor axiológico que las inspira y orienta son captadas por esta vertiente diferenciada.¹²

1. ¿Cuál es la relación entre el Derecho de la Integración y el DIPr?

La conexión entre el Derecho de la integración (DI) y el DIPr depende de diversas circunstancias y diferentes variables. Generalmente se procede a analizar el modelo que adopta el proceso de integración regional y el carácter de sus fuentes jurídicas.

La integración como bien conocemos, reconoce un abanico de opciones que abarca desde el área de preferencias arancelarias hasta la unión económica. A nuestro entender, sea cual fuere el grado de integración, esto es desde el mas superficial hasta el más profundo,¹³ requieren de acuerdos de DIPr pues, ¿qué se pretende con la conformación de una unión aduanera? ¿O a qué se aspira través de la creación de una zona de libre comercio? la respuesta surge clara e instantánea de la lectura de los preámbulos de los tratados por los que se crean estos fenómenos; se trata de dinamizar el intercambio de productos a través de una libertad económica, ofreciéndose las partes ventajas mutuas.

¿Cuál es el corolario imprescindible para que se concrete la libre circulación económica? Facilitarla; siendo así, asume protagonismo la herramienta mas congruente, el medio más coherente para lograrlo, que consiste en fomentar la cooperación jurídica internacional y proveer instrumentos para la libre circulación de las decisiones,¹⁴ o sea dos de los cuatro sectores que conforman esta rama del derecho.

A la hora actual de MERCOSUR, consideramos que en Argentina, el DIPrI funciona como cable a tierra del bloque subregional. Su vigencia integra la pirámide jurídica del Estado y lo posiciona como una fuente

desarrollo que existe en materia de principios contractuales internacionales.

12 DREYZIN DE KLOR, Adriana. "La primera opinión consultiva en MERCOSUR ¿Germen de cuestión prejudicial?" *Revista Española de Derecho Europeo* N° 23, Madrid, Thomson / Civitas, 2007, p. 455.

13 Acerca de los estadios y modelos de integración puede verse: BASALDÚA, Ricardo X. *MERCOSUR y derecho de la integración*, 2ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 103-126.

14 Acerca de la cooperación jurisdiccional internacional ver: DE ARAUJO, Nadia. *Direito Internacional Privado*, 9ª edición, Thomson Reuters - Revista Dos Tribunais, Brasil, 2020.

indiscutida que tiene rango supralegal e infraconstitucional. Se trata de una vertiente jurídica generada a partir de los tratados de DIPr propios de un proceso de integración regional. En nuestro país corresponden a esta fuente los Acuerdos y Protocolos de DIPr que se suponen construidos sobre axiomas de los procesos de integración como son principalmente, la confianza integracionista, la no discriminación por nacionalidad y el respeto a la identidad nacional.¹⁵

Este hecho significa que, más allá de los avatares que pueda sufrir el bloque regional, frente a situaciones jurídicas privadas que se planteen en el tráfico MERCOSUR, el derecho elaborado, aprobado y ratificado por los Estados parte y en su caso, los Estados asociados, debe aplicarse; no se trata de una facultad del tribunal sino de un deber.¹⁶ De esta suerte, se ha ido pergeñando una vasta jurisprudencia, mucha de la cual se reseña a lo largo de este libro, conformando un importante material al servicio de los jueces, los abogados, los estudiantes y todos quienes por una u otra razón, necesitan conocer qué sucede con los instrumentos jurídicos que conforman este derecho.

La jurisprudencia es fiel reflejo del derecho viviente y meridiana comprobación de la existencia del MERCOSUR, ante quienes descreen del proceso. Mas de mil casos resueltos por tribunales nacionales aplicando derecho del MERCOSUR - de un abundante ámbito temático - dan fe de estos dichos que conllevan a ocuparse de un tema que amerita dedicación.¹⁷

En cuanto al DIPrI que integra el Derecho de la Integración, cabe consignar que se genera muy tempranamente porque los operadores mercosureños advirtieron desde la primera hora que la inclusión en el Tratado de Asunción (TA), de un párrafo estableciendo: “El compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”¹⁸ era un mandato a cumplir en lo inmediato, que debía, obviamente, extenderse en el tiempo atendiendo a que el MERCOSUR es un proceso.

15 Conf. DREYZIN DE KLOR, Adriana, Ob. cit n° 14, p. 40.

16 Constitución Nacional, Art. 75 inc. 24. Código Civil y Comercial, Art. 2594.

17 Conf. DREYZIN DE KLOR, Adriana, PEROTTI, Alejandro. *El rol de los tribunales nacionales de los Estados del MERCOSUR*, Córdoba, Advocatus, 2009.

18 Tratado de Asunción (TA). El art. 1 se intitula: “Propósitos, principios e instrumentos”; en el párrafo cuarto de dicha norma establece lo señalado en texto.

A tenor de dicha disposición el Consejo Mercado Común (CMC) resolvió instituir las Reuniones de Ministros o de funcionarios de jerarquías equivalentes, para el tratamiento de los asuntos vinculados al TA, en sus respectivas áreas de competencia. En este contexto se crea en Brasilia, en diciembre de 1991, la Reunión de los Ministros de Justicia cuya función es proponer al CMC por intermedio del Grupo Mercado Común (GMC), “medidas tendientes al desenvolvimiento de un marco común para la cooperación jurídica entre los Estados partes”.¹⁹

En Argentina surge la Dirección denominada en un comienzo: “Dirección de Derecho Comunitario”²⁰ que luego sería la Dirección de Derecho de Integración,²¹ cuyo objetivo consistía en llevar a cabo los cometidos señalados por el tratado fundacional en orden a cumplir con la armonización legislativa. Esta debía realizarse a partir del estudio y elaboración de proyectos, así como también, identificando las modificaciones del ordenamiento necesarias para compatibilizar o unificar el derecho argentino con el de los otros Estados parte, relativos a “la circulación de personas, bienes, servicios, capitales y tecnología”. La Reunión de Ministros de Justicia de MERCOSUR inicia sus reuniones identificando intereses y objetivos comunes; frente al universo de problemas que plantea el MERCOSUR la cuestión de elegir los temas de acuerdo a sus prioridades, indudablemente, no fue una tarea sencilla. Sin embargo, desde el inicio de sus actividades demostró preferencia por temas procesales, tanto por la importancia que concitan en un proceso de integración como por la dinámica que los caracteriza. Además, el hecho

19 Se crea por Decisión N° 8/91 y su Reglamento corresponde a GMC/Res. 09/94.

20 La estructura del organismo se crea por Decreto 1570/1991 del PEN el cual es objeto luego, de varias modificaciones. La primera, consiste en cambiar el nombre primigenio por Dirección de Derecho de la Integración. El hecho trasciende un cambio de nombre pues implica una ampliación de su ámbito de actuación y competencia. Para mayor ilustración ver: SCOTTI, Luciana. “Diálogo de fuentes: las normas regionales del MERCOSUR y las nuevas disposiciones del Derecho Internacional Privado argentino”. *Revista Secretararía Tribunal Permanente de Revisión*, Año 4, N° 7, mayo 2016, pp. 153-154.

21 El cambio de nombre es acertado ya que el Derecho de la integración es una categoría que capta la regulación normativa de todos los modelos de asociación económica. En cambio, el derecho comunitario reviste caracteres propios de procesos supranacionales. En estos esquemas se han delegado competencias en organismos legislativos y jurisdiccionales a diferencia de lo que sucede en modelos netamente intergubernamentales en que no existe cesión alguna. O sea, ese “Derecho común” a todos los países miembros que imprime su nombre al primer modelo, no concurre en el segundo ya que las normas pergeñadas por los órganos que comandan la asociación necesitan ser incorporadas conforme establecen las constituciones respectivas de los Estados involucrados. Ahora bien, no es posible identificar en el mundo un proceso que sea únicamente supranacional pues los órganos que detentan competencia legislativa y jurisdiccional coexisten siempre con los que son intergubernamentales. La diferencia entre unos y otros radica en los intereses que defienden. Cuando se protege el interés estatal estamos frente a un órgano intergubernamental en tanto que cuando el interés común es el que prevalece, cuando se trata de favorecer al bloque regional por encima de los intereses nacionales, el resultado que se logra proviene de un cuerpo supranacional. ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 4ª edición, Madrid, Civitas / Thomson Reuters, 2014, p. 136 y ss.

que la integración haya mostrado desde su primera instancia que el motor es económico comercial, impulsó al legislador mercosureño a canalizar su preocupación en la creación de herramientas que otorguen previsibilidad al sector empresarial en tanto contrata y comercia; va de suyo que el tráfico externo necesita normativas que neutralicen la incertidumbre de los protagonistas.

A tal fin se han elaborado una serie de Protocolos que contienen soluciones sobre la cooperación jurídica en el MERCOSUR, los que pueden considerarse imprescindibles para cumplir los objetivos del mercado entonces en formación.²²

En este punto, cabe destacar que la armonización de legislaciones internas consiste en un conjunto de acciones tendientes a remover los obstáculos que los ordenamientos jurídicos nacionales oponen a la implantación y desenvolvimiento de los procesos de integración, así como a promover, facilitar y estimular su desarrollo. A través de esta vía se contribuye a crear un orden jurídico común para que las relaciones que se originan en un Estado y se desenvuelvan en otros, reciban en ellos igual tratamiento y no sufran alteraciones propias de los diferentes regímenes legales.

Así como la integración regional no es un fin en sí misma, la armonización legislativa tampoco lo es. Si bien constituye un valioso medio en el logro de un espacio común, armonizar las legislaciones tiene un carácter instrumental en el contexto de la integración; está al servicio de los objetivos diseñados.²³

2. ¿Se avanzó en la armonización legislativa?

Para responder el interrogante formulado debemos detenernos previamente en algunas consideraciones. En primer término, reiteremos una vez más que los procesos de integración regional requieren la elaboración de disposiciones legales que plasmen normativamente

22 El listado de estos instrumentos jurídicos, tanto los vigentes entre los EP como los que han entrado en vigor con los EA y los elaborados por la Reunión de Ministros de Justicia que no han sido ratificados, puede verse en SCOTTI, Luciana, art. cit. nota 20, pp. 155/156.

23 Acerca de la armonización legislativa ver: MILLAN, Lucía. *La armonización de las legislaciones en la C.E.E.*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Comunitarios, 1986, pp. 183-184.

mecanismos para operativizar, desarrollar y garantizar sus objetivos.²⁴ Así, cuando se trata de constituir un mercado común es reconocida la necesidad de implementar las cuatro libertades de circulación – personas, bienes, capitales y servicios – que enraizan en fundamentos económicos. Sin embargo, para que estas libertades estén debidamente protegidas desde la faz legal, como contra cara de las mismas es menester implementar la quinta libertad de circulación que es de neto corte jurídico: la libre circulación de sentencias y de documentos.

Siendo así, el planteo efectuado se vincula directamente con la coherencia que existe - o no - entre los instrumentos elaborados en MERCOSUR en el marco de la Reunión de Ministros de Justicia y el propósito instrumental de armonizar las legislaciones de los EP teniendo en cuenta la finalidad del esquema. El ejercicio implica considerar si la mentada seguridad jurídica se garantiza con los instrumentos vigentes,²⁵ dado que no es solo el valor cooperación el que preside un fenómeno de estas características. La integración subregional debe ofrecer mayores rangos de certeza y previsibilidad a quienes la protagonizamos como ciudadanos de este territorio integrado.²⁶ Tres décadas de experiencia no es un tiempo menor para considerar el panorama al respecto.

24 DREYZIN DE KLOR, Adriana. “Los instrumentos de cooperación jurisdiccional del MERCOSUR ¿Útiles a la asistencia?” *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009 – 3, pp. 583-620.

25 La seguridad jurídica es un principio que ha sido muy vapuleado según las épocas y los momentos políticos por los que han pasado los estados latinoamericanos, al punto que de tan reiterado, su consistencia más que matizarse se volvió dudosa. El axioma se vincula con el conocimiento certero de los derechos y obligaciones de la persona, de modo tal que pueda estarse en condiciones de prever las consecuencias de los actos. No es por azar que la seguridad jurídica va de la mano de los principios de certeza y previsibilidad. Asimismo, nos parece acertado el tratamiento que el STC español desde hace tiempo viene reconociendo a este principio en tanto considera que es la “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad”, y “no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas pues ello conduciría a la petrificación del ordenamiento”. STC 27/1981; STC 227/1988. Interesante la lectura de: LÓPEZ DE OÑATE, F. *La certeza del Derecho*, España, Comares, 2006.

26 El Profesor Jürgen Basedow, analiza el concepto de globalización y sus causas, bajo un particular enfoque de los instrumentos legales, en correspondencia con las políticas sociales y económicas, desplegadas a partir del fin de la segunda guerra mundial. A la luz de los cambios que acusa la faz jurídica debido a dichas transformaciones, tanto a nivel nacional como internacional, se genera una suerte de movimiento de globalización de la ley. Ya no es el legislador nacional, soberano, el hacedor de todas las reglas, sino que en la nueva instancia se propicia una técnica de armonización y unificación a través de estructuras gubernamentales y no gubernamentales acordes a las variables instaladas que comandan el mundo globalizado. Ver: aut. cit., “Global Life, Local Law. About the globalization of law and policy-making”, en: *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Dr. Didier Operti Badán*, Montevideo, FCU, 2005, pp. 817-833.

3. En cuanto a la cooperación

Posicionándonos en el instituto de la cooperación²⁷ al que se dedican en primer término los Ministros de Justicia de MERCOSUR, estimamos que se trata de un avance importante en tanto logra vincular a los cuatro estados a través de estos primeros instrumentos jurídicos, si bien en la faz sustancial, tenemos nuestros reparos en cuanto a alguna de las soluciones adoptadas. De hecho, no pueden ser considerados un sistema por la calidad particular del derecho que genera el modelo,²⁸ aunque sí puede señalarse que son complementarios y concordantes.²⁹

No es el caso analizar en esta presentación los instrumentos jurídicos aprobados en el esquema regional empero, solo a modo de fijar un criterio en torno a la importancia que adquiere revisar soluciones adoptadas, nos permitimos señalar que para cumplir con las necesidades de un mercado común, hay que salvaguardar los valores del esquema.

Es importante contabilizar en el haber de un bloque integrado un catálogo de axiomas sobre los cuales construir el modelo dada la proyección que realizamos hacia las transacciones intra y extra regionales.³⁰ Entre ellos destacamos la reconocida naturaleza de los principios y reglas convenidos en cuanto a su idoneidad para la práctica procesal, las ventajas que adjudica a los litigantes contar con reglas claras, precisas sedimentadas en principios que garantizan el respeto a la tutela judicial efectiva frente a la internacionalización de las relaciones jurídicas y la consecuente transnacionalización del litigio judicial. Estos son datos a tener en cuenta, que merecen evaluarse a la hora

27 Acerca del concepto de cooperación ver: FONT I SEGURA, Albert. *Comentario a la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, en Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Guillermo Palao MORENO, dir., Tirant Lo Blanch- Registradores, España, 2017, p.43.

28 Una meridiana descripción acerca este particular ordenamiento jurídico puede verse en: VENTURA, Deisy; PEROTTI, Alejandro. *El proceso legislativo del MERCOSUR*, Montevideo, KAS, 2004.

29 El Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (Protocolo de las Leñas), (CMC/DEC. N° 5/92) es complementado por el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, conforme el tenor de su artículo 14, (CMC/DEC N° 1/94); también en la misma línea el Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo (CMC/DEC N° 17/12/96) Se aprobó un Acuerdo Complementario al Protocolo de las Leñas (CMC/DEC N° 5/97); el Protocolo de Medidas Cautelares (CMC/DEC N° 27/94) concordante con la Enmienda al Protocolo de Las Leñas en orden a los sujetos legitimados para intervenir en el diligenciamiento; el Acuerdo sobre Arbitraje comercial internacional (CMC/DEC N° 3/98) hace especial mención del Protocolo de Medidas Cautelares. Estos, entre otros aspectos a tener presente corroboran lo afirmado.

30 En el número 2003 1/2 de la *Uniform Law Review* NS - Vol. VIII que lleva por título *Worldwide Harmonisation of Private International Law and Regional Economic Integration*, pueden consultarse las Actas del Congreso celebrado en oportunidad de cumplirse los 75 años de la fundación del Instituto para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT -. Las ponencias que integran la Sesión 5ª referida al proceso civil internacional y al proceso civil transnacional y el impacto que ejercen en la integración económica regional, no eluden las bondades ni los pronunciamientos favorables a estos principios y reglas principalmente en relación a los espacios integrados.

de reflexionar sobre los cauces por los cuales resulta útil que transite la cooperación jurisdiccional internacional para tornarse operativa.

La asistencia refleja en esencia, un distintivo anclado en los sistemas de contralor judicial, que difieren según sean los niveles de cooperación. En este recaudo, la ecuación soberanía - cooperación / cooperación - soberanía, palpita afanosamente conforme la ideología de los estados en cuanto a los despliegues del atributo que en su vuelo escolta con mayor o menor intensidad, los requisitos “procesales” establecidos. Este quehacer, producto de un mundo globalizado, internacionalizado y con variables versátiles, al combinar y atesorar la interpretación teleológica y sistemática despeja la pista hacia una articulación conciliadora.

IV. El concepto de soberanía y su incidencia

La nueva concepción de soberanía incide profundamente en los procesos de integración y en sus institutos aún en los esquemas que, como el MERCOSUR, sufren un profundo déficit democrático, consecuencia de su estructura institucional.³¹ Prácticamente no se discute que el modelo por el cual ha optado es una de las causas principales de la falencia que padece, aunque más grave aún, es que a través del accionar de los órganos que comandan el proceso, no se adviertan signos de superar tan frustrante modelo.

Uno de los desafíos permanentes que afrontan los estados integrantes de un proceso regional radica en compatibilizar los intereses comunes que los alientan con aquellos propios de cada país. Este aspecto no es para nada un tema menor, ya que se impone asumir que la protección del interés común no atenta contra los intereses nacionales; muy por el contrario, al garantizar el interés regional, los beneficios obtenidos revierten en ventajas nacionales y en el fortalecimiento del proceso que estimulado, redunda positivamente ad intra de los países que se vinculan.

¿En qué medida la vigencia de la concepción tradicional de soberanía obra en desmedro de la cooperación jurídica internacional?

El principal interés protegido, es la tutela judicial efectiva. Es más,

31 Conf. DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El MERCOSUR: Generador de una nueva fuente de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Zavallá, 1997, pp. 57 y ss., VENTURA, Deisy. *Las asimetrías entre el MERCOSUR y la Unión Europea. Los desafíos de una asociación interregional*, Montevideo, KAS, 2005, pp. 110-157.

se trata de la razón de ser de toda la construcción procesal, que obra a su vez como principio – valor que sedimenta y apuntala la materia.

La confrontación entre la seguridad jurídica y la previsibilidad desde una arista y la flexibilidad y la libre interpretación desde otra, más que un silogismo, es una dificultad que no advierte por donde centrar su cauce. Y no está mal que así sea pues la solución definitiva implicaría sacrificar alguno de estos criterios cuando todos son válidos y valiosos.³²

Así, a través de un proceso de adaptación³³ puede lograrse una solución coherente y en eso mucho tiene que ver la labor del juez que tiene a su cargo la tarea de interpretar buscando la solución “justa” bajo una óptica teleológica, materialmente orientada y con miras a la decisión en el caso concreto bajo la perspectiva del postmodernismo aplicado al DIPr formulado magistralmente por Jayme y totalmente vigente en la actualidad.³⁴

En síntesis, la balanza estará equilibrada si a la hora de aplicar las normas en vigor, el juzgador denota una actitud dinámica y activa. Esta cualidad se manifiesta cuando el magistrado se vale no sólo de una interpretación teleológica, sino que proyecta los resultados en función de las alternativas materiales que se presentan por un lado, en tanto que por otro, ubica la situación en el contexto real atendiendo a los efectos económicos, sociales y culturales que produce la aplicación de un derecho material. De este modo, el aplicador del derecho opta por una regulación valorativamente orientada pues la idea de justicia se concentra en dictar una

32 Es de alguna manera una aproximación a lo que expresa la talentosa jurista venezolana MAEKELT, Tatiana B. *Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 380.

33 El marco en que insertamos el significado de “adaptación” se inspira en la teoría de la adaptación receptada en el art. 9 de la CIDIP II de Normas Generales; convención vigente en los cuatro EP de MERCOSUR. Argentina incorpora el instituto en el Código Civil y Comercial, art. 2595, inc. c.

34 Conf. JAYME, Erik. “Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne – Cours général de droit international privé 1995”, en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995.

sentencia “sensata”,³⁵ abandonando la técnica espacialmente emplazada.³⁶

V. La influencia de las normas de MERCOSUR en el DIPr de Argentina

El 1 de agosto de 2015 entró en vigencia en Argentina el Código Civil y Comercial que en el Libro 6 Título IV contiene las normas de DIPr de fuente autónoma. Entre las fuentes jurídicas utilizadas para la elaboración del acervo jurídico que vio la luz en la materia, el equipo que trabajó en la gestión de las mismas se valió de documentos de MERCOSUR.

Cabe traer a colación un párrafo de la nota de elevación del Título “Disposiciones de Derecho Internacional Privado” en el que se señala: “El sistema argentino de Derecho Internacional Privado de fuente interna debe favorecer una apropiada coordinación entre nuestro derecho y los sistemas de los demás Estados, de modo que favorezca su mejor inserción global, y con aquellos países de la región a la que pertenecemos, aprovechando los consensos ya alcanzados en diversos temas por medio de la trama de convenciones internacionales que vinculan a la República Argentina”.

Si bien no son numerosas las disposiciones que encuentran su fuente en las normas de MERCOSUR, son importantes en cuanto a la relevancia temática. Un sobrevuelo por las reglas del capítulo 2 - Jurisdicción internacional -, permite observar que las normas de cooperación jurídica internacional han sido inspiradas por disposiciones del bloque subregional, hecho que resulta beneficioso para el DIPr autónomo, al armonizar la vertiente institucional con la fuente interna.

35 Conf. JUENGER, Friedrich K. Cabe traer a colación el siempre vigente pensamiento del destacado profesor americano /alemán quien señalará con enorme acierto - en un párrafo que a efectos de no desvirtuar su significado prefiero transcribir completo-, lo siguiente: “Los esfuerzos conscientes de los jueces por decidir casos multiestatales aplicando normas que, en su opinión, son de una calidad superior, deberían asegurar más decisiones sensatas que las que cualquier otra doctrina pudiera producir. Al mismo tiempo, este enfoque evita los demonios gemelos de la hipocresía y la ofuscación. Los subterfugios utilizados para obtener determinado resultado atentan contra la integridad de la administración de justicia y confunden a los tribunales inferiores y a los asesores legales”. Y citando a Leflar, continúa: “la honestidad es la mejor política, incluso en las sentencias judiciales” argumentando que lo esperable es que “los jueces revelen las verdaderas razones de sus decisiones tanto en los casos multiestatales como en los puramente internos. La justicia y la certeza jurídica obtendrían mayores beneficios de la teleología abierta que del recurso a mecanismos encubiertos”. Aut cit., *Derecho Internacional Privado y justicia material*, Porrúa/Universidad Iberoamericana, México D.F. 2006, p. 217 y ss.

36 Ya nos pronunciamos en este sentido. DREYZIN DE KLOR, Adriana. “La Corte Suprema ubica cada ficha en su casillero”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 2009.

De esta manera podemos recabar entre los artículos que encontrar influencia de normas de MERCOSUR los siguientes:

El art. 2610 sobre igualdad de trato, está inspirado, entre otras fuentes, en el Protocolo de Las Leñas, arts. 3 y 4. También el artículo 2611, “Cooperación jurisdiccional” abrevia en dicho Protocolo, específicamente en el art. 1º en tanto expresa: “Los Estados Partes se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperacióón jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. La asistencia jurisdiccional se extenderar a los procedimientos administrativos en los que se admitan recursos ante los tribunales”.

Si bien en varias normas del Código Civil y Comercial se encuentran fórmulas que coinciden en mas o en menos con disposiciones que integran legislación mercosureña, éstas no aparecen específicamente como fuentes. Entre las razones puede consignarse el haberse nutrido de la misma vertiente utilizada por el legislador del esquema regional. También, el hecho de encontrar soluciones equivalentes se relaciona con una tradición común, una cultura equiparable, y los principios inspiradores que coinciden como orientadores de soluciones adoptadas en el país y en normas subregionales.³⁷

VI. Reflexiones para el debate

El escenario internacional muestra como telón de fondo la necesidad de dotar al mundo de esquemas regionales en los cuales se desarrollan procesos de intercambio y de circulación de personas, mercancías y servicios. Va de suyo que es menester una legislación acorde a estas acciones, a los tiempos y a las necesidades que se pergeñan. La regulación jurídica que adoptan los procesos de integracion regional en materia de tráfico privado externo, refleja los caracteres que detentan. En efecto, cada regulación legal responde a cada modelo y a las etapas por las que atraviesan. Existen ciertos parámetros que debieran ser comunes a todos los esquemas, a saber: la flexibilidad y el pragmatismo, entendidos como bastiones esenciales en la construcción de la regulación que capta la actual concepción jurídico privada internacional, si bien ambos con los límites que corresponden para no caer en la arbitrariedad. Flexibilidad de la mano de la previsibilidad y pragmatismo con los límites que reconoce

³⁷ Un pormenorizado paralelo entre las normas del Código Civil y Comercial y las normas de MERCOSUR puede verse en SCOTTI, Luciana, art. cit. nota 20.

la discrecionalidad. En este orden de ideas, reconocemos que la tensión que existe entre predictibilidad y flexibilidad, deviene como natural consecuencia de la diferencia que existe entre el derecho escrito y el derecho aplicado.³⁸

¿Es necesario contar con normas específicas de DIPr en los esquemas de integración?

No hay duda sobre la respuesta afirmativa, y así lo fue demostrando MERCOSUR que cuenta con un acervo jurídico importante. A través de instrumentos idóneos, se pueden plasmar mecanismos para operativizar, desarrollar y garantizar los objetivos de la integración. Destaquemos sin embargo, que el DIPr institucional presenta límites que enraízan en la materia y en el principio de subsidiariedad.

La primera limitación proviene de los objetivos que establecen los documentos fundacionales y así, la cooperación, la libre circulación de sentencias y el derecho privado patrimonial son los ámbitos materiales idóneos para integrar el acervo jusprivatista internacional de esta vertiente, la que está sujeta a las políticas de armonización y aproximación necesarias. Esta limitación halla su razón de ser en el respeto a la identidad nacional de los estados que se involucran ya que la cesión de competencias excluye materias cuya armonización y unificación no es necesaria para los objetivos de la integración.

Un punto que también merece atención, es la multiplicación exponencial de convenios que se advierte con solo echar una mirada a las páginas *web* de los diversos foros de codificación. Este fenómeno es sin duda un ingrediente de complejidad principalmente en los sistemas en que no está determinada la jerarquía de la norma institucional y deben aplicarse las cláusulas de compatibilidad incluidas en buena parte de los convenios internacionales, aunque no es ésta la única causa de nebulosa. La complejidad que deriva de esta situación se pone de manifiesto cada vez con mayor asiduidad en la jurisprudencia interna de los Estados siendo los problemas de delimitación entre convenios de la más variada naturaleza. Sea que se ignora la existencia de un acuerdo internacional, sea cuestiones de interpretación, sea falta de cláusulas de compatibilidad, o colisión de convenios. En el intento de solucionar estas cuestiones se

38 Ver HAY, Peter. "Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflicts of Law" (Volume 226), in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Published online, 1991.

acude a normas y principios de Derecho Internacional Público que una vez más concurre a prestar su ayuda a la ciencia jusprivatista internacional.

Existiendo tantos foros de codificación que provocan semejante entramado jurídico ¿por qué incrementar el número de convenios de DIPr?

Porque los convenios de integración en la materia responden a una axiología distinta que la que guía a la dimensión convencional. Los principios subyacentes al espacio integrado son propios de estos esquemas e inspiran y orientan o debieran inspirar y orientar a los órganos con facultades legislativas. Hay un objetivo diferente, y por tanto, se requiere también una solución diversa que se compadezca con el propósito de cada foro normativo.

Los Estados parte no pueden permanecer en una total libertad legislativa y reglamentaria sino que deben tender a una armonización que haga efectivos los fines integracionistas, principalmente en áreas adscriptas a eliminar las discriminaciones, suprimir los obstáculos jurídicos a la actividad económica y poner a disposición de los operadores de la economía, instrumentos equivalentes o comunes.³⁹

Explicitar la interrelación de ambos ámbitos del derecho exige, además de ubicarnos en el contexto de la integración, en las relaciones entre los Estados y en las relaciones jurídico privadas internacionales, sumergirnos en otras disciplinas, especialmente en el Derecho Internacional Público dada la necesidad de indagar en el estudio de los organismos internacionales, sus instituciones y las obligaciones y derechos que de ellos derivan.

Es menester comprender que el derecho de la integración no es una potencialización de lo internacional al ámbito regional sino que es una realidad diferente que da paso a un derecho distinto. Se trata de un acervo jurídico con caracteres propios y netamente diferenciados siendo fundamental el rol que cumplen tanto los jueces nacionales como el tribunal de la integración. La magistratura se ve obligada a cubrir vastas lagunas incorporándose a escena el activismo judicial.⁴⁰

39 PEROTTI, Alejandro. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*, Universidad Austral/ Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo 2004, pp. 31-35.

40 Ver. PEYRANO, Jorge, W. *Activismo y garantismo procesal*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, vol. XLVII, 2009.

En este punto adquiere el carácter de idea fuerza el concepto de gobernanza que hace referencia a un nuevo entendimiento de la acción pública y sus estructuras organizativas a nivel internacional pensado para el subcontinente. En el marco de la globalización, la gobernanza implica la necesidad de redefinir un modelo operativo que cambia los procesos de decisión. Subyace en el concepto la importancia de centrarse en la capacidad de la comunidad internacional para cumplir la planificación o los objetivos que se propone realizar desde la visión política global. En consecuencia, bien se afirma que el debate en torno a la gobernanza aborda el futuro de la política en el contexto de la globalización y algunos de sus efectos, aunque en realidad ya es el presente. Ir al encuentro del tema en este discurso es inescindible aunque no profundizaré en la problemática sino que la pretensión es dejar sentado que la referencia a Derecho de la Integración, Derechos Humanos, Derecho Internacional Privado y activismo judicial va de la mano de la concepción de gobernanza desde una de sus fases en tanto el concepto incluye una tensión sobre el significado de soberanía, el alcance de los poderes en el ámbito de la democracia, las implicancias que reviste en la persona humana y particularmente en el DIPr⁴¹. El reconocimiento en esta sinfonía internacional de los instrumentos llamados a intervenir requiere la ponderación de temas que se interconectan y que hay que afinar para lograr vestigios de armonía.

La “gobernanza” se ha convertido en un tópico de las ciencias sociales cuyo contenido se utiliza con una gran variedad de connotaciones. Como resultado, el significado de gobernanza se amplió de tal manera que pasó a convertirse en un término que resume todas las formas de dirección y producción de orden social, incluidos los mercados, estados (gobiernos) y las redes. Va de suyo que cabe traer la gobernanza a esta plataforma en la que los actores públicos y privados mucho tienen que decir.

De esta suerte, no es novedosa la constatación fundada en que el DIPr se articula y se concierta con el Derecho Internacional Público y con los DDHH, debiendo explorarse en su profundización cuestiones que reflejan que el ámbito subjetivo, el ámbito material y su función no admite un acotamiento metodológico ni estructural. Los principios

41 FLORES, Fernando. “Retos de la gobernanza mundial en los albores del derecho global”; CALVO CARAVACA, Alfonso L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Cooperación jurídica como instrumento para el diálogo entre culturas”, ambos en: *El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios* GAMARRA CHOPO, Yolanda (Coord.), Colección Actas, Derecho, Institución Fernando El Católico (C.S.I.C.) Zaragoza, 2011. DREYZIN DE KLOR, Adriana/ ELLERMAN, Ilse. *Los “fondos buitres” en la plataforma internacional*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014.

de dignificación del ser humano están vigentes en el fenómeno de la integración contemplados en numerosas fuentes jurídicas. Asimismo, jerárquicamente superiores, los Tratados de DDHH han sido incorporados en los ordenamientos internos.

Al ser un deber que no se negocia, los Estados tienen una obligación que no pueden desoír y los particulares hacernos cargo de la co-responsabilidad que compete a actores públicos y privados desde el momento que nos involucramos en un proceso regional. Sabemos que la voluntad política es esencial, pero hemos echado mano a un concepto como es la gobernanza y bajo su hálito pretendemos afrontar un nuevo desafío.

Este libro dirigido por dos juristas de reconocida trayectoria que se dedican con afán al estudio e investigación del Derecho de la Integración regional y del Derecho Internacional Privado es un claro reflejo del rol que está asumiendo el sector académico en analizar estos ámbitos desde la faz transversal, a la vez que el compromiso que reconocen a la hora de transferir el conocimiento de estas ciencias.

PARTE I

**COOPERACIÓN JURÍDICA
INTERNACIONAL CIVIL Y COMERCIAL**

**UNA CUESTIÓN DE ENCUADRE EN LA
COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL:
A PROPÓSITO DE UN CASO DE LA
SAGA DEL GRUPO VELOX**

**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala B - “Sotelo
Buenaventura, Rubén c. Grupo Velox - Grupo Peirano”, 12/05/06**

*Guillermo Argerich**

Sumario: I. A modo de introducción: La saga del Grupo Velox; II. Marco normativo. 1. Cooperación cautelar. 2. El Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares; III. Los hechos del caso; IV. La decisión judicial. 1. Sentencia de primera instancia. 2. Dictamen de la Fiscal de Cámara. 3. Sentencia de segunda instancia; V. Análisis del caso. 1. Objetivo de la cooperación jurídica requerida. 2. Rol activo del juez para sortear formalismos 3. Omisión de requisitos formales necesarios. 4. ¿Evaluación del orden público internacional en el caso?; VI. Conclusiones.

I. A modo de introducción: La saga del Grupo Velox

El presente trabajo analizará un caso relativo a la cooperación jurídica internacional en el ámbito de las medidas cautelares en el MERCOSUR. Se trata del abordaje de una de las piezas de la saga del Grupo Velox, aquella correspondiente a la decisión de los tribunales de la República Argentina del año 2006 en el caso Sotelo Buenaventura, Rubén c. Grupo Velox - Grupo Peirano.

* Profesor de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Consultor en derecho internacional.

El término saga se utiliza en varios contextos. En el ámbito social, una saga es la sucesión de generaciones de una misma familia a lo largo del tiempo. También aparece en la literatura, en el cine. Pero volviendo a la idea de saga como familia, en la jurisprudencia se presentaron casos con varios elementos en común. En estos fallos hay un hilo conductor que se mantiene a lo largo del tiempo y en el transcurso de los acontecimientos. Otro elemento compartido se refiere a los protagonistas, que aunque puedan ser algunos distintos, se mantienen los principales. También hay un ambiente o países que se convierten en el escenario de los acontecimientos que han generado los juicios, la República Oriental del Uruguay y la República Argentina.

El suceso que dio origen a esta saga fue una investigación y proceso judicial uruguayo sobre lavado de activos y fraude ocurrido en 2002. Suceso que acarreó la mayor crisis bancaria uruguayo y la consiguiente pérdida de confianza en el sistema financiero del país, afortunadamente luego superada. En ese año se detuvo, en el curso de esas investigaciones, a varios integrantes de una familia así como asimismo a otros miembros del llamado Grupo Peirano (también conocido como Grupo Velox).

La saga del Grupo Velox relativa a la cooperación jurídica internacional, resuelta por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, está integrada por las causas:

1. Vega, Juan C. y otros c. Peirano Basso, Dante y otros s. exhortos.¹
2. Varessio, Luis Paulino Gerónimo c. Peirano Basso, Dante y otros s. exhorto.²
3. Vega, Juan C. y otro c. Royal Ahold y otros.³
4. Sotelo Buenaventura, Rubén c. Grupo Velox - Grupo Peirano.⁴
5. Varessio, Luis Paulino Gerónimo c. Peirano Basso, Dante y otros s. exhorto.⁵

1 CNCom., sala B, 13/04/05, Vega, Juan C. y otros c. Peirano Basso, Dante y otros s. exhortos, RDCO 2006-A, 847, con nota de G. Carrizo Adris, disponible en <http://fallos.diprargentina.com/2007/03/vega-v-peirano-basso-sexhorto.html>

2 CNCom., sala E, 21/06/05, Varessio, Luis Paulino Gerónimo c. Peirano Basso, Dante y otros s. exhorto. <http://fallos.diprargentina.com/2007/09/varessio-luis-c-peirano-basso-dante.html>

3 CNCom., sala B, 04/08/05, Vega, Juan C. y otro c. Royal Ahold y otros, disponible en <http://fallos.diprargentina.com/2007/09/vega-juan-c-c-royal-ahold.html>

4 CNCom., sala B, 12/05/06, Sotelo Buenaventura, Rubén c. Grupo Velox - Grupo Peirano, disponible en <http://fallos.diprargentina.com/2007/12/sotelo-buenaventura-rubn-c-grupo-velox.html>

5 CNCom., sala E, 20/09/07, Varessio, Luis Paulino Gerónimo c. Peirano Basso, Dante y otros s. exhorto.

El componente transversal que nos interesa de esta colección es la cooperación jurídica internacional, entendida como la colaboración o asistencia mutua entre Estados para realizar diligencias necesarias en el desarrollo de un proceso fuera del territorio del Estado requirente. Esta realidad aparece frente al incesante desplazamiento de bienes, personas, servicios y la apertura gradual del comercio. La toma de conciencia por parte de los tribunales estatales de la presencia de elementos extranjeros en los procesos se ha vuelto patente y ha consagrado la necesidad de contar -a efectos de impartir justicia- con el auxilio de los jueces de otros Estados.

La cooperación jurídica internacional, que constituye, medularmente, toda actividad que tenga por finalidad el coadyuvar con la justicia extranjera en su ejercicio jurisdiccional en todos sus niveles,⁶ ha crecido de manera espectacular en las últimas décadas. De hecho, ya se considera que la cooperación internacional es actualmente un cuarto tema del derecho internacional privado, junto con la jurisdicción internacional, el derecho aplicable y el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras.⁷ María B. Noodt Taquela sostiene que en lugar de mencionar el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras se debe ampliar este tercer tema para incorporar la cooperación judicial internacional, que incluye el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras.⁸

Esta cooperación jurídica internacional, sostiene Véscovi, forma parte del imprescindible acceso a la justicia, considerado como un Derecho Humano fundamental, que pertenece al *ius cogens*.⁹ Coincidimos con él en que para los internacionalistas no es un tema nuevo, sino una preocupación de siempre, que genera la necesidad de hermanar las teorizaciones con los problemas reales (y prácticos) que plantea, sus límites, el equilibrio con otros derechos, y las propuestas acerca de cómo hacerlo realmente efectivo y operante.

<http://fallos.diprargentina.com/2007/12/varessio-c-peirano-basso-s-exhorto-2.html>

6 VILLALTA VIZCARRA, Ana E. *La cooperación judicial internacional*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XL_curso_derecho_internacional_2013_Ana_Elizabeth_Villalta_Vizcarra.pdf

7 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*, Zavalía, Buenos Aires, 2003, cap. I, ps. 70 y ss.; BOELE-WOELKI, KATHARINA, “Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws”, *Recueil des Cours*, vol. 340, 2009, ps. 288 y ss.

8 NOODT TAQUELA, María B. “Applying the most favorable treaty or domestic rules to facilitate private international law cooperation”, *Recueil des Cours*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Bill Nijhoff, Leiden — Boston, 2016, t. 377, ps. 166-168, esp. 166.

9 VÉSCOVI, Eduardo. “El Derecho de Acceso a la Justicia y el Derecho Internacional Privado”, *Relato presentado al XXXI Congreso Argentino de Derecho Internacional, Asociación Argentina de Derecho Internacional AADI*, Córdoba, 2019, Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. XXIX, 2020 en prensa.

Los Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia (TRANSJUS)¹⁰ recogen, en su art. 4.1., la obligación internacional de todo Estado, no solamente a los efectos de realizar emplazamientos, notificaciones y audiencias, sino que el deber de cooperar se extiende a todos aquellos actos o medidas necesarios para la consecución de los fines del proceso, incluyendo la cooperación en el procesamiento y ejecución de medidas cautelares. El caso que comentaremos, justamente, se enrola en la actividad descripta en esta norma de *soft law*.

II. Marco normativo

1. Cooperación cautelar

Entre las distintas formas de auxilio judicial internacional, la adopción de medidas cautelares en un Estado distinto al del juez interviniente en el proceso principal, es una de las más complejas y difíciles de obtener, dada la afectación y coerción sobre bienes o personas que produce la ejecución de la medida y la necesaria aplicación del derecho de ese país en algunos supuestos.¹¹ El tema tiene especial trascendencia si se considera que asegurar la extraterritorialidad de las medidas cautelares reviste tanta importancia como la extraterritorialidad de la sentencia misma. Eduardo Tellechea resalta su intenso grado de coerción y su mayor extensión cronológica, que puede mantenerse, en principio, el tiempo que insuma el proceso cuyo resultado la cautela pretende asegurar.¹²

El desarrollo normativo que ha tenido este tipo de cooperación en el ámbito interamericano -a través de la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares, CIDIP II, Montevideo 1979-¹³ y en el del MERCOSUR, contrasta con la falta de divulgación de las resoluciones judiciales sobre la materia, al menos en los países del MERCOSUR. Una

10 Aprobados en su redacción actual en ocasión de las X Jornadas de ASADIP de Buenos Aires, noviembre de 2016. Disponible en: <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf>

11 GONZÁLEZ PEREIRA, Oscar D. "La cooperación cautelar en el Derecho Internacional Privado Argentino y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", Id SAJ: DACF200128, 2020. Disponible en: <http://www.saj.gob.ar/>

12 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *La cooperación jurisdiccional internacional en el ámbito interamericano y del MERCOSUR, con especial referencia al derecho uruguayo*. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-omparado/article/view/4082/5254>

13 Disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-medidaspreventivas.htm>

de las razones de esta falta de divulgación, señala María Blanca Noodt Taquela,¹⁴ obedece a que en general cuando los tribunales aceptan el pedido formulado por los jueces de otro país de que se traben medidas cautelares, la resolución no se funda y probablemente no se publique. Otro motivo es que cuando los exhortos tramitan ante jueces de primera instancia se hace muy difícil obtener información sobre los casos de auxilio cautelar y sus resultados, por la cantidad de tribunales en los que habría que investigar. Si bien puede obtenerse cierta información a través de la Autoridad Central, ésta no incluye los exhortos que se diligencian por las partes interesadas por vía privada. Algo similar sucedía en Brasil, según reseñaba Nadia de Araujo.¹⁵

También esta cooperación cautelar ha sido considerada, por los Principios TRANSJUS, necesaria para garantizar la eficacia del acceso a la justicia, atendiendo con especial diligencia las solicitudes de cooperación cautelar provenientes de autoridades extranjeras, dedicándole su Capítulo 8.

2. El Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares

El Protocolo de Ouro Preto de 1994, elaborado en el marco del MERCOSUR como parte integrante del Tratado de Asunción de 1991, ha sido ratificado por la totalidad de los países miembros.¹⁶ El Protocolo es de aplicación en los supuestos en que la autoridad jurisdiccional de un Estado Parte solicite el cumplimiento de medidas cautelares a ejecutarse en otro Estado Parte del MERCOSUR (arts. 1 y 4).

Se consideran antecedentes del Protocolo, la CIDIP II sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, vigente entre otros Estados, entre Argentina, Paraguay y Uruguay miembros del MERCOSUR, y a través de ella, las soluciones recibidas por los artículos 12 a 14 inclusive del Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1940, ratificado por los países citados. Así como también el artículo 10 del Tratado de Montevideo de 1889 sobre Derecho Procesal Internacional, ratificado inclusive por dichos países -y que los vinculara con anterioridad a la entrada en vigor del

14 NOODT TAQUELA, María Blanca. “Embargos y otras medidas cautelares en el MERCOSUR”, en *Liber Amicorum en homenaje al Profesor doctor Didier Operti Badán*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, pp.873-906, esp. p. 873.

15 ARAUJO, Nadia de. *Direito Intenacional Privado. Teoria e prática brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, Capítulo 13 “Cooperação interjurisdiccional”, pp. 241-307, esp. pp.258-259, n° 13.1.5.2, nota 532.

16 Argentina 14/03/96, Brasil 18/03/97, Paraguay 12/09/95 y Uruguay 04/09/98.

tratado de 1940-, y además por Bolivia y Perú, y al que Colombia adhiriera.

El Protocolo del MERCOSUR no define el término medidas cautelares –a diferencia de la CIDIP II- pero establece que las mismas tienen como finalidad “impedir la irreparabilidad de un daño, en relación a personas, bienes u obligaciones de dar hacer o no hacer” (art.1). Por otra parte, indica los tipos de procesos a los cuales será aplicable el Protocolo, incluyendo a los ordinarios, ejecutivos, especiales o extraordinarios, de naturaleza civil, comercial, laboral y procesos penales en cuanto a la reparación civil (art. 2).

Asimismo, incorpora en su ámbito a las medidas cautelares preparatorias, las incidentales y las que garanticen la ejecución de una sentencia (art. 3), así como las que se dicten en materia de custodia de menores (art. 12) alimentos provisionales, localización y restitución de menores (art. 25).

El ámbito material de aplicación vemos es más amplio y preciso que el de la CIDIP II, ya que incluye en forma expresa los embargos ejecutorios y los referidos a localización y restitución de menores.

Es importante resaltar que el auxilio jurisdiccional internacional que se establece en el Protocolo no está sujeto a una decisión discrecional de la autoridad requerida, sino que se funda en el deber de prestarlo. Establece claramente la competencia internacional y la ley aplicable tanto del juez que dicta la medida, como la del juez encargado de llevar adelante el proceso en otro territorio distinto al primero. La jurisdicción internacional para el dictado de la medida así como su derecho aplicable corresponde al juez que se encuentra a cargo del proceso, mientras que la competencia para la tramitación y procedimiento y el derecho aplicable son los del país en donde debe efectivizarse la cautelar ordenada.

Los arts. 10 y 19 *in fine* del Protocolo adoptan el criterio de la autonomía de la cooperación cautelar. Coincidimos con Cecilia Fresnedo, que esta es una disposición clave que permite intervenir al juez requerido sin que ese actuar implique comprometer consecuencias futuras en ese caso.¹⁷ Establecen que “el cumplimiento de una medida cautelar por la autoridad jurisdiccional requerida no implicará el compromiso de reconocimiento

17 FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. “La cooperación cautelar internacional en el MERCOSUR” (International preventive co-operation, in *MERCOSUR*), *BIBLID* [1138-8552 (1999), 14; 55-72], p. 57. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/11501688.pdf>

o ejecución de la sentencia definitiva extranjera pronunciada en el proceso principal”. Y el art. 19 *in fine* especifica que “no se aplicará al cumplimiento de las medidas cautelares el procedimiento homologatorio de las sentencias extranjeras”.

El Protocolo nada ha previsto sobre las medidas cautelares territoriales. González Pereira lamenta que se haya omitido un tema de tal trascendencia en la regulación normativa específica para el MERCOSUR.¹⁸

Es loable que el Protocolo haya incluido una cláusula de compatibilidad, estableciendo que “no restringirá la aplicación de disposiciones más favorables para la cooperación contenidas en otras Convenciones sobre Medidas Cautelares en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados Partes” (art. 26). Ello significa, por ejemplo, que los Estados Parte de la CIDIP II y del Protocolo de Brasilia podrían recurrir a la primera en lo que fuere más favorable, no obstante haber ratificado con posterioridad el Protocolo sobre la misma materia. Así por ejemplo, podría darse esta situación en materia de cooperación de urgencia, regulada en el art. 10 de la CIDIP II, y no prevista en el Protocolo de Ouro Preto.¹⁹

Podemos concluir entonces, que el Protocolo de Ouro Preto completa la codificación regional del auxilio judicial internacional en materia civil, comercial y laboral, atendiendo un nivel cooperacional de especial relevancia como es el cautelar. La cooperación cautelar prevista por el Protocolo, y hoy efectivamente brindada entre los cuatro Estados Parte, contiene soluciones que progresan en algunos aspectos respecto a las de la CIDIP II.

III. Los hechos del caso

Señalaremos a continuación los hechos del caso Sotelo Buenaventura, Rubén c. Grupo Velox - Grupo Peirano indispensables para echar luz en su análisis y comentar su solución.

Se presentó ante la justicia argentina un exhorto remitido por el

18 GONZÁLEZ PEREIRA, Oscar D., Ob. cit. nota 11.

19 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Panorama de los Protocolos del MERCOSUR sobre Derecho Internacional Privado, con especial referencia a aquellos relativos a la cooperación jurídica internacional”, en *Del MERCOSUR*, Miguel Angel Ciuro Caldani (Coordinador), Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 226.

Juez de Primera Instancia en lo civil de 2º turno de Montevideo, República Oriental del Uruguay. El juez extranjero requirió que se notificara a Disco S.A. Argentina y a la Bolsa de Valores de Argentina las medidas cautelares de embargo y de no innovar, que habían sido decretadas en el marco del proceso que tramitaba en Uruguay, “Sotelo Buenaventura, Rubén y otros c. Grupo Velox-Grupo Peirano y otros s/ Cobro de pesos - daños y perjuicios”.

El exhorto indicaba que las medidas cautelares cuya notificación se solicitaba eran válidas y eficaces según el derecho uruguayo. Asimismo, que habían sido debidamente notificadas a Koninlijke Ahold y Disco Ahold International Holding en el domicilio constituido en el expediente uruguayo, por lo tanto se encontraban firmes.

Disco S.A. al ser notificado de la providencia del juez argentino que daba curso a la rogatoria, presentó un recurso de reposición, con apelación en subsidio, contra el proveído del juez exhortado.

IV. La decisión judicial

1. Sentencia de Primera Instancia

La decisión del Juez de Primera Instancia fue dar curso a la cooperación internacional solicitada por el juez uruguayo requirente. La demandada -Disco S.A.- se opuso a ella y presentó un recurso de reposición, con apelación en subsidio, contra el proveído mencionado. Los recursos fueron sustanciados por el Juez de Primera Instancia en lo comercial, rechazando el primero y concediendo el de apelación.

2. Dictamen de la Fiscal de Cámara

Considera el dictamen que bajo la apariencia de una mera notificación de ciertas medidas cautelares -válidas y eficaces en el derecho uruguayo, según constaba en el texto del exhorto- se estaba requiriendo la traba misma de las medidas precautorias. Justifica su consideración en que la sociedad destinataria de la notificación no hubiera tenido otra alternativa que cumplir con lo que se solicitaba, que en definitiva era el carácter de una medida precautoria.

Es por ello que expresa que al caso debía aplicársele el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares. Por lo que, la rogatoria no cumplía con uno de los requisitos formales previstos en el art. 21, inc. b del Protocolo citado, ya que no se había adjuntado copia autenticada de la demanda principal. Observa el dictamen que la única documentación acompañada -emanada de la actora- fue el escrito en el que solicitara el libramiento del exhorto a los fines de notificar el dictado de las medidas cautelares decretadas por el tribunal uruguayo.

El incumplimiento de este requisito fue considerado obstáculo para que se procediera a la cooperación solicitada por el tribunal extranjero, ya que no se trataba de un mero prurito formal, sino de una exigencia que debía ser vinculada con la disposición del art. 17 del Protocolo.

Rehusar el cumplimiento de un pedido de cooperación cautelar cuando éste sea manifiestamente contrario a su orden público internacional, es de una excepcionalidad tal que requiere para su evaluación no sólo el estudio del exhorto que se remita sino también el de la demanda que lo origina. Este mínimo control podría ser ejercido si al menos el juez del Estado requerido contara con la posibilidad de examinar aquellos elementos esenciales como son los sujetos, el objeto y la causa del proceso. Al no contar el tribunal con los elementos necesarios (falta de la demanda ante el tribunal uruguayo), el dictamen -fechado en febrero de 2006- expresa que debía hacerse lugar al recurso y se debía disponer que hasta tanto la actora en el proceso que tramitaba en el Uruguay cumpliera la exigencia de acompañar esa documentación, no se diera curso a la rogatoria.

3. Sentencia de Segunda Instancia

En mayo de 2006, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, resolvió -siguiendo el dictamen fiscal- que el auxilio solicitado pretendía realizar en nuestro país, en realidad, el cumplimiento de medidas cautelares y no meramente el de diligencias de mero trámite.

La normativa aplicable a la cooperación solicitada era el Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto, que impone, sin perjuicio de lo que se resolviera en definitiva, que no se pudiera acceder en ese momento a lo peticionado por la actora, hasta tanto no se cumplimentara íntegramente el contenido de la carta rogatoria, es decir que se adjuntara la demanda

incoada ante los tribunales uruguayos. La necesidad de contar con la documentación faltante se basaba también en que la destinataria de la medida se había opuesto a la procedencia del auxilio con base en la existencia de una resolución en sentido contrario dictada en el marco de un pleito habido entre ambas partes en trámite ante del Juzgado n° 4 del fuero comercial de nuestro país. La decisión, en definitiva, acogió la apelación contra la cooperación cautelar, que fue denegada.

V. Análisis del caso

1. Objetivo de la cooperación jurídica requerida

Este aspecto es de fundamental importancia a efectos de evaluar la cooperación requerida desde el Uruguay. Lo que verificó el tribunal fue esencial para determinar la fuente normativa aplicable según el grado de cooperación que se estaba realmente solicitando por parte del tribunal uruguayo. No se trataba, como aparentaba *prima facie*, de una simple cooperación de mero trámite, sino que se estaba frente a un caso de cooperación cautelar.

No hay dudas de que la cooperación internacional se rige por el principio “*in dubio pro cooperationis*” (art. 1.2 de los Principios TRANSJUS), pero los requisitos de control para proceder a cumplirla dependen de dos elementos generalmente reconocidos: la durabilidad de la medida y el grado de coerción que la misma implique. Es lo que podemos denominar como la “intensidad” de la cooperación.

El grado de intensidad de la cooperación, condiciona la elección de la fuente aplicable y, por ende, los requisitos exigidos para el cumplimiento de lo solicitado. A mayor intensidad, mayor control y mayor aplicación de la ley local del Estado exhortado. La doctrina ha distinguido tradicionalmente entre 3 y 4 grados de cooperación internacional, según estos criterios que hemos indicado (grado de coerción que requiera la medida y la durabilidad de la misma).²⁰ Diferenciamos la cooperación de mero trámite (primer grado), la probatoria (segundo grado), la cautelar (tercer grado) y el reconocimiento y/o ejecución de sentencias extranjeras (cuarto grado). Dependiendo de la intensidad o el grado de cooperación

20 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *Derecho Internacional Privado*, Montevideo, La ley, 2010, p. 18.

judicial requerida, se determinan los controles o requisitos que el juez exhortado debe exigir, y se incrementa el papel regulador del mismo juez.

A pesar de que acordáramos la aceptación de estos grados de cooperación junto a la doctrina mayoritaria, Vécovi ha sostenido que “la diferencia entre un grado y otro no es tajante, puede haber zonas grises”.²¹ Y ello porque la solicitud realizada por el juez exhortante, puede en muchos casos suponer consecuencias absolutamente definitivas en cuanto a la determinación del derecho de fondo, pero a la vez puede prescindir de la necesidad de coacción para su cumplimiento. Y viceversa, puede ocurrir que la medida no sea definitiva, pero requiera un grado de coerción importante (por ejemplo, un embargo preventivo). De manera que estos criterios -coerción y durabilidad- deben analizarse caso a caso, para determinar el grado de control exigible sobre la sentencia extranjera, para decidir sobre su cumplimiento.

El universo de la cooperación, como ocurre en este caso, no se agota en los típicos grados descriptos. Por lo tanto, debemos estudiar siempre el contenido de la decisión extranjera para determinar la intensidad del auxilio y así establecer los controles necesarios.

Otro aspecto importante a tener en cuenta es que no debe confundirse la forma de la decisión extranjera que la dispone con el grado de cooperación. Lo que marca el grado de cooperación no es esa forma ni el tipo de proceso llevado a cabo, sino la pretensión del tribunal exhortante contenida en la misma y los efectos que ella produce en las personas y bienes afectados. ¿Se requiere coerción? ¿Son sus efectos definitivos respecto de las personas a quien afecta o a su patrimonio? Ese es el punto. Y en base a estos interrogantes es que debemos determinar la normativa aplicable e implementar los controles necesarios para determinar si se debe o no cumplir con el pedido de cooperación.

2. Rol activo del juez para sortear formalismos

Si bien el juez extranjero requirió que se notificara a Disco S.A. Argentina y a la “Bolsa de Valores Argentina”, al ser ésta última una institución inexistente, el tribunal requerido comprendió y aceptó que las medidas cautelares de embargo y de no innovar solicitadas se dirigían,

21 VÉCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional*, Montevideo, Idea, 2000, p. 99.

en realidad, a la Bolsa de Valores de Buenos Aires. A partir de esta corrección interpretativa que permitió llegar a quienes estaban destinadas las medidas, la justicia argentina procuró garantizar, de manera razonable, su cumplimiento. Haber procedido de otra manera hubiera implicado un absurdo retraso y una violación al principio de “activismo judicial transnacional” -como lo describe los Principios TRANSJUS (art. 1.1.f.)- que impone a los jueces y demás operadores de justicia la obligación de asumir un rol activo en la realización efectiva de la justicia, sorteando los formalismos legales que la pudieran entorpecer.

El Protocolo de Ouro Preto en sus considerandos menciona la importancia y la necesidad de hacer viable la cooperación cautelar y en el art. 21, último párrafo dispone que las medidas cautelares serán cumplidas, salvo que faltaren requisitos, documentos o información considerados fundamentales. En el caso, la errónea mención de una de las partes no fue considerada de suficiente entidad como para no poder ser subsanado dicho error de denominación.

3. Omisión de requisitos formales necesarios

Hoy en día, son sumamente restringidos los motivos fundados por los que consideramos puede ser negado el cumplimiento de un exhorto. Analizándolos, entre ellos encontramos la omisión de requisitos formales, que siempre es subsanable y permite el posterior cumplimiento. El exhorto encuentra su eficacia jurídica en el respeto al proceso como concatenación de actos estrictos y formales. Por ello, el exhorto debe poseer documentación agregada, que será en definitiva la que justificará la petición.

El Protocolo de Medidas Cautelares ha regulado en forma precisa y especial los requisitos de los exhortos, y las vías de transmisión del requerimiento del juez que ordena la medida al juez que debe efectivizarla.²² Así, dispone que la comunicación de un juez a otro se hará mediante exhortos o cartas rogatorias que pueden ser transmitidos al órgano requerido por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos, por la Autoridad Central del Estado requirente y requerido o por las propias partes interesadas (art. 19).

²² Ver GONZÁLEZ PEREIRA, Oscar. “Cooperación cautelar en el Derecho Internacional Privado”, JA 2000-III-1242.

El Protocolo exceptúa del requisito de las legalizaciones cuando el exhorto se diligencie por intermedio de la Autoridad Central o cuando provenga de jueces o tribunales de zonas fronterizas de los Estados Parte (art. 19 párrs. 2º y 4º).

El exhorto que ordena una medida cautelar deberá ir acompañado de:

1. copia auténtica de la demanda, de la petición de la medida cautelar y de la providencia que la decretó; documentación anexa y providencia o auto fundado que la decreta (art. 21 b, c y d). En el caso que ya se hubiera dictado sentencia, se acompañará ésta en vez de la demanda y documentación anexa.
2. información acerca de las normas procesales que establezcan algún procedimiento especial que el órgano jurisdiccional requirente solicitare que observe el órgano jurisdiccional requerido (art. 21 inc. e), de lo contrario, el juez requerido tramitará el exhorto de acuerdo a su propia ley procesal.
3. información acerca de la existencia y domicilio de la defensoría de oficio o de sociedades de auxilio legal competentes en el Estado requirente (art. 22).
4. identificación y domicilio del juez o tribunal que libra el exhorto (art. 21 inc. a).

La omisión del requisito formal de acompañar copia auténtica de la demanda prevista en el art. 21 inc. b. fue considerada que no era superflua a los fines de la traba de medidas cautelares en el país. A pesar de que, repetimos, es subsanable y permite el posterior cumplimiento de la medida, se consideró que a los efectos de la evaluación del requisito de fondo necesario en una cooperación cautelar era imprescindible contar con la copia de la demanda. Ergo, el requisito formal se volvió ineludible.

4. ¿Evaluación del orden público internacional en el caso?

Como requisito sustancial o de fondo en el auxilio cautelar encontramos la no afectación del orden público internacional del Estado requerido. El orden público internacional es un límite general, que puede afectar no sólo a la cooperación cautelar, sino a todo tipo de auxilio judicial internacional.

En materia de medidas cautelares, el orden público internacional no presenta mayores particularidades. Tanto la CIDIP II como el Protocolo de Ouro Preto han tomado como fuente de inspiración el texto de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979, que establece en nuestro continente principios básicos de la Teoría General del Derecho Internacional Privado.²³

El art. 17 del Protocolo faculta a las autoridades jurisdiccionales del Estado requerido a rehusar el cumplimiento de medidas cautelares, cuando éstas fueren “manifiestamente contrarias a su orden público”. En el caso del MERCOSUR, siendo un proceso de integración, la excepción de orden público debe ser interpretada de manera restrictiva para que invocaciones abusivas de la misma no se traduzcan en trabas a la adecuada regulación de las relaciones privadas internacionales o en inmotivadas causas de denegación de prestación de auxilio jurídico internacional. Es así que el concepto de orden público debe ser concebido en el sentido de orden público internacional.

La Cámara de Apelaciones a fines de realizar la evaluación del orden público internacional requería contar con la copia de la demanda, por lo que rechazó el pedido de cooperación por esa circunstancia. Asimismo, entendió el tribunal que también era necesario contar con la copia de la demanda a efectos de poder resolver la oposición a la medida presentada por la actora (art. 9) con base en la existencia de una resolución en sentido contrario dictada en el marco de un pleito habido entre ambas partes en trámite ante otro tribunal de nuestro país. Aquí vemos patente el principio de defensa en juicio preservado por el orden público internacional argentino. Creemos que lo resuelto en el caso *Riopar c. Transportes Fluviales Argenrío*²⁴ podría ser aplicado en este aspecto de la sentencia en tanto el principio del debido proceso adjetivo está consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, integrando el orden público internacional argentino y a él debe conformarse todo procedimiento jurisdiccional que se lleve a cabo en jurisdicción argentina. La idea es que cuando una parte es colocada en situación de indefensión se afectan principios constitucionales que integran el orden público internacional argentino, lo cual obsta al cumplimiento de la rogatoria.

23 Sobre la CIDIP II de Normas generales del DIPr ver FERMÍ, Eduardo L. “Convención Interamericana sobre Normas Generales”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, apéndice V, 1987, pp. 209-217.

24 CSJN, 15/10/96, *Riopar S.R.L. c. Transportes Fluviales Argenrío S.A.*, Fallos 319:2411, LL 1997-A, p. 227, DJ 19971, p. 506 y en: <http://fallos.diprargentina.com/2007/03/riopar.html>

La doctrina y el pensamiento americano ha receptado lo aquí planteado, en los Principios TRANSJUS en el art. 1.1. que establece que en el ámbito de los procesos a que den lugar los litigios transnacionales los jueces y demás autoridades estatales procurarán garantizar, de manera razonable, el cumplimiento, entre otros, del principio de “máximo respeto de los derechos humanos y acceso a la justicia”. En relación a la interpretación jurídica, el art 1.2. receta el principio del “diálogo de fuentes” a la luz de los derechos humanos. Los jueces y demás operadores jurídicos interpretarán las normas substantivas y procesales no solo en función de su texto, sino atendiendo también a sus finalidades, haciendo una coherente aplicación con los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos y los valores que inspiran la generalidad de las constituciones modernas. Reforzado lo anterior por el art. 4.1. al disponer que se podrá imponer limitaciones a la obligación de cooperación interjurisdiccional cuando exista un fundamento basado en una razonable y necesaria protección de los derechos fundamentales, o que la cooperación solicitada comporte una violación manifiesta a los principios esenciales del ordenamiento jurídico del Estado requerido.

VI. Conclusiones

Luego de transitar por una de las piezas de la saga del Grupo Velox, que tanto ha desvelado a los operadores económicos y del derecho en la primer década del nuevo Siglo, nos ha permitido analizar cuestiones relativas a la cooperación jurídica intencional en tanto parte integrante del contenido del Derecho Internacional Privado y llegar a las conclusiones que líneas abajo siguen.

Es indispensable encuadrar, en la práctica más allá de los rótulos, la cooperación jurídica internacional requerida por un tribunal extranjero a efectos de determinar la fuente normativa aplicable según el grado de cooperación “real” solicitado ya que los requisitos de control para proceder a cumplirla dependen de dos elementos generalmente reconocidos: la duración de la medida y el grado de coerción que la misma implique.

La cooperación cautelar en el MERCOSUR se encuentra regulada por el Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994, sin perjuicio de la aplicación de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, Montevideo 1979 (CIDIP II) cuando fuera más favorable a la cooperación.

La omisión de requisitos formales en la tramitación del exhorto que viabiliza la cooperación cuatelar no obsta a la procedencia de ella. Los jueces y demás operadores de justicia tienen la obligación de asumir un rol activo en la realización efectiva de la justicia, sorteando los formalismos legales que la pudieran entorpecer. Empero, si esa omisión acarrea consecuencias que pueden vincular dicho requisito con cuestiones de orden público internacional podrá actuar como impedimento del auxilio solicitado. Ello sin perjuicio de que el incumplimiento sea susceptible de ser subsanado y permita el posterior cumplimiento de la medida.

El principio del debido proceso adjetivo, consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, integra el orden público internacional argentino y a él debe conformarse todo procedimiento jurisdiccional que se lleve a cabo en jurisdicción argentina. Si así no lo fuera, ello obsta al cumplimiento de la rogatoria ya que están involucrados Derechos Humanos, entendidos como derechos fundamentales que no pueden ser violentados cuando la cooperación solicitada importa un flagrante quebrantamiento de los principios esenciales del ordenamiento jurídico del Estado requerido.

EXHORTO INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO MERCOSUREÑO

**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial -
Sala E - “Varessio, Luis Paulino Gerónimo c. Peirano
Basso, Dante y otros s. Exhorto”, 20/09/07**

*Analía N. Consolo**

*Romina V. Bianchini***

*Mario Gustavo Carrizo Adris****

Sumario: I. Breve aproximación al tema; II. Marco normativo: 1. Cooperación Jurisdiccional Internacional. A) Tratados de Montevideo 1889 y 1940. B) Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP). C) La cooperación judicial en el ámbito del MERCOSUR. D) Protocolo de Medidas Cautelares (Protocolo de Ouro Preto). E) Derecho Internacional Privado argentino en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación; III. Hechos del caso; IV. La decisión judicial; V. Análisis del caso; VI. Reflexiones finales.

* Profesora Titular por Concurso en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y de Arbitraje Comercial Internacional en la UNLP y de la UADE. Especialista en Relaciones Internacionales. Directora de Seminarios y cursos de Arbitraje en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Profesora y coach a cargo de la preparación de los equipos que participan de las Competencias Internacionales de Arbitraje Comercial y árbitro en las mismas de la UNLP. Es Juez de Garantías del Joven, Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil en la Provincia de Bs. As.

** Abogada y Escribana egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Docente en Cátedra de la Dra. Analía Consolo en DIPr y de Seminarios de Arbitraje en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Docente y coach de equipo participante de Competencia Internacional de Arbitraje Comercial por UNLP.

*** Profesor Titular de Derecho Internacional Público y de las Integraciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora de Derecho Internacional Privado UADE. Doctor en Derecho UBA. Maestría en Educación Superior UP.

I. Breve aproximación al tema

El análisis del fallo que se trata en estas páginas, aborda la petición de una medida cautelar invocada por ante los tribunales uruguayos para que la misma sea ejecutada por los tribunales de Argentina, a efectos de garantizar derechos vinculados a un proceso principal en trámite. Se trata de la traba de medidas cautelares impetradas en una demanda fundada en los perjuicios causados por el incumplimiento de un contrato bancario cuyo lugar de celebración y cumplimiento habría sido la República Oriental del Uruguay y varios demandados están domiciliados en el país, con la existencia bienes en la República Argentina.

En virtud de ello se analizan: la jurisdicción del juez exhortante, los recaudos para que pueda ejecutarse la medida, el control legal que realiza el juez requerido y el rol que juega la legislación aplicable interna e internacional.

II. Marco normativo

En cuanto a la legislación aplicable en esta materia y que, resulta vinculante entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, cobra vida la cooperación internacional en tanto que ella supone un compromiso para el juez del Estado cooperador (requerido), sin la cual nada de todo lo actuado tendría sustento, analizando detenidamente la competencia judicial de quién debe actuar en cada etapa, ponderando sin más el principio del acceso a justicia, entendiendo que éste implica un derecho humano fundamental y un valor esencial que debe respetarse por todos los Estados del mundo globalizado.

Así entonces, las fuentes normativas que se vinculan con la materia en análisis ya se encontraban presente entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina, en los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo 1889,¹ arts. 9 a 12 y 1940,² arts.11 a 13.

Con los trabajos emprendidos dentro del ámbito regional de la OEA, especialmente en el Derecho Internacional Privado, se avanza hacia una codificación americana específica en materia de medidas cautelares,

1 Montevideo, 12/02/1889. Argentina Ley N°3192, 06/12/1894. Uruguay, Ley N° 2207, 03/10/1892.

2 Montevideo, 19/03/1940. En Argentina Decreto-Ley 7771, 27/04/1956.

así la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (CIDIP I) de Panamá 1975 y la Convención Interamericana sobre cumplimiento de Medidas Cautelares (CIDIP II Montevideo 1979).

En el MERCOSUR y dentro del marco de los Estados firmantes del Tratado de Asunción, encontramos el Protocolo de medidas cautelares de Ouro Preto, regulación que goza de autonomía respecto a la materia cautelar.

En cuanto a las normas internas sobre medidas cautelares en Argentina, las mismas han sido reguladas en los arts. 195 a 237 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN).

1. Cooperación Jurisdiccional Internacional

La “cooperación internacional” se enmarca dentro del derecho procesal internacional, siendo el instituto que “consiste en la entreeyuda que se prestan los órganos jurisdiccionales de los Estados con el propósito de no interrumpir la continuidad de un proceso incoado ante un tribunal, que –a ese efecto- se ve necesitado de solicitar asistencia a otro tribunal foráneo”.³ Es entonces como nos enseña Diego Fernández Arroyo, una consecuencia lógica e inevitable del principio de igualdad de trato, dado que la no cooperación injustificada de las autoridades de un Estado puede significar un obstáculo insalvable y fatal para el ejercicio del derecho de acceso a justicia.⁴ Además la cooperación judicial internacional supone un importante compromiso para el juez del estado requerido.⁵

A) Tratados de Montevideo 1889 y 1940

Estos tratados que nos rigen desde hace décadas como instrumentos de cooperación jurisdiccional internacional y del que forman parte los países integrantes del MERCOSUR, regularon la materia cautelar pero no en forma autónoma, considerando que su tratamiento

3 DREYZIN DE KLOR, Adriana. “La cooperación jurídica internacional: instrumento imprescindible para la integración”, en: SCOTTI, Luciana, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2017, pp. 240 ss.

4 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. “Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 2: Jurisdicción Insternacional”, en: SCOTTI, L. *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2017, pp 242 ss.

5 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Dimensión judicial del caso privado internacional. análisis en especial de la cooperación judicial internacional de mero trámite, probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y del MERCOSUR”, en: SCOTTI, L. *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2017, pp. 223 ss.

fue dispensado a la materia procesal civil en su conjunto.

Dentro del ámbito material de aplicación, ambas convenciones tratan de manera amplia lo referente a las “diligencias preventivas”.⁶ Y en lo concerniente al ámbito de aplicación espacial el Tratado de Derecho Procesal Civil Internacional de Montevideo de 1889, ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, con adhesión de Colombia y firmado por Brasil fue sustituido por su par de 1940, ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay pero a su vez dichos Estados han ratificado la Convención Interamericana de 1979 sobre la materia por lo cual ésta sustituye al texto de 1940, conforme al art. 30 de la Convención de Viena de 1986 sobre el derecho de los Tratados⁷ que nos dice: “Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último”.

B) Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP)

Las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs) han contribuido a la cooperación judicial en América y especialmente a la materia cautelar. Esta nueva generación de convenciones interamericanas reafirman la tradición regionalista y codificadora del derecho internacional privado latinoamericano, pero bajo un rumbo más sectorializado y progresivo que el perseguido a comienzos de siglo.⁸

En la cuestión que nos convoca, la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares⁹ (CIDIP II) constituye un ejemplo claro de la cooperación judicial a la que hacíamos referencia, este instrumento amplió el marco de la cooperación y el auxilio judicial internacional.¹⁰

6 Art 10 del Tratado Procesal Internacional de Montevideo dice: “Cuando los exhortos o cartas rogatorias se refieran a embargos, tasaciones, inventarios o diligencias preventivas, el juez exhortado proveerá lo que fuere necesario respecto al nombramiento de peritos, tasadores, depositarios y en general a todo aquello que sea conducente al mejor cumplimiento de la comisión”.

7 Viena, 23/05/1969. En Argentina Ley N° 19865, 3/10/1972. En Uruguay Decreto-Ley N° 15.195, 19/10/1981.

8 ECHEGARAY DE MAUSSION, Carlos E. “*Conferencias especializadas interamericanas sobre derecho internacional privado*”, Ed. Alveroni, Buenos Aires, 2003, pp.9 ss.

9 Aprobada en Argentina por ley N° 22921 del 21/09/1983. Uruguay Ley N° 14.953, del 18/12/1979.

10 DE MAEKELT, Tatiana B. “General rules of private international law in the Americas : new approach” en:

Por el art. 1 y dentro del ámbito material de aplicación quedan comprendidos todos los procesos o medios que tiendan a garantizar los resultados o efectos de un proceso presente o futuro, en relación a la seguridad de las personas, los bienes o las obligaciones de dar, de hacer o no hacer.¹¹ Ampliando el mismo criterio, el art. 2 establece que “Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes en esta Convención darán cumplimiento a las medidas cautelares que, decretadas por jueces o tribunales de otro Estado Parte, competentes en la esfera internacional, tengan por objeto: a. El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de las personas, (...); b. El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de los bienes, tales como embargos y secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles, inscripción de demanda y administración e intervención de empresas”.

Es más extenso en su enumeración el art. 2 en comparación con el art. 1, dejando a salvo la no ejecución de la medida en el supuesto que se viole el orden público internacional del Estado solicitado, (cláusula de salvaguardia del orden público art. 12).

Los arts. 3 y 4 se refieren a las atribuciones reconocidas a los jueces de los estados requeridos para el cumplimiento de las medidas cautelares. De manera tal que, mientras la procedencia de la medida corresponde al juez requirente (art. 3), la ejecución de la misma, así como la contracautela o garantía, serán resueltas por el Juez requerido conforme a la *lex fori*.

En el art. 5 se contempla el derecho de la persona afectada por la traba de un embargo o cualquier otra medida cautelar en materia de bienes para deducir ante el Juez que libró el exhorto o carta rogatoria, la tercería u oposición pertinente, con el objeto de que sea comunicada al Juez de origen al devolverse el exhorto con el fin que suspenda el proceso principal, para que el accionado haga valer sus derechos en un plazo no mayor de sesenta días.

El art. 6 incorpora el principio de autonomía cautelar y dice que “el cumplimiento de medidas cautelares por el órgano jurisdiccional requerido no implicará el compromiso de reconocer y ejecutar la sentencia extranjera que se dictare en el mismo proceso”.

Recueil des cours, Kluwer Academic Publishers, Leiden Países Bajos, T. IV vol. 177, 1982, pp. 234.

11 PARRA ARANGUREN, Gonzalo, “Recent developments of conflict of laws conventions in Latin America”, en: *Recueil des cours*, Kluwer Academic Publishers, Leiden Países Bajos, T. III vol. 164, 1979, pp. 137.

En el art. 12 se encuentra plasmado el principio de orden público cuando el Estado requerido determina rehusar el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria por ser manifiestamente contrario al mismo.

Los arts. 13 a 16 se refieren a la tramitación de las medidas cautelares mediante carta rogatoria con determinados recaudos formales que deberán cumplimentarse. El recurso de la carta rogatoria para la ejecución de medidas cautelares ha sido objeto, sin embargo de críticas y quizás uno de los elementos que determinó la escasa ratificación de este instrumento.¹²

Por el art. 18 queda claro que la inclusión de esta norma favorece la coexistencia de instrumentos internacionales sobre medidas cautelares, solucionando los posibles conflictos de normas que pudieren devenir entre aquellos.

C) La cooperación judicial en el ámbito del MERCOSUR

El MERCOSUR ha optado por una unificación fragmentaria y parcial, obteniendo un cierto éxito en la unificación de las reglas de procedimiento civil internacional, que contribuyen a la integración jurídica regional.¹³ La cooperación judicial en el espacio del MERCOSUR se ha regulado mediante diversos protocolos e instrumentos anexos, a saber:

- El Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del MERCOSUR (Protocolo de Las Leñas).¹⁴ Existe además un Acuerdo Complementario.
- El Protocolo de Medidas Cautelares,¹⁵ que se encuentra vigente entre todos los Estados Partes del MERCOSUR y un Acuerdo complementario.¹⁶

12 SOUTO COSTA CERRERIA, Marcio Vieira. “O cumprimento de medidas cautelares nos processos transnacionais”, en: BORBA CASELLA, Paulo, ARAUJO, Nadia de (coord.), *Integração Jurídica Interamericana*, LTr., San Pablo, 1998, pp. 304.

13 LIMA MARQUES, Claudia. “Procédure civile internationale et MERCOSUR”, *Rev. dr. Unif*, 2003-1/2, pp. 483.

14 CMC Decisión 5/92, aprobada por Argentina por Ley 24.578 del 25/10/1995, publicada en el BO el 21/11/1995, por Brasil por decreto federal 2067 del 12/11/1996 y publicado en el DOU el 13/11/1996, por Paraguay por Ley N° 270/93 del 13/09/1995, publicada en la GO el 16/03/1996, por Uruguay por Ley 16.971 del 15/06/1998, publicado en el DO el 2/07/1998. Entró en vigencia el 17/03/1996.

15 CMC Decisión 27/94, aprobada por Argentina por Ley 24.579. del 25/10/1995, publicada en el BO el 27 de noviembre de 1995, por Brasil Decreto 2.626 del 15/06/1998, publicado en COU el 16/06/1998, por Paraguay por Ley N° 619/95 del 6/08/1995, por Uruguay por Ley N° 16.930 del 20/04/1998, publicada en el DO el 29/04/1998. Entró en vigencia el 13/04/1996 para Argentina y Paraguay, para Brasil el 18/04/1997 y para Uruguay el 10/09/1998.

16 Decisión CMC 09/97: Acuerdo Complementario al Protocolo de Medidas Cautelares.

Con la incorporación de la República de Bolivia y de Chile en calidad de Estados Asociados al bloque regional, se arribó a un nuevo “Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Parte del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile” que contiene modificaciones mínimas de adaptación.¹⁷ Como consecuencia de las modificaciones efectuada en dicho “Acuerdo” y a efectos de salvaguardar el paralelismo de las soluciones por éste aportadas y entre las disposiciones del Protocolo de Las Leñas, se elaboró un “Acuerdo de Enmiendas” a fin de compatibilizar ambos textos.¹⁸

D) Protocolo de Medidas Cautelares (Protocolo de Ouro Preto)

El Protocolo de Ouro Preto, aplicado y seguido en el presente caso, constituye un instrumento que reglamenta y ordena el cumplimiento dentro del MERCOSUR de aquellas medidas cautelares que tienen por objeto “...impedir la irreparabilidad de un daño en relación a personas, bienes u obligaciones de dar, hacer o no hacer” (art. 1)¹⁹ dictadas por jueces de los estados ratificantes del Tratado de Asunción y por ende, miembros del MERCOSUR, competentes en el orden internacional.²⁰

En el art. 2 determina que las medidas cautelares “...podrán ser solicitadas en procesos ordinarios, ejecutivos, especiales o extraordinarios, de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil”, permitiendo asimismo la admisión de “...medidas cautelares preparatorias, las incidentales de una acción principal y las que garanticen la ejecución de una sentencia”, acorde con el art. 3.

El Protocolo de Medidas Cautelares de 1994, nos señala que Juez requirente, es el del Estado donde tramita o donde deberá tramitar el proceso principal, y es quien va a resolver sobre la admisibilidad de la medida cautelar y aplicará su ley (art. 5). Que serán los Jueces o Tribunales

17 Decisión del CMC 8/02: Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los estados partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile.

18 Decisión del CMC 7/02: Enmienda al protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los estados partes del MERCOSUR.

19 Objeto de protocolo, art. 1: “El presente protocolo tiene por objeto reglamentar, entre los estados partes del tratado de asunción, el cumplimiento de medidas cautelares destinadas a impedir la irreparabilidad de un daño en relación a personal, bienes u obligaciones de dar, hacer o no hacer”.

20 UZAI, María E. “Los particulares y el acceso a la jurisdicción en el marco del MERCOSUR Protocolos de Las Leñas, Ouro Preto y Buenos Aires”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 166-168, B-347, Buenos Aires, Ed Depalma, 1995.

del Estado requerido quienes resolverán la ejecución de la medida cautelar y su contracautela o garantía (art. 6). Agregando el art. 7 que también los mismos Jueces o Tribunales del Estado requerido resolverán las modificaciones en el curso del proceso que se justificaren para su correcto cumplimiento, para su reducción o sustitución si correspondiere; como también las sanciones por peticiones maliciosas o abusivas y finalmente las cuestiones relativas al dominio y demás derechos reales. Por el art. 8 se dispone que “el Juez o Tribunal del Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de la medida, o, en su caso, disponer su levantamiento, cuando sea verificada su absoluta improcedencia, de conformidad con los términos del Protocolo”.

El art. 10 prevé la autonomía de la Cooperación Cautelar que significa que “El cumplimiento de una medida cautelar por la autoridad jurisdiccional requerida no implicara el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera pronunciada en el proceso principal”. Estableciendo además que: “La autoridad Jurisdiccional del Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de una carta rogatoria referente a medidas cautelares, cuando éstas sean manifiestamente contrarias a su orden público” (art.17).

En la práctica, este Protocolo complementa la codificación regional en materia de cooperación judicial internacional, regulando en particular la cooperación cautelar no abarcada por el Protocolo de Las Leñas, ambas convenciones permiten superar las disparidades creadas entre los países del Sistema del Plata (Argentina, Paraguay y Uruguay) ratificantes de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y el Código de Bustamante vigente en el Brasil y además al ser posteriores han logrado desarrollar en forma más detallada algunos aspectos de la cooperación cautelar internacional. En esto último es menester comprender que está dentro del espíritu de este Protocolo de Medidas Cautelares el no restringir la aplicación de disposiciones que sean más favorables para la cooperación que estén contenidas en otras Convenciones y se encuentren en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados Partes (art. 26).

E) Derecho Internacional Privado argentino en el Código Civil y Comercial de la Nación

El derecho internacional privado de fuente interna tiene su tratamiento en el Libro Sexto, Título IV, Capítulo 2 -Jurisdicción

Internacional- en donde en el art. 2603 se refiere a Medidas Provisionales y Cautelares, regulando la competencia internacional del Juez argentino en materia cautelar. Dicho artículo prevé las siguientes situaciones: cuando el juez argentino en ejercicio de la competencia internacional dicta medidas cautelares. Cuando el juez argentino es llamado a colaborar con el juez extranjero a cargo de la cuestión de fondo, en el caso que los bienes o las personas se encuentren o puedan encontrarse en el país, o en casos de urgencia aun careciéndose de competencia internacional para entender en el proceso principal. Finalmente, también se habilita la competencia del juez nacional para el dictado de medidas cautelares en el supuesto que la sentencia dictada por el juez extranjero deba ser reconocida o ejecutada en el país. Deja a salvo que el cumplimiento de una medida cautelar por el Juez argentino no implicará el compromiso del reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera pronunciada en el juicio principal.

La fuente de este precepto se puede encontrar en la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (CIDIP II 1979) y en parte en el Protocolo del MERCOSUR de Medidas Cautelares (1994). Esta norma se aplicará ante la ausencia de un tratado o convención internacional, su ámbito de aplicación material será el de casos iusprivatistas con elementos extranjeros. De manera que debe desecharse cualquier intención de extender la aplicación de lo aquí regulado al ámbito interno ya que ello implicaría vulnerar el orden constitucional e invadir el ámbito procesal propio de los ordenamientos jurídicos provinciales.

En Argentina, la organización federal de nuestro Estado, se manifiesta en la descentralización de la administración de justicia con la diversidad regulatoria en materia procesal, constituyendo un obstáculo a la cooperación judicial.²¹

Si bien esta norma se ha sancionado con posterioridad a las resultas del presente caso analizado, la temática forma parte integrante de nuestro CCyCN vigente en la actualidad.

III. Hechos del caso

La situación fáctica planteada aquí está dada por un exhorto

21 NOODT TAQUELA, María Blanca. "Los procesos a distancia y otros modos de cooperación judicial internacional en el MERCOSUR", *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Gran Cuyo n. 15, 1998, pp. 191-191.

solicitado por la Juez oficiante de la República Oriental del Uruguay, a su par argentino requiriéndole ejecutar una medida cautelar de no innovar, referida a la prohibición de venta de acciones de Disco Ahold International Holdings NV y Disco S.A. Argentina transferidas por Velox Retail Holdings a Royal Ahold y dos embargos preventivos sobre acciones de las mencionadas sociedades.

Las partes vinculadas y demandadas en el proceso están domiciliadas en el Uruguay, sin embargo tienen acciones que constituidas en la República Argentina.²²

IV. La decisión judicial

En la Primera Instancia el Juez *a quo* dio curso al exhorto que libró el Juzgado Letrado de primera instancia de Concursos de Primer Turno de la Ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, para que se hagan efectivas las medidas precautorias decretadas por la Jueza uruguaya en autos: “Varessio, Luis Paulino Gerónimo c/ Peirano Basso, Dante y otros s/Exhorto”.

Las medidas requeridas en el exhorto de la Magistrada uruguaya consistieron en: prohibición de venta de las acciones de Disco Ahold Internacional Holding NV²³ (DAIH) y Disco S.A Argentina, objeto de una acción pauliana, que habían sido transferidas por Velox Retail Holding²⁴ (VRH) y transferidas a Royal Ahold en el año 2002; la traba de un embargo sobre 2116 acciones de Disco Ahold Internacional Holding (DAIH) que pertenecían a Velox Retail Holding (VRH) y fueron transferidas a Royal Ahold; y embargo de las acciones de Disco S.A, propiedad de Disco Ahold International Holding NV o de Royal Ahold.²⁵

La concreción de las medidas cautelares consistía en comunicar al registro de acciones argentinas (Ley 23.299), a la Comisión Nacional de Valores de la República Argentina y a las sociedades involucradas para que anoten en el libro de registro de acciones o en los respectivos títulos, según correspondiera.

22 CNCom., sala E, 20/09/07, Varessio, Luis Paulino Gerónimo c. Peirano Basso, Dante y otros s. exhorto.

23 Se abreviara DAIH.

24 Se abreviará VRH.

25 CNCom., sala E, 20/09/07, Varessio, Luis Paulino Gerónimo c. Peirano Basso, Dante y otros s. exhorto.

Disco Ahold International Holdings NV (DAIH) y Disco S.A apelaron la decisión del Juez argentino que dio curso a la rogatoria, fundando sus recursos en varios puntos a saber: I) Ausencia de copia de la demanda principal en el exhorto enviado por la jueza requirente(art. 21), II) falta de fundamentación de la medida cautelar otorgada, remitiendo a las constancias del expediente principal para la concesión de la misma, III) omisión de designación de la persona que afrontaría gastos y costas -requisito formal para la procedencia del exhorto- y IV) ausencia de petición de contracautela por parte del Juez requerido, entre otras.

De la Resolución de la Cámara:²⁶ El decisorio revocó la resolución del Juez de Primera Instancia que hizo lugar al exhorto, dando curso a los recursos impetrados, ordenándole al Juez de Primera Instancia que requiriera al tribunal exhortante que cumplimente lo establecido en el art. 21 de la Ley N° 24.579 y una vez subsanadas, se dictase una nueva resolución.

La jueza exhortante a través de una nueva diligencia, solicitó se decrete la medida cautelar previamente solicitada.

La Cámara de Apelaciones resolvió que: I) Se había incorporado copia de la demanda principal al expediente, II) La procedencia de la medida cautelar se hallaba fundada en los términos peticionados, con la ampliación de fundamentos efectuados por la jueza requirente y confirmados por el Tribunal de Alzada uruguayo. Agregando que se encontraba vedada al Juez requerido la discusión acerca de la procedencia de las medidas dispuestas por el exhortante, conforme art. 5 del Protocolo de Ouro Preto que dice “La admisibilidad de la medida cautelar, será regulada por las leyes y resuelta por los Jueces o Tribunales del Estado requirente”. Asimismo, establece que el Tribunal requerido solo podrá rehusar el cumplimiento “cuando sea verificada su absoluta improcedencia” art. 8 o cuando sea “manifiestamente contraria al orden público” art. 17. III) Se encontraba determinada la persona que afrontaría gastos y costas, IV) Consideró procedente la exoneración de la contracautela, acorde de la facultad que otorga al Juez requerido el Protocolo Ouro Preto en su art. 6, idéntico criterio al de la Jueza uruguaya, quien fundamento la exoneración de contracautela esgrimiendo que “...los individuos afectados por situaciones de insolvencia de empresas financieras, no pueden ser sometidos a exigencias económicas que frustren en forma definitiva su

26 Juz. Nac. Com. 3, Secretaría 5, 31/03/06, Varessio, Luis Paulino Gerónimo c. Peirano Basso, Dante y otros s. exhorto.

posibilidad de tener una satisfacción a sus reclamos”.

En base a los argumentos previamente expuestos se ordenaba cursar los oficios para la inscripción de la medida de no innovar y embargos requeridos, dando cumplimiento a la rogatoria de la Jueza exhortante.

Esta decisión fue apelada por Disco SA y Disco Ahold International Holdings NV.

Los memoriales incoados encontraron fundamento en que no se encontraban cumplidos en su totalidad de los requisitos exigidos para dar curso a la rogatoria, acorde lo exigido por el Protocolo de Ouro Preto en su art. 21.

Arribados a la 2da. Instancia²⁷ los recursos fueron analizados conforme las previsiones de la Ley N° 24.579 -Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares- que establece “reglamentar entre los Estados Partes del Tratado de Asunción, el cumplimiento de Medidas cautelares destinadas a impedir la irreparabilidad de un daño en relación a personas, bienes u obligaciones de dar, hacer o no hacer” (art. 1).

En su consideración destacó que: I) La copia de la demanda principal fue acompañada con posterioridad a que el a quo dispusiera dar curso al requerimiento de la Magistrada uruguaya, en franca contradicción con el art. 21 inc b) y art. 8 de la norma en cuestión, II) el pronunciamiento de las medidas cautelares fue infundado, en trasgresión al inc c) del art. 21 del Protocolo, alegando que la providencia no contenía consideración adicional y sólo remitía a la motivación fundada por la jueza requirente al momento de hacer lugar a las medidas cautelares, III) No fue analizada la cantracautela, omisión que debió ser resuelta por el juez requerido -art. 6 del Protocolo-, IV) La rogatoria omite además la persona que afrontará gastos y costas judiciales -art. 21 inc f).

El Resolutorio de Cámara requirió a la jueza exhortante el cumplimiento de los requisitos del art. 21 incs. d) y f), fundar la medida cautelar e indicar la persona que debería de atender gastos y costas judiciales en Argentina, dejando sin efecto la medida cautelar. Cumplidos los recaudos, se dictaría una nueva resolución.

27 CNCom., sala E, 21/06/05, Varessio, Luis Paulino Gerónimo c. Peirano Basso, Dante y otros s. exhorto.

Mediante una nueva resolución se dio curso a la rogatoria de la jueza exhortante disponiendo inscribir las medidas no innovar y embargo sobre las acciones referidas, motivo por el cual Disco S.A y Disco Ahold International Holdings NV apelaron en su contra.

Dictamen Fiscal de Cámara:²⁸ La Dra. A. Gils Carbó, analizó los requisitos de procedencia de la rogatoria sobre medidas cautelares bajo lo normado en el Protocolo de Ouro Preto, y en vista de los hechos planteados estimó que los recursos interpuestos debían ser admitidos parcialmente.

En su dictamen manifiesta que el juez requerido “puede” examinar la competencia internacional del Tribunal requirente en la traba de medidas cautelares, en relación con lo establecido por el art. 4 del Protocolo de Ouro Preto, y que el juzgado uruguayo tiene competencia internacional por cuanto en la demanda principal constan elementos de conexión suficientes para reconocer jurisdicción a los tribunales del vecino país, al tratarse de una demanda fundada en los perjuicios causados por el incumplimiento de un contrato bancario, cuyo lugar de celebración y de cumplimiento habría sido la República Oriental del Uruguay, lugar donde también varios de los demandados están domiciliados. Por tanto, que el tribunal uruguayo es competente en la esfera internacional.

En relación al art. 8, no advierte que la medida solicitada sea “absolutamente improcedente”, supuesto éste en que podría el juez nacional rehusar su cumplimiento. Sólo cabría cuestionar al efecto, la proporcionalidad de medida de embargo de las acciones por otra menos perjudicial de acuerdo con el CPCCN, art. 203, 2º párr.

En lo referente a la contracautela y al orden público, extremos contemplados en los arts. 6 y 17 de la citada convención, el primero de ellos nos conduce a una norma de reenvío, llevando al juez exhortado a la aplicación del CPCCN (Código de rito argentino) en sus arts. 200, 201, 208, 209, 212; por tanto debe exigirse la prestación de una contracautela, atento que la misma, se endereza a sostener la igualdad de partes en el proceso. El hecho que el Juez a quo se haya subsumido a las razones expresadas por el Juez requirente de la medida cautelar “...importa tornar estéril la norma”.

28 CNCom., sala E, 20/09/07, Varessio, Luis Paulino Gerónimo c. Peirano Basso, Dante y otros s. exhorto

En lo que hace al control del orden público, el art. 17 del Protocolo, la Fiscal opina que éste implica controlar la “proporcionalidad” de la medida interpuesta, lo que a priori debe surgir del examen comparativo entre la demanda interpuesta y la medida cautelar solicitada, lo que de ningún modo implica analizar la procedencia procesal. Marcando de esta manera una franca diferencia con lo que sería el análisis de la “proporcionalidad de la medida” versus la “procedencia procesal”, que en este caso corresponderá al juez exhortante. Repara en la aplicación de la legislación argentina, al ser el país donde la medida cautelar se llevará a cabo y contempla la aplicación del art. 517 inc.4 del CPCCN con un especial énfasis en el control que corresponde realizar de “oficio” al juez requerido, determinando si la medida cautelar ordenada por el juez extranjero, resulta compatible o no con los principios básicos del derecho interno. En relación a este punto habrán de tenerse en cuenta los principios que están admitidos en el Estado requerido, compatibilizando la solución aportada por la ley extranjera competente, con dichos principios, sean culturales, sociales, morales y jurídicos del foro que inspiran una legislación.²⁹

El fallo de Cámara en 2º Instancia realiza una distinción pormenorizada de algunas cuestiones bajo análisis a tenor del Protocolo de Ouro Preto, siendo ellas: A) jurisdicción internacional, B) alcance de la medida cautelar, y C) requerimiento de contracautela, extremos que seguidamente pasan a desarrollarse.

A) Jurisdicción internacional: El planteo que realizan los recurrentes referido a la -no- “jurisdicción internacional” en cabeza del tribunal uruguayo, es el más sustancial agravio. Los elementos de juicio que permitirán discernir y resolver esta cuestión esencial respecto del tribunal uruguayo, se relacionan con la competencia del tribunal exhortante extranjero, en el vínculo contractual de naturaleza bancaria y de inversión celebrado y destinado a cumplirse en la República Oriental del Uruguay, lugar donde se domicilian varios de los sujetos demandados y tiene que ver con lo dispuesto en el art. 8 del Protocolo de Ouro Preto, norma aplicable, éste en su texto nos dice que el Juez o Tribunal del Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de la medida, o disponer su levantamiento cuando exista una “absoluta improcedencia” con los términos del Protocolo. Ahora bien, ¿Qué extensión debe darse

29 NAJURIETA, María Susana. “Orden Público Internacional”, LL 1997-B-1436; en: dictamen N° 108.352, en autos: “Vega, Juan Carlos y otros c. Royal Ahold y otros s. exhorto”, con fallo en sentido coincidente de V.E., sala B, 4/8/05.

a este término? ¿Que implica entonces la “absoluta improcedencia”, la jurisprudencia en análisis zanja esta incertidumbre al determinar que la medida cautelar podrá ser denegada por el juez requerido cuando exista una “incompatibilidad frontal, clara e inequívoca con los principios generales del Derecho Internacional Privado”, siendo estos, la reciprocidad, igualdad de trato procesal, respeto por el cumplimiento de los Tratados celebrados que hacen principalmente a un digno y eficaz acceso a justicia. Es por ello, que no es suficiente que exista duda o controversia respecto de si el tribunal requirente ostenta jurisdicción, sino que el eje del análisis radica en la correspondencia que debe darse entre la medida a ejecutarse y esos principios.

La interpretación de la normativa debe ser amplia, acorde nos ilustra el fallo en análisis, advirtiéndonos que una interpretación restrictiva y sesgada atentaría contra el espíritu mismo del Tratado de Ouro Preto, cuando en su Artículo 1º) deja bien en claro que no sólo nos delimita la regulación de “relaciones litigiosas y procesales en instancia cautelar” sino que además lo hace respecto de su objeto diciendo: “...impedir la irreparabilidad de un daño en relación a personas, bienes u obligaciones de dar, hacer o no hacer”. A ello se aduna, que queda a salvo el derecho de defensa en juicio de la contraria, toda vez que tiene previsto una instancia de conocimiento, contradictoria, como es la prevista en el art. 518 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el exequátur, protección jurídica posterior de la sentencia definitiva extranjera pronunciada en el proceso principal, concordante con el art. 10 del Protocolo.

B) Alcance de la medida cautelar: Debe analizarse acorde el art. 7 del Protocolo, el cual permite a discrecionalidad del juez requerido modificar la medida cautelar siempre que lo justifique su “correcto cumplimiento” y si correspondiere su “reducción o sustitución” por otra medida cautelar más idónea acorde la normativa del país en que deba llevarse a cabo. En el fallo bajo análisis se ha aplicado esta última opción y el juez requerido instó a la modificación del embargo de las acciones de la Sociedad Disco Ahold y Disco S.A por una anotación de Litis en el registro de las acciones respectivas, entendiéndose como una medida menos gravosa que mantenía la naturaleza preventiva solicitada en la pretensión, se articularon el art. 7 del Protocolo en conjunción con los arts. 231 y 215 de la Ley de Sociedades Argentina -Ley Nº 19.550, se protege a su vez, la “aparición de buen derecho” que el actor tuvo en su pretensión al solicitar la medida.

Acorde el art. 203, párrafo 2° del CPCCN, la misma Sala había resuelto que la anotación de Litis es menos gravosa en la proyección de sus efectos, resultando mas adecuada que el embargo, teniendo presente que obstaculiza en menor medida el desenvolvimiento social, cumpliendo de modo eficaz la función cautelar al prevenir sobre la existencia de una situación litigiosa en torno de esos títulos. Sabiendo que la sociedad anónima por normativa específica debe llevar un libro de registro de acciones en el que asentarán las transferencias de las acciones nominativas y sus adquirentes, los derechos reales que las gravan, como cualquier otra mención que derive de la situación jurídica de las acciones y sus modificaciones (Sala”M y F S.A c/ Sociedad Entreriana de Electrificación S.A. y otros”, del 20.08.97).

C) La contracautela: En cuanto a este recaudo en particular, el análisis se basa en el art. 6 del Protocolo mediante el cual, según las circunstancias fácticas, el Juez requerido dispondrá la ejecución, contracautela o garantía de la medida cautelar solicitada, según corresponda. En el caso convocante, la Cámara revoca la exención que se había otorgado de contracautela en instancia previa donde el Juez del a quo simplemente se remitió a los argumentos expuestos por la Jueza requirente, atendiendo a que el objeto litigioso ronda en torno de una gran envergadura patrimonial y que acorde la legislación aplicable -entiéndase la Argentina- no se daban los requisitos para que dicha excepción sea procedente, acorde el art. 200 CPCCN. Por tanto que se defiere al Juez de Primera Instancia su cuantificación.

En este sentido el Juez o Tribunal exhortado será quien meritara si la medida ha de ser ejecutada sin más trámite o bien, ha de requerirse contracautela o garantía si no lo ha hecho el Juez exhortante o bien solicitar una distinta a su criterio con respecto a la que pueda haberse requerido previamente.

Bajo los argumentos expresados se resolvió: A) Admitir los recursos de apelación, B) modificar la medida precautoria, C) revocar la exención de contracautela, D) costas por su orden.

V. Análisis del caso

El decisorio judicial que resolvió el exhorto por el cual se requería de la ejecución de una medida cautelar nos permitió destacar y observar

algunas cuestiones a saber:

A) El examen respecto a la competencia internacional del juez requirente. Es el juez requerido quien realizará un análisis de la medida a ejecutar mediante su *Lex Fori* (art. 4). Al Juez argentino, llamado a decidir sobre el exhorto petitionado por su par uruguayo, no le corresponderá examinar la competencia del Juez exhortante por tratarse de una medida de mero trámite. En el ámbito que es propio de las medidas cautelares, no es dable incursionar en el fondo de la controversia, este examen se limitará al conocimiento de la demanda, de la petición de la medida cautelar, de los documentos que respalden la petición y del auto que la ordena (art. 21).³⁰

Indudablemente de la lectura de la norma citada se advierte que el juez requerido podrá examinar la competencia del juez requirente, cuando se encuentra en presencia de una sentencia extranjera, de acuerdo con el criterio del art. 517 CPCCN, es decir, que podrá apreciar si se trata de un Tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional.

Ciertamente es incumbencia del Juez requerido el efectuar el examen de legalidad de las medidas cuya efectivización le sean requeridas; en esa actividad determinará si en el caso se cumplen las normas argentinas sobre jurisdicción internacional, de forma que el objeto de la rogatoria no conculque con los principios de orden público que rigen el ordenamiento interno.

B) En cuanto a la Admisibilidad del exhorto que ordena una medida cautelar. Es el Juez argentino quien analizará la admisibilidad del exhorto conforme lo enseña la regla del art. 21 inc.b) que exige contar con la copia de la demanda principal, no siendo este un requisito meramente formal, sino que es indispensable para que el Juez requerido pueda examinar si la pretensión vulnera el orden público. En este sentido la fiscal de Cámara³¹ manifestó “No procede admitir automáticamente una medida cautelar ordenada por un Juez extranjero, es decir, sin examinar antes si vulnera principios esenciales en que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico, cuyo carácter fundamental obliga a todos los operadores del derecho”.³²

30 Conf. UZAL, María E. “El MERCOSUR en el camino de la integración”, separata de la *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* N°. 8, Ed. Depalma, 1998.

31 Dictamen de Dra. GILS CARBO, Alejandra en CNCom., sala E, 20/09/07, Varesio, Luis Paulino Gerónimo c. Peirano Basso, Dante y otros s. exhorto.

32 CNCom., sala E, 20/09/07, Varesio, Luis Paulino Gerónimo c. Peirano Basso, Dante y otros s. exhorto.

Asimismo, desde esa misma perspectiva, debe apreciar la congruencia o instrumentalidad de la medida cautelar al cotejarla con el objeto de la pretensión. Y con la potestad de control que refiere el art. 17 del tratado, cuando dispone que “la autoridad jurisdiccional del Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de una carta rogatoria referente a medidas cautelares cuando éstas sean manifiestamente contrarias a su orden público”. Surge de ello que, el examen que debe hacer el Juez o Tribunal requerido de la medida cautelar, en relación con la demanda principal, se funda en la necesidad de controlar que no se vulnere el mismo. Al tiempo de indicar que también podrá rehusar el cumplimiento de la medida o disponer su levantamiento cuando sea verificada su absoluta improcedencia con el Protocolo de Medidas Cautelares (art. 8).

En autos “Szumick, Damian c. Disco S.A s/medidas cautelares”³³ la situación fue similar a la que aquí se planteó con respecto a la aplicación del art. 8 y allí la Cámara Nacional y Comercial, Sala D, dijo que “resulta inconvenciente la conclusión arribada, en tanto el estudio de procedencia de la medida cautelar ordenada por el Magistrado de la República Oriental del Uruguay no fue efectuado de acuerdo a lo dispuesto por la ley 24.579:8, pues la a quo no contó entonces con la documentación necesaria al efecto”.

C) Respecto de la contracautela: Es el Juez de cumplimiento de la medida cautelar a quien le compete resolver conforme su ley procesal la contracautela o garantía respectiva, art. 6 del Protocolo de Ouro Preto, concordante con lo dispuesto en el art. 3 de la Convención Interamericana de Medidas Cautelares (CIDIP II).

En el comentario realizado por el profesor Eduardo Véscovi del texto de la CIDIP II dice que “no surge que la contracautela se deba otorgar en el estado requerido, sino que, lo que se dice, es que debe ser resuelta por el juez requerido conforme a sus leyes. En consecuencia resulta perfectamente posible que la contracautela se ofrezca, e inclusive se disponga y se otorgue ante la jurisdicción requirente. Lo que debe quedar claro es que ello en nada obliga al juez requerido, que puede perfectamente analizar -previo a hacer lugar al cumplimiento del exhorto-, conforme a su ley, si la contracautela es correcta (su monto, oportunidad, su eventual exención, etc) no está mal ni contraviene el texto de la norma que el Juez que dispone la medida cautelar, también disponga sobre la contracautela

33 CNCom., sala D, 29/04/05, Szumick, Damián J. C. y otros c. Disco S.A.

y que la misma pueda ser otorgada inclusive en el estado del proceso principal; pero en todo caso el Juez requerido según sus leyes, debe evaluar también la contracautela otorgada en el extranjero”.³⁴

En el presente fallo el Juez a quo se limitó a fundar la eximición de contracautela en función a lo dispuesto por la Juez exhortante sin siquiera justificarlo, apartándose de lo normado en el art. 6 de Ouro Preto, y remitiéndose a las razones argüidas por el tribunal uruguayo para sustentar la exención de la contracautela, abdicando el ejercicio de una potestad que se le asigna expresamente. Más aún, la exigencia de la contracautela además de mantener la igualdad de las partes en el proceso, hace al requisito de proporcionalidad, cuya ausencia podría constituir una violación al orden público (art. 17).

D) El alcance de la medida cautelar es una facultad discrecional del juez requerido, que podrá modificarla en el curso del proceso siempre que lo justifique para su “correcto cumplimiento” o si correspondiere para su “reducción o sustitución”, por aquella medida que considerase menos gravosa acorde su normativa interna y guarde “buena apariencia de derecho” en relación a la petición esgrimida por la actora, según la interpretación que debe darse al art. 7 del Protocolo.

Este fue el criterio que primó en el fallo de la Alzada, siguiendo el texto del art. 203, 2do párrafo del CPCCN, como lo venía sosteniendo la misma Sala en pronunciamientos previos. La anotación de Litis resulta ser una medida menos gravosa en la proyección de sus efectos, mostrándose como más adecuada que el embargo atento que obstaculiza en menor medida el desenvolvimiento social y cumple de modo eficaz el objeto seguido en la cautelar a ejecutarse.

E) La autonomía de la cooperación cautelar: El cumplimiento de una medida cautelar no implicará el compromiso por parte del Estado requerido de reconocer o ejecutar la sentencia definitiva extranjera que se dicte en el proceso principal (art. 10 Protocolo del MERCOSUR), este criterio se confirma al verificar que al “cumplimiento de las medidas cautelares” no se aplicará “el procedimiento homologatorio de las sentencias extranjeras” (art. 19) y más aún en zonas fronterizas como ha sido en el presente caso los Estados parte podrán transmitirse en forma

34 VÉSCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional*, Montevideo, Ed. Idea, 2000, pp.137 en: “Embargos y otras medidas cautelares en el MERCOSUR”, NOODT TAQUELA, María B. Liber Amicorum, Fundación de la Universitaria, 2005, pp. 873-906.

directa los exhortos o cartas rogatorias, sin necesidad de legalización. Esto mismo también aparece contemplado con idéntico alcance por la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, (art. 6). Agregamos que en el art. 2603 del CCyCN se ha contemplado “la autonomía del acto cooperativo”,³⁵ según el cual la prestación de un cierto nivel de asistencia jurisdiccional no compromete el otorgamiento de otros grados más intensos.

F) Cooperación interna de oficio: Es esta la situación en la que el Juez requerido declarándose incompetente para la tramitación del exhorto o carta rogatoria, deberá transmitir de “oficio” los documentos y antecedentes del caso a la autoridad considerada competente dentro de su Estado (art. 16 Protocolo MERCOSUR y art. 11 CIDIP I). Se trata de una norma de articulación tendiente al mejoramiento del acceso a justicia, favoreciendo la celeridad procesal y la tutela efectiva, respondiendo a una necesidad de una justicia más ágil.

VI. Reflexiones finales

No caben dudas de la trascendencia que cobra la cooperación judicial internacional en un mundo interrelacionado y extremadamente dinámico. En este sentido, la regulación de las medidas cautelares es necesaria a los fines de salvaguardar la administración de justicia con el fin que no se vea burlada, y más aún, cuando se trata de un proceso transnacional, donde los plazos y la complejidad en la resolución son mayores.

El Protocolo de Ouro Preto nos brinda una nueva herramienta regional permitiendo la cooperación “directa” entre tribunales de Argentina y Uruguay en el caso analizado. Dicha normativa vino a complementar a la CIDIP II sobre ejecución de medidas cautelares, y es precisamente en su art. 26 donde viabiliza la aplicación de las disposiciones que sean más favorables a la cooperación en vigor, con carácter bilateral o multilateral entre los Estados Partes. Si bien, en este precedente su resolución en primera instancia como en la Alzada fue con la sola aplicación del Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares, no podemos dejar de soslayar que expresamente advierte que no restringe la aplicación de disposiciones que fueren más favorables para la cooperación. En virtud

35 SCOTTI, Luciana. *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2017, p. 264.

de ello, en un entendimiento armónico, tomando al derecho como una universalidad, que no se agota en la interpretación de una convención de manera aislada estará encontrar la solución más asequible ponderando el valor justicia como un derecho humano fundamental.

En la región mercosureña la aplicación extraterritorial de las medidas cautelares mediante el mencionado Protocolo, contribuyó a otorgar al sector privado un marco de seguridad jurídica a fin de garantizar soluciones justas a sus eventuales controversias, facilitadas por la cooperación cautelar.

Sin embargo, es menester la flexibilización de los recaudos a cumplimentar, en especial prestar tutela cautelar en el proceso transnacional por los jueces y autoridades de cada Estado, garantizando con ello la eficacia judicial. Resultando para ello necesario aunar esfuerzos con el fin de lograr un instrumento capaz de utilizarse con eficacia global y que sea ésta, una manda para los países latinoamericanos, con un mínimo control que debería reforzarse para situaciones que potencialmente puedan vulnerar el orden público y los derechos humanos.

En vista a esto último resulta imprescindible y deseable que los operadores jurídicos puedan interpretar y aplicar las normas con un sentido integral y abarcativo de un mundo globalizado pero que por sobre todo tenga presente el más pronto y efectivo acceso a justicia.

JURISDICCIÓN INTERNACIONAL ARGENTINA EN MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BUQUES. MULTIPLICIDAD DE FUENTES Y UNÍVOCAS SOLUCIONES EN EL DIPR REGIONAL

**Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal - Sala
II - “Sosa, Lucas Ramón y otros c. Varena Maritime Services
S.A. s. embargo de buque interdicción de navegar”, 20/05/19**

*Alejandro Aldo Menicocci**

Sumario: I. Breve aproximación al tema. II. Marco normativo. III. Los hechos del caso. IV. La decisión judicial. V. Análisis del caso: 1. Jurisdicción. 2. Ley aplicable. VI. Conclusiones.

I. Breve aproximación al tema

Las medidas cautelares han sido desde siempre una preocupación para los internacionalistas. En general, este mediano grado de cooperación (o cooperación de segundo grado, para deleite de clasificadores) se instala entre el mero requerimiento de trámite o probatorio –auxilio éste que no ofrece mayores problemas- y el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos. Y quizás ese carácter híbrido que ostentan ha generado múltiples complicaciones pues, a diferencia de lo que ocurre con las providencias de trámite y las sentencias (en lo que parece existir un consenso general acerca de la simplicidad de las primeras y la exigencia del debido proceso respecto a las segundas como presupuesto de su extraterritorialidad), la

* Profesor de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la PUCA. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Árbitro del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Rosario. alejandro@menicocci.com.ar

materia cautelar es, por su propia naturaleza, un medio para un fin: asegurar la materialización del objeto perseguido en el proceso al cual accede. Tal naturaleza mediática hace que los sistemas jurídicos reconozcan múltiples especies de cautelares, desde la eficaz y extensa *Mareva Injunction* del *Common Law*, a la prohibición de innovar y su opuesta, la innovativa, la prohibición de contratar, las muy frecuentes inhibición general, embargo e intervención judicial de personas jurídicas y la novel acción preventiva de daños y otras especies que son de determinación judicial para aquellos sistemas procesales que reconocen poder cautelar genérico. Esta proliferación de medidas precautorias implica muchas veces la necesidad de adaptación entre lo ordenado por el órgano requirente y aquello que puede o debe llevar a cabo el órgano requerido. En segundo lugar, se aúna a esa dificultad la ausencia de contradictorio, pues las medidas cautelares se resuelven, por lo general, *inaudita pars*, circunstancia ésta que –habida cuenta de la trascendencia que ciertas cautelares provocan- impide la aplicación del requisito de debido proceso exigible a las sentencias cuando muchas veces las medidas cautelares cuentan con un efecto equivalente a estas últimas.

Afortunadamente, las fuentes regionales que abordan la materia cautelar se presentan con razonable generosidad, sometiendo la admisibilidad de aquéllas a la *lex fori* y disponiendo la obligación de cumplir al juez requerido, otorgando una posibilidad de adaptación al sistema donde aquélla provocará sus efectos, circunstancia esta última que evita el rechazo de requerimientos recurriendo al pretexto de no contar con medida homónima en el sistema jurídico del juez a quien se le pide el auxilio.

II. Marco normativo

La navegación es objeto de múltiples convenciones internacionales pues la internacionalidad es ínsita a la comunidad navegante.¹ Sus hontanares específicos se vinculan al Comité Marítimo Internacional (representativo de los intereses privados), la Organización Marítima Intergubernamental (IMO) y sucesivas conferencias diplomáticas y han desarrollado no solo derecho sustantivo sino procesal, habida cuenta de

1 AGUIRRE RAMÍREZ, Fernando, en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Bs. As., Zavalía, 2003, pp. 1252; GONZÁLEZ LEBRERO, Rodolfo A. *Manual de Derecho de la Navegación*, 4ª ed. ampl. act., Bs. As., Depalma, 2000, pp. 22 y ss; BLAS SIMONE, Osvaldo. *Compendio de Derecho de la Navegación*, 2ª ed. actualizada y aumentada, Bs. As., Abaco de Rodolfo Depalma, s/f, pp. 49 y ss.

la necesidad de adaptación de la rama adjetiva a la dinámica y riesgo de la materia. Entre los instrumentos más significativos en lo que hace al embargo sobre buques merecen mención las Convenciones de Bruselas Convenios de Bruselas sobre la Unificación de ciertas reglas sobre embargo preventivo de buques de 1952² y Convenio de Naciones Unidas sobre Embargo Preventivo de Buques de 1999. Sin embargo, la República Argentina no es parte de ninguno de estos Tratados, por lo cual hemos de derivar la jurisdicción y el derecho aplicable de otras fuentes.

En el ámbito regional contamos con el Tratado de Derecho Comercial Internacional, el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1888/9, el Tratado de Derecho Comercial Internacional de Navegación de 1939/40 y el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1939/40. Estas dos parejas de Convenciones constituyen un verdadero hito en la regulación intrazona, tanto a nivel sustantivo –derecho de la navegación– como procesal, con decidida vocación internacionalista. Se suman al régimen específico las fuentes de carácter general relativas a medidas precautorias: la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, adoptada en Montevideo el 5 de agosto de 1979 y aprobada por Ley N° 22.291 y el Protocolo de Medidas Cautelares de MERCOSUR, suscripto en Ouro Preto, el dieciséis de diciembre de 1994 y aprobado por Ley N° 24.579.

Los Tratados de Derecho Comercial Internacional y Derecho Procesal Internacional de 1939/40 y las Convenciones Interamericanas nos vinculan –en lo que hace al caso en comentario– con la República del Paraguay. El Protocolo de Medidas Cautelares de MERCOSUR integra a aquélla y a la República Federativa del Brasil. Más allá de la técnica utilizada en las nóveles fuentes –principalmente, en lo relativo al poder cautelar genérico–, no puede afirmarse que existan tratamientos o soluciones disímiles, pues todas se enrolan en una clara tendencia de favorecer el auxilio jurisdiccional internacional. Las convenciones referidas son comunes, es decir, se adoptan entre Estados contratantes, circunstancia que explica la reproducción de fuentes con el mismo objeto.

En materia de transporte fluvial, la Ley N° 24.385 aprobó el Acuerdo de Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná (Puerto de Cáceres – Puerto de Nueva Palmira) suscripto con las Repúblicas de

2 ORCASITAS, LUIS. “El Convenio de Bruselas de 1952 sobre embargo preventivo de buques”, *Revista Española De Derecho Internacional*, vol. 7, no. 1, 1954, pp. 111–129. JSTOR. Disponible en: www.jstor.org/stable/44293105, consulta del 22.05.2020.

Bolivia, Federativa de Brasil, Paraguay y Oriental del Uruguay. El Protocolo sobre Navegación y Seguridad (uno de los seis protocolos del Acuerdo) estipula (art. 43) la jurisdicción y aplicación del derecho del Estado en cuyas aguas jurisdiccionales se hubieran llevado a cabo las operaciones de asistencia o salvamento.³

Se pregunta María Blanca Noodt Taquela si este vasto desarrollo convencional con diferentes ámbitos de aplicación contribuye o dificulta la unificación en la materia.⁴ Honesto es reconocer que el problema no es exclusivo del Derecho de la Navegación,⁵ sino de todo el Derecho Internacional Privado. A ello se suma el singular tratamiento que la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II, 1979) impone en materia de ámbito temporal pasivo a las fuentes de DIPr.⁶ En miras de disminuir la gravedad del problema, alguna vez distinguimos entre conflicto de fuentes y yuxtaposición de fuentes⁷ y señalamos que –si bien ambas constituyen un fenómeno inflacionario (superpoblación de fuentes en relación a una misma realidad social) el conflicto genera problemas de compatibilidad y obliga a identificar la fuente habida cuenta del disímil tratamiento del problema entre una u otra fuente, mientras tal obligación de prolija subsunción se reduce en la yuxtaposición solo a niveles estéticos. Por otro lado, aun cuando contemos con fuentes formales de disímil contenido, la interacción de todos los actores jurídicos y sus fuentes contribuye a erosionar sus diferencias, sobre todo, cuando los órganos aplicadores son los mismos.

3 LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Manual de Derecho Internacional Privado*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2015, pp. 368 y ss.

4 NOOD TAQUELA, María Blanca. “¿Los ámbitos de aplicación de las convenciones favorecen o dificultan la aplicación del derecho marítimo?”. Disponible en: <https://sociedip.files.wordpress.com/2013/12/los-3a1mbitos-de-aplicacic3b3n-de-las-convenciones-favorecen-o-dificultan-la-unificacic3b3n-del-derecho-mar3adtimo-noodt-taquela.pdf>, consulta del 22.05.2020.

5 NOOD TAQUELA, María Blanca. *Relaciones entre Tratados de Derecho Internacional Privado en Materia de Cooperación Judicial Internacional*, Bs. As., Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires – Eudeba, 2018; de la misma autora, *Applying the most favourable treaty or domestic rules to facilitate private international law co-operation*, *Recueil des cours*, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Leiden/Boston, 2015, Tome 377, pp. 121-318; de la misma, *Aplicación de las normas más favorables a la cooperación judicial internacional*, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XXII, Córdoba, AADI, 2014, pp. 163-224.

6 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Derecho internacional privado interamericano: evolución y perspectivas*, pp. 153 y ss., esp. pp. 180. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXVI_curso_derecho_internacional_1999_Diego_P_Fernandez_Arroyo.pdf, consulta del 24.05.2020., p. v. MENICOCCHI, Alejandro Aldo. “Lex posterior non derogat legi priori: el singular tratamiento del ámbito temporal adoptado por la CIDIP sobre normas generales de Derecho Internacional Privado”, *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, vol 28, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 2005, pp. 39 y ss.

7 MENICOCCHI, Alejandro Aldo. “El Principio Pro Cooperatione en la Jurisdicción Internacional Indirecta”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XXII, Córdoba, AADI, 2013, pp. 51 y ss.

III. Los hechos del caso

Lamentablemente la descripción fáctica no es exhaustiva –como suele serlo en los tratamientos revisores – aunque asumimos que el buque Don Alfonso H. se encontraba en aguas jurisdiccionales argentinas cuando la actora postuló el embargo e interdicción, haciendo el *a-quo* lugar al embargo y a la prohibición de circular a nuestro país, aunque restringió esta última a nuestro país sin extenderla a los demás Estados, entendiéndolo que la ley de navegación no brindaba la posibilidad de aplicar la restricción de circulación fuera del territorio argentino.

IV. La decisión judicial

La Alzada revocó parcialmente el decisorio, haciéndolo extensivo a la prohibición de navegar también fuera de territorio nacional. No controvierte la afirmación del *a-quo* –en el sentido de suponer una autolimitación a la interdicción de navegar en aguas jurisdiccionales argentinas resultante de la ley nacional de navegación. Sin embargo, acude a favor de la ampliación espacial de la medida en la República del Paraguay y la República Federativa de Brasil a la aplicación del Protocolo de Ouro Preto, y ordena exhortar a sendos Estados para hacer efectiva la prohibición de navegar al buque de pabellón paraguayo en aguas paraguayas y brasileñas.

V. Análisis del caso

1. Jurisdicción

En general, y con excepción de los Tratados de Montevideo, la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y el Protocolo de Medidas Cautelares del MERCOSUR no son tan rigurosos en la determinación de jurisdicción internacional directa en materia cautelar. Ambas fuentes estipulan la obligación de dar cumplimiento a la medida cautelar dictada por jueces *competentes en la esfera internacional* (art. 2 y 4 respectivamente) Sin embargo, y con excepción de la alusión a la jurisdicción que resulta de la atribución del proceso principal al cual la cautelar accede (arts. 10 y 11, respectivamente), no hay otras reglas atributivas, por lo que hemos de llenar la carencia con otras fuentes.

Determinado el contacto procesal con la República Argentina y verificado un contacto de fondo que los Tratados de Montevideo consideren decisivo, se impone su aplicación con la República del Paraguay⁸. En este sentido, se configuran contactos a la luz del Tratado de Derecho Comercial de Navegación Internacional de 1939/40, en tanto la *situación* del buque se halla en nuestro país (art. 4) y su *pabellón* (art. 1) es paraguayo. Así las cosas, hemos de dirimir la jurisdicción internacional argentina recurriendo a los artículos 56⁹ del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1939/40, en tanto lugar de situación del buque en puerto argentino (art. 4,¹⁰ Tratado de Derecho Comercial Internacional de la Navegación de 1939/40).

En fuente interna argentina contamos con las disposiciones especiales de la Ley N° 20.094 y las generales del Código Civil y Comercial. Según la ley de navegación, son competentes los jueces nacionales en que sea parte un propietario o armador de un buque de bandera extranjera en los casos en que, según la Ley N° 20.094, un buque puede ser embargado (art. 612). Las normas relativas a la jurisdicción internacional directa en materia de embargo acumulan criterios de espacialidad y materia, según sean los buques de bandera argentina o extranjera. Los buques de bandera argentina pueden ser embargados preventivamente en cualquier puerto de la República por créditos privilegiados y por otros créditos en el puerto donde su propietario tenga su domicilio o establecimiento principal. También pueden serlo por créditos ajenos al buque su explotación o a la navegación, en este último supuesto, la admisibilidad del embargo se rige por la ley común (art. 531). En cambio, los buques extranjeros surtos en puertos de la República, pueden ser embargados con causa en créditos privilegiados, deudas contraídas en territorio nacional en utilidad del mismo buque, o de otro buque que pertenezca o haya pertenecido, cuando se originó el crédito, al mismo propietario o deudas originadas en la actividad del buque, o por otros créditos ajenos a ésta, cuando sean exigibles ante los tribunales del país (art. 532). La competencia de los jueces nacionales en los casos en que un buque de bandera extranjera sea embargado (art. 612) debiera cesar si hay prórroga de jurisdicción válida y el demandado opone excepción de incompetencia, ya que es válida la prórroga con posterioridad al hecho generador de la litis en caso de que la

8 GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado – Derecho de la tolerancia*, 10ª. ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 2009, pp. 165 y ss.

9 Art. 56. Las acciones personales deben establecerse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia de juicio (...)

10 Art. 4º. El derecho de embargar y vender judicialmente un buque, se regula por la ley de su situación.

causa corresponda a los tribunales nacionales (art. 621),¹¹ con excepción de aquella comprendida en la segunda parte del artículo 614.¹²

La especialidad de las reglas contenidas en la Ley de Navegación ¿desplaza la jurisdicción cautelar que con carácter general, estipula el art. 2693 del CCyCom? En una norma unilateral (método que nos parece aconsejable, pues los destinatarios de las normas de jurisdicción solo son los jueces argentinos) el Código estipula en un solo precepto reglas de jurisdicción internacional directa y –en los incisos b y c- supuestos de cooperación internacional.¹³ En orden a las primeras, establece que (L)os jueces argentinos son competentes para disponer medidas provisionales y cautelares: a) cuando entienden en el proceso principal, sin perjuicio de que los bienes o las personas no se encuentren en la República; b) a pedido de un juez extranjero competente o en casos de urgencia, cuando los bienes o las personas se encuentran o pueden encontrarse en el país, aunque carezcan de competencia internacional para entender en el proceso principal y c) cuando la sentencia dictada por un juez extranjero debe ser reconocida o ejecutada en la Argentina.

Antes de responder, nos permitimos dos observaciones de disímil carácter. La primera, de índole teórica y la segunda, práctica. A nuestro juicio, cada rama jurídica reclama para sí un tratamiento propio y exclusivo de la solución de su conflicto entre fuentes, pues se trata de su propio ámbito de aplicación. En otras palabras: en el derecho sustantivo no podría admitirse que ante una situación fáctica pueda subsumirse contemporáneamente en dos normas con disímil regulación material, salvo recurriendo al romántico (y quizás mercedor de algunos ajustes metodológicos) diálogo de fuentes. Sin embargo, en lo procesal la cuestión es, no solo tolerada, sino festejada, pues cada vez que se suministran múltiples jurisdicciones –razonables- se hace una aplicación específica del principio de máxima generosidad que, en materia procesal, tiene carta de ciudadanía. Ciertamente es que, para ello, debiéramos admitir que el DIPro. se ha emancipado del DIPr, como sucedió con el Derecho Procesal Civil en relación al Derecho Privado, a partir de Bulow y de Chiovenda hacia fines del siglo XIX y comienzos del XX. Así las cosas, si hoy el CCyCom. admite jurisdicciones no diseñadas en la ley de navegación que, a la sazón, tiene casi cincuenta años, debiéramos reflexionar sobre la posibilidad

11 RAY, José Domingo. *Derecho de la Navegación, con textos legales nacionales e internacionales y sobre Comercio Exterior*, Bs. As, Abeledo Perrot, 1994, T. II, pp. 670 y ss.

12 BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado*, TII, 6a. ed. actualizada, Bs. As., La Ley, 2017, pp. 520 y ss.

13 SCOTTI, Luciana B. *Manual de Derecho Internacional Privado*, Bs. As., La Ley, 2017, p 115 y ss.

acumulativa de sendas jurisdicciones ante la falta de derogación expresa.

La segunda observación refiere a la intrascendencia del tema en este supuesto. Si confrontamos realmente las normas de la ley de navegación con el CCyCom., se advertirá más una yuxtaposición que un conflicto de fuentes. Empezamos por el último inciso (c): éste supone una medida cautelar que, por razones de proximidad y celeridad, se postula en la República Argentina cuando existe un proceso en el extranjero, del que *prima facie* deberá reconocer su sentencia. La jurisdicción se explica porque los bienes o las personas se encuentran en la República. Es un supuesto análogo al contemplado en el inciso b), pero al no existir aún sentencia, se alza sobre su conjetura. El inciso b) recoge la traba de la medida cautelar por requerimiento judicial extranjero o sin éste, a pedido de parte, pedido que exigirá los presupuestos de toda medida cautelar. La norma agrega urgencia, cuando sabemos que la urgencia es el presupuesto de toda medida cautelar. Quizá lo hace para aludir a la excepción que a continuación señala, esto es, aunque los jueces locales no fueren competentes para entender en el juicio principal. Finalmente, el inciso a) alude a la competencia por conexidad que deriva de la radicación en nuestro país del proceso principal **aunque los bienes o las personas no se encuentren en la República**. En esta última posibilidad, la atribución de jurisdicción podría resultar de la facultad de prórroga estipulada en el art. 621 de la Ley N° 20.094. Y si no hay prórroga, no entendemos la utilidad de postular en jurisdicción lejana a la situación del buque el embargo y su interdicción. Cabe recordar que toda atribución de jurisdicción internacional directa debe ser ponderada a la luz del eventual reconocimiento y ejecución de la sentencia en jurisdicción extranjera, por lo cual poco servirá gestar atribuciones generosas (o exorbitantes) de jurisdicción local si no son compartidas por la comunidad internacional o con aquéllos Estados donde se conjeture la circulación de la sentencia.

La Constitución Nacional atribuyó a los tribunales nacionales las causas que versen sobre “almirantazgo y jurisdicción marítima”. La atribución de aquélla a la justicia federal se explica por la convicción alberdiana de confiar los asuntos que relacionan a la República con la comunidad internacional a un poder judicial que ofreciere ciertas condiciones de probidad y seriedad que las provincias, al tiempo de la adopción de la Constitución Nacional, estaban lejos de ofrecer, como lo describe Sarmiento en su inmortal Facundo. La atribución de competencia estipulada en el artículo 100 de la Constitución –hoy 116- fue desarrollada en la Ley N° 48 (arts. 2 y 3) y hoy en la Ley N° 20.094.

Llegamos así, tanto por el camino convencional como por el de la fuente local, a la atribución de jurisdicción internacional argentina por encontrarse el buque en un puerto argentino.

2. Ley aplicable

Como no pocas veces ocurre en nuestros tribunales, el derecho de fuente convencional es inexplicablemente preterido. Así lo delata la Alzada al recurrir al Protocolo de Medidas Cautelares del MERCOSUR (Ouro Preto) cuando el *a quo* se había refugiado en fuente interna. Sin embargo, el elenco de convenciones es más amplio pues, como señalamos *supra* II.2

El Tratado de Derecho de Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1939/1940 establece que la nacionalidad del buque está determinada por su bandera y esta misma ley regula la adquisición de la propiedad, privilegios y demás derechos reales, como así también la publicidad de aquellos, no afectando el cambio de bandera los derechos adquiridos. El embargo y venta judicial del buque se rigen por la ley del lugar de situación (arts. 1 a 4). Paralelamente, el Tratado de Derecho Procesal Civil Internacional de Montevideo de 1940 dispone que las sentencia y los laudos arbitrales tendrán “la misma fuerza que en el país en que fueron pronunciados” –si cumplieran los requisitos estipulados en los artículos 5 y 6- y el juez a quien el cumplimiento le fuere requerido podrá tomar todas las medidas en orden a asegurar la eficacia de la providencia extranjera (art. 6). La mención a los embargos –y todo aquello que fuere conducente al mejor desempeño de la comisión- refiere, indudablemente, a la extraterritorialidad de la medida precautoria para asegurar su máxima eficacia.

La Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (art. 1) contempla el poder cautelar genérico, funcionalmente calificado como todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro, imponiendo la obligación de cumplimiento al Estado del juez requerido (art. 2) para garantizar la seguridad de las personas o de los bienes. La procedencia se determina por la *lex fori* y lo atinente a su contracautela y ejecución, por la ley del lugar donde se efectivice (art. 3), ley que a su vez podrá modificar la medida cautelar o disponer las sanciones por abuso (art. 4). El Estado requerido solo podrá denegar su auxilio cuando la medida se torne absolutamente improcedente. La oposición del interesado será resuelta por el juez requirente (art. 5).

Finalmente, llegamos a la fuente utilizada por la instancia de Alzada: el Protocolo de Medidas Cautelares (Ouro Preto)-. Éste impone a los Estados parte del MERCOSUR la obligación de cooperar en medidas cautelares, calificadas éstas con carácter genérico (art. 1) y por su función, esto es, orientadas a impedir la irreparabilidad de un daño en relación a personas, bienes u obligaciones de dar, hacer o no hacer, en todo tipo de procesos (art. 2). Aquéllas pueden ser de carácter preventivo o ejecutivo (art. 3). La admisibilidad de la cautelar se determina por la *lex fori* del Estado requirente, mientras que será la ley del Estado requerido la que adoptará las medidas necesarias en orden a la satisfacción de la cautela, las modificaciones (arts. 5 y 4, respectivamente), la exigencia de contracautela, modificaciones de la medida, sanciones por abuso y cuestiones relativas al dominio y demás derechos reales (arts. 6 y 7). La ejecución de la medida cautelar podrá ser rechazada cuando resulte absolutamente improcedente de acuerdo al derecho del Estado requerido (art. 8) o contraria a su orden público (art. 17) y ser dejada sin efecto o sustituida a instancia de la parte afectada, por el juez requirente (art. 9).

Determinada la admisibilidad de la medida cautelar por la *lex fori*, se impone el examen de la Ley N° 20.094. Los artículos 531 a 539 constituyen normas de extranjería, imponiendo a los buques de bandera nacional la posibilidad de ser embargados preventivamente en cualquier puerto de la República por créditos privilegiados y por otros créditos en el puerto donde su propietario tenga su domicilio o establecimiento principal. El embargo por crédito ajeno al buque, a su explotación o a la navegación, debe reunir, para su procedencia, los requisitos exigidos por la ley común. En cambio, los buques extranjeros surtos en puertos de la República, pueden ser embargados preventivamente por créditos privilegiados, deudas contraídas en territorio nacional en utilidad del mismo buque, o de otro buque que pertenezca o haya pertenecido, cuando se originó el crédito, al mismo propietario, por deudas originadas en la actividad del buque, o por otros créditos ajenos a ésta, cuando sean exigibles ante los tribunales del país. El artículo 539 distingue entre buques de matrícula nacional y de matrícula extranjera. En los primeros el embargo puede ir acompañado de la interdicción de navegar, mientras que en los segundos la interdicción se encuentra implícita.

VI. Conclusiones

Para finalizar deslizamos algunas reflexiones en la interpretación

que se ha efectuado de las fuentes aplicadas.

La primera de ellas es la relativa a la endilgada prohibición de que un juez argentino pueda disponer la interdicción de navegar de un buque en aguas no jurisdiccionales argentinas con invocación en la fuente interna. Si bien es cierto que –como la Alzada señala– la Ley N° 20.094 no contiene previsiones específicas sobre la aplicación de esa medida respecto de buques extranjeros en otra jurisdicción que no sea la nacional y lo atribuye a qué “para hacer efectiva la prohibición de navegar podría ser necesario contar con el auxilio de la fuerza pública”, no parece ser ello la razón de la omisión del precepto.

Casi todas las medidas cautelares requieren del auxilio de la fuerza pública: si aquélla es ejercida dentro de la jurisdicción nacional, el auxilio lo prestará la fuerza pública nacional; si, en cambio, las medidas cautelares se ejecutan sobre bienes o personas que se encuentran fuera de la jurisdicción nacional, será necesario el auxilio de la fuerza pública del Estado extranjero. De no admitirse ello no se advierte la utilidad de convenios de cooperación en materia cautelar, pues estos convenios no solo implican el reconocimiento de la medida precautoria dictada en el Estado extranjero sino también el de su ejecución, para lo cual el Estado requerido asume el compromiso de poner al servicio del Estado requirente todos los mecanismos de la ley local que aseguren la finalidad de la providencia extranjera.

Por otro lado, la cooperación internacional en materia cautelar puede ser prestada aún en ausencia de tratados (art. 2611 del Código Civil y Comercial argentino) y si para ello es menester disponer el auxilio de la fuerza pública, se requerirá por el juez requerido si así lo autoriza el derecho del Estado requerido. Por tal razón, no se explica la autolimitación del juez del Estado requirente asumiendo la imposibilidad de exigir la colaboración de la fuerza pública para la ejecución de la cautelar, pues ello no enerva la admisibilidad de una medida cautelar (cualquiera sea), ya que será el Estado requerido el que dispondrá, de conformidad a su propio derecho, la pertinencia o no de exigir el auxilio de la fuerza.

Entendemos que la carencia detectada en la fuente interna se explica porque la jurisdicción internacional argentina se ejerce sobre buques sitos en aguas jurisdiccionales argentinas, razón por la cual cualquier interdicción de navegar se refiera a aguas jurisdiccionales argentinas y esta interdicción acarrea la imposibilidad de que el buque

transponga las fronteras argentinas y navegue en aguas no sujetas a jurisdicción argentina. En otras palabras, la norma supone la jurisdicción internacional argentina y por ende, la imposibilidad de que el buque surto en un puerto argentino sobre el cual ha caído la interdicción para navegar en aguas jurisdiccionales argentinas lo pueda hacer, sin violar la interdicción, en aguas jurisdiccionales no argentinas. El buque no podría, en principio, salir de aguas locales para ingresar a aguas no jurisdiccionales argentinas si no es navegando por aguas locales, y en tal sentido, violando la interdicción dispuesta en jurisdicción local.

La segunda posibilidad es que el buque, al no encontrarse en aguas jurisdiccionales argentinas, sea objeto de una medida cautelar postulada ante jueces nacionales. Esta alternativa no surge de las fuentes convencionales ni de la ley de navegación, pues aquéllas suponen la jurisdicción internacional cuando el buque se encuentra en aguas jurisdiccionales del Estado de la *lex fori*. Tal la lectura que imponen los arts. 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1939/40 y 4° del Tratado de Derecho Comercial Internacional de la Navegación. El art. 10 de este último tratado no modifica la regla del art. 4°, pues la legitimación activa que atribuye a nacionales o extranjeros domiciliados en cualquiera de los Estados contratantes respecto de los buques de nacionalidad de alguno de dichos Estados cuando se encuentren en la jurisdicción de los tribunales del otro, alude inequívocamente a la distinta nacionalidad del embargante con la del buque. La Ley N° 20.094 refiere a los buques surtos en puertos de la República, en sendas normas atributivas de jurisdicción internacional referidas a buques nacionales (art. 531) y extranjeros (art. 532).

Por otro lado, la pregunta que queda pendiente es acerca del sentido de solicitar, en jurisdicción argentina, una interdicción de navegar en aguas jurisdiccionales no argentinas, si el buque se encuentra en un puerto argentino y no puede, por tal motivo, ingresar a aguas jurisdiccionales no argentinas. Ya hemos visto que no hay competencia, en principio, si el buque no se encuentra en aguas argentinas. Luego, conjeturamos tres hipótesis. La primera, que el buque que ha sido objeto de una interdicción en el país haya sustituido la interdicción por alguna contracautela y esta contracautela hubiera devenido insatisfactoria o insuficiente. En tal sentido, la jurisdicción argentina se mantiene por el principio *perpetuatio jurisdictionis* aún cuando el buque no está ya en la República. La segunda posibilidad es que el buque haya burlado la interdicción dispuesta en aguas jurisdiccionales locales ya dictada la prohibición. Como se ve, no se trata de excepciones al principio de que la jurisdicción está determinada

por la localización del buque, sino porque esta jurisdicción había existido en el momento en que se despachó la interdicción. La tercera: que la medida cautelar acceda a un proceso radicado en la República Argentina y su despacho se hubiera solicitado cuando el buque abandonó aguas argentinas.

Lo antedicho no contradice la posibilidad de recurrir al fuero de necesidad y a bilateralizar las disposiciones de flexibilización de competencia en materia cautelar o aplicar, generosamente, el CCyCom. Difícil, aunque no imposible.

La solución de la Alzada luce razonable pues se ajusta a las fuentes invocadas. Como anticipamos, la armonía de las soluciones de las fuentes omitidas no genera un problema en orden a lo resuelto. En segundo lugar, resulta antifuncional a la internacionalidad del Derecho de la Navegación la limitación territorial de las decisiones jurisdiccionales que, como visto, la Cámara sorteó, pues la diferente jurisdicción no debiera variar el resguardo del derecho que se pretende tutelar con la medida precautoria.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN MATERIAS DE COMPETENCIA JUDICIAL Y ORDEN PÚBLICO EN EL ÁMBITO TERRITORIAL INTEGRADO

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala B -
“Vega, Juan C. y otro c. Royal Ahold y otros”, 04/08/05

*Mónica Sofía Rodríguez**

Sumario: I. Una breve aproximación al tema; II. Marco normativo; III. Los hechos del caso; IV. La decisión judicial; V. Análisis del caso: 1. La Competencia Judicial Internacional y el orden público. A) Jurisdicción Internacional, B) Naturaleza de la cooperación judicial internacional: ¿Deber o Potestad?. C.) El control de la competencia judicial internacional, a.) Métodos de control de la jurisdicción internacional extranjera. b.) El control de jurisdicción extranjera en el MERCOSUR. D) Requisitos formales. a.) Otros requisitos para la viabilidad de la cooperación. b) Fuente ¿autónoma? de integración. 2. El orden público. 3. Un breve análisis de las disposiciones aplicables; VI. Conclusiones.

I. Una breve aproximación al tema

Dentro del objeto del DIPr, la cuestión referida a identificar cuáles son los órganos competentes para conocer de las diferentes acciones en la esfera internacional, fue denominada simplemente jurisdicción internacional en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, mientras que la Convención

* Doctora en Derecho Internacional, UBA. Subdirectora del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de San Isidro. Subdirectora y Profesora de la Maestría en Derecho Internacional Privado, UBA. Profesora Titular en Derecho Internacional Privado y Comunitario, UP. Profesora Adjunta Regular en D.I.Pr. y en Derecho de la Integración, UBA. Docente Investigadora categorizada en la UBA y UCES, Profesora de Doctorado en Derecho Privado en UBA y UCES. Miembro Adscripto del Instituto de Investigaciones Ambrosio Gioja.

Interamericana sobre Competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras (CIDIP II , Montevideo, 1979) acude a un título diferente, sin embargo, lo importante es que estamos hablando de una misma cuestión: la distribución de competencia judicial en el ámbito internacional y, consecuentemente, la colaboración judicial internacional y que el reconocimiento y la ejecución de la sentencia extranjera aparece como el corolario lógico de las premisas o bases precedentes.

En el ámbito internacional, la cooperación o colaboración judicial se encuentra estrechamente relacionada con el objetivo principal de todo proceso judicial; el cual consiste en solucionar, resolver el litigio entre las partes mediante el adecuado y eficiente acceso al sistema de administración de justicia y la tutela judicial efectiva garantizando así los derechos fundamentales de los individuos para lograr la justicia del caso concreto.

La cooperación judicial internacional tiene, como objetivo inmediato, proporcionar a las autoridades competentes del Estado requirente la información solicitada, practicar actuaciones de mero trámite o probatorias por parte de la autoridad requerida, sin cuyos resultados sería difícil y, en ocasiones hasta imposible, resolver el litigio que se desarrolla en extraña jurisdicción, malográndose aquella función primordial de garantizar la tutela judicial efectiva.

Es así que, las acciones de colaboración judicial internacional en sentido amplio -entre las que contamos la adopción de medidas cautelares o preliminares dispuestas en extraña jurisdicción, como las que son objeto del caso en análisis-, resultan, no solo una cuestión atinente al Derecho Internacional Privado, sino también, esencial en un mundo globalizado para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos individuales en toda sociedad organizada.

II. Marco normativo

La República Argentina ha ratificado o adoptado diversos acuerdos en materia procesal y de colaboración judicial internacional, así, por ejemplo, los suscriptos en las Conferencias de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, como ser: la Convención de 1970 sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil y Comercial,¹

¹ Ley N° N° 23.480, de fecha 31 de octubre de 1986, incorporado al Digesto Jurídico argentino como Ley N° 1543.

la Convención de 1954 sobre Procedimiento Civil,² la Convención sobre Notificación en el Extranjero de Actas Judiciales o Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial de 1965,³ la Convención para suprimir la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros de 1961 conocida como la Convención de la Apostilla,⁴ entre otros.

En el caso bajo comentario se hizo referencia específica a las disposiciones del Protocolo de Medidas Cautelares. El Protocolo fue suscrito en Ouro Preto (POP) el 16 de diciembre de 1994, entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay y consta de treinta y un (31) artículos.

La Argentina ratificó el Protocolo por Ley N° 24.579, el 25 de octubre de 1995 y fue promulgada de hecho el 22 de noviembre de 1.995, por cuanto se encuentra obligada, al momento de los hechos, a la aplicación de sus disposiciones, en lo que resulten procedentes.

También se halla vigente el Protocolo sobre Cooperación Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa suscrito, por los entonces cuatro (4) Estados Partes del MERCOSUR en el Valle de las Leñas, Departamento de Malargüe, Provincia de Mendoza, el 27 de junio de 1992. El Protocolo de Las Leñas consta de treinta y seis (36) artículos y fue ratificado por la Argentina mediante Ley N° 24.578 sancionada y promulgada en iguales fechas que el POP.

Respecto a las disposiciones de fuente interna, en el fallo en análisis, se refirió a los términos de los artículos 277° y 517°, inc. 4, CPCCN, como así también, a los artículos 14°, 17° y 18° de la Constitución Nacional.

III. Los hechos del caso

Con fecha, 4 de agosto de 2005, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, integrada por los Dres. A. I. Piaggi. M. L. Gómez Alonso de Díaz Cordero. E. M. Butty, tuvo oportunidad

2 Aprobada en la República Argentina con fecha 13 de mayo de 1987 y consta incorporada al Digesto Jurídico argentino como Ley N-1548.

3 Aprobada con fecha 21 de abril de 1999 por Ley n° 25.097 consta en el Digesto Jurídico argentino como perteneciente al Derecho Internacional Público bajo el número O-2309.

4 Aprobada mediante Ley N° 23.458, el 29 de octubre de 1986 y ubicada en el DJA como perteneciente al Derecho Internacional Público (O 1534).

de entender en el recurso de apelación planteado por Disco SA.; Disco Ahold International Holdings NV y Royal Ahold (Koninklijke Ahold NV) contra la medida dispuesta en la decisión de primera instancia del magistrado del Juzgado Comercial n° 8, Dr. Atilio González, que dispuso dar curso a la rogatoria cursada por la justicia uruguaya -Juzgado Civil de 2° Turno, a cargo del magistrado Juan Contarín-, consistente en la traba de la medida cautelar de no innovar, referida a la venta de acciones a la empresa chilena CENCOSUD.

Tal decisión fue recurrida por un grupo de ahorristas del Banco de Montevideo, que fincaron su desacuerdo con el progreso de la rogatoria cursada por la justicia uruguaya, alegando sustancialmente que:

- 1°) el tribunal exhortante carece de jurisdicción internacional en el asunto concernido en autos;
- 2°) el exhorto incumple los requisitos formales para su procedencia;
- 3°) la medida cautelar requerida es improcedente, pues, según sostienen, viola el orden y el interés público interno local;
- 4°) el juez local debió requerir la prestación de la correspondiente contracautela antes de disponer la medida;
- 5°) el exhorto requiere, para su interpretación, la remisión a la documentación complementaria del caso; y
- 6°) la medida cautelar tiene un propósito ilegítimo, cual es frustrar la negociación de las acciones de Disco S.A.

Oportunamente, se expidió la entonces Fiscal General de Cámara, Dra. Gils Carbó, quien, en primer término, estimó conveniente señalar que “no procede evaluar documentación agregada en la alzada que no fue examinada por el juez de grado (art. 277 CPCCN) ni controlada por la contraparte”.

Por ello, ratificó su anterior dictamen en el sentido de:

que la ausencia de copia autenticada y legalizada de la acción principal promovida en el extranjero obsta al progreso de la medida cautelar, pues en esas condiciones el juez carece de elementos válidos para evaluar si el requerimiento vulnera el

orden público. En consecuencia, procede revocar la medida cautelar decretada.

No obstante lo opinado, para el supuesto de que no se compartiera el criterio expuesto, la Fiscal General opinó que, igualmente, la medida cautelar dictada por el juez requirente debía ser dejada sin efecto, en virtud a que, en la resolución recurrida, el juez dio curso a la rogatoria sin analizar el pedido ni se trataron los planteos de las recurrentes, sino que se dirimió la cuestión con base a consideraciones que, a criterio de la fiscal general, resultaban excesivamente genéricas.

Como fundamento de la opinión vertida destacó las siguientes objeciones:

a) La falta de jurisdicción del juez que decretó la medida, según lo contempla el artículo 4° del Protocolo de Medidas Cautelares suscripto en Ouro Preto (Ley N° 24.579);

b) La ausencia de contracautela, ante una medida de la envergadura de la que se ha solicitado, según lo dispone el artículo 6° del Protocolo; el cual establece que “la ejecución de la medida cautelar y su contracautela o garantía respectiva serán resueltas por los jueces o tribunales del estado requerido, según sus leyes”. La omisión de examinar esos aspectos que conciernen a la protección de derechos constitucionales podría vulnerar, en opinión de la Procuración, el orden público.

c) La presunta indeterminación de la medida ordenada constituye un defecto que es susceptible de lesionar derechos de personas no implicadas en la causa, lo que importaría una violación de derechos constitucionales de terceros.

d) Finalmente, para verificar si la medida está vulnerado el orden público, debió examinarse la relación de proporcionalidad entre la demanda interpuesta y la medida solicitada, no para examinar su procedencia desde el punto de vista procesal, sino porque la absoluta ausencia del requisito de proporcionalidad podría constituir una violación del orden público, extremo que el Protocolo contempla como una causal para que el juez requerido rehúse el cumplimiento de la rogatoria (art. 17).

En este punto, la Fiscal General Gils Carbó esgrimió que:

no procede admitir automáticamente una medida cautelar ordenada por el juez extranjero. Es decir, sin examinar antes si vulnera principios esenciales en que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico, cuyo carácter fundamental obliga a todos los operadores del derecho. Por ello los jueces deben analizar de oficio la compatibilidad de la medida ordenada por el juez extranjero, con la observancia de aquellos principios básicos de la comunidad (arg. art. 517, inc. 4, CPCCN).

En ese sentido, destacó, que:

de las objeciones planteadas por los recurrentes se infiere que la admisión de la medida en las condiciones solicitadas podría vulnerar normas constitucionales que garantizan el debido proceso, el derecho de defensa en juicio y la propiedad (arts. 14, 17 y 18 CN). Estas consagran principios esenciales del orden público internacional, en los que la República Argentina asienta su individualidad jurídica. Ello de acuerdo a los términos utilizados por la República Oriental del Uruguay al ratificar la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, aprobada en Montevideo en 1979: ‘...la fórmula comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma 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 lo que cada Estado asiente su individualidad jurídica’ (documentos OEA. 13/1/1999 B.45).

En la búsqueda de una noción de orden público internacional recurrió a la doctrina especializada que sostiene que:

debe constatarse como última etapa del razonamiento conflictual, la compatibilidad de la solución aportada por la ley extranjera competente, con los principios sociales, culturales, morales y jurídicos del foro, que inspiran una legislación y hallan determinación en varias normas. Son los principios que están admitidos en el Estado parte requerido, principalmente en el respectivo derecho constitucional. Si el juicio es negativo, corresponde la evicción de la solución de derecho extranjero y

su reemplazo por una solución compatible con los principios del foro (ver Najurieta, María S., “Orden Público Internacional”, LL 1997-B-1436).

En base a las consideraciones expuestas, la fiscalía estimó procedente aconsejar que:

entre tanto el juez se pronuncie sobre tales aspectos que hacen al ejercicio de su potestad jurisdiccional, teniendo en vista la documentación debidamente legalizada, que no había sido incorporada a la causa al dictarse la resolución apelada, estimo que V.E. puede reducir la medida solicitada a una anotación de litis, fijando un plazo de caducidad adecuado para que la actora integre los recaudos legales (art. 21 del Protocolo de Ouro Preto). En los términos que anteceden, dejo contestada la vista conferida por V.E. en fs. 581.- Buenos Aires, 13 de abril de 2005.- A. Gils Carbó.

IV. La decisión judicial

Consideraciones en 2º Instancia:

En su sentencia, el Tribunal destacó que, si bien participa de la línea argumental plasmada en el dictamen de la fiscalía, no comparte la resolución postulada y, sin adelantar lo que en definitiva pudiese decidirse, la Sala juzgó adecuado librar un oficio de estilo al magistrado exhortante para que, a la brevedad posible, funde y acredite documentalmente la jurisdicción invocada y que justifique la medida cautelar contenida en esta rogatoria (arg. art. 9, párr. 2 “Protocolo de Ouro Preto”), dado el limitado plexo probatorio existente en autos para corroborar la jurisdicción de la juez requirente.

Tomó en consideración que el Protocolo de Cooperación, Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (en adelante, Protocolo de Las Leñas) dispone que los exhortos deberán cumplir, entre otros requisitos, con la adjunción de “copia de la demanda y transcripción de la resolución que ordena la expedición del exhorto” (art. 6, c). Análoga previsión contiene el Protocolo de Medidas Cautelares (en lo sucesivo, Protocolo de Ouro Preto) en punto a las exigencias formales de las rogatorias (art. 21).

Desde un primer ángulo de análisis, se advirtió que las omisiones de índole formal que apuntan las recurrentes se encuentran superadas al momento de la intervención de la Cámara, pues obra agregada en el expediente la copia de la demanda principal, la transcripción de la resolución del juez requirente y la decisión expresa del magistrado exhortante, cuanto del tribunal de alzada de aquélla, respecto a cierta apelación deducida en la República Oriental del Uruguay mediante la cual se confirmó el contenido y la procedencia de la rogatoria en trámite.

No obstante, recordó que los recurrentes adujeron que la admisión de la rogatoria importó una alteración del orden público local, en la medida en que el tribunal exhortante carece de jurisdicción internacional en el asunto de marras. Así también que, alegaron, el juez nacional carece de facultades para trabar medidas cautelares sobre bienes ubicados fuera de la jurisdicción de la República Argentina ya que las acciones objeto de embargo fueron emitidas por una sociedad constituida fuera del Uruguay.

Es en base a la crítica expuesta precedentemente, que la Sala entendió que se requería determinar las facultades que le caben al juez exhortado, en tanto que el artículo 8° del Protocolo de Ouro Preto establece que el juez requerido puede rehusar el cumplimiento de la medida cuando sea verificada su absoluta improcedencia. Así puntualizó que:

(d)e tal forma, puede concluirse que, en el plano local, le incumbe al juez requerido efectuar el examen de legalidad de las medidas cuya efectivización le son requeridas; por donde se concluye que ese examen consiste en determinar si, en el caso, se cumplen las normas argentinas sobre jurisdicción internacional, de modo tal de confrontar el objeto de la rogatoria con los principios de orden público que rigen el ordenamiento local (CNCiv., sala H, in re “Remus, Alfonso c. Gradin, Mariano”, del 18/4/1996). Desde esa perspectiva, subsisten dudas en torno a la jurisdicción de la juez exhortante, habida cuenta que se dispuso la medida de innovar referida a la prohibición de venta de acciones de sociedades constituidas fuera del territorio uruguayo, por donde en principio no se advierte fundamento en punto a la jurisdicción de la juez exhortante.

V. Análisis del caso

1. La competencia judicial internacional y el orden público

Si bien la decisión de la Sala, como se dijo, no continuó la línea de razonamiento seguida por la Fiscal General de rechazar la solicitud con fundamento en el orden público internacional argentino, se puede advertir que tampoco hizo lugar al trámite, considerando necesario, en primer término, requerirle al juez exhortante, la justificación de su jurisdicción internacional para intervenir en el caso.

Más allá de adelantar mi opinión desfavorable respecto a la solución adoptada, resulta evidente la necesidad de analizar ambas cuestiones -jurisdicción internacional y orden público- y la posible vinculación entre ellas, ya que fueron la base fundamental, del dictamen de la Procuración y de la decisión adoptada.

A) Jurisdicción internacional

Sin poder extendernos en los distintos aspectos comprensivos de la noción de jurisdicción internacional⁵, es dable recordar los dos que poseen vinculación al caso en análisis, cuales son:

- La facultad de los órganos y autoridades de un Estado para entender en una controversia con elementos de extranjería y que se conoce como jurisdicción internacional directa o competencia judicial internacional directa. Resulta evidente que, bajo este ámbito, es, en primer término, el propio juez (o el árbitro) ante quien se plantea la cuestión, quien deberá decidir si él es competente para dirimir una determinada desavenencia que le es sometida o, en su caso, declararse incompetente para continuar interviniendo en la causa.

- La facultad del tribunal local para intervenir respecto de cuestiones que están bajo la competencia del tribunal extranjero. En este supuesto nos hallamos frente a la cuestión de la

⁵ Quien desee ampliar el tema de la jurisdicción internacional puede consultar RODRÍGUEZ, Mónica Sofía. “Capítulo 2 - Jurisdicción Internacional” en BUERES, Alberto J. *Código Civil y Comercial de la Nación – Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Tomo 6, Editorial Hammurabi SRL. Año 2017, p. 292 a 386. De la misma autora “Capítulo 2. Jurisdicción Internacional - Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado”, en CALVO COSTA, Carlos. *Código Civil y Comercial de la Nación Concordado, Comentado y Comparado con los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio*. Tomo III. Ed. La Ley. Año 2015. p. 823 a 840.

colaboración judicial internacional: es la noción de jurisdicción internacional indirecta. Es decir, que las autoridades estatales participarán -indirectamente- en una causa sustanciada en extraña jurisdicción, a solicitud del magistrado extranjero que ha dispuesto medidas que resultan ejecutables fuera de su ámbito territorial (medidas cautelares, medidas probatorias, reconocimiento o ejecución de sentencia y laudos extranjeros), por cuanto requiere -para el normal desempeño de su facultad jurisdiccional- de la colaboración de las autoridades de territorio extranjero.

Es, por lo tanto, el juez requerido, quien ostenta la jurisdicción internacional indirecta en cuanto la autoridad requirente, reviste, ostenta la jurisdicción internacional directa.

Nótese, que, este aspecto, que resulta fundamental para la efectividad de las decisiones judiciales en el ámbito internacional es, precisamente, una de las objeciones planteadas por los recurrentes, pretendiendo desconocer la facultad del magistrado actuante, de disponer medidas ejecutables en extraña jurisdicción y que fue considerada por la Cámara, al disponer librar oficios a la justicia uruguaya en tal sentido.

El reconocimiento de la autoridad requirente se encuentra intrínsecamente vinculado a la tutela jurídica efectiva, la ausencia de un reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras abocaría a situaciones claudicantes y a una negación de la función propia del Derecho internacional privado. A su respecto se ha dicho:

el reconocimiento del efecto ejecutivo, constitutivo, de cosa juzgada o registral de una decisión judicial extranjera dictada en el ejercicio de la función jurisdiccional de dicho Estado, constituye el exponente más significativo de este sector de problemas. De su resultado depende el ejercicio efectivo de los derechos declarados judicialmente en otro Estado, la solución, en definitiva, de una situación privada internacional ya sancionada. La posibilidad de reconocer y ejecutar los efectos de una decisión judicial extranjera constituye, sin duda, una de las labores esenciales del Derecho internacional privado, en orden a dotar de continuidad a las relaciones jurídicas en el espacio internacional.⁶

6 FERNÁNDEZ ROZAS, Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO. *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2da. edición, Civitas, Madrid, 2000, p. 47.

Podemos advertir que, en el caso en análisis, ambos aspectos de la competencia judicial internacional fueron -o debieron ser- consideradas; es decir, ante la solicitud de colaboración judicial internacional del magistrado uruguayo -y la verificación del cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales para su procedencia-, correspondía también verificar si dicho requerimiento provenía de la autoridad con competencia internacional en el caso, ya que, de lo contrario, tal requerimiento debía ser rechazado.

Ello nos conduce a otras dos cuestiones de cardinal relevancia y directamente relacionadas. La primera, es la relativa a las normas aplicables para la verificación de los requisitos formales y sustanciales para la procedencia de la rogatoria; cuestión que incluye el debido control judicial de la competencia internacional de la autoridad requirente, por parte del magistrado requerido. La otra, responde a los casos de excepción frente a los cuales, no obstante, el cumplimiento de tales requisitos, la autoridad requerida puede rechazar la solicitud por hallarse en juego cuestiones atinentes al orden público internacional del foro, es decir, considerar que se vulneran los principios fundamentales en los que se basa el sistema jurídico del Estado requerido.

B) Naturaleza de la cooperación judicial internacional: ¿deber o potestad?

La cooperación tiene, como objetivo inmediato, proporcionar a las autoridades competentes del Estado requirente la información solicitada, practicar actuaciones de mero trámite o probatorias, sin cuyos resultados sería difícil y, en ocasiones hasta imposible, resolver el litigio que se desarrolla en extraña jurisdicción.

Es así, que la cooperación judicial internacional, en materia de derecho privado, está vinculada con el fin último que persigue todo proceso jurisdiccional, cual es, solucionar el litigio entre las partes para alcanzar la justicia del caso concreto, garantizando los derechos fundamentales a través de la tutela judicial efectiva por parte los órganos de administración de justicia. El reconocimiento de decisiones responde a un conflicto de intereses ya resuelto al amparo de otro poder jurisdiccional -el extranjero- cuya sanción es susceptible de originar nuevos derechos y expectativas para las partes. Si la fuerza de dicha sanción es capaz de sobrepasar la frontera del Estado del que proviene, queda garantizada la continuidad de los derechos y expectativas establecidos, sin necesidad de ulteriores actuaciones.⁷

7 FERNÁNDEZ ROZAS, Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, ob. cit., p. 48. PÉREZ VERA, Elisa (coord.), *Derecho Internacional Privado*, vol. 1, 2ª ed., Universidad Nacional de Educación a Distancia, Codeax, España, 2000,

En materia de cooperación internacional, tradicionalmente los Estados en sus disposiciones internas, han optado por justificar su posición de diversas maneras. Algunos, acudiendo a un criterio tradicional, han fundado la cooperación judicial internacional atendiendo a principios de cortesía internacional (commity) o criterios de reciprocidad. Modernamente se ha ido abandonado estas ideas en la convicción de la existencia de un deber de cooperación y coordinación de los diversos sistemas jurídicos involucrados y, en algunos sistemas jurídicos la cooperación es una obligación constitucional para sus autoridades, basados en el reconocimiento del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

De tal manera, para garantizar la efectiva prestación del servicio de justicia y el derecho constitucional a su acceso por parte de los justiciables, las autoridades del Estado requerido deben cooperar con el proceso extranjero cuando la correcta implementación de los derechos de las partes dependa de dicha colaboración y, es así, que puedan existir normas de derecho interno que impongan a sus magistrados la obligación de colaboración judicial internacional.⁸ En opinión del Dr. Juan María Rouvier “[e]l fundamento de esta colaboración se encuentra...en la existencia de la comunidad jurídica internacional, la cual exige esta actitud para que los derechos del hombre puedan ser respetados universalmente”⁹.

No obstante cuál sea la posición que unilateralmente adopten los países ante una solicitud de cooperación judicial internacional, las disposiciones de fuente interna deben ceder cuando han suscripto acuerdos internacionales obligándose -bajo ciertas condiciones- a colaborar con los otros Estados miembros, partes de un convenio internacional.

La República Argentina ha suscripto numerosos acuerdos

pp. 374-375. SILVA, Jorge y PEREZNIETO, Leonel. *Derecho Internacional Privado*, Parte Especial, México, 2000, p. 336-337.

⁸ Esta parece haber sido la posición asumida por la República Argentina a partir de la sanción del Código Civil y Comercial (2015) en tanto que, en su artículo 2611, estableció: “Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral”.

En igual sentido, el artículo 2612, dispone: “Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso. Se debe dar cumplimiento a las medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras siempre que la resolución que las ordena no afecte principios de orden público del derecho argentino. Los exhortos deben tramitarse de oficio y sin demora, de acuerdo a las leyes argentinas, sin perjuicio de disponer lo pertinente con relación a los gastos que demande la asistencia requerida”.

⁹ ROUVIER, Juan María. *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Maracaibo, Venezuela, 1988, p. 362.

bilaterales y multilaterales en el ámbito internacional y de la integración que, además de lo establecido en sus disposiciones de derecho interno, la obligan a cooperar con las autoridades requirentes. Es así que podemos referir: los Tratados de Derecho Procesal de Montevideo de 1889¹⁰ y 1940;¹¹ la Convención Interamericana Sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros,¹² la Convención de Asistencia Judicial y de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Materia Civil suscripta con la República Italiana;¹³ la Convención de Cooperación Judicial con Francia;¹⁴ el Acuerdo sobre Cooperación Judicial en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa celebrado con Brasil;¹⁵ el Convenio de Asistencia Judicial Internacional con la República de Paraguay,¹⁶ el Tratado de Asistencia Judicial Recíproca en Materia Civil y Comercial con la República Tunecina;¹⁷ el Tratado de Asistencia Judicial en Materia Civil y Comercial con China,¹⁸ entre muchos otros.¹⁹

En el ámbito del MERCOSUR, se pueden mencionar: el Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa;²⁰ el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares,²¹ por cuanto las solicitudes de cooperación, dentro del área de integración, deberán tramitarse de conformidad con tales disposiciones.

10 Ratificado por la Argentina mediante Ley N° 3.192 el 6/12/1894, fue incorporado al Digesto Jurídico argentino como Ley N-0083.

11 Ratificado en Argentina por Ley N° 7.771, incorporado como N-0425 en el Digesto Jurídico argentino.

12 Ratificada por Ley N° 22.921 por la Argentina.

13 Aprobada el 13/09/1989 mediante la Ley N° 23.720, fue identificada como Ley O-1628 en el Digesto Jurídico argentino.

14 Aprobada por Ley N° 24.107 de fecha 01/07/1992, Digesto Jurídico argentino, Ley O-1822.

15 Aprobado mediante Ley N° 24.108 del 01/07/1992, Ley O-1823 en el Digesto Jurídico argentino.

16 Aprobado por Ley N° 24.847 del 11/06/1997, consta como Ley O-2189 en el Digesto Jurídico argentino

17 Aprobado por Ley N° 26.667 del 16/03/2011 fue incorporado al Digesto Jurídico como Ley O-3227.

18 Aprobado por Ley N° 26.672 del 16/03/2011 fue incorporado al Digesto Jurídico como Ley O-3231.

19 El Acuerdo sobre Ejecución de Cartas Rogatorias con Brasil (Ley N° 1.052) es identificado en el Digesto como Ley O-0045 y como Ley O-0046 se agregó el Acuerdo para la Ejecución de Exhortos con Paraguay (antes Ley N° 1053 de fecha 07/10/1880). La Convención sobre Diligenciamiento de Exhortos en Materia Civil, Comercial y Penal suscripto con Italia (aprobado el 29/05/1901 por la Ley N° 3983) se incorpora como Ley O-0101; el Convenio para la Tramitación de Exhortos Judiciales entre la República Argentina y la República de Chile (Ley N° 15.989 de 26/10/1961) es ahora Ley O-0553 y como Ley O-0575 fue agregado el Convenio Relativo a la Tramitación de Exhortos Judiciales entre la República Argentina y la República del Perú (antes Decreto Ley N° 5749 de fecha 16/07/1963). El lector que desee ampliar información puede consultar RODRÍGUEZ, Mónica Sofía. "Los Tratados de Derecho Internacional Privado en el Digesto", en *Digesto Jurídico Argentino Comentado*, Tomo IV. Ed. La Ley. Buenos Aires. Argentina. Año 2014, pp. 561 a 645.

20 Aprobado por Decisión del Consejo del Mercado Común N° 5/92 el 27/06/1992. Aprobado por la República Argentina por Ley N° 24.578.

21 MERCOSUR/CMC/DEC N° 27/94

Lejos de entender que la cooperación internacional es una facultad discrecional de la autoridad rogada, la Argentina asumió el compromiso de brindar colaboración con las jurisdicciones de los demás Estados del MERCOSUR en tanto que, el Protocolo de Las Leñas, establece:

Artículo 1º: Los Estados Partes se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. La asistencia jurisdiccional se extenderá a los procedimientos administrativos en los que se admitan recursos ante los tribunales.

En igual sentido, la imperatividad, el deber de colaboración se encuentra establecido en el Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares, que prescribe, en su artículo 4º que:

Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes del Tratado de Asunción darán cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por los Jueces o Tribunales de los otros Estados Partes, competentes en la esfera internacional, adoptando las providencias necesarias de acuerdo con la ley del lugar donde estén situados los bienes o residan las personas objeto de la medida.

También, la idea de que el auxilio jurídico internacional no está sujeto a una decisión discrecional de la autoridad requerida, sino que se funda en el deber de brindarlo, es acogida por el Protocolo de Las Leñas, en su artículo 14º -parte final-,²² al disponer la obligación del Estado exhortado de comunicar al requirente los motivos del incumplimiento total o parcial de la asistencia. En igual sentido, encontramos el artículo 15º del Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares.²³

C) El control de la competencia judicial internacional

Anteriormente se ha destacado que la nueva corriente imperante

22 Protocolo del MERCOSUR sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional: Artículo 14: Los documentos en los que conste el cumplimiento del exhorto serán comunicados por intermedio de las Autoridades Centrales.

Cuando el exhorto no haya sido cumplido en todo o en parte, este hecho, así como las razones que determinaron el incumplimiento, deberán ser comunicados de inmediato a la autoridad requirente, utilizando el medio señalado en el párrafo precedente.

23 Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares: Artículo 15: El Juez o Tribunal del Estado requerido comunicará inmediatamente al del Estado requirente, la fecha en que se dio cumplimiento a la medida cautelar solicitada o las razones por las cuales no fue cumplida.

tiene a poner en cabeza de las autoridades requeridas el deber de colaboración para garantizar la efectiva prestación del servicio de justicia. No obstante, esa colaboración no puede prestarse a ciegas y precisa, como vimos, el control del cumplimiento de determinados requisitos, entre los que encontramos, como primera medida, la comprobación de que el magistrado requirente ostenta jurisdicción internacional y resulta el juez competente para el dictado de la medida ejecutable en extraño territorio.

No cabe dudas que tal control debe ser realizado por la autoridad rogada, la cuestión radica en las normas que deberán considerarse para efectuar dicho control.

Sin embargo, los magistrados integrantes de la Sala interviniente consideraron necesario requerir al magistrado solicitante la justificación de su competencia en la causa, cuestión que parece contraria a las disposiciones vigentes. Seguidamente, nos abocaremos al análisis de esta delicada cuestión.

a) Métodos de control de la jurisdicción internacional extranjera

En relación con los diferentes criterios empleados para realizar de control de la jurisdicción internacional del juez extranjero requirente, se observan dos teorías o doctrinas fundamentales.

Una de ellas es la denominada “doctrina unilateralista” que, a su vez, distingue entre sistema simple y doble. En los casos de aplicación de la doctrina unilateralista simple, la jurisdicción internacional del juez extranjero debe ser examinada, por el juez requerido, con arreglo a las normas del ordenamiento que le es propio y no del sistema jurídico del foro requerido. Por ende, para esta concepción el juez requerido debe analizar la competencia según las normas de jurisdicción internacional del Estado requirente. A su turno, en los Estados que adscriben a la aplicación de la doctrina unilateral doble, si bien la jurisdicción internacional del juez extranjero es examinada con arreglo a las normas de su propio ordenamiento, permite que el Estado requerido pueda negar el reconocimiento cuando entienda que se ha invadido la esfera de su jurisdicción internacional exclusiva. Para esta línea de pensamiento, solamente corresponde negar, desconocer la jurisdicción del sentenciante extranjero cuando hay intromisión, invasión de la jurisdicción internacional exclusiva del foro requerido, ya que responde a situaciones excepcionales

en las que una Nación no admite la intrusión jurisdiccional de la autoridad extranjera, y que justificaría declinar su obligación de colaboración jurisdiccional.

A su turno, por aplicación de la denominada “doctrina bilateralista”, la competencia internacional del juez requirente es juzgada desde los criterios atributivos de jurisdicción del foro requerido. Ello implica que, para considerar que el juez extranjero es competente en la esfera internacional, no basta con no haber invadido la jurisdicción exclusiva del Estado rogado, sino que se evalúa si detenta jurisdicción internacional en base a criterios semejantes o análogos a los del foro requerido, donde la medida deba hacerse efectiva.

En este punto, no resulta trivial reiterar que, cuando los Estados han acordado, mediante la suscripción de tratados, los criterios de distribución de jurisdicción internacional, son tales normas las que deben aplicarse para el control de competencia jurisdiccional y, así, la radical diferencia de los criterios enunciados se desvanece. No obstante, ella recobra relevancia ante la inexistencia de la armonización de disposiciones en la materia.

El derecho positivo argentino tanto de fuente interna, cuanto, de fuente convencional, se alinea dentro de la concepción bilateralista.

Una aplicación del criterio bilateral del control de competencia judicial internacional en la fuente interna se encuentra plasmada en el artículo 517° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que, en lo pertinente, prescribe que:

Cuando no hubiese tratados, serán ejecutables si concurriesen los siguientes requisitos: 1) Que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, emane de tribunal competente **según las normas argentinas de jurisdicción internacional.** (resaltado agregado)

Desde el perfil de los requisitos procesales, tanto el régimen convencional como el interno coinciden en exigir que el tribunal sentenciador tenga jurisdicción en la esfera internacional para conocer y juzgar en el asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efectos.²⁴

24 Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, art. 5, inc. a); CIDIPde1979, art. 2, inc. d); Protocolo de Las Leñas, art. 20, inc. c); Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 517, inc.

En la medida en que la competencia de la autoridad requirente se evalúa a tenor de los criterios atributivos de jurisdicción directa del foro de reconocimiento y no del ordenamiento del cual proviene la sentencia, surge con nitidez la adhesión a la doctrina bilateralista como método de control de la jurisdicción internacional extranjera.

Como puede advertirse, este sistema, de ningún modo, justifica la exigencia de solicitar a la autoridad exhortante la prueba de su competencia internacional.

b) El control de jurisdicción extranjera en el MERCOSUR

Como ya se dijo, en lo que respecta a la competencia internacional de la autoridad requirente, no cabe dudas que tal control debe ser realizado por la autoridad requerida, y según ya analizamos, la cuestión radica en las normas que deberán considerarse para efectuar dicho control.

A pesar de la existencia de acuerdos internacionales y de las normas de fuente interna que regulan el tema, los magistrados de la Sala interviniente consideraron necesario requerir al magistrado solicitante la justificación de su competencia en la causa, cuestión que aparece contraria a las disposiciones vigentes.

En forma específica, el Protocolo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional de Las Leñas, en su artículo 20, adopta el sistema bilateral al establecer que:

Las sentencias y laudos arbitrales a que se refiere el artículo precedente, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Parte si reúnen las siguientes condiciones: ... c) que éstos emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, **según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional.** (resaltado agregado)

Es así que, el tribunal argentino, en lugar de dilatar la decisión, exigiendo al tribunal requirente la justificación de su competencia, debió recurrir a sus propias normas de jurisdicción internacional vigentes en la

1°. En la Tercera Conferencia Especializada celebrada en La Paz, Bolivia, en 1984, se adoptó la Convención sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras que establece un marco normativo con el fin de evitar conflictos de competencia entre sus Estados Parte. A la fecha, solo cuenta con dos ratificaciones: México -12/06/1987- y Uruguay -24/11/04-. Inf. www.oas.org del 15/05/2020.

materia -de fuente convencional primero, y en su ausencia, recurrir a las normas de fuente interna- para analizar si, la medida solicitada cumplía con el requisito esencial de haber emanado de autoridad competente en el ámbito internacional.

En consecuencia, la decisión del tribunal de alzada, en este punto, como se adelantara, resultó equivocada.

D) Requisitos formales

a) Otros requisitos para la viabilidad de la cooperación

Además de la competencia internacional de la autoridad exhortante, la colaboración judicial internacional requiere el cumplimiento de otros requisitos o circunstancias para su procedencia y, en líneas generales, tanto las disposiciones de fuente interna como convencional prescriben similares condiciones –formales, procesales y sustanciales- a ser verificadas por el juez exhortado para conferir eficacia, dentro de su territorio, a las resoluciones jurisdiccionales pronunciadas en otro Estado. Entre las referidas condiciones podemos citar: que la medida emane de autoridad con competencia en el ámbito internacional -cuestión a la que ya hicimos mención-, que se encuentre firme, que se hayan garantizado, resguardado el debido proceso, la legítima defensa en juicio, etc.²⁵

25 El derecho positivo de fuente interna argentino, además de las medidas dispuestas en el Código Civil y Comercial -artículos 2611 y 2612-, regula la cuestión de la jurisdicción indirecta en los códigos de procedimiento. Así el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, regula el tema en los artículos 517 a 519 bis, y, en lo puntual, dispone que la sentencia extranjera debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Que sea cosa juzgada según el Estado donde fue dictada.
- Que haya sido emanada de tribunal competente según la ley argentina.
- Producto de una acción personal o real sobre un mueble que fue trasladado durante o después del juicio.
- Que la demandada hubiese sido personalmente notificada.
- Se debe cumplir con las condiciones de autenticidad argentinas.
- Reunir las características de una sentencia.
- La sentencia extranjera no debe afectar el orden público internacional argentino.
- La sentencia extranjera no debe ser incompatible con otra sentencia simultánea o anterior dictada en la argentina.

b) Fuente ¿autónoma? de integración²⁶

En el ámbito de la integración, a fin de acelerar y simplificar las solicitudes de colaboración entre los Estados Partes del MERCOSUR, se han operado cambios con relación a los requisitos formales tradicionalmente establecidos para la admisión del trámite, por ejemplo, en lo que respecta a los requisitos formales del requerimiento y la documentación anexa, relativos a la autenticidad de los documentos, su traducción -si correspondiere- y la legalización, en los protocolos de La Leñas y Ouro Preto la legalización no resultan exigibles al haberse convenido que la tramitación de cualquier requerimiento sea realizada, por ejemplo, a través de las autoridades centrales.

Protocolo de Ouro Preto: “Artículo 19: La carta rogatoria referente al cumplimiento de una medida cautelar se transmitirá por vía diplomática o consular, por intermedio de la respectiva Autoridad Central o por las partes interesadas. Cuando la transmisión sea efectuada por la vía diplomática o consular o por intermedio de las Autoridades Centrales, no se exigirá el requisito de la legalización. Cuando la carta rogatoria se transmita por intermedio de la parte interesada deberá ser legalizada ante los agentes diplomáticos o consulares del Estado requerido salvo que, entre los Estados requirente y requerido, se hubiere suprimido el requisito de la legalización o sustituido por otra formalidad. Los Jueces o Tribunales de las zonas fronterizas de los Estados Partes podrán transmitirse en forma directa los exhortos o cartas rogatorias previstos en este Protocolo, sin necesidad de legalización. No se aplicará al cumplimiento de las medidas cautelares el procedimiento homologatorio de las sentencias extranjeras.

2. El orden público

Ahora bien, el deber de cooperación, que aparece como el mejor

²⁶ Parte de la doctrina especializada se refiere a las normas del derecho mercosureño como “fuente autónoma”. Me permito en este punto aclarar que tal calificativo, por mi parte, debe entenderse como normas de fuente propia, pero no podemos asimilarlo al derecho autónomo vigente en otras áreas de integración (Unión Europea – Comunidad Andina) donde, tanto la doctrina como la jurisprudencia le ha reconocido características propias (supremacía, efecto directo, aplicabilidad inmediata, especificidad, autonomía) que no se advierten en las normas vigentes en el ámbito del MERCOSUR, al menos, en la actual etapa de evolución del área integrada.

reconocimiento hacia la diversidad de los órdenes jurídicos y hacia el respeto por el derecho foráneo tiene ciertas salvaguardas, entre ellas, agazapada y al acecho, se encuentra siempre la excepción de orden público internacional.²⁷

La doctrina especializada ha sostenido que

principios esenciales como los del debido proceso con la garantía del derecho de las partes a exponer y defender su derecho, si bien no pertenecen en exclusividad a ninguna rama del derecho -sea éste, público o privado-, no cabe duda que la dimensión procesal del tema es la que se ha detenido con mayor insistencia en él. También es indiscutible que la observancia de ese principio es cobijada por el DIPr con su instrumento del orden público internacional en el instante final del inexcusable cotejo de lo propio y lo ajeno, derecho extranjero mediante, o sentencia extranjera en juego.²⁸

Esta noción, a la que todos parecen comprender casi instintivamente, resulta de muy determinación y, con una habitualidad para nada aconsejable, los magistrados suelen recurrir a él como fundamento de sus decisiones incluyendo, muchas veces, cuestiones que no resultan, técnicamente vinculadas al orden público -interno o internacional- confundiénolo con algunos otros problemas propios del derecho internacional privado (fraude a la ley, normas de policía, etc.).

Los textos interamericanos contienen expresamente esta cláusula de reserva que “es en definitiva, el orden público del foro, el conjunto de principios fundamentales e inderogables por voluntad de las partes, en que se asienta el orden jurídico local y que el juez que entiende en la causa debe invocar y utilizar para excluir la aplicación de un Derecho extranjero que resulta lesivo a tales principios”.²⁹

Las normas involucradas en la tramitación de la medida cautelar en análisis, contienen, como no podía ser de otra manera, la excepción del

27 OPERTTI BADÁN, Didier. “La asistencia judicial internacional. Un enfoque general. Últimos desarrollos en el ámbito penal”, en *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario*, obra dirigida por Ángel Landoni Sosa, Fundación de Cultura Universitaria, Universidad de la República de Montevideo, 1997, pp.133/147.

28 OPERTTI BADAN, Didier. *Algunas reflexiones sobre jurisdicción internacional y jurisdicción exclusiva*, Montevideo, Julio, 2008.

29 KALLER ORCHANSKY, Berta. *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Bs. As., Ed. Plus Ultra, 1994, p. 356.

orden público internacional.

El Protocolo de Las Leñas, puntualmente establece:

Artículo 8: El cumplimiento de los exhortos deberá ser diligenciado de oficio por la autoridad jurisdiccional competente del Estado requerido y sólo podrá denegarse cuando la medida solicitada, por su naturaleza, atenté contra los principios de orden público del Estado requerido.

Dicho cumplimiento no implicará un reconocimiento de la jurisdicción internacional del juez del cual emana.

A su turno, de modo concordante el Protocolo de Ouro Preto prevé:

Artículo 17: La autoridad jurisdiccional del Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de una carta rogatoria referente a medidas cautelares, cuando éstas sean manifiestamente contrarias a su orden público.

En un contexto internacional que tiende a la integración, por sus particulares características de cooperación, interdependencia, no discriminación que rigen en el área, resulta necesario evitar alegaciones constantes y abusivas del orden público que se traduzcan en inmotivadas causas de rechazo del auxilio judicial solicitado puesto que resulta sumamente peligrosa esta facultad en tribunales naturalmente inclinados a la aplicación de sus propias leyes materiales.

La integración conduce a disminuir o atenuar las barreras del orden público y, en este sentido, se ha dicho que “bajo el amparo del poder y la previsibilidad, se produce un campo mayor para el juego de la cooperación y de la solidaridad”.³⁰ Hasta se ha comenzado a elaborar una noción de orden público de integración o comunitario que estaría por sobre las cuestiones de orden público de cada uno de los Estados Miembros del área integrada, donde los intereses particulares deben ceder frente al interés común de los Estados asociados.

30 CIURO CALDANI, Miguel A. “Bases para los regímenes de jurisdicción y ley aplicable en la integración del MERCOSUR”, publicado en *Investigación y Docencia*, n° 23, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, 1993, p. 7.

Cabe traer a colación la Declaración hecha por la República Oriental del Uruguay al suscribir la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado,³¹ que en una particular interpretación fuera referida en el dictamen de la Procuración General, en el sentido de dejar expresa y claramente señalado que el orden público internacional es un instituto jurídico singular, no identificable necesariamente con el orden público interno de cada Estado.

En efecto, la reserva efectuada por el vecino país, sólo autoriza a prescindir de la disposición normalmente aplicable si fuere “manifiestamente contraria a los principios de su orden público” (art. 5) y con el añadido del adverbio “manifiestamente” se hace hincapié en el carácter excepcional del recurso. Tal es el alcance que Uruguay le otorga a la cláusula de reserva en la citada Declaración, al afirmar que:

la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Parte para que, en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicable 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.

El hecho de examinar que la sentencia extranjera no sea contraria al orden público internacional argentino, no implica que deba realizarse una revisión de fondo de dicha decisión, esto es, controlar la ley aplicada por el juez del Estado de origen o la valoración de los hechos que dicho órgano jurisdiccional realizó.

Implica evaluar si la solución adoptada, produce un resultado que conculque, vulnere, violente los principios fundamentales del sistema jurídico el Estado requerido o, como sabiamente lo expresara, en forma temprana el juriconsulto Dalmacio Vélez Sarsfield “su espíritu”³² y,

31 Adoptada por la Segunda Conferencia Especializada en la ciudad de Montevideo, en el año 1979.

32 Código Civil argentino sancionado por Ley N° 340 en 1871 y derogado en 2015. Artículo 14: “Las leyes extranjeras no serán aplicables:

1° Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República a la religión del Estado a la tolerancia de cultos o la moral y buenas costumbres;

2° Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este código;

3° Cuando fueren de mero privilegio;

4° Cuando las leyes de este código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos.

solamente, de verificarse tal transgresión en forma “manifiesta y grave” la autoridad requerida está facultada para declinar la colaboración en protección de su propio sistema; pero no puede caerse en el error de aplicar esta excepción -del orden público internacional- de manera habitual y hasta, a veces, casi automática.

3. Un breve análisis de las disposiciones aplicables

Quedó ya expuesto que la medida cautelar dispuesta por el magistrado uruguayo debió ser diligenciada y trabada en el país, de conformidad a las disposiciones del Protocolo de Ouro Preto y demás normativa de fuente interna que resulte concordante y complementaria.

Tampoco, procede su sustitución por otra medida que el magistrado requerido entienda más conveniente según sus disposiciones locales, dada la jerarquía de la norma convencional.

En lo puntual el Protocolo establece:

Artículo 5: La admisibilidad de la medida cautelar será regulada por las leyes y resuelta por los Jueces o Tribunales del Estado requirente.

Artículo 6: La ejecución de la medida cautelar y su contracautela o garantía respectiva serán resueltas por los Jueces o Tribunales del Estado requerido, según sus leyes.

Artículo 7: Serán también reguladas por las leyes y resueltas por los Jueces o Tribunales del Estado requerido: a) las modificaciones que en el curso del proceso se justificaren para su correcto cumplimiento o, cuando correspondiere, para su reducción o sustitución; b) las sanciones por peticiones maliciosas o abusivas; y c) las cuestiones relativas al dominio y demás derechos reales.

Artículo 8 El Juez o Tribunal del Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de la medida o, en su caso, disponer su levantamiento, cuando sea verificada su absoluta improcedencia, de conformidad con los términos de este Protocolo.

Las disposiciones transcriptas evidencian lo desacertado de la

solución dispuesta, como así también, de las opiniones vertidas por la Procuración Fiscal en su dictamen del caso.

De ningún modo, la autoridad requerida puede analizar la procedencia o admisibilidad de la medida cautelar en trámite, sin vulnerar el texto expreso de los artículos 5° y 7°, anteriormente transcritos. El juez exhortado deberá diligenciarla de conformidad con las disposiciones convencionales existentes y, en caso de ausencia, según sus propias normas de procedimiento, en última instancia, de considerarse necesario, podrá requerir la contracautela prevista en su ordenamiento jurídico, pero en modo alguno podrá evaluar la modificación de la medida por una de otro tenor o gravedad como fuera propuesto por la procuración actuante.

Se nota, nuevamente, en el artículo 8°, la obligatoriedad de la colaboración judicial internacional, ya que la autoridad requerida solo puede rehusarse en forma excepcional ante la “absoluta improcedencia” con los términos del propio Protocolo que resultan así, nuevamente priorizado ante las disposiciones de fuente interna o local.

Compartimos en este punto las afirmaciones de la doctrina especializada cuando expresa:

Podemos concluir que el desconocimiento o la utilización incorrecta de los convenios por parte de los órganos jurisdiccionales y otras instancias públicas de un país, lleva a frustrar las ventajas que brinda el derecho convencional, aunque loable por cierto resulte la actividad jurisdiccional dirigida a corregir estos excesos. La revocatoria judicial no constituye el paradigma del proceder jurídico, dado que ésta presupone un largo camino que debilita la seguridad jurídica y la confianza primigenia que debería descollar ab initio en las relaciones entre los Estados. Sólo nos resta esperar que el espíritu de colaboración que subyace en las resoluciones presentadas, otorgando a la excepción de orden público internacional su justo alcance, proyecte su luz e ilumine el juicio de los magistrados llamados a resolver las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado.³³

33 URIONDO DE MARTINOLI, Amalia. “La cooperación judicial internacional y el orden público en la jurisprudencia argentina” en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*. AADI - Vol. XIV – 2005, pp 94. Consultado 10/1/2020. Disponible en: https://aadi.org.ar/admin/imagenesBD/productos/ANUARIO_2005.pdf

VI. Conclusiones

Mucho se ha escrito sobre globalización, áreas de integración, jerarquía de normas, pluralismo normativo y la correcta identificación de la ley aplicable frente a la diversidad de las fuentes del derecho y el caso *iusprivatista* internacional. Sin embargo, se siguen observando soluciones que resultan contrarias a toda razón, a pesar de su aparente fundamentación en la doctrina especializada y, en última instancia, en los principios fundamentales del ordenamiento nacional.

Ante cuestiones que pueden exceder el ámbito local y que involucra a sujetos extranjeros, el derecho a una tutela judicial efectiva se concreta en el derecho de acceso a la justicia y en la necesidad de que se atribuya, a los tribunales locales, un volumen de competencia lo suficientemente amplio y al mismo tiempo determinado, que permita evitar un eventual desconocimiento de las soluciones y una consecuente denegación de justicia.

En oportunidades anteriores he sido muy crítica con alguna jurisprudencia que, sin comprender la importancia de una adecuada interpretación de las cuestiones o problemas propios del Derecho Internacional Privado, entre ellos, la excepcionalidad de la aplicación del orden público internacional -como un freno a la aplicación del derecho extranjero-, incurrir en el error de considerarlo y aplicarlo de manera habitual y hasta, casi automática, llegando a confundirlo con otros problemas que pueden presentarse por la aplicación de las normas extranjeras. Estas cuestiones que son propias de estudio en el caso *iusprivatista* internacional, ya han sido claramente identificadas, individualizadas y diferenciadas por el Derecho Internacional Privado para un adecuado tratamiento y solución de las relaciones jurídicas con contactos multinacionales.

Tales confusiones pueden, en algunos casos conducir a remedios diferentes. Por lo tanto, una mala identificación del orden público internacional, puede bloquear la correcta aplicación del derecho propio a la relación jurídica y por lo tanto, conducir a soluciones no acordes al sistema jurídico extranjero ni al propio; al incumplimiento de los tratados internacionales y hasta la infracción de compromisos regionales asumidos para el logro de objetivos comunes y mancomunados en el área. ¿Se puede pedir menos?

LA EXCEPCIÓN DE ARRAIGO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO

Cámara Civil y Comercial Federal - Sala I - “ASSINE SA Y Otro c/ Estado Nacional Ministerio de Defensa s/ Proceso de Conocimiento” - 31/10/2017

*Leandro Baltar**

*Luciana B. Scotti***

Sumario: I. Introducción; II. La excepción de arraigo en el Derecho Internacional Privado argentino; III. Los hechos del caso; IV. La decisión judicial; V. Análisis del caso; VI Conclusiones.

I. Introducción

Sabemos que el MERCOSUR aspira a alcanzar las libertades de circulación de bienes, capitales, servicios y personas, una condición

* Abogado (UBA). Magíster en Derecho Internacional Privado (UBA). Doctorando en Derecho Internacional (UBA). Docente de Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Becario de Investigación UBACyT. Investigador en formación de proyectos UBACyT. Coordinador de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Autor de artículos y capítulos de libros sobre temas de su especialidad.

** Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Magíster en Relaciones Internacionales (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires con tesis sobresaliente, recomendada al Premio “Facultad” (Área Derecho Internacional). Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Directora de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Vicedirectora y Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad.

necesaria para hablar de un mercado común como estadio de un proceso de integración. Si bien estamos dentro de un contenido eminentemente público, no cabe dudas de las consecuencias directas e inmediatas que se generan e impactan en las relaciones jurídicas privadas.

Gracias a estas libertades, su internacionalización se ve incrementada y por ende, se deduce lógicamente un exponencial aumento de los litigios internacionales donde las normas destinadas a regular los tres sectores propios del Derecho Internacional Privado se vuelven necesarias. Entonces, “cuando estas relaciones se desarrollan en un espacio integrado, nos encontramos ante uno de los ámbitos espaciales de acción del Derecho Internacional Privado. He aquí el valor de esta rama del derecho para regular un sinnúmero de relaciones jurídicas entre particulares que se crean, desenvuelven y extinguen en el contexto de un proceso de integración regional, como es el caso del MERCOSUR, que, por otra parte, dado sus propios objetivos, intensifica, promueve, propicia, estimula el intercambio comercial y el desplazamiento de las personas humanas y jurídicas que actúan en los Estados Miembros del bloque”.¹

Tal como lo expresara Adriana Dreyzin de Klor “sea cual fuere el grado de integración, esto es desde el más superficial hasta el más profundo, requieren de acuerdos de DIPr pues, ¿qué se pretende con la conformación de una unión aduanera? ¿O a qué se aspira través de la creación de una zona de libre comercio? La respuesta surge clara e instantánea de la lectura de los Preámbulos de los tratados por los que se crean estos fenómenos: se trata de dinamizar el intercambio de productos a través de una libertad económica, ofreciéndose las partes ventajas mutuas”.²

Un espacio integrado estará incompleto si carece de instrumentos de DIPr que establezcan una armonización o una uniformidad en soluciones tanto para la determinación de la jurisdicción competente, el derecho aplicable como para la circulación de decisiones y, en lo que a nosotros nos importa en esta oportunidad, para fomentar la cooperación jurídica internacional. Por ello, se afirma que “es esencial para que haya un

1 SCOTTI, Luciana B. “Diálogo de fuentes: las normas regionales del MERCOSUR y las nuevas disposiciones del Derecho Internacional Privado argentino”, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Vol 4, N° 7, Mayo 2016, p. 153.

2 DREYZIN DE KLOR, Adriana. “El Derecho de la Integración en relación con el Derecho Internacional Privado”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal Culzoni, Cita: RC D 855/2017, p. 3.

espacio jurídico integrado la existencia de la cooperación o auxilio judicial internacional, requiriendo la integración económica un paralelo desarrollo jurídico”.³ Así, la doctrina manifiesta que “la vinculación entre el Derecho de la Integración y el Derecho Internacional Privado es meridiana y contundente a partir de lo que implica el Derecho de la Integración y la necesidad de contar con normas de cooperación jurisdiccional”.⁴

Dentro del abanico de convenciones aprobadas en el marco del MERCOSUR, el Protocolo de Asistencia y Cooperación Internacional Civil, Comercial, Laboral y Administrativa -conocido como ‘Protocolo de las Leñas’ por haberse celebrado en esa ciudad- vigente entre Argentina,⁵ Brasil, Paraguay y Uruguay es un claro ejemplo de la consecuencia de la estrecha vinculación apuntada. Podemos extraer de sus propios objetivos la intención de promover e intensificar la cooperación a fin de contribuir al desarrollo de las relaciones de integración en base a los principios de respeto a la soberanía nacional y a la igualdad de derechos e intereses recíprocos.

II. La excepción de arraigo en el Derecho Internacional Privado argentino

Tal como lo enseña Lino Enrique Palacio,⁶ iniciado un proceso judicial las normas procedimentales reconocen una serie de “excepciones” entendidas como defensas pues no aportan nuevas circunstancias de hecho. Dentro de todas ellas, el autor destaca las consideradas como “dilatorias” las cuales pueden excluir temporalmente un pronunciamiento en caso de resultar prósperas. La exigencia de un arraigo se ubica en este punto.

En un análisis de los antecedentes de este instituto, María Elsa Uzal cuenta que sus raíces se hallan en el derecho romano “donde se lo contemplaba como una caución impuesta al demandante como garantía de los gastos o costes que era susceptible de causar al demandado la prosecución de una acción temeraria”.⁷ La llamada *cautio iudicatum*

3 FEULLIADE, Milton C. *La sentencia extranjera*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2008, p. 237.

4 DREYZIN DE KLOR, Adriana. “El Derecho de la...”, Op. cit., p. 4.

5 Ratificado por Ley N° 24.578 en 1995.

6 PALACIO, Lino E. *Manual de Derecho Procesal Civil*, 21ª Ed, Actualizada por Carlos Enrique Camps, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 472.

7 UZAL, María E. *Derecho Internacional Privado*, Ed. Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 264.

solvi “se funda en razones de seguridad procesal: cubrir las eventuales responsabilidades del juicio; tiende entonces, a afianzar el pedido del actor extranjero, en beneficio del demandado”.⁸ El maestro del DIPr, Werner Goldschmidt, se expresaba al respecto diciendo que el “arraigo en juicio” consiste en permitir “al demandado a obligar al actor desarraigado a que preste una fianza que asegure el pago de las costas en las cuales a lo mejor sea condenado”.⁹

La justificación se configura por la necesidad de obtener una garantía de que, en caso de resultar vencida, la parte actora con domicilio en el extranjero no se vea favorecida por esta situación generándose una dificultad para cubrir los gastos y honorarios generados como consecuencia del proceso incoado. Sin embargo, en reiteradas oportunidades la doctrina cuestionó esta exigencia sustentándose en la igualdad de trato que debe otorgársele al extranjero (recordemos, no necesariamente por su nacionalidad) y en una posible discriminación que lesionaría directamente derechos y garantías reconocidas por la Constitución Nacional.

Recordemos que la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) establece la igualdad ante la ley para todas las personas (art. 24) y el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos violen sus derechos fundamentales (art. 25). La posibilidad de exigir una caución en un proceso al actor por carecer de algún vínculo en el Estado donde pretende iniciar la acción implica una discriminación que, al mismo tiempo, puede afectar el acceso a la justicia como Derecho Humano fundamental. A este respecto, Argerich entiende que “el arraigo conculca las garantías constitucionales de defensa en juicio y de igualdad de las partes, establecidas en el artículo 20 de nuestra Carta Magna. Implica, asimismo, una restricción al derecho constitucional a la jurisdicción”.¹⁰

Garantizar este derecho no debe limitarse únicamente a las personas, humanas o jurídicas, domiciliadas o con establecimiento en nuestro país. Esta preocupación llevó a la elaboración de diversos instrumentos internacionales destinados a mitigar esta injusticia. Como lo señalara Vescovi “hay pues una necesidad creciente de certeza en el

8 ARGERICH, Guillermo. “El arraigo y su supresión por los tratados internacionales”, en *La Ley*, Tomo Doctrina Judicial N° 2, Buenos Aires, 1996, p. 631.

9 GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*, Décima Edición Actualizada por Alicia M. PERUGINI ZANETTI, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 831.

10 ARGERICH, Guillermo. “El arraigo y su supresión...”, Op. cit., p. 632.

mundo jurídico internacional, y uno de los medios más efectivos para alcanzarla es la suscripción y ratificación de tratados”.¹¹

1. La *cantio indicatum solvi* y la fuente convencional: El Protocolo de las Leñas

En esta materia, Argentina cuenta con diversos tratados internacionales ratificados y en vigor.¹² Muchas de las normas plasmadas en los diversos textos aprobados en el MERCOSUR sobre cooperación tomaron como fuente de inspiración las soluciones sancionadas en las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP). En lo que a nosotros nos interesa, debemos recurrir al primer instrumento sobre cooperación aprobado en este espacio de integración: el Protocolo de las Leñas. En ella la igualdad de trato procesal se encuentra receptada en dos disposiciones:

Art. 3 - Los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses.

El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes.

Art. 4 - Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser impuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte.

El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes”.

11 VESCOVI, Eduardo. “Problemas del ‘proceso internacional’ y cooperación jurídica internacional en los Estados Mercosureños”, en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Dir), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Ed. Zavallá, Buenos Aires, 2003, p. 372.

12 Argentina es parte de la Convención de La Haya sobre Procedimiento Civil del 1 de marzo de 1954 (aprobada por Ley N° 23.502), del Convenio Argentino-Uruguayo sobre igualdad de Trato Procesal y Exhortos de 1981 (aprobado por Ley N° 22.410), del Acuerdo sobre Cooperación en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (aprobado por Ley N° 24.108), entre otros.

Analizando las disposiciones, Alejandro Perotti entiende que “la prohibición de imponer la previa caución o arraigo, como requisito de acceso a los tribunales internos, a los particulares de los demás Estados del MERCOSUR debe entenderse dentro del sistema procesal configurado por el presente Protocolo y los demás acuerdos que en la materia han sido suscriptos”.¹³

Gracias a esta disposición se garantiza el principio de igualdad procesal entre todos los países mercosureños asegurándoles a las personas físicas, ciudadanos o residentes permanentes de un Estado extranjero (y por extensión a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de conformidad a las leyes un Estado extranjero) que al momento de actuar ante tribunales de otro país contarán con el libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos en igualdad de condiciones respecto de aquellos pertenecientes al foro.

Estos mismos principios se encuentran plasmados en el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, suscrito en Buenos Aires el 5 de julio de 2002. Buscando mejorar y profundizar en las soluciones jurídicas en el proceso de integración y como consecuencia de la equiparación de los litigantes, por Decisiones N° 49/00 y 50/00 se aprobaron entre los Estados Parte y de los Estados del MERCOSUR con la República de Bolivia y la República de Chile, sendos Acuerdos sobre Asistencia Jurídica Gratuita.

A) Breve mención respecto a la prelación de las fuentes

La existencia de internacionalidad en la relación jurídica, y en tanto se presenten intereses privados en juego, nos pone en la obligación de tener que buscar correctamente el marco normativo del cual se desprenderá la solución. Tal como enseña Erik Jayme en el Curso General que brindó en 1995 en la Academia de La Haya, la pluralidad de las fuentes, propia del derecho posmoderno, requiere la coordinación de las leyes en el interior del sistema jurídico. Esta es una condición para la eficiencia y la justicia en una época marcada por la tendencia de legislarse sobre las más variadas materias, muchas veces convergentes, tanto en el derecho interno como en el derecho internacional.¹⁴

13 PEROTTI, Alejandro D. “Protocolo de Las Leñas. La excepción de arraigo en la jurisprudencia de los estados del MERCOSUR”, en *Revista Jurisprudencia Argentina* 2003 III, Ed. Lexis Nexis, SAIJ: DACF030078, S/P.

14 JAYME, Erik. “Identité culturelle et intégration: le droit privé postmoderne. Cours général de droit

No debe olvidarse la posición de nuestro país respecto de la jerarquía de las fuentes. Durante años mucho se discutió a este respecto, incluso la Corte Suprema se expidió en celebres antecedentes cambiando su doctrina a lo largo del tiempo. La bisagra en esta temática se halla en la reforma de la Constitución Nacional de 1994 (CN) a través del artículo 75 incisos 22 y 24 cuando se consagró normativamente la superioridad de la fuente convencional, doctrina retomada por el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) en sus arts. 2594 y 2601. En resumen, los casos iusprivatistas internacionales se deben resolver de acuerdo, en primer lugar, por los tratados internacionales, y en su defecto por las normas (directas e indirectas) de fuente interna previstas principalmente en el propio Código Civil y Comercial y, en su defecto, por las leyes que sean de aplicación.

La importancia de recordar la jerarquía de las fuentes, más allá de ser un ejercicio importante para aplicación del marco normativo correcto, radica en la supresión de la exigencia del arraigo en los diversos tratados internacionales situación que redujo (hasta la entrada en vigencia del CCCN) la aplicación del art. 348 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN). Es decir, el diálogo de las fuentes nos llevaba a concluir que la excepción de arraigo quedaba circunscripta únicamente a los casos entre aquellos países que no eran parte del Protocolo de Las Leñas, del Convenio de La Haya sobre el Procedimiento Civil de 1954 o de algún otro tratado que recepte dicha solución.

La situación es aún más compleja pues existe en materia de cooperación una gran cantidad de tratados y convenciones provenientes de diversos ámbitos y ratificadas por los mismos países, algunos de ellos multilaterales otros bilaterales. En tal sentido, corresponde acudir a la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, en particular el art. 30, donde se resuelve el problema de la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

2. La *cautio indicatum solvi* y la fuente interna: el CCCN y el CPCCN

Haciendo un breve análisis cronológico primeramente debemos remitirnos al 25 de agosto de 1863 cuando se aprobó la Ley N° 50 referida

international privé”, *Recueil des cours*, 1995, tomo 251, p. 9 y ss.

al procedimiento ante los tribunales nacionales. En ella se estableció la admisibilidad de esta excepción dilatoria cuando el actor fuera una persona domiciliada en el extranjero. Esta disposición se mantuvo hasta 1967 cuando la Ley N° 17.454, por la cual se aprobó el CPCCN, la derogara.

Desde ese momento y hasta el 1 de agosto de 2015, cuando entró en vigencia el CCCN, era de aplicación lo normado por el art. 348 CPCCN donde se dispone “Si el demandante no tuviere domicilio ni bienes inmuebles en la República, será también excepción previa la del arraigo por las responsabilidades inherentes a la demanda”.

Al interpretar la norma, Goldschmidt consideró suficiente la existencia de un solo inmueble en nuestro país para que la excepción se vuelva inoperativa. Al mismo tiempo, consideraba que la nacionalidad del actor carecía de interés, bastando que el actor no tenga domicilio o bienes en Argentina pues de tener cualquiera de estas cualidades se desvirtuaría la excepción.¹⁵ En cuanto al contacto domiciliario, Guillermo Argerich entiende que la admisibilidad del arraigo se halla supeditada a la circunstancia de que el actor tenga su domicilio actual y efectivo fuera de la República, no bastando la ausencia accidental, temporaria o periódica.¹⁶

El radical cambio se generó con la entrada en vigencia del CCCN por lo receptado en el art. 2610. Esta disposición establece tanto la igualdad de trato como el rechazo a la exigencia de alguna caución o depósito, solución que respeta las modernas tendencias y, para parte de la doctrina, deroga al art 348 CPCCN.¹⁷

Desde una mirada del derecho comparado, vamos a encontrar soluciones similares en el resto de los Estados parte del MERCOSUR. Paraguay, por su parte, dispone en el art 225 del Código Procesal Civil (aprobado por Ley N° 1337) la procedencia de la excepción de arraigo, por las responsabilidades inherentes a la demanda, en aquellos casos donde el demandante no tuviere domicilio en la República siendo el juez quién decidirá el monto y la clase de caución. En el Código Procesal Civil de Brasil actual, manteniendo la solución de su predecesor, se dispone en el art. 83 la obligación del demandante, sea brasileño o extranjero, que resida fuera de Brasil o deja de residir en aquel país durante el curso

15 GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado...*, Op. cit, p. 831.

16 ARGERICH, Guillermo. “El arraigo y su supresión...”, Op. cit., p. 634.

17 UZAL, María E. *Derecho Internacional Privado...*, Op. cit. p. 268.

del procedimiento, de proporcionar la seguridad suficiente para pagar los costos y los honorarios del abogado de la parte contraria en las acciones que propone si no tiene bienes inmuebles en Brasil para garantizar el pago. Desde una postura totalmente diferente, la República Oriental del Uruguay eliminó desde 1988, con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, el instituto de la fianza de arraigo para los litigantes extranjeros.¹⁸

III. Los hechos del caso

Si bien de las actuaciones no puede extraerse de modo certero los hechos que desencadenaron en la demanda incoada, los actores invocan la competencia de la justicia federal en lo Civil y Comercial para conocer en los casos que versen sobre fletamentos y estadías, como así sobre hechos, actos y contratos regidos por el derecho de la navegación. Todo ello pues la pretensión se centra en obtener el cobro de créditos impagos emergentes de un contrato de fletamento a tiempo, el cual se rige por la Ley de Navegación independientemente de que una de las partes sea una persona de derecho público (el Estado Nacional argentino).

En su conteste, la demandada sostiene que Assine S.A. tiene su domicilio en la República Oriental del Uruguay y no manifiesta poseer bienes inmuebles en el territorio de la República Argentina. Ante ello, solicita que –en los términos del art. 348 del Código Procesal- se la intime a prestar caución en garantía para responder por las eventuales obligaciones que surjan de la presente acción. En su defensa, la actora invoca la suscripción de Argentina de distintos tratados internacionales para la desestimación de la excepción interpuesta.

IV. La decisión judicial

El 11 de abril de 2016 el magistrado a cargo del Juzgado Civil y Comercial Federal N° 2 rechazó las excepciones de incompetencia, de falta de personería, de falta de agotamiento de la vía administrativa, de legitimación activa y de arraigo que fueran interpuestas por la demandada Estado Nacional, con costas.

18 PEROTTI, Alejandro D. “Protocolo de Las Leñas...”, Op. cit., sp.

En cuanto a la excepción de arraigo, el juez expresó: “Resulta suficiente para decretar el rechazo del arraigo advertir que el convenio suscrito con la República Oriental del Uruguay sobre igualdad de trato procesal y exhortos -ratificado por la Ley N° 22.410¹⁹ y que se encuentra vigente-, permite a la actora –atento al lugar de su domicilio- litigar en el país en las mismas condiciones que los en él domiciliados (conf. art. 1°), razón por la cual cabe concluir que no resulta alcanzada por la previsión que contiene el art. 348 del Cód. Procesal”.

En uso del derecho conferido por el art. 246 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por medio de su apoderado el Estado Nacional presentó en legal tiempo y forma recurso de apelación solicitando se revoque la misma y se rechace la demanda con costas. En su expresión de agravios, centran su defensa en considerar que “Assine S.A. no ha acreditado ni en sede administrativa ni en sede judicial ser una empresa y mucho menos su nacionalidad. Nunca invocó que pretendía su encuadre como sociedad y empresa uruguaya bajo el régimen del MERCOSUR”. Todo ello por considerar falaz la afirmación del *a quo* respecto que el Ministerio de Defensa afirma que la actora tiene su domicilio en Uruguay, pero en realidad nunca se afirmó ello, sino solamente la existencia de una homonimia con otra registrada en la República de Panamá y sobre la que se solicitarán exhortos a fin de conocer la relación con la presuntamente uruguaya.

Buscando sostener esta tesitura, argumentan que Assine no demostró ser una compañía uruguaya (no se encuentran presentados sus estatutos ni representaciones), donde la homonimia existente, bien podría representar un intento de fraude contra las normas locales, ya que la pretendida empresa uruguaya podría ser solo una pantalla *off shore* para evitar las consecuencias de la presente causa. Cierran sus agravios expresando: “El *a quo* sobre la base de una suposición, por otra parte, errada, y sin haber comprobado nunca la veracidad de los hechos de la actora, pretende eximir a la actora del arraigo ordenado por las leyes locales”. Por su parte, las actoras solicitan que se declare la deserción del recurso interpuesto por considerar que guarda una gran similitud con el escrito de contestación de demanda.

En octubre de 2017, la Sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal decidió confirmar la sentencia apelada, con costas. En lo que respecta a la excepción de arraigo, destaca que la parte demandada en la

¹⁹ En sentido estricto, la Ley N° 22.410 aprobó el tratado. La ratificación corresponde al Poder Ejecutivo Nacional.

anterior instancia se sustentó en que la co-actora Assine S.A. denunció tener domicilio en la República Oriental del Uruguay sin poseer bienes en nuestro país. Sin embargo, en sus agravios introduce nuevos fundamentos tendientes a controvertir su condición de empresa uruguaya. Como consecuencia de ello, resuelven que no corresponde el tratamiento por este Tribunal por ser nuevos argumentos que no fueron puestos a consideración del Señor Juez.

Sin perjuicio de ello, los magistrados señalan con certeza y precisión que, ante el supuesto de que una empresa uruguaya promueva una acción judicial en nuestro país con el objeto de hacer efectivo el cobro de una suma de dinero, corresponde la aplicación del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, suscripto el 27 de junio de 1992 en el Valle de Las Leñas siendo de aplicación los arts. 3 y 4 de su texto. Conforme ellos, corresponde otorgarle primacía al principio de “Igualdad de Trato Procesal” que garantiza el pleno reconocimiento del derecho de acceso a la jurisdicción argentina en condiciones de igualdad de las personas, tanto físicas como jurídicas, sean nacionales o extranjeras. Concluyen destacando que este principio de igualdad de trato procesal también “se encuentra vigente en nuestra legislación de fuente interna que, en armonía con la Constitución Nacional Argentina –arts. 16, 18 y 20, así como también con los instrumentos internacionales que nuestro país ha ratificado expresamente –Protocolo de Las Leñas, en sus arts. 3 y 4 aquí vistos; y la Convención de La Haya sobre Procedimiento Civil de 1954, en su art.17y siguiendo modernas tendencias en el derecho comparado, ha incorporado el art. 2610 al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994)”.

En mayo de 2018 los mismos jueces debieron decidir sobre la admisibilidad del recurso extraordinario interpuesto por la demandada, el cual fue declarado inadmisibile quedando firme la sentencia.

V. Análisis del caso

En el fallo que analizamos, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la decisión de la instancia anterior rechazando la defensa, entre las tantas invocadas por el demandado, de excepción de arraigo, por resultar de aplicación el Protocolo de Las Leñas reconocido como una de las normas más importantes aprobadas en el marco del MERCOSUR.

El magistrado de 1° Instancia acertadamente rechazó el pedido de arraigo planteado pero invocando la aplicación del Convenio entre Argentina y Uruguay sobre igualdad de trato procesal y exhortos, suscripto en Buenos Aires el 20 de noviembre de 1980. Conforme lo dispuesto por el art. 1 de dicho tratado, concluyó que el art. 348 CPCCN no resultaba aplicable.

Dos cuestiones merecen destacarse. En primer lugar, la norma mencionada no dispone expresamente el rechazo a la excepción de arraigo, solo establece que las personas domiciliadas en un Estado Parte gozarán, ante los tribunales del otro, del mismo trato de que gozan quienes en él se domicilian. En segundo lugar, nos encontramos con un habitual problema del DIPr.: la superposición de tratados sobre la misma materia y entre los mismos Estados. Como fue destacado anteriormente, encontrarse ante diversas convenciones aplicables corresponde acudir a la Convención de Viena (art. 30) para resolver este dilema.

Incluso, deberíamos inclinarnos -tal como lo señalara Véscovi²⁰- a favor de la preeminencia de los tratados aprobados dentro del MERCOSUR por resultar del esfuerzo de un trabajo donde, para su confección y aprobación, hubo una interacción en común de varios países para la planificación, detección de las necesidades y las conveniencias destinadas a orientar un impulso en especial: el mercado común. Sin embargo, es correcto afirmar que la existencia de una normativa propia del MERCOSUR en materia de cooperación no implica considerar la imposibilidad o el impedimento de aplicar otros tratados o convenios vigentes entre las mismas partes, como las CIDIPs. Esto se deduce del propio Protocolo de las Leñas el cual, en su art. 35, permite la aplicación de disposiciones de otros convenios siempre que la solución sea más favorable a la cooperación.²¹

Tal como lo destacaran los jueces de la Cámara, la solución en cuanto a la posibilidad de exigir o no una caución debe buscarse en el Protocolo. De esta manera, concluyen acertadamente en otorgarle primacía al principio de “Igualdad de Trato Procesal” que garantiza el pleno reconocimiento del derecho de acceso a la jurisdicción argentina en condiciones de igualdad de las personas, tanto físicas como jurídicas, sean nacionales o extranjeras. Principio que cuenta, además, con sustento en la CN y el CCCN.

20 VÉSCOVI, Eduardo. “Problemas del ‘proceso internacional’...”, Op. cit., p. 374.

21 NOODT TAQUELA, María B. “Los procesos a distancia y otros modos de cooperación judicial internacional en el MERCOSUR”, en *Revista Voces Jurídicas Gran Cuyo*, Ed. La Ley, Año 3, N° 5, Mendoza, Octubre 1998, p. 313.

Finalmente, y permitiéndonos excedernos en cuanto al tema en tratamiento, queremos destacar un error cometido al momento de fundar el recurso de apelación. En la expresión de agravios se manifestó “Assine S.A. no ha acreditado ni en sede administrativa ni en sede judicial ser una empresa y mucho menos su nacionalidad”. Queremos detenernos en la parte final de esta afirmación la cual recepta un error grave desde la mirada del DIPr local: Argentina se enrola en la teoría negatoria de la nacionalidad, -conocida como “doctrina Irigoyen”²² la cual nace en 1876 cuando se negó al Banco de Londres y Río de la Plata protección diplomática respecto de las medidas impuestas por la provincia de Santa Fe por el incumplimiento de la legislación vigente en materia de conversión.²³

VI. Conclusiones

Gracias a la existencia del MERCOSUR, y de sus cuatro libertades de circulación, el DIPr de fuente convencional se vio nutrido de una diversidad de convenciones destinadas a colaborar y contribuir tanto en la integración como en la uniformidad o armonización, según el caso, de las reglas aplicables a las relaciones jurídicas privadas con elementos extranjeros relevantes. De esta manera, estamos ante un importante foro de producción normativa para nuestra materia.

El Protocolo de las Leñas se convirtió en la primordial fuente de cooperación internacional. Su amplio ámbito de aplicación (recordemos que incluye materias administrativas y laborales) junto a la regulación de normas referidas a los diversos grados de cooperación confirman esta afirmación. La importancia de este convenio radica en ser el primer texto que vinculo a nuestro país con Brasil, si bien los Tratados de Montevideo de Derecho Procesal (1889 y 1940) mantienen su vigencia, lo cierto es que el Estado brasileño no los ratificó.

22 Carlos Alberto Franzetti cuenta que el ministro inglés presentó, en 1876, una reclamación diplomática con motivo de un conflicto surgido entre la sucursal de Rosario del Banco de Londres y Río de la Plata y la Provincia de Santa Fe. La teoría lleva el nombre de quien fuera para ese momento el Ministro de Relaciones Exteriores durante la presidencia de Avellaneda, el Dr. Bernardo de Irigoyen, quien respondió al reclamo manifestando que no puede admitirse la nacionalidad de las sociedades financieras, corporaciones o entidades comerciales e industriales. El problema, caracterizado como más político que jurídico, se generó cuando el Poder Ejecutivo ordenó liquidar a la sucursal trabando un embargo y deteniendo al gerente cuando el Banco no acató la ley provincial de conversión. FRANZETTI, Carlos A. “La nacionalidad de las sociedades”, en *Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho, UBA, Num. 2º, Buenos Aires, 1966, p.125.

23 SCOTTI, Luciana B. *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2º ed. act. ampl., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 1011.

No solo las relaciones jurídicas son las que se ven incrementadas como consecuencia de un proceso de integración regional, la litigiosidad y los procesos judiciales entre partes radicadas en distintos estados del bloque sufren el mismo efecto.²⁴ Entonces, es impensable hablar de un espacio integrado destinado a fomentar las relaciones internacionales (de diversa índole) sin contar, por parte de los propios Estados, de herramientas susceptibles de garantizar el acceso a la justicia y la cooperación. Allí es donde el Protocolo vino a romper con una vieja tradición marcando un radical cambio en los paradigmas al eliminar la posibilidad de exigir cauciones.

No caben dudas que estamos ante una clara y fuerte tendencia inclinada hacia la eliminación del arraigo como exigencia o excepción. Sin embargo, es muy común encontrar en las legislaciones de los Estados, viejas disposiciones o prácticas desalentadoras de la cooperación. Entre ellas, como señalara oportunamente Mirian Rodríguez desde Venezuela, se encuentra el “arraigo excesivo del concepto de soberanía o bien, a la visión medieval del concepto”.²⁵ En reiteradas oportunidades la doctrina criticó duramente a la regulación de esta excepción. Entre ellos puede mencionarse a los autores Morello, Sosa y Berizonce quienes, en su extensa obra, mencionan que establecer que quienes carecen de bienes inmuebles deben dar caución para litigar es repugnante al derecho inconcluso que tiene cualquier justiciable de acceder a la jurisdicción”.²⁶

En este punto, compartimos las palabras de Javier L. Ochoa Muñoz y Claudia Madrid Martínez para quienes “toda discriminación al litigante foráneo es contraria al derecho de acceso a la justicia y al principio de cooperación jurídica internacional. Particularmente, las exigencias de cauciones u otras limitaciones que se impongan a las personas por su condición de extranjero o de residente foráneo, son totalmente repudiables desde el punto de vista constitucional y del Derecho internacional de los derechos humanos”.²⁷ Es por ello que la existencia del Protocolo de Las Leñas, con la expresa eliminación de la excepción de desarraigo en un proceso de integración, se vuelve un instrumento suficiente para garantizar -al menos normativamente- la igualdad de trato.

24 PEROTTI, Alejandro D. “Protocolo de Las Leñas...”, Op. cit., S/P.

25 RODRÍGUEZ REYES DE MEZO, Mirian. *La cooperación judicial internacional y la tutela judicial efectiva*, Universidad Central de Venezuela - Universidad Metropolitana, Caracas, 2014, p. 17.

26 MORELLO, Augusto M., SOSA, Gualberto Lucas, BERIZONCE, Roberto O. *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, Tomo IV-B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 455.

27 OCHOA MUÑOZ, Javier L. y MADRID MARTÍNEZ, Claudia. “Problemas de acceso transnacional a la justicia en el derecho internacional privado. Perspectiva latinoamericana”, en *Solución Pacífica de Controversias en el Derecho Internacional*, XLI Curso de Derecho Internacional, Secretaría General OEA, 2014, p. 342.

PARTE I I

CONTRATOS INTERNACIONALES Y ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

NOTIFICACIONES Y ORDEN PÚBLICO EN EL MARCO DE FUENTES CONVENCIONALES DEL MERCOSUR

**Suprema Corte de Justicia de la Provincia (SCBA),
“Agencia Especial de Financiamiento Industrial FINAME
y Gobierno Federal contra C.I.D.E.F. Argentina
Corporación de Inversiones s/Exhorto”, 14/11/2018**

*Juan José Cerdeira**

Sumario: I. Breve aproximación al tema; II. Marco normativo; III. Los hechos del caso: 1. Planteo en Primera Instancia, A) Presentación y alcance de la demanda, B) Legitimación activa, C) Normativa aplicable, D) Intervención de la demandada, 1.E) Sentencia de Primera Instancia, 2. Segunda Instancia, A) Argumentos esgrimidos sobre el lugar de la Notificación, B) Argumentos sobre la Inhibitoria del Tribunal, C) Argumentos respecto a la nulidad de la notificación en sí, 3. Intervención de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 3.A) Recursos presentados, B) Intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, C) Nueva intervención del Supremo Tribunal Provincial, D) Análisis de los recursos por el Supremo Tribunal de Justicia provincial, 4. Análisis de los fundamentos desde la perspectiva del derecho procesal internacional y del derecho de la integración, A) Fuentes utilizadas, B) Notificación de la demanda, C) La argumentación referida al “orden público”; IV. Conclusiones.

* Abogado. (UBA). Doctor en Derecho Internacional Privado (UNA). Profesor de DIPR en Grado y Posgrado en la UBA y en la Universidad de Flores. Investigador de la Universidad del Litoral. Autor y Conferencista en el país y en el exterior sobre temáticas de Integración. Negociador por el Ministerio de Justicia en foros Internacionales

I. Introducción

El presente artículo se enfocará en comentar el encuadre y fundamentos de un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en los autos de referencia, luego del recorrido de pasos e instancias que fueran transitados, tras el dictado de sendas Resoluciones Judiciales tomadas en primera instancia, segunda y Suprema Corte Provincial, así como la intervención que le cupo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En ese camino se valorarán los argumentos iniciales aportados por la actora y la demandada en el marco de los requisitos exigidos para el diligenciamiento de una rogatoria, insertos en las fuentes convencionales “mercosureñas”.

Asimismo, se abordará su recepción y apreciación, desde la perspectiva de los tribunales nacionales argentinos intervinientes. Se tomarán en cuenta las consideraciones efectuadas para la toma de decisiones por dichos tribunales nacionales en sus diferentes instancias y se acercará un análisis, principalmente, de la aplicación del derecho del MERCOSUR, desde una perspectiva de los fundamentos esgrimidos en el fallo de la Suprema Corte de Justicia provincial.

El comentario de la interpretación esgrimida en el fundamento, se hará tanto desde una óptica exegética, como desde la histórica del registro de lo pretendido en la negociación de las fuentes convencionales involucradas.

II. Marco normativo

El marco normativo procedimental aplicable, en tanto se trata de una rogatoria internacional entre una empresa domiciliada en la República Federativa del Brasil y otra domiciliada en la República Argentina, es el “Protocolo de Las Leñas de Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Parte del MERCOSUR”, que en su artículo 6 contempla los requisitos para el diligenciamiento de las rogatorias internacionales y en su artículo 5 la forma para la notificación de actos procesales.

Por su parte, en tanto la rogatoria sobreviene de un supuesto

incumplimiento contractual en el marco de un acuerdo suscripto entre las partes, el otro instrumento convencional vinculante es el “Protocolo de Buenos Aires” de Jurisdicción Internacional en materia Contractual.

Sin perjuicio de ello, y no serán objeto de análisis en el presente por exceder el alcance y la intencionalidad, se hará referencia tangencial a las normas de procedimiento imperantes en la Provincia de Buenos Aires, así como las disposiciones contenidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo que corresponde al “recurso extraordinario federal” interpuesto oportunamente.

III. Los hechos del caso

La controversia se inicia cuando FINAME Brasil (Agencia Especial de Financiamiento Industrial) plantea acción monitoria contra C.I.D.E.F. Argentina (Corporación de Inversiones, S.A.) con el propósito de obtener una suma de dinero.

En función de que lo reclamado se efectúa ante un tribunal del Departamento Judicial de San Pablo, Brasil, se exhorta al Estado Argentino a que notificara el traslado de la demanda a la empresa con sede en la Argentina. La rogatoria es recibida por la Autoridad Central argentina (Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto), quien lo remite al Departamento Judicial de San Isidro, a fin se asigne la notificación a un Juez de ese Departamento Judicial en virtud de resultar competente en razón de estar allí el domicilio de la demandada (legitimada pasiva).

Notificada la demandada C.I.D.E.F. Argentina S.A, ésta plantea la nulidad de la notificación diligenciada y la consecuente incompetencia territorial del juez actuante, fundando ambos planteos en el marco del Protocolo de Las leñas del MERCOSUR. Posteriormente la empresa accionada plantea también inhibitoria respecto de juez extranjero con sustento en el Protocolo de Buenos Aires de Jurisdicción Internacional en materia Contractual.

Acto seguido, ante el rechazo los argumentos esgrimidos por la accionada por parte del magistrado actuante, interviene la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, quien confirma lo resuelto, con fundamentos del caso.

En función de ello, C.I.D.E.F. Argentina recurre a la Suprema Corte provincial, quien a su vez rechaza el recurso de hecho local ante la denegatoria de su par de inaplicabilidad de ley. En consecuencia, la demandada interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el marco de las leyes 24669, 24578, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema de la Nación declara procedente el recurso de queja federal y hace lugar parcialmente al recurso extraordinario interpuesto por la demandada contra la decisión del Supremo Tribunal provincial, remite a dictamen de la Procuración General de la Nación y vuelven las actuaciones a la Suprema Corte provincial para hacer lugar al recurso previamente rechazado.

Es en esta nueva intervención en el que la Suprema Corte provincial, hace lugar al recurso extraordinario, revocándose la sentencia impugnada y ordenando vuelvan al tribunal de origen las actuaciones, a fin que evalúe el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Protocolo de Las Leñas y Buenos Aires, a la luz de los fundamentos expuestos en los considerandos de la sentencia. Firman el fallo, en coincidencia de posiciones, los Jueces, Eduardo Néstor Lázzari, Daniel Fernando Soria, Hilda Kogan, Mario E. Kohan, Ricardo Borinsky y Daniel Alfredo Carral.

IV. Análisis del Caso

1. Planteo en Primera Instancia

El exhorto (rogatoria internacional) se origina en una diligencia de notificación de demanda incoada en el Brasil (Juzgado Federal N°3 del Departamento Judicial de San Pablo) por la Agencia Especial Finame, con domicilio en la República Federativa del Brasil contra una empresa domiciliada en la República Argentina, C.I.D.E.F. Corporación de inversiones, S.A. con el propósito de obtener el cobro de monto de dinero en reales.

A) Presentación y alcance de la demanda

La acción que promueve la empresa brasileña es el de una “acción monitoria”. Sin perjuicio que la demanda es planteada en el Brasil, en

base al ordenamiento jurídico brasileño y las previsiones jurídicas que tal ordenamiento le ofrece, se hace necesario asimilar que se entiende por el objeto de la demanda, desde la perspectiva argentina actual.

A esos efectos y para comprender sobre el tipo de acción que se pretende, se tomará como antecedente el debate desarrollado en ocasión de la propuesta de texto de las “Bases para la reforma procesal civil y comercial de la Nación Argentina” del año 2018 en torno a las “acciones monitorias”. En ese contexto la técnica monitoria sería aquella de un procedimiento de características simplificadas y concretamente planteaba un texto, con la siguiente redacción para la conceptualización del instituto: “Su objetivo consiste en el otorgamiento de un título de ejecución judicial, en forma rápida, económica y con escasa participación del órgano jurisdiccional, si el requerido no plantea oposición o defensa frente a la notificación de la decisión mediante la cual el juez ha admitido la pretensión monitoria”.¹

El llamado proceso monitorio es una vía procesal que encauza un conflicto que reúne determinadas cualidades fijadas de antemano por la ley, y cuya solución permite una tramitación expedita y de acotado margen cognoscitivo. Ello, sin perjuicio del posterior análisis que puede darse a iniciativa del demandado.

El monitorio es una estructura que puede adoptar diferentes formas según la legislación que lo regule. Pero siempre tendrá una serie de principios básicos que, cuando existan en la regulación procesal, permitirán denominar al procedimiento como “monitorio”. Tales características son las siguientes: Se trata de un trámite de condena (no es ejecutivo) con contradictorio postergado y supeditado a la oposición del demandado.²

El procesalista argentino Roland Arazi, que integró la comisión reformadora, explicó que ese tipo de proceso debe contar de “un instrumento con firma certificada o previa preparación de la vía monitoria”. Por su parte, otra integrante de la Comisión reformadora, Valeria Maisky, investigadora de la Universidad del Salvador, oportunamente, mostró preocupación con “la notificación-y la necesidad de profundizar la forma

1 Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial”, Capítulo VII. “Proceso Monitorio”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018.

2 MAYOL, ROSARIO y MANTEROLA, Nicolás I. *El proceso monitorio en la legislación procesal nacional y federal*. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/09/04/El-proceso-monitorio-en-la-legislacion-procesal-nacional-y-federal/>

de notificación al deudor”, porque, justificó, “el 30 por ciento de los problemas se dan en las notificación”, cuestión esta no menor en este contexto particular del caso en análisis, ya que como se puede apreciar de la lectura de los hechos, las resoluciones judiciales alcanzadas y de las consideraciones que se van a desarrollar, el tema central que se abordará es el de la “debida notificación”.

B) Legitimación activa

Aclarada la conceptualización de la pretensión instaurada desde la perspectiva argentina, se procederá ahora a identificar a la demandante y al porque la carátula de la demanda surge que la acción inicial es planteada por el Agencia FINAME y Gobierno Federal, a la par del porque el cobro de una suma de dinero, es planteada en el Brasil ante un Juzgado Federal brasileño y no uno local, desde la perspectiva de ese país.

Efectivamente, la Agencia FINAME es una agencia pública brasileña, dedicada al financiamiento industrial y subsidiada por el Banco Nacional de Desenvolvimiento Económico y Social, de ahí la calidad del Tribunal interviniente en el planteo inicial.

C) Normativa aplicable

Seguidamente, y por las razones expuestas, presentada la demanda en el referido juzgado brasileño, su notificación a la S.A. con domicilio en la Argentina, se encamina a través del Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del MERCOSUR; aprobado por Decisión del CMC N° 5/92 y en la Argentina por Ley 24578, del 22/11/95.

a) Notificaciones: Dicho Protocolo, vigente entre los cuatro Estados Parte del MERCOSUR, prevé en su artículo 5, “la notificación de actos procesales siguiendo la vía prevista en el artículo 2 del mismo cuerpo legal”.³

b) Autoridades Centrales: Dicha remisión a la vía establecida en

3 Protocolo de Las Leñas. Capítulo IV. Cooperación en Actividades de Mero Trámite y Probatorias. Artículo 5. “Cada Estado Parte deberá enviar a las autoridades jurisdiccionales del otro Estado, según la vía prevista en el artículo 2, los exhortos en materia civil, comercial, laboral o administrativa, cuando tengan por objetivo: a) diligencias de mero trámite, tales como citaciones, intimaciones, emplazamientos, notificaciones u otras semejantes”.

el artículo 2, del “Protocolo”,⁴ también se halla cumplida en el caso de marras, ya que refiere a la “Autoridad Central designada”, que en el caso de la República Argentina, fue designado el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, mientras que en la República Federativa del Brasil, lo es el Ministerio de Justicia.

La designación de las Autoridades Centrales en cada país y así lo prevé el referido Protocolo, se designa al momento del depósito del referido instrumento de ratificación. Al solo efecto ilustrativo, cabe señalar que para el caso de la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, los otros dos Estados originariamente Parte del Protocolo, las Autoridades Centrales son el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Educación y Cultura, respectivamente, éste último en el Uruguay que es quien ejerce la Autoridad Central de todos los instrumentos de Cooperación Jurídica internacional que tramitan en ese país.

Es menester señalar también que dichas Autoridades Centrales, se encuentran en las capitales y tiene como fin, sólo transmitir las rogatorias internacionales, constatando el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el tratado, pero sin valorar su cumplimiento.

c) Rogatoria: Resulta oportuno señalar que en el presente análisis se preferirá hablar de rogatorias más que de exhortos no obstante ambos términos son equivalentes. Motiva la misma, que sin perjuicio que el Protocolo se refiere a ambos términos como posibles de utilización, la palabra “exhorto” no existe en el Brasil y sí la palabra rogatoria, con lo que la utilización del término rogatoria facilita la cooperación con el vecino país para el entendimiento de jueces y fiscales, sobre todo en el diligenciamiento de solicitudes de asistencia activas en que deban girarse al vecino país y no tanto en ésta que proviene de allí

En consecuencia, recibida la rogatoria por la Autoridad Central argentina y siguiendo las pautas y funciones que le son asignadas según el artículo 2 del Protocolo, es transmitida a la Receptoría General de Expedientes del Departamento Judicial de San Isidro, a fin de que la causa sea atribuida a un magistrado con competencia en virtud del domicilio de

4 Protocolo de Las Leñas. Autoridades Centrales. Artículo 2. “A los efectos del presente Protocolo cada Estado Parte designará una Autoridad Central encargada de recibir y tramitar los pedidos de asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. A tal fin, dichas Autoridades Centrales se comunicarán directamente entre ellas, dando intervención a las respectivas autoridades competentes, cuando sea necesario. Los Estados Partes, al depositar el instrumento de calificación al presente Protocolo, comunicarán dicha designación al Gobierno depositario, el cual lo pondrá en conocimiento de los demás Estados Partes...”.

la legitimada pasiva, según fuera informado por la actora.

D) Intervención de la demandada

Cursada la rogatoria, la misma es asignada para su tramitación al Juzgado en lo Civil y Comercial N° 13 del Departamento Judicial de San Isidro, quien al notificar a la demandada C.I.D.E.F. Argentina, S.A., ésta plantea la nulidad de la notificación diligenciada y la excepción de incompetencia territorial del juez actuante.

- a. Nulidad de la Notificación: Para fundamentar dicha nulidad, sostuvo que el acto modificatorio no cumplió con lo expresamente dispuesto en el artículo 6, inciso “c” del Protocolo de Las Leñas,⁵ ya referenciado, manifestando que en dicha diligencia no se adjuntó la totalidad de la documentación enunciada en el escrito de demanda y a la cual el mentado documento remitía. Por esa razón entiende que fue omitido un requisito esencial del acto, vulnerando el derecho de defensa en juicio.
- b. Incompetencia en razón del territorio. En el marco del planteo presentado en torno a la incompetencia por razón de territorio, argumenta que la sociedad demandada no posee domicilio en la Provincia de Buenos Aires, solicitando la incompetencia del juez actuante y su remisión al juez que corresponda en razón de su domicilio, tal como lo prevé el Protocolo de Buenos Aires para el diligenciamiento de las notificaciones.
- c. Inhibitoria del juez extranjero interviniente. Posteriormente, la demandada plantea también la inhibitoria, basada en lo establecido en el artículo 7 incisos “a” y “b” de otro instrumento MERCOSUR aplicable.⁶ Se trata en esta ocasión del “Protocolo de Buenos Aires de Jurisdicción Internacional en materia contractual”, que fuera aprobado por Decisión del CMC N° 1/94 y en la Argentina por Ley N° 24669, también vigente con el vecino país desde 1996. Los fundamentos esgrimidos en la inhibitoria, fueron que,

5 Protocolo de Las Leñas: Artículo 6. “Los exhortos deberán contener:; c) copia de la demanda y transcripción de la resolución que ordena la expedición del exhorto”.

6 Artículo 7.” En ausencia de acuerdo tienen jurisdicción a elección del actor; a) Los jueces del lugar de cumplimiento del contrato; b) Los jueces del domicilio del demandado”.

ante la ausencia de jurisdicción pactada entre las partes, no había otra opción para la reclamante que acudir al juez del lugar del cumplimiento o a los del domicilio del demandado, como lo establece el referido cuerpo legal invocado.

E) Sentencia de Primera Instancia

A los argumentos planteados por la demandada, el tribunal rechaza la totalidad de los fundamentos esgrimidos por la accionada, por lo que la demandada, apela la sentencia a la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro.

2. Segunda Instancia

Interviene la Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, quien confirma lo resuelto por el magistrado de origen.

A) Argumentos esgrimidos sobre el lugar de la notificación

La Alzada entiende, con relación a la notificación llevada a cabo en el domicilio territorial correspondiente al Departamento Judicial de San Isidro, tal como fuera ordenado en 1ra Instancia por ser el declarado por la actora, que se debe desestimar el pedido de nulidad presentado por parte la demandada, manifestando que ese planteo excedía la órbita de las decisiones relacionadas estrictamente con el cumplimiento del exhorto, sosteniendo también que tal rechazo tampoco constituiría un menoscabo a las “disposiciones de orden público” o que resultarían repugnantes al ordenamiento constitucional.

B) Argumentos sobre la Inhibitoria del Tribunal

Entiende que los planteos de inhibitoria presentados deberían incoarse ante el Tribunal que el reclamante entiende competente, debiendo haberlo hecho ante el actuante y dentro del plazo para oponer excepciones en el juicio que se trate, toda vez, que no habría normativa legal que autorice cuestionamiento alguno ante un tercer magistrado, distinto a aquel frente a quien se propuso la demanda y al que se considera hábil. Por lo tanto rechaza también ese planteo.

C) Argumentos respecto a la nulidad de la notificación en sí

La Alzada entendió que tratándose de un acto ejecutado en cumplimiento de la manda de un juez extranjero, resultaba claro, que el contenido de la cédula, la persona a quien va dirigida, el domicilio y los accesorios —o si hay o no copias de documentación acompañadas— fueron cuestiones decididas y controlado su alcance por el magistrado requirente (el brasileño), por lo tanto la alzada entiende que sólo él se encontraría habilitado a valorar la existencia y, si fuera el caso, la trascendencia de la omisión denunciada.

En atención a ello, correspondería a él, el significado que el acto pueda tener en el proceso que está entendiendo y sus consecuencias, respecto de los cuales tales decisiones estarían fuera de contralor por parte del órgano jurisdiccional exhortado. De esa manera, rechaza también ese punto central del recurso.

3. Intervención de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

A) Recursos presentados

Ante la confirmación de la sentencia de primera instancia por parte de la Alzada (Cámara) en los términos referidos, la accionada presenta primero un recurso de inaplicabilidad de ley ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y posteriormente un recurso de hecho local, ante la denegatoria del primero, siendo ambos rechazados por el Supremo Tribunal provincial.

Resulta oportuno recordar que el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires prevé entre sus recursos extraordinarios, el Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley o Doctrina Legal y el Recurso Extraordinario de Nulidad.

B) Intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

A raíz de ambas desestimaciones en sede provincial, la accionada interpone recurso de queja federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que le hace lugar, a la vez que declara parcialmente procedente al recurso extraordinario interpuesto por la accionada contra la decisión

del Supremo Tribunal Provincial, que como se adelantara más arriba había desestimado el recurso de hecho local ante la denegatoria del de inaplicabilidad de ley.

Efectivamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró formalmente admisible el recurso extraordinario federal interpuesto en relación con el planteo de nulidad y, seguidamente, dejó sin efecto la decisión de la Suprema Corte provincial.

C) Nueva intervención del Supremo Tribunal Provincial

Tras la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo lugar a los recursos presentados por la accionada y en los términos que ambos fueron concedidos, el Supremo Tribunal provincial, haciéndose eco del dictamen de la Procuración General de la Nación, en cuanto afirma que el juez exhortado tiene la obligación de controlar los requisitos formales que deben reunir los exhortos (Fallos: 276:327), entre ellos el cumplimiento del art. 6 inc. “c” del instrumento aprobado por Ley N° 25.935 que exige que el exhorto debe contener copia de la demanda, lo cual incluye la copia de los documentos que la integra, concluye en que la denegación del recurso extraordinario presentado ante ese Supremo Tribunal provincial, resultaba errónea en lo que hace al planteo de nulidad incoado, ya que entiende que la cuestión importaba privarle a la apelante de la jurisdicción de los tribunales argentinos para hacer valer sus derechos y, por lo tanto obtener el eventual acceso a la instancia federal por agravios de naturaleza constitucional.

Luego, manifestó que, en la tarea de esclarecer la inteligencia de cláusulas de carácter federal, no tiene porqué hallarse limitado a las posiciones asumidas por las instancias anteriores ni las de las partes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue.

En tal dirección, precisó que interpretando la aplicación del Protocolo de Las Leñas y los requisitos exigidos por ese documento legal para considerar válida la notificación solicitada, le cabría al juez exhortado la tarea de controlar los requisitos formales que deben reunir los exhortos, comprendiendo el cumplimiento del art. 6 del instrumento aprobado por la Ley N° 25.935, más precisamente el inc. “c” de ese precepto, que prevé que el exhorto debe contener una copia de la demanda y de los documentos que son parte integrante de ella.

Por tales motivos, en su intervención entiende que la Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro concluyó erróneamente en que el control de los recaudos del art. 6 del Protocolo al que se refiere la ley 25.935 -copia de la demanda y los documentos que la acompañan- excedía el marco de competencia del juez exhortado, resaltando justamente lo contrario, afirmando que su evaluación es ciertamente una de sus facultades.

D) Análisis de los recursos por el Supremo Tribunal de Justicia provincial

Una vez despejada la seguidilla de recursos incoadas y vuelta la cuestión ante ese Tribunal provincial y declarados procedentes, esa instancia pasa a continuación al análisis de las situaciones planteadas en ese marco.

- a. Ante el rechazo de la nulidad de la notificación en domicilio: Un primer planteo es respecto al rechazo que se hiciera a la pretensión de la demandada que reclamó la nulidad de la notificación del traslado de la demanda, vía rogatoria, fuera diligenciada a su domicilio en la provincia. La demandada había manifestado que dicho acto procesal carecía de la documentación esencial para cumplir su finalidad y que tal circunstancia afectaba gravemente su derecho de defensa.
- b. En tal sentido, la Suprema Corte provincial cree debe revocarse el fallo que rechazaba la pretensión y se solicita que se decrete la nulidad de todo lo actuado en el proceso, ordenándose la devolución de las actuaciones al juez actuante a fin de que se subsane la omisión cometida.
- c. Con respecto al planteo de fondo en sí y al control de requisitos para la notificación. Yendo al núcleo de la cuestión planteada, el Supremo Tribunal entiende que el juez exhortado no sólo debe, sino que tiene la obligación de controlar los requisitos formales que deben reunir las rogatorias, incluyéndose el cumplimiento del art. 6 de la ley 25.935 quien, en su apartado “c” prevé que la rogatoria debe contener una copia de la demanda, comprendiendo la copia de los documentos que son parte integrante de ella.
- d. Valoración del orden público nacional: Respecto de dichos instrumentos, el Supremo Tribunal entiende que “se

establecen diferentes principios y directrices procesales que resultan ser de estricta aplicación para los Estados que son Parte de las fuentes involucradas, siempre y cuando las medidas adoptadas no atenten contra el orden público (art. 8, de ambas leyes)” y que para la solución del caso, “entiende que resulta importante resaltar el capítulo que hace especial hincapié en el sistema de cooperación en actividades de mero trámite y en la determinación de la competencia y facultades para las autoridades jurisdiccionales intervinientes”.

- e. La argumentación prosigue con que el art. 9 de ambas normas (a las que llama comunitarias), reglamenta los casos de tramitación de exhortos, diciendo que “La autoridad jurisdiccional requerida tendrá competencia para conocer de las cuestiones que se susciten con motivo del cumplimiento de la diligencia solicitada”. Es decir, que entiende que es el propio ordenamiento internacional el que dotaría al magistrado interviniente en el diligenciamiento de la medida “de un poder de revisión sobre la manda requerida”.

Por tal circunstancia, cree que en coincidencia con la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando afirma que los jueces a cargo de la tramitación de los actos procesales que por vía de rogatoria llegan a su conocimiento, “están facultados para evaluar el estricto apego de las normativas que hacen a la ejecución de los exhortos”; se estaría dando razón al recurrente al denunciar como infringida la normativa que cita (art. 289, CPCC).

En ese contexto el Tribunal de Alzada, resuelve que “no sería ajustado a derecho decir que únicamente el juez requirente de la manda ordenada se encuentra habilitado a valorar la existencia, la trascendencia de la omisión denunciada, el significado que el acto pueda tener en el proceso y sus consecuencias, pues serían las leyes 24.578 y 25.938 (Protocolo de Las Leñas y Protocolo de Buenos Aires los que facultan a los jueces exhortados a denegar el cumplimiento de una manda judicial en tanto ellos comprueben en forma previa, la posible afectación al orden público”.

Continúa explayándose que se torna necesario que se garantice el efectivo ejercicio del derecho de defensa de las partes, por estar estrechamente “vinculado al imperio que tienen los magistrados de

revisar aquellas decisiones que son tomadas en un procedimiento judicial extranjero para que éstas no sean contrarias al orden público nacional, ya que las garantías constitucionales de igualdad, bilateralidad, equilibrio procesal, defensa en juicio y debido proceso, integran el conjunto de mandas imperativas, las que deben ser necesariamente tenidas en cuenta por los jueces a la hora de evaluar si la decisión recaída en una causa transnacional”.

Refiere también que la tarea del juez no estriba ciertamente en ser un mero espectador de lo que se desarrolla en el proceso, sino que es el director del mismo y por tal razón es quien en forma previa a dar trámite a cualquier petición, incluyendo la realización de una actividad vía exhorto, debiendo señalar los defectos u omisiones de los que adolezca la medida, ordenando que se subsanen y, aún más, disponiendo de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades.

E) Resolución del Supremo Tribunal provincial

Por lo expuesto, se concluye finalmente, con sintonía entre los votos de los miembros del tribunal provincial, que deberá hacerse lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocarse la sentencia impugnada, debiendo en consecuencia volver los autos al Tribunal de origen a fin de que evalúe el cumplimiento de los recaudos establecidos en el art. 6 inc. “c” de la Ley N° 24.578.

4. Análisis de los fundamentos desde la perspectiva del derecho procesal internacional y del derecho de la integración

Sin perjuicio de coincidir con la correcta resolución final a la que llega el Supremo Tribunal Provincial, cabría hacer una serie de aportes, aclaraciones y perspectivas acerca de los fundamentos utilizados para tal resolución, a la luz del enfoque de esos fundamentos, desde la óptica del derecho procesal internacional y el derecho de la integración.

A) Fuentes utilizadas

En el transcurso de las diferentes resoluciones adoptadas se toman como involucradas en el planteo efectuado, dos fuentes convencionales mercosureñas, como lo son el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y

Asistencia Jurisdiccional, para la notificación de la rogatoria y el Protocolo de Buenos Aires de Jurisdicción Internacional en materia contractual, que efectivamente son las vigentes para resolver cuestiones que involucran el diligenciamiento de una rogatoria internacional⁷ (Protocolo de las Leñas), con base un reclamo en el marco de un contrato internacional (Protocolo de Buenos Aires).

Respecto a la utilización de ambas fuentes convencionales, sin perjuicio de su correcta cita por ser las vinculantes en las materias comprendidas, cabe señalar que no se trata de “normas comunitarias” como rezan los fundamentos de la sentencia del Supremo Tribunal provincial sino normas de derecho de la integración, dado que el esquema institucional del MERCOSUR no prevé la existencia de normas supranacionales sino que se trata de fuentes que surgen del consenso de los socios del bloque regional, siguiendo la característica de tratados internacionales a los que se accede tras los procedimientos internos en cada país para su puesta en vigor, en el marco de lo establecido en la “Convención de Viena de Derecho de los Tratados”. La sola diferencia es que la entrada en vigor a nivel regional depende de lo establecido en la normativa MERCOSUR a tales efectos.

Desde la óptica argentina la aplicación de ambas fuentes es la adecuada desplazando a la normativa de fuente interna, en tanto esta última privilegia la utilización de los Tratados y Convenios Internacionales, que existieran por encima de lo establecido en la fuente de derecho internacional privado nacional (arts. 2611 y 2612 del CCyCN).

Con relación a la cuestión planteada por presentación de la demanda en el marco del Protocolo de Buenos Aires y los planteos efectuados para reclamar su inhibitoria, corresponde recordar lo que establece dicho Protocolo para efectuar los reclamos derivados de un contrato internacional entre la Argentina y el Brasil.

Efectivamente, dicho Protocolo regula la jurisdicción para los supuestos de interposición de demanda para los contratos internacionales de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares -personas físicas o jurídicas-. En este caso se trata de personas jurídicas. En cuánto a

⁷ Se ha hecho previamente referencia al porqué se prefiere la utilización de este término más que “exhorto”, especialmente en el relacionamiento del caso con la República Federativa del Brasil. Para mayor abundamiento a esta aclaratoria, cabe remitir al “Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, entre los Estados Parte del MERCOSUR” (Art. 18).

su ámbito espacial de aplicación también procede su utilización ya que se trata de dos empresas con domicilio o sede social en diferentes Estados Parte del Tratado de Asunción (arts. 1 y 2 del Tratado).

El Protocolo de Buenos Aires habilitaba a las partes a celebrar un acuerdo de elección de jurisdicción (art. 4), circunstancia que al no haber ocurrido en el caso de marras, corresponde tomar en consideración a las disposiciones referentes a la “jurisdicción subsidiaria” reguladas en el artículo 7, o sea que el demandante podía elegir entre los “jueces del lugar de cumplimiento del contrato”, “los del domicilio del demandado” o “los del domicilio o sede social del demandante cuando demuestre que este ha cumplido su pretensión”⁸.

B) Notificación de la demanda

En cuanto a la utilización del Protocolo de Las Leñas para la notificación resulta también acertado el diligenciamiento llevado a cabo a través de las respectivas Autoridades Centrales, según establece también el Protocolo en su artículo 2, para las actividades de mero trámite de rogatorias internacionales, entre las que se encuentran la notificación de actos procesales (art. 5, literal a), en este caso, la demanda incoada ante la justicia brasileña.

En cuanto a los requisitos que deberían contener las rogatorias, que en el caso de marras es uno de los principales puntos de controversia, el Protocolo de las Leñas establece en su artículo 6, inciso c) que deberán contener “copia de la demanda y transcripción de la resolución que ordena la expedición del exhorto”.

He ahí el primer cuestionamiento principal que plantea la demandada en tanto manifiesta ya en la primera presentación, solicitando “la nulidad del acto de notificación”, toda vez que en dicha diligencia no se habría adjuntado la totalidad de la documentación enunciada en el escrito de demanda y que no se había realizado en la jurisdicción correspondiente, donde ella tenía su domicilio. Seguidamente argumenta que de esa manera se habría omitido un requisito esencial del acto, vulnerando su derecho de defensa.

La pretensión de la demandada y su fundamentación es

⁸ Solución de Controversias y Cooperación Interjurisdiccional en el MERCOSUR. Ministerio de Justicia de la Nación. Argentina. La Ley. Octubre 1997.

desestimada tanto en primera instancia, como en la Alzada, sumando esta última que no advertía que la medida ordenada, “menoscabase las disposiciones de orden público”.

Finalmente, ante ambas denegatorias y tras las sucesivas vías recursivas entabladas por la demandada ante el Supremo Tribunal Provincial y ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el siguiente fallo del Supremo Tribunal provincial hace lugar a los argumentos de la demandada y dicta su resolución afirmativa, ordenando su devolución al tribunal de origen, justamente basándose en “la necesidad de garantizar al apelante el efectivo ejercicio de su derecho de defensa , principio directamente vinculado con que la potestad que tienen los magistrados de revisar decisiones tomadas en un procedimiento judicial extranjero para evitar que sean contrarias al orden público nacional”.

El pie a tal aseveración la toma el Supremo tribunal, justamente en el artículo 8 del Protocolo de Las Leñas⁹ que refiere a “los principios de orden público”, como causal de denegación de la asistencia. Más adelante se analizará más en detalle, la interpretación que hace el Tribunal sobre el alcance de este concepto en sus diferentes intervenciones.

Por otra parte, en cuanto a la facultad de contralor del juez actuante respecto del cumplimiento de los requisitos, el Supremo Tribunal argumenta en esta intervención en lo que establece el artículo 9 del “Protocolo de Las Leñas”, que justamente le otorga competencia a tal fin.¹⁰

Sin perjuicio de esa facultad concedida y de su correcta cita en los argumentos presentados por el Tribunal, cabe consignar que hay una errónea remisión a ese artículo 9 en ambas normas, ya que esa facultad sólo la tiene el Protocolo de Las Leñas, no así el de Buenos Aires, que su artículo 9 refiere a que se entiende por “domicilio de la demandada” no aplicable a este aspecto en el marco de las cuestiones en disputa.

C) La argumentación referida al “orden público”

La intervención decisoria que hace el Supremo Tribunal Provincial,

9 “Protocolo de Las Leñas”: Artículo 8 “El cumplimiento de los exhortos deberá ser diligenciado de oficio por la autoridad jurisdiccional competente del Estado requerido y sólo podrá denegarse cuando la medida solicitada, por su naturaleza, atente contra los principios de orden público del Estado requerido”

10 Protocolo de Las Leñas. Art. 9: “La autoridad jurisdiccional requerida tendrá competencia para conocer de las cuestiones que se susciten con motivo de la rogatoria solicitada”.

fundamenta especialmente su decisión en la posible afectación del “orden público nacional”, entendiendo por tal, a que se estaría violando la posibilidad de “defensa en juicio”, al “debido proceso” a la “denegatoria del acceso a la jurisdicción de los tribunales nacionales”, o la “afectación de principios constitucionales”, entre otros aspectos.

Es en ese punto y en la consideración que hacen sucesivamente los tribunales actuantes sobre que se entiende por “orden público”, es en donde quizás cabría una mayor detención.

Efectivamente, ya la Alzada, había basado también, en ese caso para la denegatoria de la pretensión, en que no se veían vulneradas “las disposiciones de orden público” o que resultara “repugnante al ordenamiento constitucional”. Puede verse entonces que mientras en una instancia (alzada) se habla de “disposiciones de orden público”, posteriormente tanto en la intervención de la Corte Suprema de Justicia, como en el fallo del Supremo Tribunal provincial se menciona al orden público, en estos casos como “orden público nacional”. Para mayor confusión aun remiten a los establecido en la fuente convencional aplicable, que en el caso del artículo 8 del Protocolo de Las leñas, menciona a “los principios de orden público”.

A esta altura, es que se debe señalar desde nuestra perspectiva, que en el caso se está hablando de un concepto que se cita como similar, pero que en los hechos no tiene el mismo alcance desde la jurisprudencia y la doctrina nacional.

En primer lugar, se debería partir sobre que se entiende, desde la perspectiva argentina actual, por orden público, si como un conjunto de disposiciones o como un conjunto de principios. Siguiendo el pensamiento de Goldschmidt,¹¹ podría decirse que la mayor parte de la doctrina actual entiende al “orden público” como un conjunto de principios, en donde la limitación a la aplicación del derecho extranjero es analizado, “a posteriori”, a la luz de los principios (éticos, morales, de conciencia) que rigen en nuestro país en un momento dado.

La profesora Dreyzin de Klor, co-autora del Título referido al Derecho Internacional Privado del Código Civil y Comercial de la Nación, entiende también que para determinar su contenido y alcance se

¹¹ GODSCHMIDT, Werner. “El orden público internacional en el derecho internacional privado”, ED. T° 109, págs. 889 a 894.

hace necesario establecer su calidad, con lo que se caracterizaría por estar integrado por el conjunto de principios sociales y valores fundamentales del derecho del foro, que serían los principios y valores deducidos de la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos incorporados con categoría constitucional.

Por su parte, desde la perspectiva brasileña actual, siguiendo a Jacob Dolinger éste entiende que el orden público es el reflejo de la filosofía socio política-jurídica de toda legislación, que representan la moral básica de una nación y que protege las necesidades económicas del Estado. Continúa el autor que el orden público encierra en los planos filosófico, político, jurídico, moral y económico de todo Estado constituido.¹²

De esta manera, se puede ir aunando criterio que al hablar de orden público en el análisis debería tomarse unívocamente al tal concepto como un concepto de principios y no como uno de disposiciones.

Sería el turno entonces de diferenciar entre “orden público interno” al que refiere la sentencia del Supremo Tribunal y “orden público internacional” y dilucidar a cuál se estaría refiriendo la fuente convencional citada.

La primera distinción estaría dada en que el orden público interno se referiría a las normas del *ius cogens* que no pueden ser excluidas por la voluntad de las partes, o sea que todas ellas deben obligatoriamente obedecer,¹³ mientras que, por su parte, dentro del ámbito del derecho internacional privado, se limitaría la aplicación de la norma extranjera indicada por la ley nacional pero cuyo contenido es considerado contrario para el ordenamiento del foro.¹⁴

Hecha la distinción de las diferentes vertientes del concepto, tal como fueron utilizadas en el caso de marras, parece advertirse que atendiendo a la caracterización brindada, no se estaría hablando en la sentencia de un “orden público internacional ” o “principios de orden público”, relacionados con el derecho extranjero aplicable, ni al límite a la penetración de las normas extranjeras, contrarias a esos principios, sino más bien parece aludir a cuestiones de orden público en un sentido

12 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado, Parte Geral. 6ta.* em Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

13 BATELLO CALDERÓN, Silvio Javier. *El Orden Público en el Derecho Internacional Privado del MERCOSUR*, en Ed. Advocatis, Córdoba, Argentina, Octubre 2012.

14 DOLINGER, Jacob, Ob. cit.

procesal, como surgen del fallo en sí.

Es más, desde la opinión del autor del presente, existe una convicción que los autores de la norma “mercosureña”, al incluir el filtro a la aplicación de los principios de orden público, tal como reza el Protocolo de Las Leñas, no cree se estuviera pensando en la vulneración de derechos vinculados a la dinámica procesal para su utilización.

En atención a lo manifestado, es más factible asimilar la referencia en el fallo a la consideración de “orden público nacional” pensado como un “orden público adjetivo o procesal” que sería aquél vinculado con las garantías del acceso a la jurisdicción y al debido proceso legal. Sobre el particular el profesor Batello, cita algunos casos jurisprudenciales como ejemplo de su utilización.¹⁵

VI. Conclusiones

Como corolario de la Sentencia adoptada por el Supremo Tribunal Federal, en donde hace lugar a la procedencia de los sucesivos recursos incoados por la demandada y ordena devolver la sentencia al tribunal de primera instancia interviniente para que dicte un nuevo fallo, cabe concluir lo siguiente:

1. La Sentencia concluye acertadamente con fundar su decisión en la normativa convencional aplicable (Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del MERCOSUR y Protocolo de Buenos Aires de Jurisdicción Internacional en materia contractual), sin perjuicio que la aceptación del recurso extraordinario cabe dentro de la órbita de tratamiento del derecho procesal nacional.
2. No obstante, en lo que refiere a los argumentos de fundamentación del rechazo a las sentencias de primera y segunda instancia que denegaran la pretensión planteada por la demanda, incurre en algunas “desprolijidades” de cita o referencia, como ser citar el artículo 9 de ambos Protocolos como normativa habilitante para la revisión de los requisitos

15 BATELLO CALDERÓN, Silvio J. Ob. cit. “G.E.I.y otro c/S.R.–Dps. 236-238y otros” CNCiv, Sala I. 24/2/10. L.L. 2000; CNCCom, sala B, 4/8/05. Lexis Nexis-online, Ref: 70020896.

de la rogatoria por parte del juez actuante. Solamente el artículo 9 del Protocolo de las Leñas refiere a ese tema y a esa posibilidad.

3. Tampoco resulta acertada la expresión de remisión a los Protocolos como normas comunitarias, cuando en realidad debió referirse a derecho de la integración.
4. Las expresiones “disposiciones de orden público” utilizada por la alzada, u “orden público nacional” en la sentencia del Supremo Tribunal, no parecen estar tan claramente referidas al concepto que realmente se está invocando, ni al alcance del mismo. Sobre el particular, desde la perspectiva del autor, se planteó la duda a si la preservación de “los principios de orden público” a la que hace referencia el artículo 8 del Protocolo de Las Leñas, realmente fue pensada para salvar cuestiones como la planteada, en tanto parece referir a un orden público procesal o adjetivo, más propio de una elaboración jurisprudencial que caería fuera de la intención del legislador convencional.
5. Desde nuestra opinión y llegando a la misma conclusión, basada en las mismas fuentes aplicables, se entiende que la falta de acompañamiento de alguna documentación, que debió adjuntarse en el momento de interposición de la demanda por la actora, podría haberse salvado con requerirla por el Juez interviniente en el marco del planteo en la contestación de la demanda, como ampliatoria a la demanda inicial presentada evitando, de esa manera, el dispendio procesal de tiempo, recursos e intervenciones encaminado.
6. De todas formas, el planteo de la demandada y los recursos posteriores incoados, muestra la reconocida dificultad que tienen los particulares para acceder al sistema de solución de controversias vigente en el MERCOSUR y que hubiera podido dar una solución “ab-initio” acerca del alcance del artículo 8 del Protocolo de Las Leñas y la facultad de contralor por parte del juez exhortado.
7. De todas formas, si existe hoy en día la posibilidad de formular “opiniones consultivas” (art. 3 del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias entre los Estados

Parte del MERCOSUR)¹⁶ que está vigente y que si bien dichas opiniones a cargo del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, tienen “carácter no vinculante”, pueden contribuir a atender las consultas que le hicieran llegar los tribunales nacionales sobre el alcance y la aplicación del derecho del MERCOSUR, formando por su parte una jurisprudencia regional sobre el alcance de los instrumentos generados en ámbito del esquema de integración.

16 Artículo 3. Régimen de solicitud. El Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos.

EL “LUGAR DE CUMPLIMIENTO” COMO CRITERIO ATRIBUTIVO DE JURISDICCIÓN Y SUS PECULIARIDADES EN EL PROTOCOLO DE BUENOS AIRES SOBRE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA CONTRACTUAL”

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala C - “La
Papelería del Plata S.A. c/ Dipropar SRL s/ordinario”, 28/10/2016

*Carolina Daniela Iud**

Sumario: I. Breve aproximación al tema; II. Marco normativo: 1. Fuente convencional: A) Tratado de Derecho Civil Internacional, Montevideo 1889. B) Tratado de Derecho Comercial Internacional. Montevideo 1889, C) Tratado de Derecho Civil Internacional. Montevideo 1940, D) Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional. Montevideo 1940, E) Tratado de Derecho de Navegación Comercial Internacional. Montevideo 1940, F) Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, 2. Fuente interna; III. Los hechos del caso; IV. La decisión judicial: 1. Primera instancia, 2. La sentencia de segunda instancia; V. Análisis del caso: 1. Lugar de cumplimiento, 2. Domicilio o sede social del actor, 3. Lugar de celebración; VI. Conclusiones.

I. Breve aproximación al tema

Se ha destacado la importancia de “saber cuál es el verdadero asiento de la obligación, el recinto donde está localizada en el espacio,

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado y Comunitario (Universidad de Palermo) y Prof. adjunta (int) Derecho Internacional Privado Facultad de Derecho (UBA). Vicedirectora del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

porque una vez determinado este asiento, este lugar, sabremos cuál es la jurisdicción especial llamada a conocer de ella y el derecho local a que se encuentra sometida. La respuesta a esta cuestión suscita mayores dudas y dificultades respecto a las obligaciones que respecto a cualquiera otra materia¹ (...) tenemos que elegir entre el lugar en que la obligación nace y el lugar en que se cumple, entre su principio y su fin”.² Y, obviamente, el ilustre jurista se pronuncia por este último ya sea que la voluntad de las partes surgiera “de una declaración expresa, ya de la naturaleza de los actos que acompañen a la obligación, de los cuales se desprende que no pueda cumplirse en otra parte”;³ ello, sin perjuicio de que en los casos en los que no se fijare un lugar para la ejecución, el lugar donde la obligación nace y el lugar donde el deudor tiene el asiento de sus negocios y su domicilio se tornen relevantes.

Aunque el auge de la autonomía de la voluntad manifestado actualmente en el plano jurisdiccional, en la admisibilidad de los acuerdos de elección de foro y de la prórroga de jurisdicción en favor de jueces y árbitros que actúen en el extranjero y, en el plano del derecho aplicable, en su aceptación en su doble despliegue conflictual y material -que por cierto va mucho más allá del que supone la designación del lugar de cumplimiento por las partes- reducen significativamente el rol protagónico del giro “lugar de cumplimiento” en ambos sectores, vuelve al centro de la escena cuando el recurso al sistema subsidiario deviene necesario. Y es que constituye el criterio atributivo especial de jurisdicción internacional en materia contractual y el punto de conexión clásico empleado en la metodología conflictual.⁴

En otro orden, coadyuva también a su protagonismo la circunstancia de que, en algunos sistemas, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad no sea tan amplio y el menú de opciones disponibles se halle limitado a los tribunales o derechos de los lugares de cumplimiento del contrato; a ello se agrega que pueden existir contratos en los que, especialmente en atención a las circunstancias personales de las partes o a su propia naturaleza del contrato, la autonomía de la voluntad no tenga cabida.

1 VON SAVIGNY, Friedrich K. *Sistema del Derecho Romano Actual*, Trad. por M.C. H. Guenoux, M.CH., J. Mesía, y M.. Poley, Madrid, Góngora y Cía. Editores, 1879, vol. 6, p. 242.

2 VON SAVIGNY, p. 246.

3 VON SAVIGNY, p. 257.

4 Más allá de la naturaleza más o menos rígida del punto de conexión “lugar de cumplimiento” ni siquiera pierde importancia práctica cuando cede en pos de puntos de conexión típicamente flexibles, ya que o bien inspira las presunciones o, en su caso, estará presente en el razonamiento judicial.

El “lugar de cumplimiento” inquieta y continúa generando dudas. No sólo en el ámbito del conflicto de leyes sino también en el de jurisdicciones. El Derecho Internacional Privado (DIPr) de la región ha tratado y trata de dispararlas, muchas veces recurriendo a calificaciones diferentes según se trate de la determinación del juez competente o del derecho aplicable al contrato. El análisis de una sentencia dictada por un tribunal argentino aplicando el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional (PJI), es la excusa para ver cómo se ha tratado de superar la natural dificultad de un giro tan común como complejo

II. Marco normativo

Sabido es que las reglas para la determinación del juez competente para entender en un litigio contractual internacional, pueden estar contenidas tanto en fuentes internacionales como internas.

Teniendo en cuenta que la sentencia en comentario ha sido pronunciada por un tribunal argentino y que en la misma se hace referencia a disposiciones que integran el plexo normativo de ese Estado, nos limitaremos en este apartado a hacer una referencia a su sistema de DIPr.

En tal sentido se destaca que los tratados internacionales tienen por expreso mandato constitucional, jerarquía suprallegal (conf. art. 75 inc. 22) de la Constitución de la Nación Argentina) y su no aplicación puede generar responsabilidad internacional del Estado, tal como ha sido destacado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) el 26/12/95, en los autos caratulados “Méndez Valles, Fernando c/ Pescio A. M. s/ ejecución de alquileres”.⁵

En línea con estos postulados y con el evidente propósito de facilitar la tarea de los operadores jurídicos, el art. 2594 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN),⁶ ha enfatizado dicha jerarquía y el rol subsidiario de la fuente interna respecto de las internacionales. En lo relativo a la materia jurisdiccional, que es la que en este momento nos

⁵ Disponible en www.diprargentina.com.ar

⁶ “Artículo 2594.- Normas aplicables. Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna”.

ocupa, el art. 2601 del CCyCN⁷ refuerza su aplicación ante la inexistencia de tratados internacionales aplicables al caso.

En consecuencia, cabe hacer una breve referencia a las soluciones adoptadas en la materia en diversos tratados internacionales que vinculan a este Estado con varios de los Estados Parte del MERCOSUR⁸ como también a las previstas en la fuente interna, no sólo con el propósito de conocerlas sino muy especialmente para advertir la evolución de los criterios para la determinación del juez competente en materia contractual en nuestra región y las diferencias presentes.

1. Fuente internacional

*A) Tratado de Derecho Civil Internacional, Montevideo 1889 (TMDCivI 1889)*⁹

Más allá de que este tratado haya guardado silencio acerca del rol de la autonomía de la voluntad, con las consiguientes opiniones encontradas, cabe tener presente que su art. 56 consagra como criterios atributivos de jurisdicción en materia de acciones personales, el domicilio del demandado y el *forum causae*.¹⁰ De resultas de ello, el actor podría,

7 Artículo 2601.- Fuentes de jurisdicción. La jurisdicción internacional de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme a las reglas del presente Código y a las leyes especiales que sean de aplicación.

8 La República Argentina es parte también de numerosos tratados que contienen normas de jurisdicción internacional de alcances más universales pero en atención a las características de esta obra no se mencionan.

9 Son Estados parte Argentina, Paraguay, Uruguay, Perú, Bolivia, Colombia.

10 Como es sabido el *forum causae* encierra en sí mismo una petición de principios o un razonamiento circular habida cuenta que, según el razonamiento clásico, cada juez se remite a su propio sistema de derecho internacional privado para hallar el derecho aplicable, de modo tal que la identificación del juez competente es lógicamente previa a la del derecho que rige el caso. El sistema montevidiano invierte el razonamiento y ello sólo podría funcionar en un contexto como ese, esto es, un marco en el cual el propio tratado contuviera normas de conflicto. Sin embargo, no aleja ello todas las dificultades toda vez que esas normas pueden ser objeto de diferentes interpretaciones que conduzcan a la aplicación de diferentes derechos. Véase en tal sentido, aunque con referencia al Tratado de Derecho Civil Internacional, Montevideo 1940 (TMDCivI 1940), la sentencia pronunciada por la CSJN el 15/3/68 en "Lamas, Emilio Luis c/ Banco Mercantil del Río de la Plata Montevideo". Se trataba de un proceso fundado en un pretense incumplimiento de un contrato celebrado por correspondencia entre el actor, domiciliado en la República Argentina, y el demandado, domiciliado en Montevideo. El actor reclamaba el cobro de una comisión por las gestiones realizadas para obtener la conformidad de Yacimientos Petrolíferos Fiscales para contratar un préstamo otorgado por el banco demandado que no habrían sido pagadas considerando aplicable el derecho argentino; a su turno el demandado opuso excepción de incompetencia fundado en que su domicilio se encontraba en Uruguay y en que el derecho aplicable era el uruguayo, por lo que ambos contactos jurisdiccionales se localizarían en dicho país. Tales circunstancias tornarían incompetentes a los jueces de la República Argentina. Si bien tanto la mayoría como la minoría de la CSJN partieron del art. 56 del TMDCivI1940, la primera reputó aplicable

en el marco de una controversia contractual, demandar ya sea ante los jueces del Estado cuyo derecho rige el contrato o ante los del domicilio del demandado.¹¹

El primero de los criterios atributivos requiere la previa determinación del derecho aplicable a la cuestión de que se trate, correspondiendo, remitirse en esta materia, a falta de disposición especial, a lo dispuesto por los arts. 32 y siguientes. Estas normas conducen al lugar de cumplimiento.

Los participantes del Congreso de Montevideo de 1889 avizoraron los inconvenientes que naturalmente suscita la utilización del concepto “lugar de cumplimiento” y se ocuparon de determinarlo en forma más o menos precisa, con indudable inspiración savigniana¹². Así lo hicieron a partir de una clasificación de las categorías de contratos - sobre cosas y contratos que versen sobre prestación de servicios- y subcategorías -contratos sobre cosas ciertas e individualizadas, sobre cosas determinadas por su género o sobre cosas fungibles , por un lado y por otro contratos de prestación de servicios que recaigan sobre cosas o cuya eficacia se relaciona con algún lugar especial—Además incorporaron una norma de carácter residual para los restantes casos (conf. art. 34).

Asimismo incluyeron una norma destinada a resolver el conflicto de leyes en materia de contrato de permuta de cosas situadas en distintos lugares, como también normas especiales que contemplan los contratos accesorios y la perfección de los contratos celebrados por correspondencia o mandatario (conf. arts. 35, 36 y 37).

Ahora bien, estas reglas no fueron especialmente pensadas para la determinación del juez competente sino del derecho aplicable. Sin embargo, bien que por vía indirecta a través del *forum causae*, terminan erigiendo al “lugar de cumplimiento” como criterio atributivo de jurisdicción al

el derecho argentino y por lo tanto competentes los jueces argentinos a tenor de lo dispuesto por los arts. 37 y 38 b) mientras que la segunda se pronunció por la aplicación del derecho uruguayo y por ende por la incompetencia de los jueces argentinos con fundamento en lo dispuesto por el art. 42.

11 Ambos tratados establecen criterios generales aplicables con independencia de la materia concreta (FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Comentario al art. 2601 del Código Civil y Comercial de la Nación”, en: J. C. RIVERA y G. MEDINA (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo VI, Bs. As, Thomson Reuters-La Ley, p. 801).

12 NOODT TAQUELA, María Blanca. “La prestación característica vislumbrada como criterio para regir los contratos internacionales en el Tratado de Montevideo de 1889”, en: C. FRESNEDO DE AGUIRRE y G. LORENZO IDIARTE (coords.), *130 Aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889. Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional*, Montevideo, FCU, mayo de 2019, p. 181.

menos en los casos previstos por el art. 34 (excepto el supuesto del inciso c) aunque ello también podría depender de la calificación de “deudor”).

Así, en este marco “lugar de cumplimiento” a los fines de la determinación del derecho aplicable o del juez competente tiene los mismos alcances.

B) Tratado de Derecho Comercial Internacional, Montevideo 1889 (TMCComI 1889)¹³

Este tratado también contiene algunas disposiciones en materia de jurisdicción internacional, relativas a acciones contra las compañías de seguros (arts. 10 y 6), contratos de fletamento (arts. 14 y 15) y *contrato* de préstamo a la gruesa (conf. art. 18).

C) Tratado de Derecho Civil Internacional, Montevideo 1940 (TMDCivI 1940)¹⁴

Este instrumento también recoge como criterios atributivos de jurisdicción el *forum causae* y el domicilio del demandado pero aparece junto a ellos la autonomía de la voluntad aunque con ciertas restricciones.

En lo que se refiere al *forum causae*, cabe destacar que su concreción se efectúa de manera similar a la de su antecesor puesto que las normas relativas a derecho aplicable son casi idénticas, manteniéndose las categorizaciones contractuales, más allá de algunas diferencias.¹⁵

En otro orden, en algunos casos, a los efectos de determinar el derecho aplicable para de él inferir la jurisdicción competente, puede resultar necesario recurrir a otra fuente, tal como fue destacado por la jurisprudencia argentina en *Robinsa S.A. c/Rolando S.A.* (CNFed.Civ.y Com., Sala I, 26/10/04).¹⁶

13 Son Estados Parte Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

14 Son Estados parte Argentina, Paraguay y Uruguay, de modo tal que el TMDCivI 1889 sólo debería aplicarse respecto de los casos que vincularan a dichos Estados con Perú y/o Bolivia y/o Colombia.

15 Como diferencias puede señalarse que: 1) la forma y solemnidades se rigen por el lugar de celebración o de otorgamiento; 2) los medios de publicidad por la ley de cada Estado; 3) los contratos en los cuales no pueda determinarse, al momento de su celebración, el lugar de cumplimiento con arreglo a las normas contenidas en el Tratado, se rigen por la ley del lugar de su celebración; 4) no existe referencia especial respecto al contrato de permuta.

16 Disponible en www.diprargentina.com. El caso merece ser mencionado también en este aporte en atención a que, precisamente, la aplicación del TMDCivI 1940 y TMDCIT 1940, fue resuelta como consecuencia de la exclusión de este tipo de contratos del PJI.

Es en punto al rol de la autonomía de la voluntad donde puede advertirse una diferencia fundamental entre ambos tratados, ya que TMDCivI 1940 la introduce en el plano jurisdiccional, permitiendo la prórroga de jurisdicción aunque sólo *post litem*, siempre que el demandado la admitiera voluntariamente y su voluntad se expresara en forma positiva y no ficta, zanjando así la discusión que se había originado respecto del TMDCivI 1889.

Es importante señalar que la “forma positiva” alcanza aquellos casos en los cuales el demandado expresamente admitiera la prórroga como también aquellos en que no lo hiciera pero contestare la demanda. Sin embargo, no alcanza a los casos en los que no compareciera a cuestionar la jurisdicción en la oportunidad de contestar demanda, fuera declarado rebelde o no.

Sin perjuicio de ello, ha de considerarse lo dispuesto por el art. 5 del Protocolo Adicional suscripto el 19 de marzo de 1940, cuyos artículos son considerados parte integrante de los tratados de Montevideo (conf. art. 8 del Protocolo), en tanto dispone que “la jurisdicción y la ley aplicable no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”.

D) Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional, Montevideo 1940 (TMDCComTI 1940)¹⁷

También en este tratado, se establecen algunas normas de jurisdicción internacional en materia de seguros terrestres o sobre la vida (conf. art. 13), de contrato de transporte internacional por servicios acumulativos (conf. art. 16) o en materia de contrato de transporte de personas (conf. art. 17).

E) Tratado de Derecho de Navegación Comercial Internacional, Montevideo 1940 (TMNavCI 1940)¹⁸

En este caso, se hallan normas de jurisdicción internacional en materia de contratos de seguros, (conf. art. 30), contrato de préstamo a la gruesa (conf. art. 33), contrato de fletamento, transporte de mercaderías o personas (conf. art. 25).

17 Son Estados Parte Argentina, Paraguay y Uruguay.

18 Son Estados Parte Argentina, Paraguay y Uruguay.

F) *Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual (Dec. CMC 1/94)*

Sin embargo, las disposiciones en materia de jurisdicción internacional del sistema montevideano, pierden una gran parte de su importancia y ven notoriamente reducida su aplicación práctica en materia contractual entre particulares en casos vinculados a la República Argentina, Paraguay y Uruguay, como consecuencia de la entrada en vigor del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual (MERCOSUR/CMC/Dec N° 1/94) (PJI)¹⁹, del cual es parte además de los Estados mencionados, Brasil, y que fuere aplicado en el caso bajo análisis.²⁰

En primer lugar, cabe destacar que el PJI alcanza con su ámbito de aplicación una serie de contratos y excluye expresamente de su ámbito de aplicación a otros.

Conforme surge del art. 1, se encuentran alcanzados por este instrumento los contratos internacionales –civiles o comerciales– celebrados entre particulares –personas físicas o jurídicas– que tengan sus domicilios o su sede social en diferentes Estados partes del Tratado de Asunción,²¹ como también aquellos en los cuales, al menos una de las partes del contrato lo tuviere y al mismo tiempo se hubiera hecho un acuerdo de elección de foro a favor del juez de un Estado parte, en tanto existiera una conexión razonable según las normas de jurisdicción del PJI.

Sin embargo, ello no resulta suficiente para determinar que el caso se encuentre alcanzado por el PJI, como consecuencia de que este excluye una serie de contratos o situaciones jurídicas tales como los de venta al consumidor,²² los contratos de transporte o seguros, los negocios jurídicos entre fallidos y sus acreedores y procedimientos análogos, los acuerdos en materia de derecho de familia y sucesorio, los contratos de

19 Sobre las relaciones entre el PJI y su prevalencia sobre las normas de derecho interno de los Estados Partes, véase Opinión Consultiva N° 1/ 2007 del Tribunal Permanente de Revisión, disponible en https://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon_01_2007_es.pdf.

20 Empero, conserva su importancia en atención a las exclusiones del ámbito de aplicación del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional.

21 No alcanzaría por tanto a los contratos en los que fueran partes los Estados u organismos estatales aunque se tratase de actos *jure gestionis* (conf. SANTOS BELANDRO, Rubén B. *Derecho Comercial Internacional*, 1^a. ed., Asociación de Escribanos de Uruguay, Montevideo, 2008, p. 185).

22 Sobre los alcances de la exclusión, véase Opinión Consultiva N° 1/ 2007 del Tribunal Permanente de Revisión, disponible en https://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon_01_2007_es.pdf.

seguridad social, administrativos, laborales, y los derechos reales (conf. art. 2).²³

a) Autonomía de la voluntad: forma, requisitos, oportunidad y derecho aplicable al acuerdo

El criterio de base atributivo de jurisdicción es la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, si se trata de un contrato alcanzado por el ámbito de aplicación del PJI, serán competentes, en principio, los tribunales del Estado parte al cual los contratantes hubieran acordado someterse por escrito, siempre que el acuerdo no hubiese sido obtenido en forma abusiva (conf. art. 4 del PJI).²⁴

Se ha destacado que en el marco de aplicación del PJI sólo se podría elegir como competente a un tribunal de un Estado parte ²⁵.

La prórroga de jurisdicción también resultaría válida si en lugar de prorrogarse a favor de tribunales judiciales lo hubiera sido respecto de arbitrales (conf. art. 4 *in fine*).

En cuanto a los alcances de la expresión “por escrito” se ha considerado que permitiría admitir también aquellos concluidos en forma electrónica²⁶ y aunque el PJI no lo establezca expresamente, podría constar

23 Las razones de su exclusión tienen que ver con diversos motivos según los casos, tales como la existencia de una previsible desigualdad entre las partes, la intención de dejar fuera de su ámbito de aplicación a los contratos en los cuales las partes –o una de ellas– fueren personas de Derecho Público y/o porque se hubiese considerado necesario que, en razón de su especialidad, requieran un tratamiento específico, como lo evidenciaron algunos instrumentos posteriores (conf. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Soluciones concluidas en el MERCOSUR en materia de jurisdicción internacional. Análisis de los Protocolos de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual y de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito”, en *Revista de la Facultad de Derecho* n° 24, , 2005, pp. 76-77). La exclusión de los contratos de transporte del ámbito de aplicación material del PJI fue puesta de manifiesto por la Sala I de la CNClvyComFed. el 26/10/04 en “Robinsa S.A c/ Rolando S.A” (disponible en www.diprargentina.com). NOODT TAQUELA considera que el reaseguro no se encuentra excluido por cuanto no participa de las razones que llevaron a la exclusión de los seguros tales como tratarse de contratación por adhesión o la necesidad de proteger a la parte débil (NOODT TAQUELA, María Blanca. “Jurisdicción internacional y derecho aplicable al reaseguro en Argentina”, *RDCO-1999-727*- pp. 3 y 4 según versión disponible en www.portalacademico.derecho.uba.ar).

24 El PJI no define ni proporciona indicadores que permitan determinar cuándo se estaría en presencia de un acuerdo obtenido en forma abusiva. De modo tal que queda librado a la interpretación y decisión judicial. La doctrina ha apuntado que habría de centrarse en la falta de poder negociador de una de las partes que la hubiese colocado en una situación de alguna manera intolerable como también que no necesariamente debe provenir de condiciones generales o contratos tipo sino que podría originarse incluso en contratos individualmente negociados (conf. SANTOS BELANDRO, cit., pp. 188-9).

25 Conf. FRESNEO DE AGUIRRE, Cecilia. *Curso de Derecho Internacional Privado*, 1ª. edición Tomo II Vol. 2, FCU, Montevideo, 2009, p. 173.

26 FEUILLADE, Milton C. *Competencia internacional civil y comercial. Elementos judiciales en el proceso internacional*, Ábaco,

en el mismo contrato o en un instrumento separado.

La prórroga podría operar tanto *ante litem natam* como *post litem natam* (conf. art. 5 del PJI) admitiéndose no sólo la prórroga expresa sino también la tácita, siempre que el demandado la admitiera en forma voluntaria en forma positiva y no ficta (conf. art. 6 del PJI) ²⁷.

En consecuencia, la prórroga de jurisdicción no podría considerarse válida si una demanda fuera iniciada ante un juez incompetente de acuerdo a las normas de jurisdicción internacional consagradas por el PJI - ya sea porque existe un acuerdo de elección de foro en favor de los tribunales de otro Estado parte o porque no existiendo el acuerdo no corresponde a ninguno de los foros consagrados por las reglas establecidas en forma subsidiaria- y el demandado no se presentara, hubiera sido o no declarado rebelde.

Esto ha llevado a la doctrina a sostener que aunque no existe una norma expresa en tal sentido, el juez debería declararse incompetente de oficio una vez notificado el traslado de la demanda y agotado el plazo para que comparezca el demandado sin que éste se presentara²⁸. La solución es por tanto diferente a la que se consagra en el sistema de fuente interna argentina.

No se trata de un tema menor porque si, pese a ello, el juez no lo hiciera y el proceso continuara y se dictara una sentencia de condena que debiera ser ejecutada en cualquiera de los demás Estados parte, el demandado podría con éxito oponerse al reconocimiento y ejecución con fundamento en lo dispuesto por el art. 20 c) del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, (MERCOSUR/CMC/ DEC N° 5/92) (PCOOP) y art. 14, 6 y concs. del PJI.

Por el contrario, si existiera un acuerdo de elección de foro en favor de los tribunales de otro Estado o, no existiendo tal acuerdo, el tribunal ante el cual se presentara la demanda no fuere uno de los foros previstos como subsidiarios y el demandado contestara la demanda sin

Bs. As., octubre de 2004, p. 141.

27 Véase la sentencia pronunciada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Sexto Turno de Montevideo, del 16/7/09 en "Datawave S.A. c/Odecar S.A. y otro", disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSelectiva.seam?cid=19754>.

28 NOODY TAQUELA, María B. "Jurisdicción internacional y derecho aplicable al reaseguro en Argentina", cit., p. 261.

oponer excepción de incompetencia, estaríamos en presencia de un caso de prórroga tácita admitido por el PJI.

En otro orden, cabe destacar que si bien no se exige la existencia de alguna conexión entre el caso y el foro elegido existe la limitación de que debe tratarse de los tribunales de un Estado Parte.

Pero si el PJI resulta aplicable como consecuencia de que alguna de las partes tiene su domicilio o sede social en un Estado Parte (y otra/s no) y hubieren hecho un acuerdo de elección de foro a favor de un juez de un Estado parte, debe tenerse presente que el PJI exige como presupuesto para su aplicación y no propiamente como un requisito del acuerdo en sí, la exigencia de una conexión razonable según las normas de jurisdicción del mismo instrumento.²⁹

En lo que se refiere al derecho aplicable a la validez y efectos del acuerdo de elección de foro, el PJI va un paso adelante del sistema argentino de fuente interna, ya que contiene una regla especial, en virtud de la cual estas cuestiones se rigen por los derechos de los Estados partes que tendrían jurisdicción subsidiariamente de acuerdo con las disposiciones del PJI, optando en caso de soluciones discordantes, por el derecho más favorable a la validez del acuerdo (conf. art. 5 del PJI).³⁰

b) Normas de jurisdicción internacional subsidiaria

Bajo el título de “Jurisdicción subsidiaria”, el PJI determina cuáles serían los jueces competentes para los casos de ausencia – o invalidez- de acuerdo de elección de foro, en forma concurrente, empleando diversos criterios atributivos.

Es importante destacar que estos criterios no sólo adquieren importancia en estos casos sino también si el acuerdo fuera inválido,

²⁹ La razonabilidad de la conexión deberá apreciarse según las normas de los arts. 7,8, 9 y conscs. del PJI.

³⁰ La redacción de esta norma ha dado lugar a ciertas reflexiones críticas. Véase en tal sentido, TONIOLLO, Javier Alberto, “Reflexiones acerca de la función jurisdiccional en el MERCOSUR” en: M. A. CIURO CALDANI (coord.), *Del MERCOSUR*, Ciudad Argentina, Bs. As., 1996, esp. pp 246/248. Cabría preguntarse qué ocurriría si, aplicando la regla según la cual en definitiva deberá estarse al derecho más favorable a la validez del acuerdo, se considerara válido un acuerdo de elección de foro conforme el derecho del Estado de uno de los Estados que tendrían jurisdicción y luego la sentencia debiera ser reconocida en un Estado que también hubiese sido competente en forma subsidiaria cuyo derecho se pronunciara por la invalidez por considerarlo, por ejemplo, de jurisdicción exclusiva propia, tal como lo plantea SANTOS BELANDRO (cit., p. 191). En nuestra opinión, debe prevalecer lo dispuesto por el art. 14 del PJI y por lo tanto considerar que el juez en cuyo favor se prorrogó la jurisdicción se encontraba dotado de jurisdicción internacional en los términos de lo dispuesto por el art. 20 literal e) del PCOOP.

como también para determinar si corresponde la aplicación del PJI en caso de que alguna de las partes no tuviese su domicilio o sede social en uno de los Estados Parte del PJI y se hubiese hecho un acuerdo de elección de foro a favor de los tribunales de un Estado Parte (conf. art. 1 b), como también para determinar el derecho aplicable a la validez y efectos de un acuerdo de elección de foro (conf. art. 5).

Conforme lo dispuesto por el PJI, serían competentes en forma concurrente los jueces del domicilio del demandado³¹, los del lugar de cumplimiento del contrato -criterios atributivos también receptados por los instrumentos precedentemente mencionados-, a los que se agregan los del domicilio del actor o de su sede social cuando demostrare haber cumplido con su prestación y la de los del lugar de celebración del contrato, cuando la demandada fuera una persona jurídica con sede en un Estado Parte y el lugar de celebración del contrato se encontrara en otro Estado Parte (conf. art. 7).

Sin embargo, el concepto “lugar de cumplimiento” a los fines jurisdiccionales viene a estar dotado en este instrumento de una calificación especial que resulta novedosa para la región que trataremos en la oportunidad del análisis del caso que nos ocupa.

c) Solución a algunos problemas específicos

En otro orden, cabe destacar que, en el caso de demandas sobre obligaciones de garantía de carácter personal o para la intervención de terceros, se establece que podrán ser interpuestas ante el tribunal que conoce en el proceso principal (conf. art. 12 del PJI).

En caso de reconvenición, serán competentes los jueces que tuvieran jurisdicción para entender en la demanda principal, según los términos empleados por el art. 13 del PJI.

31 El art. 9 del PJI contiene una calificación autárquica de este giro, distinguiendo: 1) Si se trata de personas físicas: se considera tal su residencia habitual y subsidiariamente y en este orden, el centro principal de sus negocios o el lugar donde se encontrare la simple residencia; como puede advertirse, reproduce en esencia, las calificaciones contenidas en otros instrumentos regionales, tales como la Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas, tratado no ratificado por la República Argentina; 2) Si se trata de personas jurídicas: se considera como tal a la sede principal de la administración; si tuviera sucursales, establecimientos, agencias o cualquier otra especie de representación se la considerará domiciliada en el lugar donde funcionen y sujeta la jurisdicción de las autoridades locales en cuanto a las operaciones que allí se practiquen sin que ello impida al actor interponer la acción ante los tribunales de la sede principal de la administración. El “domicilio del demandado” debe entenderse como domicilio existente al momento de interposición de la demanda (conf. TELLECHEA BERGMAN, cit., p. 81). Si los demandados fueron varios, a opción del actor, serán competentes los jueces del Estado del domicilio de cualquiera de ellos (conf. art. 12 del PJI).

d) Jurisdicción indirecta

Las normas de jurisdicción internacional establecidas por el PJI resultan también importantes en la hipótesis del reconocimiento o ejecución de una sentencia extranjera bajo el régimen del PCOOP ya que la competencia del juez de origen en los términos del art. 20 c) de dicho instrumento deberá ser controlada conforme las disposiciones del PJI (conf. art. 14).

2. Fuente interna

Tal como destacamos anteriormente, el art. 2601 del CCyCN establece que la jurisdicción internacional de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye de conformidad con las normas de este cuerpo legal.

Por su parte, el art. 2650 del CCyCN, determina qué jueces serían competentes en materia *contractual* general (mejor dicho en qué casos los jueces argentinos serían competentes) “no existiendo acuerdo válido de elección de foro”, lo cual importa erigir a la autonomía de la voluntad en la regla de base para la determinación de la jurisdicción internacional.

Los acuerdos de elección de foro, sus requisitos de validez y efectos, se encuentran regulados en los arts. 2605 a 2607 del CCyCN), permitiéndose también la prórroga en favor de árbitros que actúen en el extranjero (conf. art. 2605 del CCyCN).

En defecto o invalidez de su ejercicio, el CCyCN recoge otros criterios atributivos tradicionales en la materia, tales como el domicilio o residencia habitual del demandado (en forma concordante con lo dispuesto por el art. 2608 de dicho cuerpo legal con el agregado de contiene una solución para el caso de pluralidad de demandados³², el lugar de cumplimiento³³ y el lugar de ubicación de la agencia, sucursal o representación del demandado con la condición de que esta hubiese intervenido en la negociación o celebración del contrato (art. 2650 del CCyCN).³⁴

32 En tal caso se consideran competentes los tribunales del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos.

33 Por tal se entiende conforme dicha norma “lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones”, en consonancia con la tendencia jurisprudencial que se delinea a partir del conocido caso “Exportadora Buenos Aires S.A. c/Holiday Inn’s Worldwide Inc.” (CSJN, 20/10/98), disponible en www.diprargentina.com.

34 Hemos tratado el tema en forma detallada en IUD, Carolina D., *Contratos internacionales en el Código Civil y*

III. Los hechos del caso

La PAPELERA DEL PLATA S.A. es una sociedad comercial con domicilio y sede en la República Argentina que vendió una serie de productos a DIPROPAR SRL con domicilio y sede en Asunción del Paraguay.

Los contratos de compraventa de mercaderías se celebraron bajo la condición FCA WILDE y FCA ZÁRATE, según los casos, debiendo entregarse las mercaderías a un transportista designado por la compradora en dichas localidades sitas en la Provincia de Buenos Aires, estipulándose que el pago del precio debía efectuarse mediante una transferencia bancaria a una cuenta de titularidad de la actora abierta en un banco de la República Argentina.

La actora emitió una serie de facturas los días 29/9/2010, 16/11/2010, 30/8/2011, 12/12/2011 y 4/7/2012.

Ante el incumplimiento de la obligación de pagar el precio –en algún caso el incumplimiento era parcial–, la vendedora inició un proceso ante los tribunales con competencia en materia comercial de la ciudad de Buenos Aires.

Notificada del traslado de la demanda, DIPROPAR SRL opuso excepción de incompetencia con fundamento en que, tratándose de una acción personal, devenía aplicable el art. 2608 del CCyCN. De resultas de ello, según sus alegaciones, resultarían competentes los tribunales paraguayos por localizarse allí su domicilio.

Esa pretensión de que el tribunal argentino se declarara incompetente fue resistida por la parte actora con fundamento en que, tratándose de un contrato de compraventa internacional de mercaderías, devenía aplicable el PJI, en especial el art. 8 apartados a) y c) de dicho instrumento.

IV. La decisión judicial

1. Primera Instancia

El 31/3/2016 el juzgado de primera instancia interviniente, rechazó la excepción de incompetencia opuesta. Para resolver, recordó que, conforme lo había indicado el Agente Fiscal, “un contrato es internacional cuando su cumplimiento, su celebración o el domicilio de las partes o de una de ellas en el momento de su celebración se halla en el extranjero”, lo cual le permitió concluir que se trataba de un contrato de tales características. El juez de primera instancia destacó que le asistía razón a la actora en cuanto a que el caso se hallaba alcanzado por el ámbito de aplicación del PJI, aunque hace una interpretación del mismo que merece nuestras observaciones y a la que nos referimos más adelante.

Frente a la decisión adversa a su pretensión, el demandado apeló la decisión, dando lugar a la intervención de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal (CNCom).

2. La sentencia de Segunda Instancia

El 28/10/2016 la Sala C de la CNCom rechazó el recurso de apelación deducido por la demandada, confirmando en consecuencia lo resuelto en primera instancia.

Destacó el tribunal de segunda instancia una regla procesal básica prevista por el art. 5 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en virtud de la cual la competencia de los tribunales argentinos se determina a partir de la naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda y no por las defensas opuestas por el demandado como también lo dispuesto por el art. 2601 del CCyCN. En virtud de ello consideró que, existiendo un tratado internacional aplicable al caso, el PJI, habida cuenta de tratarse de un contrato internacional entre personas jurídicas con domicilio o sede social en dos Estados parte del Tratado de Asunción (Argentina y Paraguay), corresponde su aplicación con carácter prioritario.

Se remitió entonces a lo dispuesto por el art. 7 y al referirse a lo dispuesto por el art. 8 del PJI y señaló que “en tanto la obligación cuyo cumplimiento se reclama consiste en el pago de las mercaderías que,

según lo manifiestan ambas partes, se concretaría mediante transferencia a la cuenta bancaria de la actora en este país, se verifica en el caso el supuesto previsto en el inc. a) del art. 7 citado y, por ende, la demanda fue debidamente entablada en esta jurisdicción”.

A mayor abundamiento, sostuvo que, incluso por aplicación del inc. c) de esta norma, cuyo presupuesto no se había controvertido, también se llegaría al mismo resultado en el sentido de que la acción había sido deducida ante un juez competente.

V. Análisis del caso

Si bien compartimos el resultado final al que se arriba tanto en primera como en segunda instancia, nos podemos dejar de destacar que el caso bajo análisis coloca en el centro de la escena a dos criterios atributivos de jurisdicción por cierto problemáticos recogidos por el PJI, a los que nos referiremos a continuación: el lugar de cumplimiento y el domicilio del actor.

1. Lugar de cumplimiento

En lo relativo al giro normativo “lugar de cumplimiento” empleada por el art. 7 literal a) del PJI, el instrumento introduce una calificación innovadora respecto de los restantes instrumentos vigentes aunque conocida en el derecho comparado e incluso en la jurisprudencia de algunos Estados de la región. Así, al tratar de precisar su alcance, establece que por tal ha de entenderse el Estado Parte donde haya sido o deba ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda (conf. art. 8 numeral 1).

No se trata de una calificación exenta de problemas interpretativos de lo que da cuenta en forma suficiente la evolución de la jurisprudencia europea a raíz de lo dispuesto por el art. a 5.1.) del Convenio relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia Civil y Mercantil de Bruselas 1968 (CB).³⁵

³⁵ El CB establecía como norma especial en materia contractual la competencia del juez del lugar donde hubiera sido o debiera ser cumplida la obligación. Esto llevó al TJCE el 6/10/76 a resolver, en “A. de Bloos S.P.R.L. c. Société en Commandite par Actions Bouyer” (C 14/76) que la palabra “obligación” contenida en el art. 5.1) del citado Convenio se refería a la obligación contractual que servía de base a la demanda (TJCE 6/10/76 C 14/76). Posteriormente, el TJCE sostuvo en el caso “Ivenel c. Schwab” que, tratándose de una demanda basada

El Reglamento 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento 44/01), en su art. 5,³⁶ al referirse a las competencias especiales, reiteró que, en materia contractual, las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda. Sin embargo, aunque en forma parcial, permite superar algunas de las dificultades al precisar sus alcances en relación a los contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios.³⁷

Más allá de cierto matiz de redacción, el Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento 1215/2012) reitera el criterio.

Volviendo al PJI, cabe destacar que parece querer hacerse cargo de algunos de los problemas planteados en el ámbito europeo podría no sólo no resolverlo. Y es que el PJI introduce una calificación de “lugar de cumplimiento” que, en una primera aproximación, parece independizar sus alcances a los efectos jurisdiccionales de los que normalmente se le asignan a la hora de determinar el derecho aplicable, pero adolece, a nuestro

en distintas obligaciones resultantes de un contrato de representación que vinculase al trabajador dependiente con una empresa, debía estarse a la obligación característica del contrato, es decir, la obligación de realizar el trabajo (TJCE 26/5/82 C 133/81). Si bien esta interpretación se refería a un contrato calificado por el tribunal nacional como un contrato de trabajo, lo cierto es que no dejó de suscitar algunas dudas, como lo evidencia la petición de decisión prejudicial efectuada por el *Landgericht de Kaiserslautern* al TJCE, en el caso “H. Shenavai c. K. Kreisler” (TJCE 15/1/87 C 266/85), en el cual no se hallaba claro para el tribunal nacional si en el caso planteado debía tenerse en cuenta el criterio sostenido por el TJCE en “De Bloos” o si bien la situación guardaba analogía con “Ivenel”, resolviéndose que la obligación que debía tenerse en cuenta era la obligación contractual que sirve concretamente de base a la acción judicial. Otras situaciones conflictivas se originaron como consecuencia de la necesidad de determinar el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve a la demanda y la posibilidad de existencia de una pluralidad de obligaciones que sirvieran de base a una misma demanda con lugares de cumplimiento situados en diferentes Estados. Véanse asimismo las sentencias del TJUE en “Car Trim” (C 381/98 del 2/2/2010) “Electrosteel” (C.87/10 del 9/6/11). Tampoco da respuesta satisfactoria a los casos en los que aun tratándose de una controversia contractual lo que se reclamara no fuera propiamente la ejecución de una obligación (ej. una acción declarativa).

36 El art. 5 ha sido calificado como “muy complicado, inextricable y misterioso” (HEUZÉ), de “mediocre redacción” (MOURRE) (cit. por CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Granada, 2008, p. 458).

37 En el primer caso, el lugar a tener en cuenta será el lugar del Estado miembro en el que según el contrato, las mercaderías hubieren sido o debido ser entregadas, y en el segundo caso, el lugar donde hubieren sido prestados o debieren ser prestados los servicios (conf. art. 5. 1). Por supuesto que esto abre otras complicaciones tales como qué ha de entenderse como “entrega de mercaderías” o qué ocurre cuando existen diferentes lugares de entrega (véanse las propuestas interpretativas y casos reseñados por CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, cit., pp. 460 y ss.).

modo de ver, de un defecto de redacción que, según la interpretación que se efectúe podría vaciar de contenido a la regla.

Nos referimos a lo dispuesto en el numeral 2 del art. 8 del PJI por cuanto, en lugar de comenzar estableciendo que “Cuando el lugar de cumplimiento de la obligación reclamada no estuviere determinado ni resultare determinable...”, por ejemplo, derechamente establece que “El cumplimiento de la obligación reclamada será”... Y a continuación efectúa una categorización de los contratos posibles bastante compleja que, indudablemente, toma como modelo la efectuada el sistema montevideano.³⁸

Aunque la redacción no es del todo precisa, se considera que el lugar de cumplimiento de la obligación reclamada será:

- a. si se trata de un contrato sobre cosas ciertas o individualizadas, el lugar donde éstas existían al tiempo de su celebración;
- b. si se trata de un contrato sobre cosas determinadas por su género o sobre cosas fungibles, el domicilio del deudor al tiempo en que fue celebrado el contrato;
- c. si se trata de un contrato sobre prestación de servicios cabe distinguir:
 - c.1) Si éste recae sobre cosas, el lugar donde éstas existían al tiempo de la celebración;
 - c.2) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, aquel donde hayan de producirse sus efectos;
 - c.3) En cualquier otro caso, el domicilio del deudor al tiempo de celebración del contrato.

Esto genera dudas respecto de si estas soluciones resultarían aplicables sólo en caso de indeterminación del lugar de cumplimiento de la obligación reclamada. Según Uriondo de Martinoli estas calificaciones funcionarían como presunciones que sólo adquirirían relevancia en tal

38 Así fue reconocido por PERUGINI, al destacar que “La incorporación de las definiciones de estos Tratados que han tenido mucha aplicación en la región contribuirá a despejar el panorama cuando hubiere dudas sobre el alcance de algún término” (PERUGINI, Alicia. “Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual”, *J.A.*, Número especial –MERCOSUR, agosto 1997).

caso³⁹ y en la misma línea se pronuncia Noodt Taquela.⁴⁰

El PJI es en este punto confuso y esto se advierte en las sentencias correspondientes al caso bajo análisis, ya que si bien ambas coincidieron en cuanto a que los tribunales argentinos eran competentes en virtud del criterio atributivo “lugar de cumplimiento”, tuvieron en cuenta distintas obligaciones a los fines de la localización del mismo.

En efecto, en la sentencia de primera instancia, luego de afirmar que resultaba procedente la aplicación del PJI, se sostuvo que “dicho tratado le otorga al actor la opción de elegir la jurisdicción, siendo uno de sus supuestos la del lugar donde se cumplió la prestación más característica, la cual –en el caso de autos- fuera realizada en nuestro país. Es que en la compraventa internacional, siendo un contrato sinalagmático donde hay prestaciones a cumplirse por ambas partes, la prestación característica que localiza el contrato en un sistema jurídico es la entrega de la cosa que se transfiere en propiedad, esto es la prestación no dineraria: la del vendedor”. En la sentencia pronunciada en primera instancia subyace la calificación de “lugar de cumplimiento” a los fines jurisdiccionales como “lugar de cumplimiento del contrato” y de éste como “lugar de cumplimiento de la obligación característica”, ya que tuvo especialmente en consideración que las compraventas habían sido concertadas FCA siendo lugar de entrega en la República Argentina⁴¹. No surge claramente de la sentencia si se tuvo o no en cuenta el art. 8 del PJI o si directamente calificó “lugar de cumplimiento” con arreglo al criterio emergente de la teoría de la prestación característica (parecería más bien esto último).

En cambio, en la sentencia de segunda instancia, puede advertirse más bien una interpretación en el sentido propuesto por Uriondo de

39 URIONDO DE MARTINOLI, Amalia. “Competencia judicial internacional en el MERCOSUR, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 14, mayo de 1997, pp. 427/428). En la misma línea, se pronuncia NOODT TAQUELA, destacando que, a pesar de que el PJI no haga esta salvedad, debe acudirse a dichas calificaciones cuando las partes no han designado dicho lugar (NOODT TAQUELA, María Blanca. “Contratos comerciales internacionales: cuestiones que plantean”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 2017-III, diciembre de 2017, p. 417).

40 Empero, se ha destacado la inconveniencia de estas calificaciones que se refieren a la determinación del lugar de cumplimiento del contrato a los fines de la determinación del derecho aplicable –apuntan a la prestación característica- y no están pensadas para determinar la jurisdicción internacional” (NOODT TAQUELA, “Contratos comerciales internacionales: cuestiones que plantean”, cit., p 418).

41 Más allá del acierto o no respecto de la línea de razonamiento, el juzgado de primera instancia no tuvo en cuenta que el lugar de entrega de las mercaderías en realidad –al menos en varios de los casos- no estaba en la Capital Federal sino en la Provincia de Buenos Aires, lo cual, aunque no habría incidido respecto de la determinación de la jurisdicción internacional argentina sí podría haber influido, insisto si siguiera la línea argumental del tribunal, en la determinación de la competencia territorial interna, al menos la fundada en el “lugar de cumplimiento”.

Martinoli y Noodt Taquela ya que directamente se consideró que el lugar de cumplimiento a los fines de la determinación de la jurisdicción internacional era el lugar de cumplimiento de obligación reclamada –pago- respecto del cual las partes se hallaban de acuerdo en que era Buenos Aires. El tribunal de segunda instancia no tuvo en consideración las categorizaciones del art. 8.2) del PJI.

2. Domicilio o sede social del actor

Se trata de un criterio novedoso para la región que permite la apertura de la jurisdicción de los tribunales correspondientes al domicilio o sede social del actor cuando este demostrare que cumplió con su prestación. Se ha destacado que para que ello resulte posible, el actor debería demostrar en forma palmaria que cumplió con su obligación (art. 7 inc. c) quedando a criterio del juez la valoración de las razones del cumplimiento.⁴²

El criterio previsto por el art. 7 literal c) es naturalmente complicado del PJI. La doctrina ha destacado los inconvenientes que podrían derivarse cuando el cumplimiento de las obligaciones se hallare controvertido o incluso requiriera un análisis del fondo del asunto, incluso cierto riesgo de prejuzgamiento,⁴³ habiéndose hecho hincapié en las inconsistencias de la citada norma.⁴⁴

No obstante, es interesante como antecedente la sentencia pronunciada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to turno uruguayo, el 18/3/2015,⁴⁵ en la cual se sostuvo que “la comprobación del cumplimiento de la prestación por parte del actor y su examen judicial no han de llevarse a cabo de modo definitivo ni implicando resolución sobre el fondo del objeto litigioso, sino que han de llevarse a cabo de modo provisorio, prima facie, al solo efecto de verificar si se configura competencia internacional al abrigo de la norma citada”.⁴⁶ El tribunal

42 PERUGINI, cit., p. 62.

43 TELLECHEA, cit., p. 82. VÉSCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional. Uruguay, el MERCOSUR y América*, Idea, Montevideo, 2000, p. 47, FRESNEDE DE AGUIRRE, cit., p. 175.

44 ALMEIDA IDIARTE, Rodrigo. “Inconsistencias prácticas derivadas del literal C, art. 7 del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual”, *Revista de Derecho* N° 16, noviembre de 2017, pp28/29, disponible en <https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1468on line>.

45 Sentencia N° 100/2015.

46 Analizado por ALMEIDA IDIARTE, cit., p. 23 .

efectuó una analogía con la apreciación y la provisoriedad que esta tiene cuando se debe efectuar cuando se trata de dar curso a una medida cautelar

En el caso en análisis no trajo dificultades porque la jurisdicción parece más bien afirmada en el art. 7 a) y no tanto en el c) del PJI y porque, como lo destaca la Sala C de la CNCom, el presupuesto de aplicación de dicha norma, no se hallaba controvertido.

3. Lugar de celebración

El art. 11 del PJI recepta también este criterio atributivo aunque limitado a los casos en los que el demandado fuere una persona jurídica con sede en un Estado parte que celebrare contratos en otro Estado Parte ya que prevé expresamente que, en tal caso, podrá ser demandada ante los tribunales de dicho Estado.

Se ha señalado que no resulta aplicable cuando la persona jurídica hubiese actuado a través de un representante independiente.⁴⁷

El fundamento de esta norma sería según Perugini “que no se quiere obligar al empresario al que se interesó en la realización de la operación en su propio domicilio, a plantear el litigio en el Estado de la sede social del empresario promotor y que eventualmente incumplió”.⁴⁸

No obstante, se destaca que la norma ha sido criticada por considerar que vendría a romper la coherencia del PJI, erigiéndose asimismo en una restricción indebida a la libre circulación, anexando una “nueva calle de jurisdicción que ni siquiera tiene condiciones especiales para su ejercicio”.⁴⁹

En el fondo, reposa sobre la idea del *doing business* como criterio atributivo de jurisdicción aunque despojado de su carácter de exorbitante ya que la persona jurídica sólo podría ser demandada por los negocios que allí realice.

47 NOODT TAQUELA, “Contratos comerciales internacionales: cuestiones que plantean”, cit., p. 472.

48 PERUGINI, “Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual”, cit., p. 62.

49 GALANTE, Diego. “Comentarios sobre la jurisdicción del Mercado Común del Sur-Protocolo sobre Jurisdicción internacional en materia contractual, Buenos Aires, 1994”, *RDCO*, año 29, 1996, p. 564.

VI. Conclusiones

El PJI es un instrumento valiosísimo para la determinación de la jurisdicción en materia contractual en nuestra región. Constituye un notable avance en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el plano jurisdiccional y resuelve una gran parte de los problemas que la cuestión suscitaba. No obstante, las reglas en materia de jurisdicción subsidiaria resultan problemáticas, en especial en el funcionamiento concreto de los arts. 7° y 8° del PJI como consecuencia de un defecto técnico, sólo superable en tanto se considere que se trata de simples presunciones llamadas a intervenir en defecto de determinación, expresa o implícita, del lugar de cumplimiento de la obligación reclamada, tal como parece subyacer en la decisión del tribunal de segunda instancia, aun cuando no haya sido objeto de especial consideración. Aunque podría alegarse que esta interpretación no encuentra suficiente fundamento en las disposiciones del PJI salvo que a partir de la misma se trate de impedir la neutralización de la norma de competencia especial, privando de todo efecto localizador a los fines jurisdiccionales al real lugar de cumplimiento de la obligación reclamada. Y es, que la fórmula empleada, consagratoria de la competencia de los jueces del lugar de cumplimiento de la obligación reclamada en la demanda, podría aparecer como engañosa si se interpretara literalmente el PJI porque, en definitiva, se terminaría por atribuir competencia a los jueces del Estado cuyo derecho rige el contrato de que se trate –al menos respecto de los casos vinculados a los Estados Parte del TMDCivI 1940–, ello claro está, sin perjuicio de las restantes conexiones jurisdiccionales.

Esta pretensión de articulación con soluciones ya existentes en el ámbito regional, provocaría una desarmonía dentro del propio instrumento susceptible de desvirtuar el principio subyacente en la regla general establecida como norma de competencia especial.

No es claro, a nuestro modo de ver, qué es lo que se pretendió con estas categorizaciones. Por un lado, si sólo se trata de establecer presunciones o, más bien lo que se pretendía era evitar dejar librado a los jueces nacionales o a las partes la determinación del lugar de cumplimiento a los fines jurisdiccionales. Si la intención hubiese sido la primera debería habérselo indicado claramente. Y, en cualquiera de los casos, y sin que esto importe compartir la idea de que eso fuese lo más apropiado, tal vez hubiera sido mejor efectuar una categorización de las obligaciones y no de los contratos. Y es que, volviendo a Savigny, la “legitimidad de

sus consecuencias depende de la manera de determinar el lugar de dicho cumplimiento”.⁵⁰

En cuanto al otro criterio atributivo de jurisdicción que señalamos como problemático, parece el necesario precio a pagar para tratar de amalgamar la solución del instrumento en cuestión con algunos criterios nacionales generosos a la hora de la apertura de la jurisdicción internacional en materia contractual.⁵¹

50 VON SAVIGNY, . cit., p. 247.

51 En una sentencia argentina en la que se encontraba en juego la aplicación de las disposiciones del Código Civil y que antecedió al conocido caso “Exportadora Buenos Aires c/ Holiday Inn’s”, se destacó que “en el presente se acciona por cobro del precio, es decir, por falta de cumplimiento de la prestación a cargo de la compradora demandada. En cambio, la vendedora ha cumplido con su obligación de entregar la mercadería FOB Buenos Aires. La demandada arguye que debe litigarse ante los jueces del país donde debe cumplirse la obligación reclamada. Sin embargo, esta jurisdicción no es excluyente sino que concurre con la jurisdicción del juez de otro lugar de ejecución del contrato y con la del juez del domicilio del deudor (arts. 1215 y 1216, Código Civil). Se trata de foros concurrentes y no se advierte fundamento para privar a la actora de la jurisdicción -concurrente- del país donde debió cumplir (y cumplió) la prestación a su cargo, “castigando” con este criterio al contratante cumplidor (siempre en los términos provisorios de esta etapa procesal y al solo efecto de dilucidar la competencia” (CNCom., sala E, 10/10/85, “Antonio Espósito e hijos S.R.L. c. Jockeyviel de Vieu”, disponible en www.diprargentino.com).

¿SIGUE TENIENDO RELEVANCIA LA SEDE DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL?

Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo
Federal - Sala IV - “YPF S.A. c. AES Uruguaiana
Emprendimientos S.A. y otros s. recurso de queja”, 7/10/14

*María Blanca Noodt Taquela**

Sumario: I. Breve aproximación al tema; II. Los hechos del caso; III. La decisión judicial; IV. Análisis del caso: 1. Temas que se abordarán, 2. Concepción territorialista. Importancia de la sede del arbitraje, 3. Concepción universalista. Deslocalización del arbitraje, 4. Fundamentos de la sentencia YPF, 5. Fundamentos para deslocalizar el arbitraje del país de la sede, 6. Cuestiones de derecho transitorio en la aplicación de los Acuerdos de arbitraje del MERCOSUR; V. Conclusiones.

I. Breve aproximación al tema

El fallo aborda la posibilidad de pactar una jurisdicción internacional distinta a la de la sede del arbitraje, para entender en la acción de nulidad del laudo arbitral. El planteo se realiza en el marco del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, adoptado en Buenos Aires, el 23 de julio de 1998, vigente en los cuatro países originarios del MERCOSUR.¹

* Profesora de Derecho Internacional Privado y de Arbitraje Comercial de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de la Academia de La Haya de Derecho Internacional en el curso de 2012.

1 El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, adoptado en Buenos Aires, el 23 de julio de 1998, (CMC.Dec. N° 3/98), fue aprobado por Argentina por ley 25.223 y ratificado el 30 de marzo de 2000. Brasil, por su parte, lo ratificó el 9 de septiembre de 2002 y lo había aprobado por decreto legislativo 265 del 29 de diciembre de 2000 y luego ratificado por decreto 4.719 del 4 de mayo de 2003. Paraguay lo aprobó por ley 3303 del 11 de septiembre de 2007 y lo ratificó el 26 de diciembre de 2007 y Uruguay lo aprobó por Ley N°17.834 del 23 de septiembre de 2004 y lo ratificó el 3 de diciembre de 2004. Por lo tanto y de acuerdo a

Se plantea en el caso si la norma del artículo 22.1 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, que dispone: El laudo o sentencia arbitral sólo podrá impugnarse ante la autoridad judicial del Estado sede del tribunal arbitral mediante una petición de nulidad, tiene carácter supletorio o imperativo, es decir si las partes pueden pactar algo diferente a lo dispuesto en la norma, en relación a la nulidad del laudo.

Dado que los acuerdos entre las empresas que dieron lugar a la controversia y que contienen las cláusulas arbitrales fueron firmados en 1998, y los procedimientos arbitrales se iniciaron en 2008 y 2009, la sentencia considera también el problema de derecho transitorio, es decir la pertinencia de aplicar en el caso el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, que había entrado en vigencia al momento de la iniciación del arbitraje, pero no en la oportunidad en que se firmaron las cláusulas arbitrales.

En un voto minoritario se resolvió pedir una opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, en relación a la interpretación del artículo 22.1 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR. Dejamos de lado en este comentario el análisis de la procedencia y pertinencia del pedido de opinión consultiva, para centrarnos en la cuestión de la jurisdicción internacional para entender en la nulidad del laudo arbitral.

II. Los hechos del caso

La controversia planteada tiene su origen en un convenio celebrado el 28 de septiembre de 1998 entre Yacimientos Petrolíferos Fiscales de Argentina (YPF) y Petróleo Brasileiro S.A de Brasil (PETROBRAS), para la provisión por parte de YPF de gas natural proveniente de la denominada “Cuenca Neuquina”. Se firman también dos acuerdos el 30 de septiembre de 1998 por parte de YPF para el “transporte firme” de gas natural, uno con TGN S.A., para el tramo comprendido desde la “Cuenca Neuquina” hasta Aldea Brasileira, Provincia de Entre Ríos y otro con TGM S.A., desde este último punto hasta el lugar de entrega acordado, ubicado en el puente internacional que une a las ciudades de Paso de los Libres, provincia de Corrientes, y Uruguaiana, Brasil.

lo dispuesto por el artículo 26, el Acuerdo entró en vigencia entre Argentina y Brasil el 9 de octubre de 2002.

El gas natural exportado por YPF era destinado por PETROBRAS a la distribuidora Companhia de Gás do Estado do Rio Grande do Sul (SULGAS) quien, a su vez, se lo suministraba a AES Uruguiana Empreendimentos Ltda. (AESU) en tanto adjudicataria de la licitación pública internacional N° 8187/96, convocada por la Companhia Estadual de Distribuicao de Energia Eletrica do Estado do Rio Grande do Sul (CEEE) para la construcción de una usina termoeléctrica alimentada con gas natural en la ciudad brasileña de Uruguiana, con miras a la producción y adquisición de la energía que ella generase.

El contrato celebrado entre YPF y PETROBRAS contenía la siguiente cláusula arbitral, que incluía también el pacto sobre derecho aplicable y que fue transcrita íntegramente en la sentencia:

“ARTICULO 20 – LEY APLICABLE Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

20.1) LEY APLICABLE:

El presente CONTRATO se regirá y será interpretado de conformidad con la legislación de la República Argentina.

20.2) ARBITRAJE: a) Todas las controversias entre las PARTES o entre dos o más PARTICIPANTES o entre una o ambas PARTES y uno o más PARTICIPANTES derivadas de la interpretación y/o ejecución de este CONTRATO, salvo aquéllas que deban ser sometidas a un PERITO conforme al CONTRATO o que las PARTES y PARTICIPANTES involucrados acuerden someter a un PERITO, serán resueltas en forma definitiva de acuerdo con las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por tres (3) árbitros nombrados conforme a dichas Reglas. Las PARTES y los PARTICIPANTES expresamente renuncian a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiera corresponder para la solución de cualquier controversia entre ellas.

b) El lugar del arbitraje será Montevideo —República Oriental del Uruguay— o cualquier otro lugar que las PARTES y los PARTICIPANTES involucrados acuerden.

El idioma del arbitraje será el castellano.

c) El laudo arbitral deberá ser emitido por escrito y será definitivo, vinculante para las PARTES y los PARTICIPANTES involucrados, e irrecurrible, salvo los recursos de aclaratoria y/o nulidad previstos en el Artículo 760 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la República Argentina (Apelaciones Especiales).

El laudo arbitral deberá decidir sobre la forma de soportar los costos del arbitraje, incluyendo gastos y razonables honorarios profesionales.

La ejecución de cualquier laudo que no fuera cumplido, podrá demandarse ante cualquier tribunal que tenga jurisdicción sobre la/s PARTE/S y/o los PARTICIPANTE/S (sic) que conforme al laudo deba/n efectuar pagos o ejecutar acciones o que tenga jurisdicción sobre los activos de tal/es PARTES y/o PARTICIPANTESR (sic); disponiéndose, sin embargo, que cualquier Apelación Especial deberá ser presentada exclusivamente ante los tribunales y de conformidad con las leyes de la República Argentina. La ejecución del laudo arbitral se suspenderá hasta que: Haya transcurrido el plazo de presentación de dichas Apelaciones Especiales, sin que se haya producido tal presentación, o se haya dictado una orden judicial definitiva e inapelable en relación a tales Apelaciones Especiales”

De modo semejante, en los contratos de transporte se estableció en sendos ARTÍCULOS X una cláusula equivalente.

Durante la ejecución del convenio se produjeron desavenencias entre las partes, fundamentalmente por la crisis económica padecida por Argentina en el año 2002, la situación del mercado energético, el comportamiento de sus agentes y ciertas decisiones gubernamentales. A pesar de las negociaciones que se llevaron a cabo y de las modificaciones contractuales que se instrumentaron, no pudieron superarse las diferencias, lo que motivó que las partes consideraran resueltos los contratos que las vinculaban e iniciaran procedimientos arbitrales ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Así TGM S.A. presentó el 29 de diciembre de 2008 ante la CCI una demanda arbitral contra YPF S.A.; el 26 de marzo de 2009 AESU procedió de idéntico modo; y el 6 de abril de 2009 YPF S.A.

promovió arbitraje contra AESU, SULGAS y TGM. Por acuerdo de las partes se unificaron los planteos, produciéndose la “consolidación” de los tres procedimientos en uno solo. También se resolvió “bifurcar” el procedimiento: en la primera etapa se determinaría la existencia de incumplimientos y la responsabilidad de alguna o algunas de las partes y la segunda se concentraría en la cuantificación de los daños y perjuicios a cargo de la parte responsable por el incumplimiento.

Así fue como el 8 de mayo de 2013 el Tribunal Arbitral dictó el laudo parcial sobre responsabilidad que, por mayoría, declaró a YPF responsable ante AESU, SULGAS y TGM por los daños que la resolución contractual hubiera ocasionado o pudiera ocasionar en el futuro a AESU, SULGAS y TGM.

En virtud de lo resuelto por el laudo parcial, YPF interpuso el 31 de mayo de 2013 un recurso de nulidad ante el Tribunal Arbitral, en los términos del art. 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina y el 3 de junio de 2013 dedujo otro similar, ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. La Fiscalía General de la Cámara Comercial dictaminó sosteniendo que la justicia argentina era internacionalmente competente para entender en los autos y que era procedente el recurso de nulidad interpuesto.

La Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial declaró el 23 de octubre de 2013 su incompetencia para entender en la queja deducida ante ella y remitió los autos al fuero Contencioso-Administrativo Federal, quien por medio de su sala IV, dictó el 7 de octubre de 2014 el pronunciamiento que comentamos.

Las empresas triunfadoras en el proceso arbitral, por su parte plantearon ante la Justicia uruguaya que se declarara con jurisdicción exclusiva para entender en la anulación del laudo, lo que fue resuelto favorablemente y solicitaron una orden para que continuaran los procedimientos arbitrales. Mientras AESU y SULGAS iniciaron en 2016 el reconocimiento del laudo ante los tribunales de Nueva York, la sentencia dictada por los tribunales argentinos en 2014 fue recurrida ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien no llegó a pronunciarse sobre la cuestión porque finalmente las partes llegaron a un acuerdo.

III. La decisión judicial

La Sala IV de la Cámara Contencioso-Administrativo Federal de la República Argentina reconoció jurisdicción internacional a los tribunales argentinos para entender en el recurso de nulidad planteado contra el laudo arbitral emitido en Montevideo, en base a lo acordado en las cláusulas 20.2 y 10.2 de los Contratos de Gas y de Transporte, respectivamente, que estipularon la intervención de los tribunales argentinos. Es decir, declaró la jurisdicción internacional del Tribunal para evaluar la procedencia del recurso de nulidad planteado por YPF S.A y rechazó la nulidad de las mencionadas cláusulas.²

Entendió que no era aplicable el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, cuyo artículo 22.1 establece la jurisdicción internacional de los jueces del Estado de la sede del arbitraje para entender en el recurso de nulidad del laudo, porque no había entrado en vigencia al momento en se suscribieron las cláusulas compromisorias.

Además, el Tribunal ordenó como medida cautelar, la suspensión del calendario procesal para la segunda etapa del arbitraje, previa caución real y hasta tanto la Sala se pronunciará en forma definitiva sobre la procedencia de la nulidad planteada.

El Juez Rogelio W. Vincenti, en voto en minoría, entendió que se justificaba requerir una opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur sobre el alcance que corresponde asignar al art. 22, parágrafo 1º, del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, en forma previa a emitir un pronunciamiento sobre la jurisdicción argentina para entender en el caso. La consulta versaría sobre dos puntos: 1) si el art. 22, parágrafo 1º, del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR rige de modo supletorio o imperativo y 2) si dicha disposición debe aplicarse en forma retroactiva a contratos celebrados con anterioridad a su fecha de entrada en vigor.

2 UZAL, María Elsa. *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2016, pp. 406-412.

IV. Análisis del caso

1. Temas que se abordarán

El comentario que realizamos analiza solamente la posibilidad de pactar una jurisdicción internacional distinta a la de la sede del arbitraje, para entender en la acción de nulidad del laudo arbitral. Dejamos de lado el tema de la recusación de dos de los jueces de cámara, así como la discusión sobre la competencia interna en razón de la materia y de la persona – si correspondía entender a la Justicia Nacional en lo Comercial o a la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal, por ser temas de derecho interno argentino, que no tienen incidencia en las cuestiones de Derecho internacional privado que se debatieron en el caso.

Tampoco hemos de abordar la pertinencia y conveniencia de someter la cuestión al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, a través de un pedido de opinión consultiva, como propuso el voto minoritario del Juez Rogelio W. Vincenti, para centrarnos en el tema resuelto por la mayoría del tribunal judicial.

2. Concepción territorialista. Importancia de la sede del arbitraje

Tradicionalmente, la sede del arbitraje ha tenido una gran importancia no solo práctica – por tema de costos y tiempos, entre otras circunstancias – sino también jurídica. La Convención de Nueva York lo muestra claramente al someter a la ley del lugar donde el laudo fue dictado la validez del acuerdo arbitral (salvo cuando las partes han elegido otra ley) (art. V. 1.a), con la misma salvedad, el procedimiento arbitral (art. V. 1. d), la obligatoriedad del laudo, así como su anulación o suspensión (art. V.1.e).³ Incluso el ámbito de aplicación de la Convención, para calificar a un laudo como extranjero, se determina en razón del lugar donde éste se dictó, en relación con el Estado en el cuál se pide el reconocimiento o la ejecución del laudo. (art. I. 1). Todos los instrumentos posteriores, como la Convención de Panamá de 1975, la Ley Modelo de UNCITRAL,

³ Sobre la Convención de Nueva York de 1958 ver: GRIGERA NAÓN, Horacio A. “Ratificación por la Argentina de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros”, *Revista La Ley*, Buenos Aires, 1989-C, pp. 881-894; ARGERICH, Guillermo. “La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Una red de cooperación jurídica internacional?” *Revista La Ley*, Buenos Aires, 30 de noviembre de 2019, pp. 1-3, tomo 2018-F.

o los mismos Acuerdos de arbitraje del MERCOSUR, siguen la misma tendencia.

Los reglamentos de arbitraje, por su parte, recurrían a las normas procesales de la sede del arbitraje para regir subsidiariamente las cuestiones de procedimiento, criterio que fue dejado de lado por la Cámara de Comercio internacional hace años y es el tribunal arbitral quien, previa consulta a las partes, podrá adoptar las medidas procesales que considere apropiadas (art. 22.2 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional)

La Ley argentina N° 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional atribuye jurisdicción internacional a los jueces de la sede del arbitraje para entender en la acción de nulidad del laudo (arts. 99 y 13).

La fuerza de la teoría de la sede consiste en que proporciona un marco legal prestablecido al arbitraje comercial internacional, de modo que éste queda anclado firmemente en un sistema legal determinado. De esta forma la *lex arbitri* ayuda a asegurar que el proceso arbitral funcione como es debido, como lo reconoce la Ley Modelo de UNCITRAL, que atribuye funciones a los tribunales del lugar del arbitraje en la designación de los árbitros y en la anulación del laudo.⁴

Por eso siempre deberán tenerse en cuenta las normas imperativas de la sede del arbitraje, que pudieran invalidar el laudo, así como analizar si en ese país es conveniente establecer la sede del arbitraje, ya que no todos los países son apropiados como *situs*; deberá elegirse un país que sea favorable al arbitraje.⁵

Redfern & Hunter sostienen que los únicos tribunales judiciales con competencia para suspender o anular una sentencia arbitral son los del país “en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”, en base a la expresión utilizada por el artículo V. 1. e) de la Convención de Nueva York de 1958.

Así lo resolvió en 1990 la justicia de Estados Unidos de América en el conocido caso International Standard Electric Corp (US) v Bridas

4 REDFERN, A., Hunter, M., Blackaby, N and Partasides. C. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2004, parag. 2-29.

5 REDFERN, Op. cit, en nota 6, paragr. 2-29.

Sociedad Anonima Petrolera (Argentina),⁶ al rechazar entender en el planteo de nulidad de un laudo dictado en México, por considerar que los únicos tribunales con jurisdicción para entender en la nulidad del laudo eran los mexicanos.⁷

3. Concepción universalista. Deslocalización del arbitraje

La llamada teoría de la deslocalización consiste en desconectar el arbitraje comercial internacional del contralor de la ley del lugar donde éste se lleva a cabo, es decir de la ley de la sede. La idea es que en vez de que exista un doble contralor, primero por la *lex arbitri* y luego por los tribunales del lugar de ejecución del laudo, que haya un solo punto de contralor, el del lugar de ejecución del laudo.⁸

La deslocalización de los arbitrajes es posible solamente si la ley de la sede - la *lex arbitri* - lo permite. Así, un país que optó por un grado importante de deslocalización fue Bélgica, quien a través de la ley del 27 de marzo de 1985, agregó un párrafo al artículo 1717 de su Código Judicial. Esa norma prohibía a la parte perdedora plantear la nulidad del laudo ante los tribunales belgas, cuando el arbitraje internacional se había llevado a cabo en Bélgica, a menos que por lo menos una de las partes tuviera su establecimiento comercial u otro contacto con ese país.⁹

En esta orientación, la Corte de Apelaciones de París, sostuvo en una decisión del 17 de junio de 2004, en un *obiter dictum*, que las partes “tenían la posibilidad de presentar recurso de anulación por la vía de una cláusula atributiva de jurisdicción ante otro juez diferente al juez del asiento del tribunal arbitral”. Como fundamento de tal afirmación, el tribunal sostuvo que esa posibilidad se justificaba por la “deslocalización del laudo arbitral”, rasgo típico del derecho francés del arbitraje internacional.

Christophe Seraglini y Jérôme Ortscheidt afirman, con relación a la cuestión, que el árbitro internacional no tiene “foro” y el laudo arbitral, que no está vinculado necesariamente a ningún orden jurídico estatal, es

6 US District Court for the Southern District of New York, August 24, 1990, *International Standard Electric Corp (US) v Bidas Sociedad Anonima Petrolera (Argentina)*, 745 F. Supp. 172; 1990, U.S. Dist. LEXIS 11239, *VII Yearbook Commercial Arbitration*, p. 639.

7 REDFERN, *op.cit.*, en nota 6, parag. 10-49.

8 REDFERN, *op.cit.*, en nota 6, parag. 2-26.

9 REDFERN, *op.cit.*, en nota 6, parag. 2-28.

una decisión de justicia internacional. Por tanto, la jurisdicción del juez estatal de la sede del tribunal arbitral no tiene una vocación superior a otra para conocer de un recurso de anulación contra una sentencia arbitral. Esta sentencia es claramente compatible con el nuevo derecho francés del arbitraje surgido de los textos aprobados en la reforma de 2011 y abre la vía, para las partes, para atribuir competencia a un juez diferente al juez francés para conocer de un recurso de anulación contra el laudo dictado por un tribunal con sede en Francia.¹⁰

Esta teoría de la representación o concepción transnacional que postula la existencia de un ordenamiento jurídico arbitral, sostiene que la fuente de la juridicidad del laudo se encuentra en el ordenamiento jurídico arbitral transnacional y no en el de un Estado tomado aisladamente.

4. Fundamentos de la sentencia YPF

La sentencia resuelve sobre la nulidad del laudo dictado en un arbitraje con sede en Montevideo, cuando en la cláusula compromisoria se pactó que los recursos a interponerse contra el laudo definitivo se harían con sustento en el art. 760 CPCCN, de acuerdo con la legislación argentina y por tribunales argentinos.¹¹

A fin de afirmar la jurisdicción argentina, la Cámara reconoce que el primer inciso del artículo 22 (“Petición de nulidad del laudo o sentencia arbitral”) del Acuerdo de arbitraje comercial internacional del MERCOSUR, prevé, de manera expresa, que “El laudo o sentencia arbitral sólo podrá impugnarse ante la autoridad judicial del Estado sede del tribunal arbitral mediante una petición de nulidad”, con lo que parece adoptar como regla el “fuero de la sede”. Sin embargo, argumenta que no es menos cierto que el artículo 3° del Acuerdo, que trata con carácter general el “ámbito material y espacial de aplicación” del tratado, enuncia: “El presente Acuerdo se aplicará al arbitraje, su organización y procedimientos, y a las sentencias o laudos arbitrales, si mediare alguna de las siguientes circunstancias: [...] c), las partes no expresaren su voluntad en contrario”.¹²

10 SERAGLINI, Christophe, ORTSCHIEDT, Jérôme. *Droit de l'arbitrage interne et international*, París, Ed. Montchrestien, 2013, parag. 938, p. 856

11 RIVERA, Julio. “Recursos contra laudos arbitrales”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2007-I, pp. 1268-1291.

12 NOODT TAQUELA, María Blanca. *Arbitraje internacional en el MERCOSUR*, Buenos Aires, Ed. Ciudad

Basándose entonces en el art. 3 inc. c) del Acuerdo de arbitraje del MERCOSUR, el tribunal sostiene que la norma del Acuerdo puede ser dejada de lado por libre decisión de las partes y que por ende no cabe atribuir a la disposición del art. 22, parágrafo 1º, del tratado carácter “imperativo”.

5. Fundamentos para deslocalizar el arbitraje del país de la sede

La cláusula arbitral pactada en el contrato de provisión de gas y repetida en los contratos de transporte del combustible llama la atención por acordar la interposición del recurso de nulidad en un país distinto al de la sede del arbitraje. Hemos de tener presente que el arbitraje es una expresión de la autonomía de la voluntad de las partes y es en virtud de ella que las disposiciones pactadas en un acuerdo arbitral son ley para las partes. No es más que una aplicación del principio *pacta sunt servanda*, locución latina, que se traduce como “lo pactado obliga”, que expresa que toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado.

Este principio básico del derecho civil, particularmente en materia de contratos, y del derecho internacional, es totalmente aplicable a los acuerdos arbitrales y por eso, en una interpretación sistemática e integradora de la cláusula arbitral, consideramos que es válida en su totalidad, tanto en cuanto al sometimiento de sus controversias al arbitraje, como en relación al resto de sus disposiciones, entre las cuales encontramos las relativas a los recursos que se pudieran plantear contra el laudo y así lo entendió la Cámara Contencioso-Administrativo Federal de Argentina.

La evolución actual del arbitraje internacional tiende a la deslocalización, o más aún a la multilocalización e incluso a la autonomía absoluta, que implica desconectar el arbitraje de cualquier sistema jurídico nacional. En opinión de Thomas Clay esta deslocalización jurídica se encuentra complementada por otra geográfica puesto que los laudos no tendrían más lazos que los geográficos y accidentales con el territorio en el cual ellos son proferidos.¹³

Argentina, 1999; en el capítulo 3 se analizan los ámbitos de aplicación de los Acuerdos, pp. 29-61

13 CLAY, Thomas. “La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje internacional: ¿es todavía relevante?” en *Arbitraje Internacional. Tensiones actuales* Fernando MANTILLA-SERRANO (coord), Bogotá, Legis, 2007, p. 199.

Para la concepción universalista la sede del arbitraje no es más que un parámetro entre muchos otros, ya que no crea lazos sustanciales con la controversia, e incluso, ésta es elegida por encontrarse física y jurídicamente por fuera con respecto al litigio mismo.¹⁴

La jurisprudencia francesa del caso *Hilmarton*¹⁵ se inscribe perfectamente en la tendencia actual del derecho del arbitraje internacional que limita al máximo la importancia del derecho de la sede del arbitraje. El aporte más significativo resulta el reconocimiento por la jurisprudencia de que el laudo no está “integrado” en el ordenamiento jurídico del Estado de la sede del arbitraje. La solución adoptada en este fallo se inspira directamente en la visión del arbitraje propuesta por Berthold Goldman, quien fue el especialista que se refirió por primera vez al laudo “no integrado” en el ordenamiento jurídico de la sede. Goldman condenó en forma inequívoca la concepción según la cual en materia internacional el laudo arbitral hallaría la fuente de su jurisdicción en el ordenamiento jurídico de la sede.¹⁶

Gaillard¹⁷ comenta el fallo *Götaverken*,¹⁸ en el cuál se sostiene que el lugar donde se desarrolla el procedimiento arbitral, elegido únicamente para asegurar su neutralidad, no es significativo y no puede ser considerado como una manifestación de voluntad implícita de las partes de someterse, aunque sea a título subsidiario, a la ley procesal francesa. En el fallo *Putrabali*¹⁹ del 29 de junio de 2007, la Corte de Casación francesa fue más allá, afirmando que el laudo no está conectado a ningún ordenamiento jurídico nacional.

Algunas leyes de arbitraje permiten a las partes, bajo ciertas condiciones, renunciar al recurso de anulación ante los tribunales de la sede, cuando no exista con ese Estado ningún otro punto de contacto que la propia sede. Probablemente el ejemplo más conocido sea el de Suiza,

14 DE BOISSENON, M. “Réflexions sur l’espace et le temps dans l’arbitrage international” en *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, Paris, 1991, pp-38-48.

15 Francia. Corte de Casación, 1º Civil, 23 de marzo de 1994, “Société Hilmarton Ltd. C. Société Omnium de traitement et de valorización (OTV)”, *Journal du droit international*, 1994, pp.701 ss.

16 GOLDMAN, Berthold. Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria. L’affaire Norsolor », *Revue de l’arbitrage*, 1983, p. 389.

17 GAILLARD, Emmanuel. *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, Asunción, La Ley Paraguaya/CEDEP/ Thomson Reuters, 2010, parag. 66, pp. 73-74.

18 Francia. Corte de Apelaciones de París, 21 de febrero de 1980, *Revue de l’arbitrage* 1980, p. 524.

19 Francia. Corte de Casación, 1º civil, 29 de junio de 2007, “Société PT Putrabali Adyumulia c. Société Rena Holding”, *Yearbook Commercial Arbitration*, 2007, p. 301. Ver: GAILLARD, op.cit. en nota 19, parag. 65, p. 72.

cuya Ley Federal de Derecho Internacional Privado de 1987, permite a las partes renunciar, en todo o en parte, a interponer un recurso de anulación en la sede cuando las partes no tienen ni su domicilio, ni su residencia habitual, ni un establecimiento de negocios en ese estado (art. 192). Se menciona también la legislación de Túnez de 1993, art. 78 párrafo 3 del Código de Arbitraje; el art. 51 de la Ley sueca de arbitraje del 1 de abril de 1999; la ley de Panamá de 1999 que permite a las partes en un arbitraje internacional, sin condición de nacionalidad o residencia, renunciar, directamente o por referencia a un reglamento arbitral, a los recursos de anulación.

Otras legislaciones que receptaron la autonomía de la voluntad en relación a los recursos contra el laudo, luego dejaron de lado esa solución, como fue el caso de la legislación belga art. 1717, párrafo 4, del Código Judicial Belga, del 19 de mayo de 1998 o la peruana, que adoptó esta solución en la Ley de arbitraje de 1996 cuyo art. 126 disponía que cuando ninguna de las partes en el arbitraje fuera de nacionalidad peruana o tuviera su domicilio o residencia habitual en el Perú, se podría acordar expresamente en el convenio arbitral o en un documento escrito posterior, la renuncia a interponer recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más de las causales dispuestas en el Artículo 123. Sin embargo, la nueva ley peruana adoptada por el decreto legislativo 1071 de 2008, no mantuvo esa solución.

Vemos entonces que la sede del arbitraje va teniendo gradual pero claramente un alcance cada vez más limitado; así no se tiene en cuenta con respecto al derecho aplicable al fondo de la cuestión, tampoco con respecto a las normas de procedimiento, ni siquiera para establecer el lugar de las audiencias,²⁰ ni con respecto a la ejecución del laudo, ni tampoco para el alcance que pueda tener su anulación.²¹

Con la agudeza que lo caracteriza, Emmanuel Gaillard afirma que siguiendo una lógica de puro derecho internacional privado, los respectivos méritos de las diversas leyes para reglamentar una misma situación, es forzoso constatar que el derecho del lugar de ejecución del laudo posee mayor vocación que el derecho de la sede del arbitraje para imponer sus concepciones de lo que se considera susceptible de constituir un arbitraje digno de protección jurídica.²²

20 Ver decreto legislativo 1071 de 2008 de Perú: art. 35.2

21 CLAY, Thomas, Ob. cit., en nota 15, p. 203.

22 GAILLARD, Emmanuel, Ob. cit. en nota 19, p. 35.

En el caso que comentamos pareciera que el laudo no hubiera podido ser ejecutado en la República Oriental del Uruguay, porque YPF no poseía bienes en ese país, por lo que la República Argentina, parecía poseer mayor vocación – a través de sus tribunales judiciales - para determinar si se había pronunciado un laudo arbitral digno de protección y retrospectivamente un convenio arbitral válido y un proceso arbitral regular.

Es por ello que podemos concluir que la sentencia comentada postula que la sede de arbitraje es un elemento no tan relevante en el arbitraje comercial internacional y que en la actualidad la sede del arbitraje no es decisiva para determinar la jurisdicción internacional en materia de recursos contra el laudo, particularmente cuando las partes han acordado otra jurisdicción para la interposición del recurso de anulación. En consecuencia, la cláusula arbitral que elige el lugar del arbitraje en un país y una jurisdicción internacional distinta a la de la sede para el planteo y decisión del recurso de nulidad del laudo debe ser considerada válida, como lo hizo el tribunal argentino.

6. Cuestiones de derecho transitorio en la aplicación de los Acuerdos de arbitraje del MERCOSUR

El voto de la mayoría de la Cámara Contencioso-Administrativa Federal entiende que como el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR entró en vigencia con posterioridad a la fecha en que las partes firmaron los acuerdos que dieron lugar a la controversia y que contienen las cláusulas arbitrales, no debe ser aplicado al caso.²³

El problema se plantea porque el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR no tiene normas de derecho transitorio o al decir de Werner Goldschmidt, no determina su ámbito de aplicación temporal pasivo. En otras palabras, el tratado no indica a partir de qué momento tienen que haber ocurrido los casos y situaciones jurídicas para que sea aplicable.

Hemos interpretado que todas las normas referidas al acuerdo arbitral serán aplicables a los acuerdos arbitrales celebrados a partir de la entrada en vigencia del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional

23 Considerando 30 del fallo.

del MERCOSUR, así como las referidas al procedimiento arbitral deben ser aplicadas a los procedimientos iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia.²⁴

Más difícil resulta decidir la aplicación temporal de las normas referidas a los recursos contra el laudo, pero nos inclinamos, como lo sostuvimos en 1999, por su aplicación solamente a los procedimientos arbitrales iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR. La razón por la que no consideramos que el momento crítico sea la fecha en que se dictó el laudo, es que podrían invocarse recursos en los que se cuestionen procedimientos realizados con anterioridad a la entrada en vigencia del tratado internacional.²⁵

En el caso YPF los procedimientos arbitrales fueron iniciados en 2008 y 2009, en tanto el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR había entrado en vigencia en relación con Argentina, Brasil y Uruguay el 2 de enero de 2005, correspondía su aplicación a este caso, desde nuestro punto de vista. Es cierto que el Acuerdo entró en vigencia el 9 de octubre de 2002 entre Argentina y Brasil, cuando transcurrieron 30 días después del depósito del segundo instrumento de ratificación (art. 26.1), pero dada la fuerte vinculación del caso con Uruguay, hay que tomar en consideración la entrada en vigencia para este país.²⁶ Lo que no puede ser tenida en consideración es la fecha en que individualmente alguno de los países, en el caso Argentina, depositó el instrumento de ratificación lo que sucedió el 30 de marzo de 2000, ni tampoco la fecha en que entró en vigencia la Ley N° 25.223 a través de la cual Argentina aprobó los Acuerdos del MERCOSUR, como lo sugiere la sentencia comentada.²⁷

Las cuestiones de derecho transitorio presentan en general dificultades, por eso parece una buena medida cuando los legisladores nacionales o internacionales contemplan la cuestión, como lo hizo el Proyecto de Ley Nacional de Arbitraje de Argentina de 2001, que dispuso que se aplicaría a los arbitrajes que se iniciaran después de la entrada en vigencia de la ley, aunque los acuerdos arbitrales hubieran sido celebrados

24 NOODT TAQUELA, op. cit. en nota 14, parag. 3.3, p. 46.

25 NOODT TAQUELA, op. cit. en nota 14, parag. 3.3, p. 46.

26 Ver fechas de depósito de los instrumentos de ratificación en nota 1.

27 Considerando 25.

con anterioridad. Se dejó a salvo la posibilidad de que cualquiera de las partes pudiera optar en el primer escrito que presentara por la aplicación de las reglas anteriores. La Comisión Redactora entendió preferible la aplicación de la nueva ley en caso de silencio de las partes, pero a fin de no afectar el principio de irretroactividad de la ley, se permitió ejercer la opción por la aplicación de las normas anteriores.²⁸

VI. Conclusiones

La función que cumplen los tribunales judiciales al controlar los laudos arbitrales y en general los procedimientos arbitrales es de suma importancia, porque la tendencia que sigan los jueces estatales significará un espaldarazo al arbitraje o por lo contrario importará dificultades para el funcionamiento adecuado del sistema de solución de controversias propio del comercio internacional.

La existencia de una legislación de arbitraje moderna es indudablemente otro de los aspectos fundamentales para el fortalecimiento del arbitraje y afortunadamente desde 2018 tanto Argentina como Uruguay poseen sendas leyes de arbitraje, cuya sanción se vio demorada por décadas. Claro que son los pronunciamientos judiciales al interpretar los tratados internacionales y la legislación en la materia los que determinarán en definitiva el respeto a la institución arbitral.

El reconocimiento de la autonomía de la voluntad, incluso en materia de recursos contra el laudo, ha sido motivo de debate en la sentencia. Son los distintos valores en juego los que llevan a inclinar las soluciones judiciales en un sentido u otro y nos parece adecuado que la balanza se haya inclinado hacia la mayor libertad de las partes en esta materia. La sentencia admite por primera vez en la jurisprudencia argentina, un criterio para determinar la jurisdicción internacional para interponer el recurso de nulidad de los laudos arbitrales que reconoce la extensión creciente de la autonomía de la voluntad de las partes.

28 NOODT TAQUELA, María Blanca. "Avances del Proyecto de Ley Argentina de Arbitraje respecto de la Ley Modelo de UNCITRAL" en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Jan KLEINHEISTERKAMP & Gonzalo A. LORENZO IDIARTE (coord.), Montevideo, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 719-741, p. 740.

PARTE III

RESPONSABILIDAD CIVIL INTERNACIONAL

RESPONSABILIDAD CIVIL EMERGENTE DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR UNA VISIÓN DESDE EL DIPR ARGENTINO

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala D - “Márquez López, M D c. Desteffani, G L. s daños y perjuicios”, 23/08/18

*Sebastián Paredes**

Sumario: I. Breve aproximación del tema; II. Marco normativo. 1. El convenio bilateral argentino-uruguayo sobre accidentes de tránsito de 1991. 2. Los Tratados de Montevideo de Derecho Civil de 1889 y 1940. 3. Las normas de dimensión autónoma; III. Los hechos del caso; IV. La decisión judicial; V. Análisis del caso. 1. Fuente normativa. 2. Ámbitos de aplicación de las fuentes. 3. Jurisdicción internacional. 4. Derecho aplicable. 5. Cuestiones de cooperación; VI. Conclusiones.

I. Breve aproximación al tema

Las cuestiones derivadas de responsabilidad civil emergentes en materia de accidentes de tránsito quedan comprendidas dentro del marco de las relaciones de derecho privado con elementos multinacionales relevantes que son objeto del Derecho Internacional Privado que no es ajeno a una sociedad en muchos aspectos globalizada y en constante evolución.

* Profesor de Derecho internacional privado, Universidad de Buenos Aires, Univ. Nacional de José C. Paz, Univ. Nacional de Avellaneda y Univ. Kennedy (Argentina) Investigador adscripto del Instituto Ambrosio L. Gioja (UBA). Secretario general adjunto de la ASADIP 2016-2022. <http://orcid.org/0000-0002-1505-7099>

El autor agradece la participación de Paloma Hernández (UBA) en la búsqueda de doctrina y jurisprudencia.

Erik Jayme sostiene que el Derecho Internacional Privado debe incorporar el reconocimiento del individuo y a su identidad cultural como una de las bases para la solución pacífica de los conflictos y que el equilibrio entre la asunción de esta identidad y la necesidad de integración de la persona en la sociedad puede servir de modelo legal en otros contextos como la política, demostrando la utilidad del Derecho Internacional Privado de la posmodernidad.¹

Para abordar esa concepción de nuestra disciplina es preciso tener en cuenta las influencias de los diferentes procesos económicos, sociales y culturales que son consecuencia de la aceleración de los procesos globalizantes de las últimas décadas y que multiplicaron en forma exponencial las relaciones personales transfronterizas fomentando la proliferación del Derecho Internacional Privado a nivel nacional, regional y mundial. Este escenario demanda de nuestra materia respuestas en un contexto en que el Estado-nación ya no es su único espacio de anclaje. Desde allí, sostiene Hans van Loon que el Derecho Internacional Privado necesita trascender sus límites tradicionales y adaptar sus metodologías, preservando su integridad, mientras se orienta a sí mismo hacia la idea de una comunidad global emergente que incluye a la comunidad global, el todo de la humanidad.²

Y si bien el Derecho Internacional Privado fue concebido bajo un paradigma liberal y en un marco *westphaliano*; y su tarea básica era la de distribuir competencias entre las autoridades estatales, como dice Fernández Arroyo, el Derecho Internacional Privado actual está inmerso, con todas sus contradicciones y heterogeneidades, en un marco impregnado por el paradigma de los derechos humanos y el pluralismo jurídico que hace insoslayable la presencia del Derecho internacional en general o en su faceta pública.³

En este marco, el pluralismo metodológico del Derecho

1 JAYME, Erik. "Identité culturelle et intégration: le Droit international privé postmoderne", *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 251 (1995), Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 9-264, especialmente pp. 263-264".

2 VAN LOON, Hans. *El horizonte global del Derecho Internacional Privado*, Caracas, Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) - Editorial RVLJ (Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C. A.), 2020, p. 49. Disponible online en el sitio web de la ASADIP: <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2020/05/Hans-van-Loon-Horizonte-Global-del-Derecho-Internacional-Privado-Traduccion-al-espanol-2020.pdf>

3 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. "El Derecho Internacional Privado en el diván –Tribulaciones de un ser complejo" en: *Derecho Internacional Privado y Derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, pp. 17-35, especialmente p. 20-21.

Internacional Privado requiere esfuerzos no sólo de sus múltiples foros codificadores para crear soluciones a través de distintas fuentes convencionales y en algunos casos a través de regulaciones no estatales, sino también de los operadores jurídicos de la práctica y de la academia. Todo ello con fin lograr alcanzar soluciones justas que permitan la satisfacción de los intereses de los individuos, la protección de sus derechos con herramientas útiles para el acceso a la justicia, la posibilidad de defensa en juicio con las garantías procesales claras y la eficacia de las decisiones y las solicitudes que se enmarcan en las cuestiones de la cooperación jurídica transfronteriza.

Así, las obligaciones que emergen de la responsabilidad civil por fuera de los contratos y otros vínculos jurídicos no escapan a un escenario global cambiante y presentan múltiples desafíos, ya desde el comienzo con la definición del alcance de su categoría,⁴ si es amplia o se va fragmentando en diversas materias específicas y cada vez más sofisticadas como las del derecho ambiental internacional, las del uso de internet, de derechos de imágenes en redes sociales y de datos personales acumulados por privados que hasta hace algunos años eran inimaginables.

Mas allá de estas cuestiones y desafíos que se presentan por el ensanchamiento de figuras a fin de abarcar modernos desarrollos de la materia por fuera de las relaciones de los contratos -o que nacen sin convención-, serán los sectores de la jurisdicción y del derecho aplicable quienes se ocuparán de aquellos actos lícitos o ilícitos, voluntarios y no voluntarios que infringen reglas de derecho que producen un daño y por ello obligan a su autor a repararlo.⁵

II. Marco normativo

En los casos que regulan obligaciones emergentes de la responsabilidad civil y en especial en materia de accidentes de tránsito se presentan para los Estados parte del MERCOSUR una multiplicidad de fuentes normativas que provienen de diversos foros codificadores con las más distintas vocaciones y amplitudes territoriales. Así, es posible encontrar conviviendo fuentes producto del mismo proceso de integración regional

4 NAJURIETA, María Susana. "Aportes y desafíos de la regulación de la responsabilidad civil no contractual en casos multinacionales" en: *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XXV 2016, Córdoba, Lerner-AADI, 2016, pp. 169-236, especialmente pp. 171-176

5 UZAL, María Elsa. *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2016, p. 642.

mercosureño, a los Tratados producto de los Congresos sudamericanos de Derecho Internacional Privado, como también tratados bilaterales dados los estrechos vínculos en los países vecinos.⁶

Entre ellos es posible encontrar:

- Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Vivil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Parte del MERCOSUR. Potrero de los Funes, San Luis, 25 de junio de 1996.
- Convenio en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito. Buenos Aires, 8 de julio de 1991.
- Tratado de Derecho Civil Internacional. Montevideo 1889, artículos 56 y 38.
- Tratado de derecho Civil Internacional. Montevideo 1940, artículos 56 y 43.
- Normas de Dimensión Autónoma de Argentina y Uruguay.

Teniendo en cuenta que la decisión judicial a comentar fue resuelta con el Protocolo de San Luis, este tratado MERCOSUR será estudiado en detalle *infra* en el apartado V. “Análisis del caso”. Sin perjuicio de ello, analizaremos someramente las restantes fuentes ya que en algunos casos continúan vigentes ya sea para supuestos de accidentes de tránsito y de responsabilidad civil en general, como así también nos detendremos en las novedades normativas de fuente interna que aparejan en algunos casos soluciones más modernas.

1. El Convenio Bilateral Argentino-Uruguayo sobre Accidentes de Tránsito de 1991

Este tratado bilateral tiene una serie de particularidades que

⁶ No serán objeto de este trabajo aquellos relacionados con temas de una especificidad que excede a la convocatoria tales como los del Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras. Roma, 7 de octubre de 1952 o la de Convenio internacional para prevenir la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos. Londres, 12 de mayo de 1954, ni sus enmiendas como así tampoco las del derecho comparado en materia de daños por productos defectuosos, daños ambientales ni transporte por carretera. A todo evento y para una ampliación de los temas se recomiendan los textos de FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo II parte especial Volumen II, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009, p. 322., NAJURIETA, op. cit. nota 4 y UZAL, op. cit. nota 5.

merecen ser destacadas. En primer lugar, su poco tiempo de vida, ya que fue firmado en 1991, pero Argentina lo ratificó al año siguiente y Uruguay en 1995. Ya para 1996 con apenas un año de vigencia el bilateral en materia de accidentes de tránsito fue testigo que Argentina y Uruguay firmasen junto a los otros dos Estados del MERCOSUR (Brasil y Paraguay) el Protocolo de San Luis en materia de accidentes vigente para Uruguay desde 1999 y para Argentina desde 2001, que lo terminó enterrando en el olvido en función de la regla del tratado posterior.⁷

Mas allá de las -merecidas- críticas respecto de su técnica legislativa⁸ este convenio resultó novedoso porque para ese entonces rompió para las cuestiones de jurisdicción con el clásico sistema montevideano de paralelismo(o *forum causae*/ criterio Asser) más el del domicilio de la parte demandada (artículo 56 de ambos Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940) al introducir en su artículo 7 la posibilidad de demandar ante los tribunales de la parte demandante, algo totalmente novedoso en los sistemas de responsabilidad civil de América del Sur.⁹

En cuanto al derecho aplicable, su artículo 2 primer párrafo introduce el clásico punto de conexión *lex loci delicti* y agrega como excepción que, si en el accidente participaren o resultaren afectadas únicamente personas domiciliadas en el otro Estado Parte, el mismo se regulará por el derecho interno de este último. Otra deficiente redacción que deberá entenderse de la siguiente forma: cuando el hecho se produjese en un Estado parte y ambas partes se domicilian en el otro Estado parte, se aplica el derecho interno de este último.¹⁰

2. Los Tratados de Montevideo de Derecho Civil de 1889 y 1940

Los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940 contienen disposiciones generales para cuestiones de responsabilidad civil extracontractual con un alcance extensivo de la categoría en función

7 Para la entrada en vigor del Protocolo de San Luis ver *infra* op. cit. nota 33.

8 FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. "Obligaciones extracontractuales" en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coord.), Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, Buenos Aires, Zavallia, 2003, pp. 1157-1198, especialmente pp. 1182-1188.

9 No nos centraremos aquí al análisis de la conveniencia o no del *forum actoris* puesto que lo analizaremos *infra* al momento de estudiar la norma del Protocolo de San Luis en el apartado V.3 referido a la jurisdicción.

10 Ver FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. "Obligaciones extracontractuales", op. cit. nota 8, p. 1185.

de la forma en que están redactadas las normas, entre las cuales es posible incluir a la responsabilidad producto de los accidentes de tránsito.

Ahora bien, el Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1889 ratificado por Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay ha quedado desplazado por el de 1940 en las relaciones entre Argentina, Paraguay y Uruguay ya que son parte de este último y en atención a la disposición del artículo 66 de la norma montevideana de 1940. A su vez este tratado quedó desplazado en materia de accidentes de tránsito por el Protocolo de San Luis de 1996 ratificado por los tres Estados parte además de Brasil.¹¹

Entonces, en materia de accidentes de tránsito sigue vigente el Tratado de Derecho Civil de 1889 únicamente para las relaciones ya sea de Argentina, Paraguay y Uruguay con alguno de estos Estados: Bolivia, Colombia y Perú. El Tratado de 1940 solamente sigue vigente para otras relaciones jurídicas de naturaleza extracontractual excluyendo a los accidentes de tránsito, sin perjuicio de ello, analizaremos sus disposiciones.

En materia de jurisdicción internacional ambos tratados montevidianos carecen de una norma específica para cuestiones de responsabilidad civil, por lo que en ambas convenciones la norma que debe utilizarse es la concurrente del artículo 56 que se refiere a las acciones personales. Los dos -1889 y 1940- cuentan con dos criterios atributivos de jurisdicción: el primero es para los jueces del Estado a cuya ley esté sujeto el acto jurídico materia del juicio y el segundo es el domicilio de la parte demandada.

El segundo de los criterios es mas que aceptado y no genera mayor inconveniente, el primero de ellos recepta la teoría del paralelismo o criterio Asser y demanda la averiguación del derecho aplicable al fondo del asunto para establecer qué tribunales serán los competentes en la esfera internacional.¹²

Para la determinación del derecho aplicable, el artículo 38 del primero de los tratados montevidianos establece que las obligaciones que nacen sin convención están regidas por el derecho del lugar donde

11 Para las reglas de aplicación de tratados internacionales ver: NOODT TAQUELA, María Blanca. “¿Cuándo deben aplicarse los tratados de Derecho Internacional Privado?”, *La Ley* 2018-B, 2018, pp. 678 y ss. Cita online: AR/DOC/449/2018.

12 UZAL, op. cit. nota 5, p. 263.

se produce el hecho ilícito de que proceden, es decir que la *lex loci delicti* será tanto el derecho aplicable como uno de los criterios de jurisdicción (el otro es el domicilio de la parte demandada) en virtud de la primera parte del artículo 56. Debe atenderse que el uso de “las obligaciones que nacen sin convención” dan a la categoría responsabilidad civil un alcance amplísimo.¹³

El Tratado de 1940 en su artículo 43 mantiene la categoría y el punto de conexión en los mismos términos que el artículo 38 de su predecesor montevideano, pero introduce a la fórmula en su segunda parte que dichas relaciones quedarán gobernadas, en su caso, por la ley que regula las relaciones jurídicas a que responden. De esta forma se agrega en las disposiciones montevideanas de 1940 la posibilidad de profundizar en las eventuales relaciones previas entre autores del daño y sus víctimas y si estas fuesen determinadas queda de lado el criterio de la *lex loci delicti* en favor del derecho que rija dichas relaciones previas.¹⁴ Así Boggiano considera que es atinado que el acto ilícito quede sometido al derecho de esa relación preexistente ya que es frecuente el planteamiento de pretensiones concurrentes fundadas en la responsabilidad contractual y delictual.^{15,16}

3. Las normas de dimensión autónoma

A) Argentina

Si bien en el caso a analizar *infra* no resultan aplicables las normas de fuente interna pues la situación jurídica se encuentra cubierta por varias normas de fuente convencional, haremos un somero análisis de las disposiciones de la dimensión autónoma de Argentina y Uruguay a fin de comparar sus supuestos con las disposiciones de fuente internacional.

13 FRESNEDE DE AGUIRRE, *Curso...* op. cit. nota 6, p. 322.

14 UZAL, *Derecho Internacional Privado*, op. cit. nota 5, p. 680.

15 Por ejemplo, en temas de transportes, trabajo, venta, mandato incluso en las relaciones familiares y societarias. Ver: BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado y Derechos humanos*, 7ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 761.

16 Una sentencia muy interesante que separa las cuestiones de la ley aplicable en base a la norma montevideana es Cámara Nacional en lo Comercial Sala A del 30 de diciembre de 2008 “Cucciolla Carlos Alberto s. quiebra s. incidente de revisión por Héctor Tapia y otros” disponible online en Fallos DIPr Argentina: http://fallos.diprargentina.com/2009/06/cucciolla-carlos-s-quebra-s-incidente_05.html

En Argentina, desde el 1 de agosto de 2015 se encuentra vigente el Código Civil y Comercial de la Nación que por fin vino a regular las cuestiones de Derecho Internacional Privado en forma sistematizada.¹⁷

Para los supuestos de responsabilidad civil el Código prevé únicamente dos artículos en ellos deberán tenerse por comprendidos los supuestos emergentes por accidentes de tránsito siempre y cuando no resulte aplicable una norma de fuente convencional. La disposición para jurisdicción internacional se encuentra en el artículo 2656¹⁸ y otorga jurisdicción a los tribunales del domicilio de la parte demandada; ante los del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos. Todos constituyen un abanico de foros concurrentes a favor de la parte demandante y parecen tener suficientes lazos de proximidad como para ser, a la vez, previsibles para la persona cuya responsabilidad se alega.¹⁹

Para la ley aplicable a las obligaciones emergentes de la responsabilidad civil, el artículo 2657²⁰ comienza con una exclusión: “excepto disposición en contrario, para los casos no previstos en artículos anteriores”, aquí cabe concluir que se refiere a los contratos en general y los supuestos especiales como contratos de consumo, que desde luego se regirán por sus propias soluciones.²¹

Entonces, hecha la exclusión la responsabilidad civil internacional estará determinada por el derecho donde se produce el daño. Ahora bien, la norma introduce una precisión fundamental y es que ese derecho será “independientemente del país donde se haya producido el hecho

17 Abordamos las cuestiones referentes a las cuestiones referidas a las recientes codificaciones de Derecho Internacional Privado en América Latina en: PAREDES, Sebastián. “Protection of the individual in Recent Private International Law Codification in Latin America” en: RUIZ ABOU-NIGM, Verónica y NOODT TAQUELA, María Blanca (eds.), *Diversity and integration in Private International Law*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 2019, pp. 251-267.

18 Artículo 2656.- Jurisdicción. Excepto lo dispuesto en los artículos anteriores, son competentes para conocer en las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil: a) el juez del domicilio del demandado; b) el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos.

19 NAJURIETA, “Aportes y desafíos” op. cit. 4, p. 229.

20 Artículo 2657.- Derecho aplicable. Excepto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores, el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país.

21 NAJURIETA, op. cit., p. 181.

generador del daño” y aquí es importante señalar que lo que importa es la verificación del lugar de donde produce el resultado dañoso y que es independiente del lugar donde está situado quien es responsable de la actividad que causa los perjuicios.²² Además, se descarta también el derecho de los Estados o territorios donde se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión, por tanto, deberá tenerse en cuenta el derecho del país donde se produce el daño directo a la víctima directa del hecho y en consecuencia las víctimas indirectas o que sufren daños indirectos quedarán regidas por ese derecho y no otro.

Por fin, el artículo 2657 en su última parte adopta el criterio de *lex communis* conectado por los domicilios comunes de las partes y manda a aplicar ese derecho que desplaza al del lugar donde se produce el daño.

Se ha discutido desde la entrada en vigor del Código Civil y Comercial la posibilidad de ejercer la autonomía de la voluntad en materia de responsabilidad civil, tanto para jurisdicción internacional como para la elección del derecho aplicable. En materia de jurisdicción, el artículo 2605 establece la posibilidad pactar de acuerdos de elección de foro para asuntos internacionales y patrimoniales, aquí la pregunta es saber qué es “patrimonial”. Al respecto algunos autores tienen una visión ampliada del tema que incluiría a la reparación por daños y otros asuntos, y por tanto, la admitiría,²³ y otros la restringen a cuestiones esencialmente o de naturaleza patrimoniales en consecuencia excluyéndola.²⁴

Entendemos que de una concepción orgánica de las normas de Derecho Internacional Privado que forman parte de un sistema en el que las disposiciones se relacionan y dialogan entre sí, que del texto de las normas involucradas -artículos 2656 y 2605- no cabría la posibilidad de acuerdos previos y a tal efecto cabe preguntarse: si la intención del legislador hubiese sido la admisión de los acuerdos la formulación debió

22 UZAL, *Derecho Internacional Privado*, op. cit. nota 5, p. 689-690.

23 Fernández Arroyo critica la construcción de la norma y su rigidez en relación a otros instrumentos del derecho comparado, afirmando más allá de eso, que ese tenor estricto de la norma junto al contexto autorizaría a respetar la elección de las partes en cualquier asunto de índole patrimonial, aun en el ámbito de la familia que la admite en los acuerdos de obligaciones alimentarias y el régimen patrimonial del matrimonio. Ver: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “Aspectos generales y particularidades relevantes de la nueva dimensión interna del Derecho Internacional Privado argentino”, *Revista de Derecho privado y comunitario. Claves del Código Civil y Comercial*, 2015, pp. 399-439, especialmente pp.426-427.

24 En este caso no estaría admitida. Uzal, habla de la naturaleza patrimonial y su justificación reside en el carácter disponible de las materias. Ver: UZAL, *op. cit.* nota 5, p. 233, por su parte Boggiano, se refiere a asuntos “exclusivamente” patrimoniales por lo que cabe hacer la misma deducción. Ver BOGGIANO, op. cit. nota 15, p. 141.

haber sido similar a la del artículo 2650 para contratos.²⁵ Sin perjuicio de ello entendemos que resulta aplicable la regla general del artículo 2607 para la prórroga de jurisdicción *post-litem*.²⁶

En cuanto a la elección del derecho aplicable tampoco hay una disposición expresa al respecto, una parte de la doctrina es favorable a la extensión de esa posibilidad y al ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual en virtud del silencio y la falta de prohibición de las normas del artículo 2657 y basándose en las normas del artículo 2651 de contratos internacionales con distintos enfoques.²⁷

B) Uruguay

En Uruguay el Apéndice del Código Civil que funciona como la dimensión autónoma del Derecho Internacional Privado oriental carece de normas específicas referidas a la responsabilidad civil como categoría autónoma.

Sin embargo, se utiliza para establecer la jurisdicción el artículo 2401 que se refiere a las relaciones jurídicas internacionales y otorga la competencia a los jueces del Estado a cuya ley corresponda el conocimiento de la relación. Además, agrega que, tratándose de acciones personales patrimoniales, concurre -a opción de la parte demandante- los tribunales del país del domicilio del demandado. Se aprecia una estructura similar al artículo 56 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1940 con una primera parte que recepta el criterio Asser o del paralelismo.

La determinación del derecho aplicable se soluciona con el artículo 2399 del Apéndice del Código Civil que regula la categoría “actos jurídicos” remitiendo en forma expresa a las reglas de interpretación de

²⁵ La parte pertinente dice: “No existiendo acuerdo válido de elección de foro, son competentes para conocer en las acciones resultantes de un contrato, a opción de actor: [...]”.

²⁶ Artículo 2607. La prórroga de jurisdicción es operativa si surge de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuden. Se admite también todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto. Asimismo, opera la prórroga, para el actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado, cuando la conteste, deje de hacerlo u oponga excepciones previas sin articular la declinatoria.

²⁷ Así, Najurieta se centra en acuerdos de partes posteriores al hecho generador del daño, que es cuando la víctima está en condición de apreciar las consecuencias de su elección y que puede aceptarse esta voluntad de autocomposición de las partes siempre que se ejerza con posterioridad al hecho del que se deriva. Ver NAJURIETA, op. cit., 4 p. 230. Uzal diferencia en casos entre sujetos que no son comerciantes, profesionales o empresarios para los que el acuerdo deberá ser posterior al hecho generador del daño y para los casos en que todas las partes desarrollen una actividad profesional y comercial, que la responsabilidad se genere producto de esa actividad que admitiría un acuerdo negociado en forma previa. Ver: UZAL, op. cit. nota 5, p. 693.

los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889, así queda determinado el derecho aplicable por el artículo 38 que establece la solución clásica *lex loci delicti* ya que según esa norma las obligaciones que nacen sin convención se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden.²⁸

Cabe mencionar que desde hace unos años se encuentra en tratamiento legislativo el Proyecto de Ley general de Derecho Internacional Privado del Uruguay,²⁹ en esas nuevas disposiciones se presentan normas más modernas, para la ley aplicable se agrega al clásico *lex loci delicti*, la posibilidad que, si el demandado por el hecho dañoso y el reclamante por este hecho tuvieren su domicilio en el mismo Estado, se aplicará la ley de éste.

III. Los hechos del caso

La parte demandante, Sra. M.L., M.D. (en adelante, la actora), con domicilio en Uruguay, presentó una demanda ante los tribunales civiles de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina con el fin de ser resarcida por los daños que adujo haber sufrido en virtud de un accidente de tránsito en Montevideo, Uruguay el 5 de enero de 2011. Alegó que durante un viaje que realizaba en ómnibus, el vehículo de transporte público fue chocado por un automotor-camioneta SUV en una intersección de calles de la capital oriental y que era conducido por D. G. L. (en adelante, la demandada) con domicilio en Argentina.

La parte actora alegó que producto del impacto y diversos politraumatismos sufridos a bordo del transporte resultó necesario que se le extirpe el bazo, lo que se tradujo un alto potencial de riesgo para su vida de producirse cualquier tipo de infección, a ello sumó las cuestiones estéticas que se vieron alteradas y afectadas por las cicatrices y el consecuente síndrome de stress postraumático producto de la conmoción del impacto y las consecuencias que alega se la aquejaron desde entonces más daño moral y gastos materiales.

La parte reclamante, además extendió su presentación contra la aseguradora de la conductora: Liderar Compañía General de Seguros

28 FRESNEDO DE AGUIRRE, *Cursus*, op. cit. nota 6 p. 322.

29 Al 1 de septiembre de 2020 cuenta con media sanción del Senado, esperando la restante de la Cámara de representantes.

(en adelante, Liderar) también con domicilio en Argentina y además al co-demandó al conductor del ómnibus, Sr. V.S., V.W.; a la empresa de transporte público Unión Cooperativa Obrera del Transporte (en adelante, UCOT) y citó en garantía al Banco de Seguros del Estado de la República Oriental del Uruguay (en adelante, BSE).

IV. La decisión judicial

En octubre de 2017 se dictó la sentencia de primera instancia por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil 36 con asiento en la Ciudad de Buenos Aires y que hizo en forma parcial -en base al derecho argentino de fondo- al reclamo interpuesto por la parte demandante con domicilio en Uruguay contra la demandada y conductora del vehículo, condenándola en base a una responsabilidad objetiva a reparar los daños ocasionados producto del accidente de tránsito, entre ellos: daño físico, incapacidad sobreviniente, psíquico y tratamiento; daños estéticos, daño moral y gastos de farmacia, asistencia médica y traslado. Hizo extensiva la condena a Liderar a fin de responder en los términos de la Ley de Seguros argentina.³⁰

Además, también aplicando derecho argentino de fondo se consideró que el conductor del transporte como así también la empresa de transporte público UCOT acreditaron las eximentes del artículo 184 del antiguo Código de Comercio, desobligándose ambos de la responsabilidad de transportistas ya que probaron la culpa de un tercero, en este caso la demandada, eximiendo también al BSE.

Cabe destacar que en ningún momento el juzgado de primera instancia hizo mención de la internacionalidad del caso ni a los instrumentos de fuente convencional que con Uruguay son múltiples.

La sentencia de Primera Instancia fue apelada ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala D,³¹ la parte actora lo hizo, respecto de la ponderación de los rubros indemnizatorios y de las normas a aplicar ya que pidió la aplicación del Código Civil y Comercial argentino en defecto del Código Civil y el Código de Comercio. La apelación de Liderar, citada en garantía de la demandada, reclamó la aplicación del

30 Publicada por Julio C. Córdoba en Fallos DIPr Argentina: Disponible en: <http://fallos.diprargentina.com/2019/06/marquez-lopez-melina-daniela-c.html>

31 Ibid. http://fallos.diprargentina.com/2019/06/marquez-lopez-melina-daniela-c_25.html

derecho uruguayo al fondo del asunto en virtud del Protocolo de San Luis y por tanto -según la aseguradora- la responsabilidad debía haber sido subjetiva en base al derecho oriental que no establece según la apelante criterios y pautas objetivas como lo hace el derecho argentino.

Se dictó sentencia en agosto de 2018 y el tribunal de alzada confirmó la sentencia en cuanto a sus rubros elevando el monto indemnizatorio en casi la totalidad de ellos y confirmó el rechazo de la acción contra el conductor y la empresa de transporte. Además, enfocó el caso en base a normas de Derecho Internacional Privado, a diferencia de la decisión de primera instancia.³²

V. Análisis del caso

1. Fuente normativa

El tribunal sentenciador de segunda instancia identificó con acierto la norma de Derecho Internacional Privado para el caso de accidente de tránsito en Uruguay, que en el caso era el Protocolo de San Luis.³³ Si bien la Cámara no remarca que el tribunal de primera instancia no analizó los elementos de internacionalidad del caso ni que en las situaciones de derecho privado con elementos multinacionales es necesaria la indagación de la existencia de tratados internacionales y su eventual aplicación,³⁴ encuadró el caso correctamente ya que analizó los ámbitos de aplicación de tratados internacionales como así también las normas de jurisdicción y sus criterios atributivos y también los puntos de conexión contenidos en las normas indirectas.

32 La Profesora Carolina IUD también comentó la sentencia objeto de este opúsculo. Ver: IUD, Carolina Daniela. "Accidente de tránsito en el extranjero y juicio en Argentina. ¿Qué derecho rige en lo relativo a la responsabilidad civil?", *La Ley*, 2018-E, 2018, pp. 48 y ss. Cita online: AR/DOC/2142/2018

33 El Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Parte del MERCOSUR, fue firmado en San Luis, Argentina el 25 de junio de 1996 y vigente en los cuatro Estados Parte del MERCOSUR: Para Paraguay (Ley N° 1205) y Uruguay (Ley N° 17050) desde el 19 de agosto de 1999, Brasil desde el 1 de marzo de 2001 (Decreto legislativo N° 259/2000) y Argentina desde el 20 de diciembre de 2001 (Ley N° 25407). Información disponible online en el sitio web del Ministerio de Relaciones exteriores del Paraguay https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx

34 Para el caso artículo 1 de la Convención interamericana sobre normas generales (CIDIP II) y el artículo 75 inciso 22 de la Constitución de la Nación Argentina que establece que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes.

2. Ámbitos de aplicación de las fuentes

Con una clara especificidad desde su ámbito de aplicación material, el Protocolo de San Luis regula cuestiones relacionadas a la jurisdicción internacionalmente competente, como así también aquellas referidas al derecho aplicable a la reparación de los daños que emergen en casos de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito ocurridos en territorio de un Estado Parte, en los que participen o resulten afectadas personas domiciliadas en otro Estado Parte.

De esta forma, así como su fuente de inspiración directa, el Convenio bilateral entre Argentina y Uruguay sobre accidentes de tránsito de 1991, fragmenta supuestos de responsabilidad civil con fundamentos en la ausencia de convenciones previas creando normas especiales.³⁵

Dada la naturaleza que poseen los tratados especiales, prevalecen por sobre los generales y también respecto al tratado bilateral con Uruguay pues le es posterior, y si bien el Protocolo de San Luis tiene una norma de compatibilidad en su artículo 12 que enuncia que no derogará las disposiciones de las Convenciones vigentes entre algunos de los Estados Parte que contemplen aspectos no previstos en este texto, se impone el principio de *lex posteriori* de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969 pues quedan abarcados sus supuestos.³⁶

3. Jurisdicción internacional

En la sentencia de primera instancia no hay referencias a la determinación de la jurisdicción como tampoco a ninguna norma de Derecho Internacional Privado al respecto. Sin embargo, la Cámara sí se ocupó del asunto al confirmar su competencia basándose en jurisprudencia de la Cámara Nacional de lo Civil, y sin mencionar la fuente normativa, concluye que serán competentes los tribunales del país a cuya ley esté sujeto el acto jurídico materia del juicio o los del domicilio de la parte demandada. A esta altura quienes estén avispadados/as en el tema, habrán advertido que esos son los criterios establecidos en los Tratados de Montevideo de Derecho Civil de 1889 y 1940.³⁷

35 NAJURIETA, op. cit. nota 4, pp. 171-176.

36 NOODT TAQUELA, op. cit. nota 11.

37 Ver análisis de esta fuente supra II. 3.

Aquí debió ser invocada la norma de jurisdicción prevista en el Protocolo de San Luis y si bien el resultado de la utilización de los criterios de la fuente montevideana se traduce -en este caso- a resultados iguales (por domicilio de la parte demandada) no será posible obtener los mismos resultados en otras circunstancias y menos aún en otros temas. Además, es preciso mencionar tratados posteriores como el bilateral con Uruguay, que es 51 años posterior al último de los acuerdos montevidianos o al Protocolo de San Luis, 56 años más joven.

Mas allá de ello, a los fines de atribución de competencia en la esfera internacional, el Protocolo de San Luis presenta en su artículo 7 un abanico de foros concurrentes que quedan a opción de la parte demandante y que pueden resultar mucho más favorables para la parte reclamante que la reglamentación montevideana. Entre ellos se encuentra el clásico y definitivo criterio del domicilio de la parte demandada complementado por el foro del lugar donde se produjo el accidente de tránsito. Estos dos criterios atributivos de jurisdicción concurren con el criterio del domicilio de la parte demandante.

Respecto de los dos primeros criterios, entendemos que responden a una lógica propia de la materia y que los hace razonables tanto para las partes interesadas en el caso, ya sea en su rol de damnificados y/o como productores del hecho dañoso como así también de las empresas aseguradoras como así también a otros terceros.

Ahora bien, si bien un foro basado en el domicilio de la parte actora es previsible para la parte demandada cuando está establecido en el marco de una fuente convencional, en este caso regional y en base a un proceso de integración, se ha dicho que la inclusión de esta posibilidad se entiende y responde más a la necesidad de proteger a una parte de débil desde el punto de vista jurídico que sería la parte demandante -que en principio es la damnificada en el accidente de tránsito-.³⁸ Además, esta parte contaría con la ventaja basada en una economía de gastos para la damnificada y una mayor protección de sus derechos ya que es en su domicilio donde verdaderamente se produce el evento dañoso y sus consecuencias negativas.³⁹

38 SCOTTI, Luciana B. “Diálogo de fuentes: las normas regionales del MERCOSUR y las nuevas disposiciones del Derecho Internacional Privado argentino”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, año 4 número 7, 2016, pp. 152-184, p. 180. <https://doi.org/10.16890/rstpr.a4.n7.p152>

39 DREYZIN DE KLOR, Adriana y ELLERMAN, Ilse. “La evolución de la responsabilidad civil extracontractual en el DIPr: a propósito de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2015-II, 2015, p. 24 y ss. Cita Online: AR/DOC/4036/2014

En este punto, da la sensación de que la mayor o menor debilidad de la parte damnificada por el accidente se verá en el caso en concreto y es algo para tener en cuenta.⁴⁰ En el mismo sentido cabe pensar que sucedería si las culpas son únicamente de quien inicia el reclamo arrastrando a la parte demandada ante tribunales extranjeros con los costos que esto puede acarrear.

Más allá de ello, y apartándonos del caso por un momento, corresponde mencionar que el criterio atributivo de jurisdicción domicilio o residencia habitual de la parte demandante presenta serias reservas cuando se lo incluye en las normas de dimensión autónoma.⁴¹ Entre las más recientes emergen los Principios de la ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia (TRANSJUS).⁴² que en su artículo 3.6.b lo califica como exorbitante pues el contacto con el foro carece de relevancia razonable, vulnerando el derecho de defensa o al debido proceso del demandado.⁴³

4. Derecho aplicable

En lo que se refiere al sector del derecho aplicable al fondo del asunto la sentencia llega a la conclusión que la ley aplicable al fondo del asunto es la del Uruguay en virtud del Protocolo de San Luis, tratado que escoge a través de una norma de conflicto el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se produjo el accidente, esta conexión que se encuentra en el primer párrafo del artículo 3 incorpora el clásico *lex loci delicti*. De esta forma las normas sustantivas del derecho oriental -Código civil uruguayo serán las que rijan y determinen los presupuestos y alcances de la responsabilidad por

40 Por caso, no será lo mismo la persona humana que sufra múltiples daños físicos que la incapaciten que el mero daño a un vehículo, en el primer caso parece darse una verdadera debilidad que no debería ser confundida con la posibilidad de una mayor protección por parte de los tribunales del país donde tiene su domicilio. A todo evento por más disonante que resulte este criterio atributivo, al estar inserto en un tratado cerrado y con pocos Estados parte no impediría la eficacia extraterritorial de las decisiones.

41 La Profesora NAJURIETA, en una línea desfavorable al criterio, más haciendo hincapié en la dificultad de la efectividad de la sentencia basada en el *forum actoris* razona que finalmente ello redundaría en perjuicio de la víctima y no en su beneficio. Ver NAJURIETA, op. cit. nota 4, p. 229, nota al pie 149. Cabe aclarar la opinión de Najurieta apunta a la inconveniencia de incluir el criterio domicilio de la parte actora en las normas fuente interna, inconveniente que desde luego no se presentaría entre los Estados parte del Protocolo de San Luis.

42 ASADIP es la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado. La versión en castellano de los Principios TRANSJUS de la ASADIP se encuentra disponible en el sitio web de la Asociación (junto a las versiones en lengua portuguesa, inglesa y francesa): <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf>.

43 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 323 (2006), Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 143-144.

el accidente de tránsito en las calles de Montevideo en defecto del derecho argentino utilizado por la primera instancia.

Además de la *lex loci delicti*, la norma del artículo 3 agrega prevé en su segundo párrafo la hipótesis que si en el accidente de tránsito hubiesen participado o hubiesen resultado afectadas únicamente personas domiciliadas en otro Estado distinto al que se produjo el hecho deberá aplicarse la ley sustancial del Estado de la residencia común de esas partes. Esta solución tiene sustento en la teoría de la *lex communis* que intenta encontrar el derecho aplicable en base a los contactos de las partes con el caso enlazando las circunstancias relevantes (en este caso los domicilios comunes) ponderando los factores relevantes y dejando de lado el punto de conexión lugar del accidente.⁴⁴

En forma adicional, el artículo 4 -en forma lógica- establece que la responsabilidad civil por los daños sufridos en las cosas ajenas a los vehículos involucrados en el accidente de tránsito será regida por el derecho interno del Estado en el que se produjo el hecho.

La posibilidad del desplazamiento de la ley aplicable al fondo del asunto desde la conexión lugar donde se produjo el hecho ilícito a la del domicilio común de las partes prevista en el artículo 3 segunda parte hizo necesaria una aposición más que razonable en el artículo 5 y es que independientemente del derecho que resulte aplicable serán tenidas en cuenta las reglas de circulación y seguridad en vigor en el lugar y en el momento del accidente.

Esta disposición respecto de las reglas de tránsito, que en el caso van de la mano a la ley aplicable, en nuestra sentencia resultan decisivas ya que se analizan en el caso las prioridades en el cruce de dos calles en Montevideo, para sobrepasar en una intersección y además el rol que cumplen las señales de tránsito, entre otras.

Por fin y también en forma coherente a los artículos 3 y 4, la norma del artículo 7 establece que el derecho que resulte aplicable a la responsabilidad civil determinará especialmente entre otros aspectos: Las condiciones y la extensión de la responsabilidad; las causales de exoneración, así como toda delimitación de responsabilidad y la existencia y la naturaleza de los daños susceptibles de reparación, las modalidades y

44 UZAL, *Derecho Internacional Privado*, op. cit. nota 5 especialmente pp. 659-663.

extensión de la reparación; la responsabilidad del propietario del vehículo por los actos o hechos de sus dependientes, subordinados, o cualquier otro usuario a título legítimo y finalmente la prescripción y la caducidad.

Decimos que la inserción es coherente ya que si esta norma no existiese igualmente los tribunales competentes como así las partes interesadas analizarán estas cuestiones de acuerdo con la norma de conflicto correspondiente, más allá ello parece razonable a fin de evitar fraccionamientos en el marco de la ley aplicable. En el caso la Cámara correctamente basa su análisis en las disposiciones del Código Civil uruguayo y sus artículos 1319, 1322 y 1324.⁴⁵

Aquí caben resaltar algunas cuestiones que no surgen del texto de la sentencia, pero deberían tenerse en cuenta, ya que surge a todas luces que la Cámara aplicó derecho del Uruguay para determinar la responsabilidad de la demandada y Si bien no menciona cómo lo hizo es evidente que el derecho extranjero por los tribunales extranjeros fue aplicado de oficio y en base a la teoría del uso jurídico ⁴⁶ ya que incluso cita doctrina oriental y distintas interpretaciones de conceptos referentes a la responsabilidad en base a aquel derecho.

Por último, en la sentencia llama la atención que al momento de estipular los intereses respecto de las sumas dinerarias la decisión establece que, por tratarse de cuestiones referidas a las modalidades de pago, se ha de aplicar el derecho del lugar de cumplimiento de la obligación: Argentina. La Cámara la justifica en base al artículo 33 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1940 que dice que los derechos sobre créditos se reputan situados en el lugar en donde la obligación de su referencia debe

45 Artículo 1319. Todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño impone a aquél por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo. Cuando el hecho ilícito se ha cumplido con dolo esto es, con intención de dañar constituye un delito; cuando falta esa intención de dañar, el hecho ilícito constituye un cuasidelito. En uno y otro caso, el hecho ilícito puede ser negativo o positivo, según que el deber infringido consista en hacer o no hacer.

Artículo 1322. Nadie es responsable del daño que proviene de caso fortuito a que no ha dado causa.

Artículo 1324 Hay obligación de reparar no solo el daño que causa por el hecho propio, sino el causado también por el hecho de las personas que uno tiene bajo su dependencia o por las cosas que se sirve o están a su cuidado.

46 Previstas en la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado. CIDIP II, 1979 art. 2 y el Convenio sobre aplicación e información del derecho extranjero. Buenos Aires, 20 de noviembre de 1980: art. 1 (Ley N° 22.411). Al respecto ver: PAREDES, Sebastián. “La visión y trascendencia del Protocolo adicional y del tratado de Derecho procesal internacional de Montevideo de 1889 para la aplicación e información del derecho extranjero” en: FRESNEDE DE AGUIRRE, Cecilia y LORENZO IDIARTE, Gonzalo (coords.), *Jornadas 130 aniversario. Tratados de Montevideo 1889. Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2019, pp. 339-352.

cumplirse. Si este lugar no pudiera determinarse a tiempo del nacimiento de tales derechos, se reputarán situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor.⁴⁷

Pensando este tema parece si la jurisdicción es argentina las sumas han de pagarse en moneda argentina y por tanto los intereses deberán ser de acuerdo con el derecho local. No parece razonable que el juicio y la consecuente reparación que tramita en Argentina se establezca en moneda uruguaya o peor, que se fije en moneda argentina pero los intereses de acuerdo a las tasas bancarias orientales.⁴⁸

5. Cuestiones de cooperación

La otra dimensión del problema de la aplicación es la información y prueba del derecho extranjero, que en este caso no es solamente de las normas del Código Civil uruguayo sino también respecto a las reglas de tránsito de la Ciudad de Montevideo y desde cuando entraron en vigor. Los convenios que regulan la acreditación del contenido del derecho extranjero se ocupan de los aspectos a acreditar de la ley extranjera y estos son, su texto, la vigencia, el sentido y el alcance legal, como también los medios de prueba idóneos a tal efecto.

Además del Convenio bilateral sobre aplicación e información del derecho extranjero de 1980 resultan aplicables el Protocolo (MERCOSUR) de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa firmado en Las Leñas el 27 de junio de 1992

47 IUD se pregunta es si el Protocolo de San Luis consiente esta especie de fraccionamiento, o si debería pensarse que quizá el monto de la indemnización como los intereses correspondientes deberían determinarse conforme el derecho del lugar donde ocurrió el accidente, para así resguardar la unidad del derecho aplicable. Ver IUD, op. cit. 32.

48 Una justificación pueda obtenerse a través de una aplicación analógica de los Principios de UNIDROIT para los contratos internacionales de 2016 que en su artículo 7.4.9 sobre los intereses por falta de pago de dinero) establece en su inciso (2) que el tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha de ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se aplicará el mismo tipo en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de dicho tipo en esos lugares, el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.

Iud, se pregunta que, si se admitiese el art. 33 de Montevideo civil de 1940, que, si está en presencia de una indemnización debida como consecuencia de un accidente de tránsito, se puede realmente considerarse que “el lugar de cumplimiento” de la obligación indemnizatoria no se encuentra determinado y se requiere acudir a la conexión subsidiaria del domicilio del deudor al tiempo del nacimiento de la obligación. O si en este tipo de situaciones, el lugar de cumplimiento de esta obligación es en realidad donde se genera la obligación indemnizatoria que, además en este caso, coincide con el del lugar donde se sufren las consecuencias del daño que, en este caso, es claramente en Uruguay. Ver op. cit. *supra*.

que en sus artículos 28 a 30 prevé la prueba documental y gratuita y que convive con la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero de 1979 firmada en el marco de la CIDIP II y que en su artículo 3 establece como medios de prueba idóneos la prueba documental, la pericial consistentes en informes y dictámenes de abogados/as matriculados en el otro Estado (en este caso Uruguay) y la informativa.

Este tema resulta ser perteneciente a la cooperación internacional y por tanto suele estar gobernado por normas de compatibilidad que les dan preminencia a los tratados más favorables a la cooperación.⁴⁹

VI. Conclusiones

La sentencia que nos convoca nos hace reflexionar sobre la importancia de los conceptos básicos del Derecho Internacional Privado: la determinación de la categoría del acto jurídico a resolver, que debe ser establecido teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso atendiendo a los principios que rigen cada institución.⁵⁰

Mas allá de ello, resulta decisiva la correcta determinación de las fuentes normativas y la utilización de los tratados internacionales en base a sus ámbitos de aplicación, esta tarea corresponde no solo a los tribunales sino también a los operadores jurídicos de la práctica y de la academia. Esta no es una cuestión menor ya que aplicar la fuente incorrecta puede llevar a un derecho distinto llamado a resolver el caso traducándose en resultados injustos e imprevisibles para los justiciables.

El Derecho Internacional Privado posmoderno presencia casos cada vez más sofisticados y que involucran todos los sectores del Derecho Internacional Privado: la jurisdicción, el derecho aplicable y la cooperación y que presencian la influencia de nuevos actores de la gobernanza global: los Estados, las organizaciones internacionales, nuevos actores privados y representantes de distintos sectores, el seguir estudiando y perfeccionándose hará que logremos obtener decisiones más justas.

49 NOODT TAQUELA, María Blanca. "Applying the most favourable treaty or domestic rules to facilitate Private International Law Co-operation", *Recueil des Cours*, Vol. 377, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2016, pp. 121-317.

50 "Tampoco es mencionada en la sentencia la forma en que se obtuvo la prueba pericial mecánica realizada que están gobernadas por la Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero. CIDIP I y el Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa de Las Leñas 1992".

ACCIDENTES DE TRÁNSITO EN EL MERCOSUR

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala G - “R. M. L. y otros C/ F. A. P. L. Y OTROS S/ Daños y perjuicios”, 18/08/15

*Rodrigo Fernando Piñeiro**

Sumario: I. Breve aproximación al tema; II. Marco normativo; III. Los hechos del caso y la decisión; IV. Análisis del caso: 1. El ámbito de aplicación del convenio. 2. Derecho aplicable. 3. Calificaciones autárquicas. 4. Aspectos regidos por el derecho aplicable. 5. Orden público. 6. Jurisdicción. 7. Notas a la sentencia; V. Colofón.

I. Breve aproximación al tema

Es común que los ordenamientos jurídicos organicen el sistema de responsabilidad civil delimitando dos áreas: una contractual y otra extracontractual. Esta técnica legislativa fue elaborada por el derecho romano, que estructuraba la primera de las órbitas señaladas en la ley de las doce tablas y la segunda en la *lex aquilia*,¹ clasificación seguida por el derecho francés y mantenida por nuestra legislación de fondo hasta su reciente sustitución.²

Mientras la responsabilidad contractual comprende todo supuesto de daños causados por el incumplimiento a una obligación preexistente; el

* Profesor de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Autor de artículos y capítulos de libros sobre temas de su especialidad.

1 Conf. ALTERINI, Atilio en *Contornos Actuales de la Responsabilidad Civil*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1.987, p. 49.

2 La reciente sanción del Código Civil y Comercial de la Nación eliminó esta distinción en el derecho material y la mantuvo en el sistema conflictual; ver PIÑEIRO, Rodrigo en *Obligaciones Extracontractuales y Derecho Internacional Privado*, Revista Anales de Legislación Argentina, La Ley, Año LXXVII, Nro. 1, enero 2.017.

ámbito extracontractual contempla el resarcimiento de aquellos perjuicios que han sido ocasionados en ausencia de una obligación anterior que ligara a las partes. Se advierte entonces que el deber de indemnizar surge con el evento disvalioso, momento en el que se infringe la prohibición legal de lesionar la esfera jurídica ajena (*alterum non laedere*).

Se trata pues, de una categoría jurídica definida por exclusión, circunstancia que determina la heterogeneidad de su contenido: aglutina una pluralidad de conductas diversas entre sí, tales como accidentes causados en la utilización de vehículos, ferrocarriles, aeronaves o buques; responsabilidad del fabricante por el daño que causa la utilización de un producto; infracción al derecho a la intimidad; responsabilidad por difamación; lesiones corporales; daños causados al medio ambiente; etc.

A ello se añade la facilidad con que esas relaciones jurídicas pueden internacionalizarse en la sociedad moderna de nuestros días, al verificarse la habitualidad con que las actividades de las empresas, de las personas físicas, de los consumidores y profesionales transponen las fronteras de los Estados nacionales. La apertura de los mercados y el empleo de las nuevas tecnologías convierten en transnacional cualquier actividad económica; resulta usual el turismo internacional y los viajes de negocios. Y claro está, el incremento de la actividad transnacional aumenta las probabilidades de que se generen obligaciones extracontractuales de carácter internacional.³

De ello se siguen cuestiones técnicas de extrema complejidad que condicionan la posibilidad de alcanzar sistemas eficientes en punto a establecer la jurisdicción internacional y la ley aplicable. A modo de ejemplo: ¿será preferible a los fines regulatorios apelar a una categoría general que comprenda, por tanto, la totalidad de las conductas potencialmente pasibles de ocasionar responsabilidad extracontractual; corresponderá, por el contrario, especificarlas (rescatando así sus particularidades) y reglarlas individualmente; o bien, será menester combinar ambas técnicas? Y desde una perspectiva estrictamente conflictual: ¿convendrá atenerse a criterios fijos (*lex loci delicti commissi*; *lex fori*; etc.); valerse de contactos flexibles recurriendo, por ejemplo, a la ley del Estado con el cual el caso multinacional presenta los “*vínculos más estrechos*”; o bien delinear combinaciones entre ellos que funcionen en sintonía?

³ Ver CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier en *Las Obligaciones Extracontractuales en Derecho Internacional Privado*, ed. Comares, Granada 2008, p. 7.

II. Marco normativo

La sentencia en comentario examinó un caso argentino-brasilero de responsabilidad civil extracontractual (accidente de tránsito). Y dirimió la ley aplicable conforme los términos del “Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Partes del MERCOSUR” (y su fe de erratas).⁴

III. Los hechos del caso y la decisión

El pronunciamiento de grado admitió la demanda deducida y condenó a los accionados (junto con la compañía aseguradora citada) a reparar económicamente los daños y perjuicios que padeció una familia, a consecuencia de cierto accidente vial ocurrido en una carretera del Brasil durante el año 2008. Ambas partes, sin embargo, se domiciliaban en la República Argentina.

La decisión mereció el reproche de los litigantes: los actores enjuiciaron la reducción a la mitad de las indemnizaciones que impuso la sentencia, en función al hecho de que las víctimas no habían llevado puesto el cinturón de seguridad al momento de ocurrir el siniestro. De su lado, los demandados consideraron altos los porcentajes de incapacidad fijados por los peritos y endilgaron responsabilidad a los padres, en tanto omitieron controlar el efectivo uso del cinturón por sus hijas. Y finalmente, la citada en garantía alegó que la cuantía de las condenas superaba el límite de la cobertura contratada en la póliza.

En ese marco de conocimiento, el vocal preopinante del fallo que anotamos,⁵ estimó adecuado fijar en primer término el derecho aplicable a la *litis*. Y con base en las disposiciones del Protocolo antes referido, juzgó que las cuestiones vinculadas a la responsabilidad civil debían dirimirse conforme al derecho material argentino; mientras que correspondía atenderse a la normativa brasileña respecto a las reglas de circulación.

De seguido puntualizó que, según prevé el art. 105 de la Ley Federal del Brasil N° 9503 del año 1997 que contiene el código de tránsito, el cinturón de seguridad es un elemento obligatorio del vehículo.

4 Aprobado por Dec. 1/96 del CMC. A nivel nacional fue aprobado por ley 25.407 y la República Argentina depositó el instrumento de ratificación el 20.10.01.

5 CNCiv, sala “G”, del 18.8.15, in re “R. M. I. y otros c/F.A.P.L. y otros s/daños y perjuicios”.

Sentado lo expuesto, se refirió al problema que importaba determinar si la falta de utilización del cinturón de seguridad “ejercía (o no) influencia causal a la hora de establecer la responsabilidad”. Y con cita de varios precedentes jurisprudenciales que abordaron casos absolutamente nacionales, negó que tal omisión pudiere configurar una “culpa concurrente de la víctima”, sino un agravamiento en las lesiones susceptible de incidir en el quantum de la indemnización.

Con pie en ello, desestimó los agravios de los actores. Y tampoco consideró atendibles las quejas de los accionados. Todo ello redundó en su propuesta de confirmar íntegramente la sentencia apelada; punto al que adhirieron oportunamente sus colegas de Sala.

IV. Análisis del caso

Nuestro interés en este trabajo radica en valorar ciertos aspectos de la sentencia vinculados al Derecho Internacional Privado, sin adentrarnos en el análisis de cuestiones ajenas a esta disciplina, aunque claro está, no por ello de menor importancia.

Ello así, habremos de considerar las disposiciones contenidas en el Protocolo ante mencionado prestando especial atención a la metodología seguida para establecer la ley aplicable, pues ese es el campo temático que ofrece la sentencia.

1. El ámbito de aplicación del convenio

El “Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Partes del MERCOSUR” establece su ámbito de aplicación en los siguientes términos: “El presente (...) determina el derecho aplicable y la jurisdicción internacionalmente competente, en casos de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito ocurridos en territorio de un Estado Parte, en los que participen o resulten afectadas personas domiciliadas en otro Estado Parte” (art. 1ro).

Resulta claro entonces, que el instrumento no pretende regular de manera general el capítulo de las obligaciones extracontractuales de raíz transnacional. Antes bien, reduce su imperio a una fuente específica: la

responsabilidad derivada de accidentes de tránsito. Y precisa los factores de internacionalidad que determinan su aplicación: la ocurrencia del hecho en un país miembro, cuando los participantes se domicilien en otro Estado parte.

Así las cosas, una interpretación que priorice la literalidad del texto llevaría a restringir su actuación a la configuración de un ineludible extremo: que todos los sujetos implicados en el accidente detenten domicilio en el mismo país distinto de aquél. Empero y como advierte la doctrina uruguaya al comentar un instrumento legal sustancialmente análogo al Protocolo,⁶ un temperamento semejante desnaturalizaría otras previsiones del convenio.

En efecto, la parte final del Prot: 3 establece la aplicación del derecho del Estado parte donde todos los partícipes o afectados se domicilian. Si esa fuera la única hipótesis de aplicación del convenio (como, insistimos, informa el art. 1ro.) ¿qué sentido podría tener la primera parte del mentado art. 3ro., cuando ordena atenerse al derecho del Estado parte “*en cuyo territorio se produjo el accidente*”. Otro tanto ocurre en materia de jurisdicción: si el Protocolo sólo se aplica ante la identidad de domicilios ¿por qué su art. 7mo. admite elegir entre deducir la demanda ante el Tribunal del domicilio del actor o del demandado?

Todo ello permite afirmar que el Protocolo resulta aplicable aunque no todos los domicilios de las personas afectadas en el accidente se ubiquen en el mismo Estado parte,⁷ en tanto se localicen en alguno de los países miembros del MERCOSUR al momento de ocurrir el accidente.

Sólo ante esa conclusión, cobran funcionalidad las disposiciones referidas.

2. Derecho aplicable

En materia de obligaciones extracontractuales los sistemas conflictuales han apelado históricamente a la regla de la *lex loci delicti commissi*, esto es: aplicar el derecho del lugar donde ocurrió el hecho ilícito.

6 Nos referimos al *Convenio sobre Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito*, concertado entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina, aprobado por ley 24.016.

7 FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. “Capítulo 28: Obligaciones extracontractuales”, en *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Coord.), Ed. Zavallía, 2003, p. 1.184.

Si bien sus antecedentes se remontan al derecho clásico griego y romano, tal criterio de selección logra su esplendor durante el siglo XIII, al ser adoptado por los estatutarios italianos.⁸ Y no resulta desconocido para nuestra tradición jurídica.⁹

Varios son los fundamentos que justifican su aplicación y que pueden sintetizarse así: el derecho a reclamar una indemnización se incorpora en el lugar donde se produjo el hecho generador del daño, de modo que a la ley de ese lugar le toca gobernar el reclamo (tesis de los derechos adquiridos); asegura el respeto a la soberanía del Estado donde se produjo el ilícito; genera previsibilidad para las partes involucradas; y logra un efectivo equilibrio entre los intereses públicos y privados que tiñen la acción resarcitoria.¹⁰

Ahora bien, la regla de la *lex loci delicti commissi* funciona correctamente mientras concurren en un mismo país la acción causal y las consecuencias dañosas que se derivan de ella. Empero, de no existir esa coincidencia, la conexión falla por ausencia de precisión. En esa emergencia, la doctrina ofrece tres opciones: i) atenerse a la ley del lugar donde el sujeto presuntamente responsable lleva a cabo el hecho generador (tesis de la actividad); ii) ceñirse al derecho del país donde se verifica el resultado dañoso (teoría del resultado); o iii) conferir facultad al actor (damnificado) para elegir entre la ley del lugar donde se realizó el acto causal o aquella del país en que se verifica el resultado dañoso (tesis de la ubicuidad).¹¹

Pero conviene tener presente, que esta corrección de la regla a partir de la *lex loci damni* se emparenta con el perjuicio *directo*. Es decir, que por *lugar del daño* debe comprenderse el país donde se produce el “impacto directo o inmediato del daño fáctico o económico” excluyéndose a los perjuicios por repercusión o indirectos. De otro modo: el *locus damni* a los efectos de la regla, no incluye el sitio donde la víctima sufre un perjuicio patrimonial consecutivo a un daño inicial que le hubiera sido infringido en otro Estado.¹²

8 Ver CALVO CARAWACA, ALFONSO y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER en *Las Obligaciones Extracontractuales en Derecho Internacional Privado* ed. Comares, Granada 2.008, p. 105.

9 Repárese en que ya el art. 38 del Tratado de Derecho Civil Internacional suscripto en Montevideo en 1.889 marcaba esa dirección al prever que “las obligaciones que nacen sin convención se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden”; tal disposición es reeditada en la versión del año 1.940.

10 Para un examen detallado, ver PIÑEIRO, RODRIGO en “Obligaciones Extracontractuales y Derecho Internacional Privado”, *Revista Anales de Legislación Argentina*, Año LXXVII, Nro. 1, enero 2.017.

11 Ver CALVO CARAWACA, ALFONSO y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER en *Las Obligaciones Extracontractuales en Derecho Internacional Privado*, ed. Comares, Granada 2.008, p. 111 a 114.

12 GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO en *Derecho Internacional Privado*, ed. Civitas 2.017, ps. 400 y 401.

A los déficits anotados de estricta índole técnica, se añaden las severas críticas que la regla cosechó en el marco del embate que propició la doctrina norteamericana al multilateralismo. Sustancialmente fue alegado, que la abstracción y neutralidad del método conflictual¹³ redundaban en una justicia de baja calidad, puesto que además de no atenderse los datos concretos del caso multinacional, tampoco era considerado el resultado final que podía arrojar la aplicación del derecho material conectado.

Las alternativas elaboradas, sin embargo, lejos estuvieron de alcanzar consenso; antes bien: se realizaron propuestas que fueron desde posiciones moderadas (que abogaron por flexibilizar la rigidez del sistema, aunque sin alterar su raíz multilateralista), hasta aquellas más radicalizadas que derechamente propiciaron abolir el esquema conflictual.¹⁴

En el conjunto de las primeras se destaca por su predicamento, la “tesis del derecho apropiado” formulada por John Morris. Luego de destacar que “una sola fórmula mecánica [era] poco probable que [pudiere] producir resultados satisfactorios para todos los tipos de casos de responsabilidad extracontractual”;¹⁵ el profesor estadounidense sugirió que los jueces resolvieran los problemas multiestatales de esa materia, a partir de seleccionar el derecho que, según fundamentos de política legislativa, tuviera la “conexión más significativa” con el daño concreto y con la cuestión específica planteada.¹⁶

Varios precedentes jurisprudenciales se enrolaron en esa corriente, cuando decidieron aplicar la ley del Estado con el cual –según sus criterios– el caso multinacional presentaba los “vínculos más importantes” (most significant contact).¹⁷

13 Es sabido que las normas de conflicto o indirectas participan de las siguientes características: son abstractas o generales y neutrales. Lo primero, porque a partir de una categoría jurídica amplia (vg. sucesiones) pretenden resolver una nutrida variedad de cuestiones que integran la institución (porciones legítimas, legados, derecho de representación, etc.). Y lo segundo, porque en su formulación poco importa el contenido material del derecho potencialmente detallado. Ver PINEIRO, Rodrigo en “Notas sobre Método y Derecho Internacional Privado”, *RDCO*, n° 267, julio-agosto 2.014, p. 189.

14 Ver el detalle realizado por JUENGER, Friedrich en “La Doctrina Estadounidense Contemporánea en Materia de Conflicto de Leyes a Través de Varios Autores”, *Revista de la Asociación de Derecho Comparado*, Año 1.982, n° 5to.

15 Cf. DOLINGER, en “Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Fields of Contracts and Tort”, ver *Recueil des Cours*, vol. 283, 2.000, p. 456.

16 JUENGER, Friedrich en “*Derecho Internacional Privado y Justicia Material*”, ed. Porrúa, México, 2.006, p. 106.

17 Ver JUENGER, Friedrich en “La Doctrina Estadounidense Contemporánea en Materia de Conflicto de Leyes a Través de Varios Autores”, en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, Buenos Aires 1.982, n° 5, p. 172 y ss.

Repárese por caso, en el fallo “*Babcock c/ Jackson*”.¹⁸ En el mentado precedente, el tribunal del Estado de Nueva York decidió acoger la pretensión que, por indemnización de daños y perjuicios, dedujera el accionante. Babcock había resultado lesionada a consecuencia del accidente de tránsito que protagonizara junto al demandado, quién conducía el vehículo que la transportaba por Ontario –provincia del Canadá-. La sentencia desdeñó la aplicación de la *lex loci delicti commissi* –en cuyo caso, el pleito hubiera sido fallado al amparo de la legislación de Ontario, que no reconocía reparación alguna fundada en la responsabilidad por transporte benévolo- y aplicó la ley con la cual la relación encontraba su “*centro de gravedad*”; es decir, los contactos de mayor relevancia, que no era otra que la *lex fori*, habida cuenta que los contendientes tenían domicilio en Nueva York, era ahí también donde se había decidido el transporte benévolo, para finalmente destacar que fue en el territorio Estadounidense donde el viaje debía iniciarse y concluirse.

También es dable destacar, que la regla 145 del “*Restatement of Conflict of Laws Second*” referida a los ilícitos, acepta en general la sujeción de esta categoría a la ley del lugar que ostente la relación más significativa entre el hecho y las partes. Y en el párrafo 2do. indica al intérprete los contactos a tener en cuenta: lugar de acaecimiento del daño; lugar donde se originó el hecho productor del perjuicio; domicilio, residencia, o nacionalidad, el lugar de constitución social o el domicilio de negocios de las partes involucradas y el lugar donde se centra la relación entre las partes.

Estaba claro entonces, que ese cúmulo de reproches suscitados en la doctrina (brevemente relacionados) y el eco que despertaron en la jurisprudencia, no podía pasar inadvertido en las modernas formulaciones legislativas. El impacto encontró cause en dos sentidos: por un lado, comenzó a especializarse la categoría (se optó por regular separada e individualmente los distintos tipos de responsabilidad extracontractual atendiendo a su fuente¹⁹). Y por otro, se hizo frecuente el uso de puntos de conexión con carácter alternativo, subsidiario, acumulativo o en cascada, dejando como residuales a las conexiones clásicas (técnica seguida por el Reglamento CE 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo del 11.7.07 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, Roma II).²⁰

18 Sentencia de la Court of Appeals del Estado de Nueva York –EEUU- del 9.5.63, ver FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara en *Derecho Internacional Privado – parte especial*, ed. Universidad, Buenos Aires 2.000, p. 320.

19 Ejemplos de ello son el “*Convenio sobre Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por Carretera*”, La Haya 1.971; o el “*Convenio sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad derivada de los Productos*”, La Haya 1.973.

20 Ver LAJE, Rodrigo en *Código Civil y Comercial de la Nación*, dir. Alberto Bueres, ed. Hammurabi, Buenos Aires

En ese contexto de cuestionamiento y posterior innovación respecto de las conexiones tradicionales, es sancionado el Protocolo de San Luis. Su texto prevé que “La responsabilidad civil por accidentes de tránsito se regulará por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se produjo el accidente. Si en el accidente participaren o resultaren afectadas únicamente personas domiciliadas en otro Estado Parte, el mismo se regulará por el derecho interno de éste último” (Prot: 3).

Se sanciona, es cierto, la controvertida regla de la *lex loci delicti commissi*. No obstante, inmediatamente después y en aras de flexibilizar la rigidez de la que ya dimos cuenta, se erige la *lex communis* dando relevancia al contexto social de los intervinientes en el siniestro.²¹ En otros términos: el criterio general que propugna seguir la ley del lugar donde ha ocurrido el hecho ilícito, cede en favor del derecho donde repose el domicilio común de las partes.

En efecto, la norma comienza por aprender los supuestos donde participaron o fueron afectadas personas que se domiciliaban en más de uno de los Estados parte en el convenio. Y dispone la aplicación del Derecho material del Estado parte donde ocurrió el accidente, puesto que si todos los sujetos mencionados tuvieran su domicilio en el mismo Estado parte que, a su vez, difiere de aquél donde ocurrió el siniestro, correspondería aplicar el Derecho material del país del domicilio común.

Desde otra perspectiva, cabe ponderar a su vez, la certeza que genera la letra del Protocolo en cuanto refiere al “derecho interno del Estado Parte”, pues inhibe la aplicación del “reenvío”.

Debe advertirse también, que la referencia al domicilio común efectuada por la norma omite precisar el rango temporal de valoración (*conflicto móvil*). Es probable entonces, que el intérprete abrigue dudas en punto al momento en que corresponde materializar la conexión: ¿cuando ocurrió el accidente; al tiempo de deducirse el reclamo en justicia; o bien en la instancia de dictarse la sentencia?

En tales casos de imprevisión legal, resulta pertinente atenerse al momento de aparición del hecho jurídico que causa la constitución,

2.017, T. 6, p. 789.

21 Ver PIÑEIRO, Rodrigo en *Obligaciones Extracontractuales y Derecho Internacional Privado*, Revista *Anales de Legislación Argentina*, Año LXXVII, n° 1, enero 2.017.

modificación o extinción de la situación captada en el tipo.²² En efecto, debe presumirse que la norma de conflicto fija la ley aplicable en un tiempo determinado: aquél que dio origen a la situación jurídica; pauta que permite concretar el derecho aplicable *ab initio*, sin que modificaciones posteriores lo alteren y comprometan el ideal de la seguridad jurídica.²³

Así las cosas, nos parece que frente a partícipes o afectados que pudieren haber mudado su domicilio de país luego de ocurrido el accidente, la verificación sobre la concreción (o no) del domicilio común, deberá efectuarse prestando atención al que detentaban cuando se produjo el daño cuya reparación es reclamada en justicia.²⁴

El dispositivo legal se completa con el Prot:5 en cuanto preceptúa que “Cualquiera fuere el derecho aplicable a la responsabilidad, serán tenidas en cuenta las reglas de circulación y seguridad en vigor en el lugar en el momento del accidente”.

De modo que, aun localizándose en un mismo Estado parte el domicilio de todos los partícipes y afectados por el accidente ocurrido en otro país del MERCOSUR, debería aplicarse el derecho de esa última nación en todo aquello concerniente a reglas de circulación.

Ambas previsiones conformarían para tal evento, un sistema que se asemeja a una acumulación distributiva,²⁵ pues abriría la posibilidad de aplicar dos ordenamientos jurídicos nacionales simultáneamente: mientras todos los aspectos consignados en el Prot:6 (propriadamente vinculados al alcance y la extensión de la responsabilidad civil) habrían de regularse por el derecho interno del Estado del domicilio común de las partes; las cuestiones atinentes a reglas sobre circulación y seguridad serían fijadas por el derecho interno del Estado donde se produjo el accidente.

22 BOGGIANO, Antonio en *Derecho Internacional Privado*, ed. LexisNexis, Buenos Aires 2.006, T. I, p. 432.

23 Ver CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier en *Derecho Internacional Privado*, ed. Comares, Granada 2.017, T. I, p. 495.

24 En ese sentido, el legislador de la fuente interna ha previsto y solucionado el problema. El CCyCN:2657 prevé hacia el final de su texto que “cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país”.

25 En la técnica conflictual, se denominan puntos de conexión *acumulativos* a los que operan al mismo tiempo y en el mismo plano. Es decir que, por efecto de ellos, resultarán aplicables simultáneamente varios ordenamientos jurídicos estatales. Y la acumulación es llamada *distributiva*, cuando por efecto de ella resulta que ciertos aspectos del caso *insprativista* deben regirse por un determinado ordenamiento jurídico, mientras que los restantes pasan a gobernarse por otro derecho nacional. Ver CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier en *Derecho Internacional Privado*, ed. Comares, Granada 2.017, T. I, ps. 437 y 438.

Es importante reparar además en la letra del Prot:4 “La responsabilidad civil por daños sufridos en las cosas ajenas a los vehículos accidentados como consecuencia del accidente de tránsito, será regida por el derecho interno del Estado Parte en el cual se produjo el hecho”. Su efecto no es otro que excluir del ámbito de acción de la *lex communis* a las reclamaciones que tuvieren por eje los daños causados a las cosas ajenas a los vehículos que intervinieron en el accidente.

3. Calificaciones autárquicas

El Convenio establece que “A los fines del presente protocolo se considerará domicilio, subsidiariamente y en el siguiente orden: a) cuando se tratare de personas físicas: 1. la residencia habitual; 2. el centro principal de sus negocios; b) cuando se tratare de personas jurídicas: 1. la sede principal de la administración; 2. si poseen sucursales, establecimientos, agencias o cualquier otra especie de representación, el lugar donde cualquiera de éstas funcionen”.

Merced a definiciones específicas, pretendieron resolverse posibles problemas de calificación sobre uno de los términos centrales del dispositivo legal (domicilio). Y a tal efecto se utilizó parcialmente el texto de la “Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado”,²⁶ que la República Argentina no ha ratificado.

Pero debemos enfatizar que en tal empresa, el texto aprobado no es del todo satisfactorio, pues omite definir el giro “residencia habitual”. De ese modo, exige reconstruir el significado del término y conspira así contra su interpretación uniforme en los Estados parte toda vez que, como es sabido, la calificación de los puntos de conexión se realiza, por principio general, conforme *lex fori*.²⁷

26 El tratado prevé que “El domicilio de una persona física será determinado, en su orden por las siguientes circunstancias: 1. El lugar de la residencia habitual; 2. El lugar del centro principal de sus negocios; 3. En ausencia de estas circunstancias, se *reputará como domicilio el lugar de la simple residencia*; 4. *En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare*”.

27 BOGGIANO, Antonio en *Derecho Internacional Privado*, ed. LexisNexis, Buenos Aires 2006, T. I, p. 563. En sede nacional sería lógico apelar al CCyCN:2613, en cuanto prevé que “A los fines del derecho internacional privado la persona humana tiene: (...) b) Su residencia habitual, en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado”.

4. Aspectos regidos por el derecho aplicable

La regulación conflictual de las obligaciones nacidas sin convención admite dos modelos: puede disponerse que la totalidad de las cuestiones vinculadas a la responsabilidad civil queden gobernadas por un único derecho; o bien fraccionar la relación jurídica con pie en el método analítico y sujetar distintos aspectos a varios ordenamientos.²⁸

El Protocolo claramente se enrola en esa primera postura. Dispone al respecto en su art. 6to. que “El derecho aplicable a la responsabilidad civil conforme a los artículos 3 y 4 determinará especialmente entre otros aspectos: a) Las condiciones y la extensión de la responsabilidad; b) Las causas de exoneración así como toda delimitación de responsabilidad; c) La existencia y la naturaleza de los daños susceptibles de reparación; d) Las modalidades y extensión de la reparación; e) La responsabilidad del propietario del vehículo por los actos o hechos de sus dependientes, subordinados, o cualquier otro usuario a título legítimo; f) la prescripción y la caducidad”.

Parece claro que la mención particular de varios aspectos atinentes a la responsabilidad civil que efectúa la norma es meramente descriptiva. Y que por ello, no excluye otros tantos del ámbito de aplicación de la ley material que pudiere gobernar el caso según los lineamientos ya comentados.

5. Orden público

El art. 67 del Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), establece que sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por ese instrumento, cuando resulte “manifiestamente incompatible” con el orden público del foro.

La expresión destacada constituye la fórmula habitual que emplean los modernos textos autónomos y convencionales para regular la institución. Y denota el criterio restrictivo que cabe asignar a la excepción,²⁹

28 Ver LAJE, Rodrigo en *Código Civil y Comercial de la Nación*, dir. Alberto BUERES, ed. Hammurabi, Buenos Aires 2.017, T. 6, p. 791.

29 FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia en *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, ed. Zavalía, Buenos Aires 2.003, p. 298.

en la inteligencia de reducir al mínimo posible su actuación.

Es que desde antaño viene denunciándose el abuso que del orden público se hace, a efectos de eludir la aplicación de la ley foránea, ya sea por ignorancia o el menosprecio de las instituciones y derechos extranjeros.³⁰

Por tanto, si bien no encontramos en el Protocolo una previsión similar a la europea, debe recordarse que esa misma línea de interpretación fue consagrada en el art. 5to. de la “Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado” (adoptada por todos los Estados del MERCOSUR).

De ello se sigue, que los Estados mercosureños al invocar razones de orden público para omitir la aplicación del derecho indicado por el Convenio (facultad que, por cierto, conservan), deban actuar con suma prudencia, pues de lo contrario conspirarían contra el objetivo que se han trazado en conjunto: “brindar un marco de seguridad jurídica que garantice soluciones justas y la armonía de las decisiones vinculadas a la responsabilidad civil emergente de accidente de tránsito” (ver considerandos del Protocolo).

6. Jurisdicción

Todo caso multinacional nos expone al siguiente interrogante: ¿cuál será el Estado cuyos jueces deberán intervenir, si fuese decidido promover algún reclamo con base en determinada relación jurídica? Tal el problema de la jurisdicción internacional.

En efecto, entendemos por ello la “aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales, ya pertenezcan a la jurisdicción contenciosa o voluntaria”.³¹

Por consiguiente, la jurisdicción internacional constituye una potestad que asumen los tribunales de un Estado, cuando les corresponde decidir respecto de relaciones jurídicas vinculadas con dos o más

30 DAVID, René en *Tratado de Derecho Civil Comparado*, ed. Olejnik, Buenos Aires 2.018, p. 64.

31 CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier en *Derecho Internacional Privado*, ed. Comares, Granada 2.010, T. I, p. 77.

ordenamientos jurídicos, cuyo debate presenta un interés privado.³²

La institución así caracterizada, exige no obstante algunas precisiones. Puede primero ser clasificada en directa e indirecta. La primera de esas categorías se relaciona con el análisis que efectúa el Juez nacional para determinar si el caso mixto sometido a su juzgamiento pertenece al país. Por el contrario, la segunda refiere al examen que realiza el Magistrado sobre la jurisdicción internacional de su par extranjero, ante la petición por el reconocimiento o ejecución de una sentencia dictada por este último.³³

Por otra parte, el examen de las normas atributivas de jurisdicción permite advertir que, en ocasiones, el dispositivo legal adjudica competencia exclusivamente a un foro³⁴ participando entonces del grupo de normas que Quintín Alfonsín llamaba preceptivas;³⁵ en otros casos, asigna jurisdicción a dos o más Tribunales de diversos Estados³⁶ existiendo entonces jurisdicciones concurrentes para decidir el caso *iusprivatista* – normas optativas en los términos del autor citado-; o bien puede ocurrir que el precepto delegue en las partes la elección del foro al cual desean sujetarse.³⁷

32 Explica VICO que “el ciclo de las relaciones jurídicas puede limitarse a un solo ámbito territorial, o abarcar dos o más soberanías legislativas, caso este en que se plantea el problema de determinar cuál ha de ser el juez competente para aplicar el derecho pertinente. Desde este punto de vista, el derecho procesal internacional fija las reglas referentes a la jurisdicción y competencia en la esfera internacional, a los modos de proceder y a la ejecución de las sentencias extranjeras”. En *Curso de Derecho Internacional Privado*, ed. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires 1.957, T. II, p. 271.

33 KALLER DE ORCHANKY, Berta en *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, ed. Plus Ultra, Buenos Aires 1.997, p. 453. Tal distinción fue elaborada por Bartín: “En la primera [competencia general directa], la cuestión es de saber si los tribunales de un país determinado son generalmente competentes para conocer en un litigio que les ha sido sometido (...) hay una segunda hipótesis: puede tratarse del exequatur o del reconocimiento de un fallo extranjero, y se debe buscar si el tribunal extranjero que lo ha dictado, era competente para darlo. Esta cuestión debe ser resuelta por las reglas de derecho internacional privado del país en donde se invoca el fallo”, citado por ROMERO DEL PRADO, Víctor en *Manual de Derecho Internacional Privado*, ed. La Ley, Buenos Aires 1.944, T. II, ps. 705 y 706.

34 Prevé el CCyCN:2609 que “Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para conocer en las siguientes causas: a) en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República; b) en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino; c) en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en la Argentina”.

35 citado por KLEIT, Selva en “La Jurisdicción Internacional”, publicado en *Curso de Derecho Procesal Internacional*, ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1.997, p. 100.

36 Cfr. el “*Convenio de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito*” celebrado entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, aprobado por ley 24.106, que en su art. 7 confiere jurisdicción a los tribunales del lugar donde se produjo el accidente; del domicilio del demandado o; del domicilio del actor.

37 Conviene puntualizar que existe una norma que atribuye previamente, la competencia del caso a una jurisdicción, permitiendo a su vez, la modificación de esta regla mediante el instituto de la prórroga de competencia internacional.

El Prot: 7 avanza precisamente sobre la jurisdicción directa al fijar tres foros concurrentes. Prevé en concreto que “Para ejercer las acciones comprendidas en este Protocolo serán competentes, a elección del actor, los tribunales del Estado Parte: a) donde se produjo el accidente; b) del domicilio del demandado; y c) del domicilio del demandante”.

Vale insistir en ello: los criterios de atribución o “foros” de que se vale el Convenio se encuentran en pie de igualdad; es decir: no existe prevalencia de uno por sobre los otros.

El primero de ellos, se erige como un foro especial,³⁸ cuya justificación estriba en dos elementos: i) reduce notoriamente los costos del litigio, habida cuenta la proximidad del Tribunal con el lugar de los hechos; y ii) su competencia puede ser razonablemente prevista para todos los afectados.³⁹

Ninguna objeción podría producir asimismo, el segundo de los referidos por la norma, puesto que el foro del domicilio del demandado constituye un criterio de atribución general ampliamente receptado. Su justificación radica principalmente en el hecho de que todo proceso judicial implica una intromisión sobre la persona y patrimonio del accionado; de manera que ningún Estado estaría más legitimado al efecto, que aquél donde ese sujeto vive. A ello se añaden razones de economía procesal: se reducen notablemente los gastos que implican el cumplimiento de las notificaciones y la implementación coactiva de las decisiones judiciales, pues es de suponer que el domicilio de la persona coincidirá con la situación de su patrimonio.⁴⁰

Es el mencionado en último término, aquél que nos genera dudas.

No somos ajenos a la cada vez más frecuente influencia que el método clásico conflictual recibe, en punto privilegiar la elección de la ley más favorable a ciertos intereses; finalidad también perseguida en el campo de la jurisdicción. Se ha dicho en tal sentido, que “es clara la existencia de una tendencia en el derecho internacional privado a no

38 Los foros especiales son aquellos que se estipulan en relación a determinada materia. Su formulación está directamente relacionada con las particularidades de la cuestión regulada y es esa especificidad lo que los hace inhábiles para servir para una materia diferente. Ver FERNÁNDEZ ARROYO, Diego en *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, ed. Zavalía, Buenos Aires 2.003, p. 158.

39 Ver CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier en *Las Obligaciones Extracontractuales en Derecho Internacional Privado*, ed. Comares, Granada 2.008, p. 14.

40 GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco en “*Derecho Internacional Privado*”, ed. Civitas, 2017, p. 92.

ser más neutro y abstracto en el reparto de la competencia legislativa o judicial, sino más bien a buscar la justicia del caso concreto en el plano conflictual, adoptando criterios que tienen en cuenta los intereses de las partes, pero especialmente los de la víctima”.⁴¹

Sin embargo, el *forum actoris* también ha despertado reparos en la doctrina: ha sido advertido con referencia a la fuente interna, que puede “desequilibrar la previsibilidad de la jurisdicción (...) afectando incluso la eficacia de la ejecución de la decisión en un país extranjero”.⁴²

Ahora bien, es cierto que tratándose de un ámbito convencional, la circulación en el espacio MERCOSUR de una sentencia dictada sobre la base jurisdiccional del domicilio del actor, no debería ser enjuiciable. Empero y con independencia de ello, no parece que pese a localizarse el lugar del accidente y el domicilio del presunto comitente en un Estado parte; la simple localización en otro país mercosureño del domicilio de la víctima (en rigor: su “*residencia habitual*”), constituya un elemento de proximidad suficiente para fijar jurisdicción; circunstancia que permitiría tildar a ese foro de exorbitante.⁴³

6. Notas a la Sentencia

Las modestas reflexiones que nos demoraron hasta aquí, permiten ahora pensar ciertos aspectos del pronunciamiento desde una perspectiva más cabal.

A tales fines, vale recordar que se trató de un accidente vial ocurrido en el Brasil y que tanto las víctimas como quienes fueron sindicados responsables del siniestro, se domiciliaban en la República Argentina. Así caracterizado, el caso se ajustaba claramente al ámbito de

41 FERMÉ, Eduardo en *La Responsabilidad Civil por Hechos Ilícitos en el Derecho Internacional Privado*, trabajo presentado en el ámbito de la Asociación Argentina de Derecho Internacional; 4° Congreso Argentino de Derecho Internacional de 1.989, p. 2. Inédito, obtenido por gentileza de la Biblioteca de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal.

42 NAJURIEGA, María Susana en “Aportes y Desafíos de la Regulación de la Responsabilidad Civil no Contractual en Casos Multinacionales”, *Relato sección Derecho Internacional Privado*, XXVIII Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, La Matanza, Buenos Aires, 8, 9 10 de septiembre de 2.016, p. 23.

43 “Cuando los foros de competencia no responden a criterios de proximidad más o menos objetiva, sino que se asientan en criterio de conexión débiles, tendientes a favorecer un interés privativo del Estado del foro (nacionalidad del demandante, o mera presencia ocasional del demandado o de parte de sus bienes en el territorio: *forum arresti*, *forum patrimonii*, *forum presentiae*, etc.), se habla de foros exorbitantes, por oposición a foros normales o apropiados. Estos últimos presentan un doble elemento de proximidad y neutralidad genérica que no aparece en los foros exorbitantes”, FERNÁNDEZ ROZAS, José y SÁNCHEZ, Lorenzo Sixto, en *Derecho Internacional Privado*, ed. Civitas, 2018, p. 59.

aplicación material y espacial del Protocolo.

Y si bien no fue objeto de controversia, tampoco parece enjuiciable la jurisdicción argentina, pues deducida la demanda en el país (es decir: ejercida por los actores la facultad que le confería el Tratado) se verificaba también en la República el “*domicilio del demandado*”.

Por otra parte, ningún reproche puede efectuarse a la decisión de la Sala, en punto a regir los aspectos vinculados a la responsabilidad civil por el derecho material argentino (en tanto Estado parte donde se localizaba el domicilio común) y atenerse a las normas brasileras sobre circulación y seguridad pues, como fue dicho, en esa nación ocurrió el accidente (Prot: 3, 5 y 6).

No obstante, quizás resulten pertinentes algunas observaciones en relación al modo en que el Tribunal argentino aplicó derecho extranjero (brasileño). Veamos.

Fue acreditado que al momento de ocurrir el siniestro, las víctimas (y actores) no llevaban puesto el cinturón de seguridad. Con cita del 105 de la ley Federal del Brasil n° 9503 del año 1.997, el Tribunal concluyó que la utilización de ese elemento de seguridad constituía una obligación. Empero, las consecuencias de esa inobservancia (imposibilidad de que tal conducta pudiere configurar culpa de la víctima, sino exclusivamente una mengua en el *quantum* de las indemnizaciones) fueron valoradas con arreglo a cierta línea de interpretación jurisprudencial construida respecto de casos absolutamente nacionales; es decir: apoyados en derecho material argentino.

En otros términos: el Tribunal decidió las consecuencias de incumplir la manda impuesta por el derecho extranjero del Brasil, según las previsiones fijadas para tal circunstancia por el derecho local (argentino).

A tenor de lo previsto en el Prot: 6, compartimos plenamente esa esquila de solución.

Sin embargo, ello no impide explorar otras posibilidades interpretativas.

En esa inteligencia, vale recordar que la “Convención Interamericana Sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado” (tratado del que son parte todos los Estados mercosureños)

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

Se incorpora un claro mandato con sustento en la “teoría del uso jurídico”.⁴⁴ De ese modo, cuando resulte aplicable el derecho extranjero, corresponde en el foro “...darle el mismo tratamiento de fondo 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 podía haberse radicado si realmente se hubiere planteado en aquel país”.⁴⁵ Es decir: el Tribunal debe aplicar el derecho del país extranjero exactamente como lo haría un juez de ese Estado.⁴⁶

Ello así, podría pensarse que las consecuencias legales derivadas del incumplimiento a la regla de utilizar el cinturón de seguridad (tales como su posible incidencia causal en el ilícito; la relevancia que pudiere tener en la fijación del *quantum* de las reparaciones dinerarias a disponer; o cuestiones de otra naturaleza) tendrían que haber sido ponderadas según el derecho material brasilero. De otra manera y para utilizar el término de que habitualmente se vale la doctrina especializada: podría alegarse que la tarea del juez argentino era “imitar” la determinación que sobre el punto habría tomado su par brasilero, para el supuesto de haber conocido en un caso análogo sujeto a su propio derecho.

Acaso sería posible también razonar del siguiente modo.

Si el art. 9no. de la Convención referida prevé que “Las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, [sean] aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones...”; no debería descartarse entonces, la alternativa de resolver la contienda de manera coordinada. Esto es: imponer los efectos jurídicos que para la infracción al deber de utilizar el cinturón de seguridad, preveían tanto la ley sustancial brasilera vigente en el lugar del siniestro, como de la ley

44 FRESNEDE DE AGUIRRE, Cecilia en *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, ed. Zavalía, Buenos Aires 2003 p. 317.

45 GOLDSCHMIDT, Werner en *Derecho Internacional Privado*, ed. Depalma, Buenos Aires 1.997, p. 137.

46 WOLFF, Martín en *Derecho Internacional Privado*, ed. Bosch, Barcelona 1.958, ps. 205 y ss.

argentina que gobernaba el fondo del reclamo.

V. Colofón

Dentro del amplísimo catálogo de relaciones jurídicas que integran el contenido de las obligaciones extracontractuales, la resolución en justicia de los perjuicios que se derivan de los accidentes de tránsito en particular, constituye un interés central de toda sociedad moderna.

En las líneas precedentes, hemos tenido oportunidad de ponderar diversos aspectos del instrumento legal diseñado al efecto por los Estados mercosureños, a partir de su aplicación por un Tribunal argentino.

Destacamos el carácter moderado que asumió la adopción de la regla *lex loci delicti commissi*, y si bien coincidimos plenamente con la solución elaborada a su amparo, expusimos también otras posibles interpretaciones del texto legal.

Dimos cuenta además, de los reparos que algunas calificaciones nos generaban y manifestamos nuestro disfavor al *forum actoris* que erige el Convenio.

Sin embargo y más allá de tales consideraciones, no puede soslayarse que la sanción en el ámbito regional del “Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Partes del MERCOSUR” supone la incorporación de un texto legal de gran utilidad, en tanto resuelve eficazmente el problema de la jurisdicción y la ley aplicable.

LA APLICACIÓN DEL PROTOCOLO DE SAN LUIS

Cámara Civil y Comercial Departamento Judicial de Formosa, “Carabajal, Paz Martina por sí y por sus hijos menores c. Juarez, Gabriel y/u otro y/o quien resulte responsable s. ordinario”, 08/03/10.

*Mariela Carina Rabino**

Sumario: I. Breve aproximación al tema; II. Marco normativo; III. Los hechos del caso; IV. La decisión judicial; V. Análisis del caso: 1. Agravio de la demandada. 2. Sentencias. 3. El *fórum actoris* en DIPr; VI. Conclusiones.

I. Breve aproximación al tema

El tema del libro “El Derecho Internacional Privado del MERCOSUR en la práctica de los tribunales internos de los Estados Parte” merece algunas primeras consideraciones. Ante todo, corresponden mis sinceras felicitaciones a las coordinadoras, Dras. Luciana Scotti y Luciane Klein Vieira, por su elección y encuadre, ya que no podemos perder de vista la importancia de la relación entre el Derecho Internacional Privado (DIPr) y el Derecho de la Integración en los tiempos actuales. Lejos quedaron los presagios de desaparición del DIPr frente al surgimiento del Derecho Comunitario de la U.E., es que a poco de andar dicho sistema integracionista dejó claramente demostrado la imposibilidad de unificar todas las temáticas y la necesidad de mantener el conflictualismo de manera general y abarcativa en el ámbito intra comunitario, y con una presencia aún mayor en el extra comunitario. Sistema que no se

*Abogada, especialización en asesoramiento jurídico de empresas, profesora de Derecho Internacional Privado y en Derecho de la Integración, miembro de AADI, ASADIP, Sección de Derecho Internacional Privado del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aries, autora de varias publicaciones de la especialidad, mcrabino@hotmail.com

limita al conflicto de leyes sino que comprende también el conflicto de jurisdicciones. De allí su interrelación enmarcada, a su vez, en otra más general, nos referimos a aquella que sucede entre las distintas ramas del Derecho Internacional, además de las dos mencionadas nos restaría incluir al Derecho Internacional Público y a los Derechos Humanos.¹ Si bien cada una conserva su ámbito especial y su autonomía, lo cierto es que la realidad impone un análisis de relación pues los distintos temas presentan aristas tanto publicistas como privatistas, integracionistas y humanistas. Han abandonado sus compartimientos estancos para vincularse,² cada una interfiere en la otra, la condiciona y la transforma, obliga a plantearse no solamente los conceptos básicos, en su relación recíproca, sino también los cambios profundos que sus relaciones provocan.³

Asimismo, el tema se encuadra en la práctica de los tribunales internos de los Estados Parte. Se trata entonces de una perspectiva práctica y actual que denota la relación concreta que mencionamos, la necesidad y utilidad de su tratamiento.

El caso que nos ha sido asignado plantea la aplicación de la regulación mercosureña en materia de jurisdicción en los accidentes de tránsito, y nos ha traído las siguientes reflexiones que compartimos:

II. Marco normativo

El MERCOSUR promovido como un mercado común incluye entre sus libertades, la libre circulación de personas, mercaderías y capitales; aunque sabido es que en la práctica nos encontramos ante una unión aduanera imperfecta,⁴ no menos cierto es que dichas circulaciones se producen con distintos niveles de controles y restricciones. De allí la necesidad de regular la materia extracontractual, en el ámbito circunscripto a los accidentes de tránsito. La metodología regulatoria mercosureña plasma el sistema del DIPr al adoptar normas conflictuales, materiales y de jurisdicción en fuentes internacionales que requieren su posterior

1 BOGGIANO, A. *Tratado Derecho Internacional Privado*, Lexis Nexis, 2006, T I, pp. 1 ss., postula la tesis *ius inter iuria*.

2 FERNANDEZ ARROYO, D. "Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público", *elDial.com – DC18BA*, 22 de junio de 2012.

3 ESCALANTE PIZA, R. E. "El valor del derecho y la jurisprudencia internacional en derechos humanos en el derecho y la justicia internos, el ejemplo de Costa Rica", *Liberum Amicorum Héctor Fix Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-UE, 1998, Vol I, pp. 169 ss., esp. pp. 182.

4 FREELAND LÓPEZ LECUBE, A. *Manual de derecho comunitario*, Ed. Abaco, 1996, pp. 53 ss.

aprobación en los sistemas internos de los Estados Parte.

La utilidad de adoptar normas comunes en materia del derecho aplicable y la jurisdicción competente en los casos de responsabilidad civil por accidentes ocurridos en un Estado Parte y que afecten a las personas domiciliadas en otro Estado Parte conduce al Consejo del Mercado Común a decidir aprobar el Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Parte del MERCOSUR mediante Decisión N° 01/96, suscripto el 25 de junio en Potrero de los Funes.

Fue aprobado en la Argentina por la Ley N° 25.407, promulgada de hecho el 4/4/2001 y publicada en el BO el 9/4/2001, y se encuentra vigente con Paraguay, Uruguay y Brasil. Su entrada en vigencia requiere la firma, aprobación y ratificación de cada uno de los Estados (arts. 10), autorizando su aplicación pasado los 30 días desde la firma del segundo Estado Parte. Una forma común en los Protocolos mercosureños que denota un sistema integracionista aún intergubernamental⁵ y la problemática de derecho transitorio. Solo basta observar que Argentina finalizó su procedimiento interno en el año 2001 cuando la norma fue consagrada en el año 1996. Las desventajas señaladas, intergubernamentalidad y vigencia diferida resultan el talón de Aquiles en el MERCOSUR y traen aparejados inconvenientes para los particulares. Entre ellos podemos señalar la imposibilidad de acudir a un tribunal supranacional, en orden a la uniformidad, al reclamo al otro Estado Parte distinto al propio; y la entrada en vigencia de la normativa que requiere la consulta a profesionales especialistas pues de la simple aprobación por un Estado y su publicación en el B.O. no puede inferirse su vigencia.⁶

En líneas generales podríamos decir que el Protocolo en estudio recoge básicamente las soluciones del Convenio sobre responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito, tratado bilateral entre Argentina y Uruguay del 8/7/1991.

Su ámbito de aplicación (art. 1°) se limita a los casos de “accidentes de tránsito acaecidos en territorio de un Estado Parte y los que participen o resulten afectadas personas domiciliadas en el otro Estado Parte”. A primera vista podría interpretarse que la norma prevé

5 FREELAND LÓPEZ LECUBE, A. *Manual de derecho comunitario*, Ed. Abaco, 1996, pp. 157 ss.

6 FREELAND LÓPEZ LECUBE, Op. cit., pp. 229 ss. y 266 ss.

solamente la hipótesis en que el accidente ocurre en un Estado, y ambas partes están domiciliadas en el otro. No sería aplicable entonces al caso en que las partes estuvieran domiciliadas en distintos Estados Parte. Sin embargo, dicha primera interpretación no se compagina con las razones que motivaron el Protocolo, brindar soluciones adecuadas para accidentes de tránsito ocurridos en los Estado Parte, ya sea que en ellos participen o resulten afectadas personas domiciliadas en uno solo de los Estado Parte. Entonces el problema es si podremos desatender el art. 1° recurriendo al espíritu y propósito del Protocolo en su integridad. Ello no sería viable sino fuera por el art. 3° y el art. 7°. El primero al establecer el derecho aplicable establece el principio general del lugar del acaecimiento del accidente (*lex loci delicti*) pero a renglón seguido dispone que si participan o resultan afectadas personas domiciliadas en un mismo Estado, la *lex communi* regirá. Por su parte el art. 7° abre jurisdicciones concurrentes además del lugar donde se produjo el accidente, serán competentes los jueces del domicilio del demandado y los jueces del domicilio del actor. Lo cual hace suponer que las partes involucradas carecen del domicilio común en el mismo Estado como requiere el art. 1°. Por lo tanto, las dificultades interpretativas de la totalidad del texto son lo suficientemente gravitantes para autorizarnos a recurrir a su intención o espíritu manifestados en el resto de su articulado. La interpretación más adecuada conduce a afirmar que los factores de internacionalidad son que el accidente se produzca en un Estado Parte, y que en dicho accidente participen o resulten afectadas personas domiciliadas en el otro Estado Parte, pero que no es necesario que todas las personas que participen o resulten afectadas en el accidente se domicilien en el mismo Estado Parte.

El art. 2° contiene una calificación autónoma o autárquica de domicilio de las personas físicas, más detalladas que el Convenio bilateral, con conexiones subsidiarias tomadas de la CIDIP II (Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas, art. 2°): residencia habitual, centro principal de sus negocios y simple residencia. En el supuesto de personas jurídicas se considerará domicilio al de la sede principal de su administración, y si poseen sucursales, establecimientos, agencias o cualquier otra especie de representación, el lugar donde cualquiera de éstas funcione.

En materia de derecho aplicable y de jurisdicción competente sigue idénticas soluciones al Convenio bilateral, plasmadas en los arts. 3, 4, 5 y 7 del Protocolo y arts. 2, 4, 5 y 7 del Convenio.

Con respecto al derecho elegido en la norma de conflicto del art. 3º expresamente se dispone “el derecho interno”, dicha referencia excluye la posibilidad del reenvío. Advertencia que no está demás, pues vale recordar que las normas de conflictos plasmadas en la fuente internacional eligen siempre el derecho interno.

Los arts. 4º y 5º contemplan precisiones referidas a las cuestiones regidas por la ley del lugar del accidente. Así el art. 4º incluye bajo dicha ley la responsabilidad civil por daños sufridos en las cosas ajenas a los vehículos accidentados y el 5º aclara que serán tenidas en cuenta las reglas de circulación y seguridad en vigor en el lugar y en el momento del accidente, aunque otro derecho sea aplicable, concretamente la *lex comuni*. Por su parte el art. 6º se encarga de detallar las cuestiones comprendidas bajo el derecho aplicable (las condiciones y la extensión de la responsabilidad, las causas de exoneración así como toda delimitación de responsabilidad, la existencia y la naturaleza de los daños susceptibles de reparación, las modalidades y extensión de la reparación, la responsabilidad del propietario del vehículo por los actos o hechos de sus dependientes, subordinados, o cualquier otro usuario a título legítimo, la prescripción y la caducidad. También se contempla con una norma especial, la situación de los automotores matriculados en un Estado Parte y siniestrados en otros, deberán ser oportunamente devueltos al Estado de su registro, de conformidad con la ley del lugar donde ocurrió el siniestro; en caso de destrucción total, la parte interesada queda facultada para disponer del vehículo sin otro requisito que la satisfacción de las exigencias de orden fiscal (art. 8º).

La jurisdicción competente se dispone en el art. 7º, considerando que involucra el problema decidido en el fallo en análisis lo desarrollaremos en profundidad más adelante.

Por último, mencionaremos que el art. 9º establece que “las controversias que surgieren entre los Estados Parte con referencia a la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente Protocolo, serán resueltas mediante negociaciones diplomáticas directas”, y si mediante éstas no se alcanzara un acuerdo, se aplicarán los “procedimientos previstos en el Sistema de solución de controversias vigente entre los Estados Parte del Tratado de Asunción”. Se sigue la misma fórmula básica y características del resto de los Protocolos en el ámbito mercosureño, a saber: Protocolo de Las Leñas de 1992 (art. 32), Protocolo de Buenos Aires (art. 15). Sabido es que

todavía los particulares tienen vedado el acceso directo. Su característica común es la atribución de *iusdictio* y la carencia de *imperium*. De allí que se propicie la creación de un nuevo sistema jurídico internacional que pueda proporcionar una jurisdicción en la cual sus jueces o árbitros dispongan de ambas en el ámbito internacional e interno de los Estados, basada en la teoría jurídica de la soberanía de la tercera generación.⁷

El art. 12, cuyo texto también recoge soluciones iguales a los Protocolos citados, configura la integración de la normativa del MERCOSUR con el resto de las fuentes de DIPr emanadas de otros foros legisladores, mantiene un sistema de coordinación de fuentes en el Derecho Internacional. Concretamente dispone que: “no derogará las disposiciones de las Convenciones vigentes entre algunos de los Estados Parte que contemplen aspectos no previstos en este texto”, y conlleva la necesidad de armonizar las otras fuentes vigentes en materia de responsabilidad extracontractual en general, como los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 y el Convenio con Uruguay ya citado. Sin embargo, y como ya adelantamos sus soluciones son casi idénticas al Convenio bilateral y en la misma línea que los Tratados de Montevideo. En consecuencia, no avizoramos conflictos interpretativos entre los textos vigentes.

III. Los hechos del caso

Aclaremos que solo hemos podido acceder a la sentencia de segunda instancia. Si bien en ella el relato de los hechos es muy escueto, resulta suficiente a los fines de su análisis jurídico.

Básicamente el accidente se produce en Paraguay y las personas involucradas se domicilian en Argentina.

Ahora bien, la problemática jurídica que requiere intervención de la alzada resulta la excepción de incompetencia interpuesta por la demandada citada en garantía, Federación Patronal Seguros S.A., luego de la aceptación de la jurisdicción por parte del juez de primera instancia y el diferimiento de tratar la excepción de falta de legitimación (exclusión de la cobertura o no seguro) para el momento de la sentencia definitiva. El segundo agravio deviene extraño al DIPr pues se refiere a cuestiones jurídicas internas del derecho argentino, más precisamente a cuestiones

⁷ ARBUET-VIGNAL, H. “Actuales carencias de las jurisdicciones internacionales”, en *Derecho Procesal Transnacional*, Ed. Abaco, 2012, pp. 33-56, esp. 41 y 55.

procesales de la Provincia de Formosa, las cuales, por obvias razones quedarán excluidas del presente análisis.

IV. La decisión judicial

Los magistrados intervinientes, el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial N° 4 y la Cámara Civil y Comercial, pertenecientes al Poder Judicial de Formosa coinciden en arrogarse jurisdicción para resolver el caso, consecuentemente rechazan la excepción de incompetencia de la demandada.

Ahora bien, los diferentes fundamentos de la parte recurrente y de los jueces devienen interesantes a los fines de despejar algunas cuestiones que frecuentemente acarrearán confusión en el DIPr., los cuales analizaremos a continuación.

V. Análisis del caso

1. Agravio de la demandada

“La compañía aseguradora, citada en garantía, sostiene que el primer agravio a su parte, se constituye concretamente con la resolución que determina aplicable el art. 7° del Protocolo de San Luis, en cuanto permite la jurisdicción del domicilio del demandante, por lo cual se declara competente omitiendo considerar que el art. 3° del Protocolo de San Luis surge que cuando ambas personas afectadas en el accidente de tránsito se domicilian en el mismo Estado Parte es de aplicación la ley interna de dicho Estado Parte. Así siendo tanto el actor como el demandado del mismo Estado Parte, Argentina, corresponde la aplicación del Código Civil argentino y de las leyes procesales argentinas, en tanto no existen normas en conflicto, con lo cual no se aplica el art. 7 sino directamente el derecho interno de la Argentina”.

Del agravio citado surge con palmaria claridad la confusión, bastante frecuente en DIPr, entre derecho aplicable y jurisdicción competente, ambos dentro del ámbito de aplicación del Protocolo de San Luis. Es decir, la demandada recurrente está de acuerdo en la aplicación de la fuente internacional vigente pero confunde la norma del art. 3°

que regula el derecho aplicable con la norma del art. 7° que dispone la jurisdicción competente. Ante un caso iusprivatista internacional el primer interrogante que se presenta a los fines de su solución se refiere al juez con jurisdicción internacional para entender. Al respecto el Protocolo responde a dicha pregunta regulando la materia en su art. 7. Una vez resuelta la jurisdicción corresponde abordar el siguiente interrogante con respecto a cuál derecho dará la solución al caso, respuesta que brinda el art. 3°.

Cuando la norma de jurisdicción internacional designa a los jueces competentes se considera que el proceso se encontrará regido por las normas procesales del juez indicado, denominada *lex fori*. Dicha afirmación se mantiene incólume desde sus orígenes y en estas latitudes recibió consagración en nuestra fuente internacional, los Tratados de Montevideo de 1889, art. 1° del Tratado de Derecho Procesal, por cierto, destacamos su carácter de pionero en DIPr.

Entonces además de distinguir derecho de juez, corresponde distinguir derecho de fondo de derecho procesal. El derecho de fondo, que solucionará el caso, será indicado por la norma de conflicto (art. 3°) y el derecho procesal será indicado mediante la norma de jurisdicción al indicar el juez competente en el caso (art. 7°).

Tampoco podremos confundir lo normado por el art. 3° al referirse al derecho interno, disposición que veda el reenvío, pero que sin lugar a dudas se refiere al derecho de fondo, al momento del caso el Código Civil, sin involucrar al derecho procesal.

2. Sentencias

Ambas instancias consideran a los jueces argentinos como quienes se encuentran dotados de jurisdicción internacional, en base al art. 7, inc. c) del Protocolo de San Luis, solución que compartimos.

Destacamos los fundamentos vertidos por la Alzada referidos a la supremacía de la fuente internacional, la aplicación del Protocolo de San Luis pormenorizando su ámbito de aplicación (art. 1°) y despejando el agravio confuso de la recurrente.

En forma sintética y precisa, la Cámara luego de citar íntegramente

el art. 7° del Protocolo, señala: “la actora se domicilia en la Provincia de Formosa, surge clara la competencia del magistrado interviniente”.

3. El *forum actoris* en DIPr

El art. 7° del Protocolo establece jurisdicciones concurrentes a la hora de establecer la competencia. Designa competentes a los jueces donde se produjo el accidente (inc. a), los jueces del domicilio del demandado (inc. b) y los jueces del domicilio del demandante (inc. c). Es la parte actora quien elijará dónde interpondrá su acción.

Las jurisdicciones concurrentes garantizan el derecho de acceso a la jurisdicción,⁸ derecho humano fundamental, con clara nota de universalidad.⁹ Las dos primeras jurisdicciones resultan doctrinariamente aceptadas. Los jueces del domicilio de demandado, al mismo tiempo garantiza del derecho de defensa, principio basal del DIPr. Los jueces del lugar del accidente mantienen una proximidad tal con los hechos del caso que justifican su designación, ellos son quienes se encuentran en mejores condiciones a los fines de resolver la aplicación de las normas de tránsito y de producir las pruebas necesarias en el pleito.

Ahora bien, algunos reparos o cuestionamientos traen aparejada la competencia de los jueces del domicilio del actor en DIPr. Desde ya, este criterio atributivo de jurisdicción reviste el carácter de excepcional y lo encontramos en materias que requieren una tutela legal, judicial y efectiva especial a fin de proteger a alguna de las partes de la relación jurídica considerada débil, como ser, el acreedor alimentario (art. 2629 CCyCN). En materia de relaciones de consumo, el derecho comparado consagra el *forum actoris*, sin embargo el legislador argentino requirió algún otro contacto de los hechos del caso a los fines de garantizar la previsibilidad del proveedor (art. 2654 CCyCN).

La mirada de disfavor hacia el *forum actoris* en el plano universal fue destacada por Fernandez Arroyo.¹⁰ Por su parte Najurieta muestra una

8 PINTO, M. *Temas de Derechos Humanos*, Ed. Del Puerto, 2011, p. 136.

9 Puede ampliarse en nuestro trabajo, “La constitucionalización de los derechos humanos en el Derecho Internacional Privado argentino”, *Revista Jurídica de Buenos Aires, Derecho Internacional Privado*, UZAL y NAJURIETA (coord.), año 41, N° 93, 2016, Abeledo Perrot, Fedye, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, pp. 3-32.

10 FERNANDEZ ARROYO, D. P. “Compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international privé de La Haye*, T 323, publicación de Martinus Recueil Nijhoff

búsqueda de equilibrio del derecho comparado entre los foros accesibles para la víctima y previsible para el responsable, pues el mayor beneficio de la víctima no es litigar en el *fórum actoris* sino litigar donde la sentencia pueda tener efectividad, y aclara “nota generalmente vinculada con el pago del seguro de la responsabilidad civil por la aseguradora contratada por el responsable”.¹¹

Desde la doctrina uruguaya se señala que puede implicar graves inconvenientes para los demandados, ya que son conocidas las dificultades y los costos de enfrentar tal reclamación en el extranjero.¹²

Aunque como señala Najurieta no podemos perder de vista que la inclusión del *fórum actoris* como foro concurrente es más previsible por tratarse de una regla contenida en un tratado regional.

En el caso que analizamos, las problemáticas del *fórum actoris* devienen inexistentes, pues ambas partes poseen su domicilio en el mismo país, así se encuentra garantizado el acceso a la jurisdicción, el derecho de defensa del demandado y la previsibilidad.

VI. Conclusiones

A manera de colorario, podremos extraer las siguientes conclusiones:

La jerarquía superior del Protocolo de San Luis frente a la normativa interna argentina ha sido resaltada por la Alzada. En el mismo plano de fuentes, donde actúan las distintas ramas del Derecho Internacional, es decir, fuentes de la misma jerarquía, se procura una coordinación. En esta búsqueda de la convergencia en lugar de la discordancia, y de la sincronización en vez de la oposición o del recelo; se perfila un andamiaje jurídico de compleja estructura que va mucho más allá de una norma expresa.¹³

Publishers, 2006, Leiden/Boston, pp. 143/144.

11 NAJURIETA, M. S. “Aportes y desafíos de la regulación de la responsabilidad civil no contractual en casos multinacionales”, *Relato del XXVIII Congreso Argentino de Derecho Internacional de AADI*, La Matanza. Septiembre 2016, pp. 11 y ss.

12 FRESNEDE DE AGUIRRE, C. “Obligaciones extracontractuales”, en *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, FERNÁNDEZ ARROYO (coord.), Ed. Zavalía, 2003, pp. 1186 y ss.

13 Puede ampliarse al respecto en nuestro trabajo, *La cooperación judicial internacional: sus fuentes y los Derechos Humanos*. Disponible en: www.saij.gov.ar, ID SAIJ: DACF 180107.

Cabe a los operadores jurídicos nacionales la aplicación y ponderación de todas las fuentes a su alcance a fin de efectivizar los derechos humanos comprometidos en cada caso, aquí, el acceso a la jurisdicción y el derecho de defensa en juicio, tanto procesal como sustancial.

La contundente aplicación por parte de los jueces formoseños de la fuente correspondiente, reafirma la postura judicial vanguardista que ha sostenido Argentina dentro del MERCOSUR, desde el célebre caso *Café La Virginia*.¹⁴

El abordaje de la responsabilidad en los Accidentes de Tránsito en el ámbito mercosureño mediante regulación normativa resalta el importante flujo transfronterizo.

El Protocolo de San Luis regula la jurisdicción competente y el derecho aplicable.

En el caso en estudio, se abre la jurisdicción argentina con el criterio atributivo del *fórum actoris* consagrado en el inc. c del art. 7° del Protocolo de San Luis. Si bien el fallo carece de su análisis, tampoco hubiera sido pertinente pues las desventajas señaladas por la doctrina, concretamente el desfavor a su aplicación universal y el perjuicio al demandado, carecen de asidero en el presente caso al advertirse su inserción en un tratado internacional y el demandado domiciliarse en el mismo Estado que el actor.

El MERCOSUR, a pesar de sus falencias (algunas señaladas en el presente trabajo), ha perseverado y todo indica que continuará profundizándose, el cómo y el cuándo son interrogantes aún sin respuesta. Lo cierto es que atraviesa las relaciones particulares y requiere su aplicación concreta en los conflictos. Resta solo propiciar su difusión y profundizar su estudio.

14 CSJN, “Cafés La Virginia S.A. s/apelación, por denegación de repetición” (ED, t. 160, pp. 246).

PARTE IV

**PROTECCIÓN INTERNACIONAL
DE LA NIÑEZ**

**COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA
DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.
USO ANALÓGICO DE LAS FUENTES**

**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala D -
“P. N., S. E. c. O., P. A. s. reintegro de hijo”, 16/07/99**

*Fabio Mastrangelo**

Sumario: I. Introducción; II. Marco normativo; III. Los hechos del caso; IV. La decisión judicial; V. Análisis del caso. 1. Normativa en el MERCOSUR. 2. El uso analógico de las fuentes. 3. El Protocolo de Las Leñas; VI. El caso transportado a nuestros días; VII. Conclusiones.

I. Introducción

Al momento de plantearnos el desarrollo del presente trabajo, nos generó inquietud deliberar que podíamos decir sobre un fallo que fue dictado hace más de veinte años. Ciertamente, significaba un desafío interesante, y a poco de ahondar en su análisis, la tarea se tornó atractiva, al bucear en lo que había desarrollado el espacio integrado en torno a la cooperación en materia de familia y especialmente, restitución internacional de niños, niñas y adolescentes.

Resulta que ya nos hemos planteado el interrogante acerca de si eran efectivamente protectoras las normas vigentes en materia de

* Profesor de Derecho Internacional Privado, Doctorando en Derecho internacional privado. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI) y Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

Restitución internacional de menores en el MERCOSUR,¹ razón por la cual evaluar esa circunstancia en la actualidad, se torna innecesaria.

Una materia especialmente sensible como lo es el Derecho Internacional Privado de familia, siempre ha reclamado a voces la dotación de herramientas de cooperación que faciliten su ejercicio, y observaremos que desde el MERCOSUR con el tiempo, se han brindado algunas respuestas a esas exigencias.

El Derecho Internacional Privado argentino de nuestros días acoge en su ámbito de debate y reglamentación un tópico tan importante como el que estamos abordando, al punto de incorporar a la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), una disposición especial que contempla este tema de modo de complementar las soluciones de origen convencional en los aspectos en que puede aportarse desde una dimensión interna. Ello sin olvidar que el verdadero cauce normativo responde a políticas globales que deben consensuar los Estados y que se plasman en los foros de codificación internacional.

Abordaremos el trabajo, siguiendo los lineamientos planteados por las directoras, trazando algunas líneas sobre la normativa derivada de los órganos del MERCOSUR, pero intentando en el penúltimo apartado transpolar el fallo de marras a la actualidad, a fin de observar de que manera hoy podría darse solución al caso concreto, y si realmente hemos avanzado en la concreción de instrumentos que efectivamente ayuden al operador jurídico de nuestros días.

II. Marco normativo

El fallo en comentario nos ciñe en su tratamiento normativo a dos convenios específicos, uno deviene de la cita del Defensor de Menores, cuando advierte la violación a la Convención de los Derechos del Niño, atento se denuncia el desconocimiento del paradero de los menores y de su madre. Este hecho frustra toda vía de comunicación paterno-filial en consonancia con lo dispuesto en los arts. 3 y 11 del citado cuerpo normativo.

Este Convenio se inserta en el proceso de constitucionalización de

1 MASTRANGELO, F. “¿Son efectivamente protectoras las normas vigentes en materia de restitución internacional de menores en el MERCOSUR?”, *El Derecho Internacional Privado en los procesos de integración regional*, Fernández Arroyo, Diego/ Obando Peralta, Juan José (coord.), Edit. Jurídica Continental, Costa Rica, 2011, p. 338 ss.

los derechos humanos, que se refleja en la notable transformación de los ordenamientos jurídicos, lo que comporta de modo inexorable un cambio paradigmático que sitúa a la persona como sujeto de derechos. En este contexto, la familia puede haber adquirido diferentes significados, pero a la luz de los Tratados de Derechos Humanos (TDDHD), la niñez sigue siendo el eje frente al cual todo el sistema debe canalizar sus esfuerzos para alcanzar su protección.²

El otro instrumento cuyo análisis deviene necesario, es el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, suscripto y ratificado por todos los países del MERCOSUR, con fuerza legal para nuestra República a partir de la sanción de la Ley N° 24.578, denominado Protocolo de Las Leñas. Nuestro estudio hará hincapié en este último, atento la temática de esta obra.

III. Los hechos del caso

Nos encontramos frente a un caso en el cual la Cámara ordenó la inmediata restitución al país de los menores cuyo paradero resultaba desconocido, en virtud de haberse vencido el plazo por el cual su madre fuera autorizada a fijar su residencia en la ciudad de San Pablo, Brasil. Esta circunstancia impidió toda vía de comunicación del padre con sus hijos. Como Brasil, al momento de dictarse la decisión no había suscripto el Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores, con excelente criterio desde nuestra óptica, se indicó la aplicación en forma analógica del Protocolo de las Leñas.

La Cámara de Apelaciones se refirió al Convenio de los Derechos del Niño, recordando que los Estados partes se obligaron a adoptar las medidas necesarias para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero, como así también el derecho del padre a mantener una adecuada comunicación con sus hijos, especialmente si la madre quien ejerce la tenencia. Además, recordó que en todo momento se debe tener en como norte la jerarquización de intereses y derechos en disputa, teniendo en cuenta el interés superior del niño y su derecho a tener un trato frecuente con ambos progenitores.

2 DREYZIN DE KLOR, A. y BRITOS, C. *Revista Electrónica*. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, Número 23, diciembre 2019-mayo 2020, pp. 35-62, Buenos Aires, Argentina, ISSN 1851-3069.

Téngase presente que ha sido adhiriendo al dictamen del Defensor de Menores de Cámara, que el Tribunal manifestó la importancia de compatibilizar los regímenes procesales internos con los derechos y garantías tutelados en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional, dispuestos en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional.

En ese entendimiento, el *Ad quem* ordenó el libramiento de un exhorto diplomático por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, solicitando la localización del paradero de los causantes y el traslado de la demanda de restitución incoado, el cual debió seguir lo establecido en el Protocolo de Las Leñas.

IV. La decisión judicial

En la primera instancia se rechazó *in limine* la solicitud de restitución de los menores incoada por el progenitor, basándose la sentenciante en que la madre de los niños estaba autorizada a fijar su residencia en la ciudad de San Pablo, por el plazo de un año, según constaba en el expediente sobre régimen de visitas que habían tramitado las partes. De allí según el *a quo*, la única carga que se impuso a la progenitora fue comunicar el regreso al país de los menores, sin otra obligación.

Obra en el expediente que al tiempo de la sustanciación del recurso que pretende revocar la autorización de viaje otorgada, se había autorizado el traslado por el término de 30 días a partir del 6 de enero de 1998, fecha desde la cual la madre y los menores se encuentran en Brasil. Esta circunstancia pone de manifiesto que el breve plazo por el que se otorgó el permiso se halla vencido y en exceso.

En la segunda instancia y adhiriendo al Dictamen del Defensor de Menores, se revoca la sentencia de primera instancia y se ordena la inmediata restitución de los niños al país. A tal efecto se opta por la modalidad del exhorto en el marco del Protocolo de Las Leñas, cuestión que analizaremos.

V. Análisis del caso

1. Normativa en el MERCOSUR

Indagando acerca de las normas aplicables al caso, a la fecha del fallo en el MERCOSUR, cabe consignar que solamente encontramos dos decisiones que abordan la cuestión: la Decisión N° 6/92 del Consejo Mercado Común (CMC)³ por la que se recomienda a los gobiernos la ratificación de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre Restitución internacional de menores de 1989 - CIDIP IV.⁴

Tiempo más tarde, se recomienda a los Estados Parte⁵ la ratificación de otros instrumentos de carácter universal, y en algún caso se han creado normas específicas sobre la materia de restitución de menores en el ámbito integrado, pero sin éxito en su incorporación o aplicación, como es la Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 25/08, Acuerdo entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados sobre Cooperación Regional para la Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad.

El primer interrogante que nos planteamos, luego de referir la relación de los hechos es el siguiente: ¿por qué no se utilizó la CIDIP IV siendo que ambos países eran parte de dicho instrumento?⁶ Desde nuestra perspectiva jurídica hubiera sido más conveniente acudir a la norma interamericana, la cual regulaba todo lo necesario para brindar solución al caso. Creemos que al haber solicitado el *a quo* el requerimiento de un exhorto diplomático a la autoridad central de Brasil para que informara el paradero de los menores, se siguió en la misma línea.

2. El uso analógico de las fuentes

Uno de los aspectos más destacados que se advierte desde el

3 Disponible en: <http://www.mercosur.int/show?contentid=2602>

4 Los siguientes Estados ratificaron la CIDIP IV: Argentina 02/15/01 RA, Bolivia 10/08/98 RA, Brasil 05/03/94 RA, Paraguay 10/08/96 RA, Uruguay 08/31/01 RA, Venezuela 06/26/96 RA.

5 La Recomendación Nro. 03/03 por la que se sugiere a los Estados parte (EP), el estudio y análisis de la Convención relativa a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños de La Haya del 19 de octubre de 1996.

6 Brasil ratificó la CIDIP IV el 17/03/1994 y Argentina el 01/01/2001, <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-53.html>

ámbito procesal, resulta la consideración del uso analógico de las fuentes que señala ya en la primera instancia el Fiscal, al poner de manifiesto que Brasil no era miembro del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la Restitución internacional de menores⁷. Este es el motivo por el cual se abreva en el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (en adelante PCAJ).

Frente a esta situación, es dable acudir al dialogo de fuentes, método que fuera desarrollado por el Profesor Erik Jayme. El gran maestro alemán, considera que ante el actual pluralismo posmoderno, en un sistema jurídico que se nutre de diferentes fuentes legislativas, resurge la necesidad de coordinación entre leyes del mismo ordenamiento, como exigencia para un sistema jurídico eficiente y justo.⁸

Sin lugar a dudas, esta tarea no es sencilla, implicando toma de decisiones entre principios y reglas que no siempre son sencillas para el juez, y que, para el momento del fallo, debemos destacar que resultaba al menos innovador.

En nuestros días, el criterio hermenéutico de interpretación que se desprende del CCCN apunala el principio *pro homine* que impone la interpretación más favorable para la persona humana, para su libertad y derechos, cualquiera sea la fuente que suministre esa norma internacional o interna,⁹ además de recoger el diálogo de fuentes en su título preliminar.

La elección de un instrumento de esta naturaleza, que venga a prestar auxilio en una situación de laguna o ausencia particular sobre el hecho justiciable concreto, no es tarea fácil, y siempre deben tener marcadas algunas pautas concretas.

Es que estos convenios se encuentran inspirados por un axioma categórico cual es el interés superior del niño. Si bien su acepción puede variar en cada cultura,¹⁰ la finalidad principal es equivalente en todos los

7 Brasil adhirió a dicho convenio en fecha 19/X/1999, entrando en vigencia en ese país el 01/01/2000.

8 Curso de la Academia de Derecho internacional de La Haya, en el año 1995, JAYME, E. "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Recueil des Cours*, T. 251, 1995.

9 ZABALZA, G. "El Diálogo de fuentes como expresión del desafío de la complejidad. Algunos aspectos en torno a la toma de decisiones terapéuticas", *Derecho de Familia - Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 81, septiembre de 2017, Abeledo Perrot, pp.273 y ss.

10 Algunos autores sostienen, por ejemplo, refiriéndose al Convenio de La Haya de 1980, que los expertos que elaboraron el convenio no definieron el término "interés superior", ya que es un concepto que variará acorde

países y consiste en lograr la pronta y efectiva restitución de los niños a su lugar de residencia habitual anterior al traslado o retención ilícita producidos,¹¹ es decir adonde el menor tenía su centro de vida,¹² y a quien tenía un derecho legítimo de guarda o custodia sobre ese menor.

Es así, que acorde al régimen de visitas instaurado en el caso en comentario, se entiende claramente que el centro de vida era en nuestro país y que la madre debía restituir a los menores de manera inmediata, para lo cual se acude al procedimiento que observa el PCAJ.

3. El Protocolo de Las Leñas

El PCAJ,¹³ cuya finalidad es asegurar la prestación de un adecuado auxilio jurídico internacional entre los Estados Partes, para garantizar la efectiva realización de justicia, refleja el afán de cooperación expresado en el Tratado de Asunción y la voluntad reiterada de fortalecer el proceso.¹⁴ Mediante su aprobación se patentiza la intención de evitar la frustración de alcanzar la justicia en los casos cada vez más frecuentes, en los que resulta necesario el auxilio jurídico en la subregión.¹⁵

Se debe poner de manifiesto que el PCAJ no pertenece al ámbito de los convenios del Derecho de familia, sino que recepta específicamente la cooperación judicial internacional en el primer grado, (citaciones,

el encuadre específico de cada cultura en particular. GOICOECHEA, I. / SEOANE DE CHIOLDI, M. del C. “*Convenio de La Haya sobre los Aspectos civiles de la Sustracción internacional de menores*” (Ley N° 23.857), LL 95-D, pp. 1414.

11 LUCERO DE GODOY, M. “El carácter ilegal del traslado y retención: la determinación de algunos conceptos utilizados por el Convenio de La Haya”, *Actualidad Jurídica. Familia y Minoridad*, Junio 2007 Año III Vol. 38 p. 4084.

12 En el ámbito interno la Ley nacional 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en su art. 3 inc. f define el centro de vida como el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia; y dispone que constituye un principio que rige en materia de restitución de menores. Además, el Decreto Reglamentario 415/06 unifica estas expresiones del siguiente modo: “El concepto de centro de vida a que se refiere el inc. f) del art. 3 se interpretará de manera armónica con la definición de ‘residencia habitual’ de las niñas, niños y adolescentes contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución intencional de personas menores de edad.

13 Aprobado en Las Leñas, Dpto. Malargüe, Mendoza, Argentina, el 27 de junio de 1992. Vigente para Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, luego adhirieron mediante Decisión CMC N° 8/02 Bolivia y Chile, Ecuador en el año 2008, y por Decisión CMC N° 50/12, Perú.

14 Para un estudio pormenorizado del articulado del PCAJ de Las Leñas ver TELLECHEA BERGMAN, E., “Panorama de los protocolos del MERCOSUR sobre Derecho Internacional Privado, con especial referencia a aquellos relativos a la cooperación jurídica internacional”, en obra colectiva bajo la coordinación de CIURO CALDANI, Miguel A, Del MERCOSUR, Bs. As., ed. Ciudad Argentina, 1996, pp. 200 y ss.

15 DREYZIN DE KLOR, A. *El MERCOSUR – Generador de una nueva fuente de Derecho Internacional Privado*, Zavallía, 1997, pp. 206.

notificaciones, emplazamientos) y en su tercer grado (reconocimiento de sentencias extranjeras), siendo en el primero de ellos, el indicado por el Fiscal para llevar a cabo mediante exhorto diplomático, la localización del paradero de los menores y el traslado de la demanda de restitución de hijo.

Esta tarea no es voluntaria entre los países integrantes del MERCOSUR, sino que existe una verdadera obligación del Estado Parte requerido de prestar colaboración. Los términos del Protocolo no dejan dudas; así, por ej., el art. 1 del PCAJ afirma que los Estados partes se comprometen a prestarse asistencia mutua.¹⁶

Ese primer dato sobre el PCAJ es de vital importancia, porque dota al espacio integrado de un instrumento que va más allá del voluntarismo de los Estados Parte, para comenzar a dar marco a un proceso internacional con herramientas útiles. Nótese que los principios receptados por el instrumento mercosureño fueron en su momento, (lo siguen siendo) una bocanada de aire fresco para el operador jurídico. Entre los principales, señalamos seguidamente algunos que se destacan.

El art. 3 del PCAJ regulando la igualdad de trato procesal, otorga a los ciudadanos o residentes permanentes de un Estado Parte que, frente a tribunales de otro, tengan libre acceso a la jurisdicción de dicho país para la defensa de sus derechos e intereses, en igualdad de condiciones con aquellos pertenecientes al foro, haciéndolo extensivo las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados partes.

Se ratifica este principio, cuando el art. 4 del PCAJ dispone que ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto por el Estado Parte a personas físicas, ciudadanos o residentes permanentes de otro, o a personas jurídicas constituidas, autorizadas o inscriptas en él, eliminando un viejo instituto como la caución de arraigo que tanto daño ocasionaba al litigante foráneo. Lo mismo ocurre respecto de la exigencia de reciprocidad para la actuación, excluida del PCAJ.

Surgen asimismo, dos principios que, a la luz de lo dispuesto en el fallo en comentario, y en ocasión del acto de cooperación incoado,

16 KEMMELMAJER DE CARLUCCI, A. "Los protocolos de cooperación jurisdiccional y de medidas cautelares del MERCOSUR", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2000-1, Ed. Rubinzal Culzoni, pp. 579 y ss. También puede verse RUIZ DÍAZ LABRANO, R., "Protocolo de Las Leñas sobre asistencia jurisdiccional", en *Derecho Internacional Privado, La Ley Paraguaya*, pp. 254 y ss.

resultan vitales. Nos referimos a lo que dispone en primer lugar el art. 8 en su último párrafo cuando enuncia: “Dicho cumplimiento no implicará un reconocimiento de la jurisdicción internacional del juez del cual emana”. Se sienta así el principio de la autonomía de los actos de cooperación en el marco del protocolo.

A su vez, el principio de celeridad procesal recibe acogida en el art. 12, estableciendo que “La autoridad jurisdiccional encargada del cumplimiento de un exhorto aplicará su ley interna en lo que a los procedimientos se refiere”; con el agregado del último párrafo: “El cumplimiento del exhorto deberá llevarse a cabo sin demora”. Es decir, que más allá de la lógica utilización de sus normas procesales, el órgano requerido debe hacerlo en el menor tiempo posible.

El mejor ejemplo dentro del PCAJ sobre este principio, se advierte en el art. 16 en tanto obliga a redoblar esfuerzos para la prestación de la cooperación, disponiendo que: “Cuando los datos relativos al domicilio del destinatario del acto o de la persona citada estén incompletos o sean inexactos, la autoridad requerida deberá agotar los medios para satisfacer el pedido. Al efecto, podrá también solicitar al Estado requirente los datos complementarios que permitan la identificación y la localización de la referida persona”.

Por cuestiones de extensión del presente trabajo, no tratamos el tema relacionado con la posibilidad de negativa a la obligatoriedad de cumplir lo ordenado por el juez requirente, cuando exista una violación al orden público del estado requerido, pero queda muy claro en lo dispuesto por los art. 8 y 12 respectivamente.

Dedicamos un párrafo a la exigencia referida por el Fiscal de Cámara en cuanto señala que “El trámite a cumplimentar debe efectuarse a través del ministerio citado precedido del requerimiento que implica esta acción judicial y por exhorto diplomático debidamente traducido al idioma portugués”.

El tema de la traducción es una cuestión de difícil solución, que se plantea a lo largo y ancho de todo el derecho procesal internacional. La notificación en el extranjero de una demanda conlleva necesariamente que el demandado pueda entender de qué se trata el juicio, pero a veces realizar la traducción completa de la demanda y documentos tiene un costo económico que impide al actor abordar el litigio, y en ocasiones

desestima la acción, poniendo en crisis el derecho de acceso a la Justicia. Creemos que es un tema con el que el derecho del MERCOSUR está en deuda.¹⁷

Finalmente, nos detenemos en un punto que consideramos sumamente importante, un pilar de la cooperación de nuestros tiempos, y es la referencia que se efectúa en el fallo a la Autoridad Central, receptada en el PCAJ en su art. 2.

Esta disposición establece: “A los efectos del presente Protocolo cada Estado Parte designará una Autoridad Central encargada de recibir y tramitar los pedidos de asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. A tal fin, dichas Autoridades Centrales se comunicarán directamente entre ellas, dando intervención a las respectivas autoridades competentes, cuando sea necesario”.

Claro está que para este caso, la Autoridad Central designada por el Ministerio de Relaciones Internacionales y Culto, tiene acotado el ámbito al PCAJ, no obstante, consideramos importante señalar lo que hace a las Autoridades Centrales en materia de protección de menores, ya que en definitiva el fallo tiene esa búsqueda.

Vale resaltar que ha sido largo el proceso por el cual ha transitado este instituto, la doctrina ha señalado que en el momento de la elaboración del Convenio de La Haya de 1965, la vía principal existente hasta el momento resultaba lenta y sinuosa, vulnerando con frecuencia los derechos del demandado que residía en el extranjero, y las vías complementarias, aunque teóricamente podían satisfacer el objetivo de la celeridad en la transmisión, no garantizaban adecuadamente la seguridad jurídica. Por otra parte, la práctica y la experiencia habían puesto de relieve que la utilización de estas otras vías complementarias por los Estados Parte había sido escasa y accidental.¹⁸

Por ello se impuso la creación de un nuevo sistema o técnica de comunicación que superase definitivamente los inconvenientes de los restantes sistemas indicados y que permitiera el cumplimiento de los

17 MASTRANGELO, F. “El idioma en el Derecho Internacional Privado, ¿un obstáculo para el libre acceso a la justicia?”, Ed. La Ley, AÑO LXXXIV N° 11, Tomo 2020-A, 16/01/2020, Buenos Aires, pp. 1 y ss.

18 DROZ, Georges. “Évolution du rôle des autorités administratives dans les Conventions Internationales de Droit International privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye”, Etudes offertes à Pierre Bellet, Litc. 1991, p. 134 -135.

objetivos plasmados en el convenio. Surgen las Autoridades Centrales y su técnica desplaza las vías tradicionales de la cooperación internacional a las vías subsidiarias.¹⁹

Desde ese momento y hasta nuestros días, insistimos, no sólo en materia de protección de menores sino en general, la Autoridad Central se ha transformado en una rueda de auxilio del sistema de cooperación jurídica internacional del MERCOSUR, que sin esa ayuda, posiblemente vería sesgado su camino hacia el desarrollo de la actuación de justicia transfronteriza.

Bien se ha dicho que la necesaria incorporación de las Autoridades Centrales en los instrumentos que regulan la cooperación jurídica internacional, reside fundamentalmente en el hecho que esos organismos son técnicos,²⁰ y requiere de personal idóneo a los fines de favorecer el cumplimiento, con celeridad, de las solicitudes de cooperación, ello en aras de satisfacer el objetivo de la cooperación jurídica internacional, esto es, una correcta administración de justicia que como hemos señalado es el objetivo esencial de los Estados que integran la comunidad internacional.

Observamos así, que el PCAJ ha receptado claros e importantes principios, como así también un instituto como la Autoridad Central, en aras de dotar con celeridad y eficacia a la cooperación jurídica entre los Estados Parte del MERCOSUR, hecho que justifica y reafirma la decisión adoptada por la Cámara en el caso.

VI. El caso transportado a nuestros días

Sólo con la intención de verificar en la hora actual, de qué manera se ha legislado en aras de la protección de los menores involucrados en una cuestión como la del comentario que realizamos, intentamos un somero repaso, identificando las herramientas con las que contaría el Fiscal de Cámara o el tribunal colegiado, a efectos de dar solución al caso.

En primer lugar, debe destacarse el proceso de ratificación de

19 SEOANE DE CHIODI, M. "Autoridades Centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980", en G. TAGLE DE FERREIRA (Dir.) F. MASTRANGELO (Coord.), *Restitución internacional de menores. Doctrina de los jueces de la Red Nacional y Rol de las Autoridades Centrales. Visión Práctica*, Advocatus, 2016, pp.315 y ss.

20 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *La Dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria 2002, Uruguay, p. 29.

normas convencionales, efectuado por los Estados Parte del MERCOSUR, desde 1999, fecha del caso, hasta la actualidad, lo que hizo que países como Brasil ratificara tratados del ámbito regional y universal de los que no era parte, lo que viene a dotar de un marco mucho más amplio a la hora de escoger normativa que regule situaciones como la que es objeto del presente.

Específicamente en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, aunque no sea producción de órganos del MERCOSUR, el trabajo de la Conferencia de La Haya viene a dotar de herramientas que sirven, y de hecho utilizan, todos los Estados Parte del proceso integrado.

Así, nos encontramos con algunas iniciativas interesantes no sólo desde el *hard law*, sino también con instrumentos de *soft law*, como son las Guías de Buenas Prácticas,²¹ que resultan explicativas y cuyo objeto es el de facilitar el funcionamiento del Convenio.²² Su finalidad se centra en cuestiones de funcionamiento careciendo de efectos obligatorios, respetando la independencia del poder judicial. Su elaboración está a cargo de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya.

En casos como éste, se torna indispensable que exista una fluida cooperación entre jueces y autoridades centrales ya que la responsabilidad de estas autoridades en la protección del niño es compartida, por eso la creación de la Red Internacional de Jueces de Enlace de La Haya²³ viene a brindar una inmediatez entre los actores del proceso que resulta a todas luces, muy útil.

Otra modalidad interesante, agiornada a la cooperación internacional de nuestros días, son las Comunicaciones Judiciales Directas (CJD), definidas como un mecanismo extrajudicial y/o judicial, a través del cual dos o más jueces de enlace o en actividad, de Estados partes, suscritos al Convenio de La Haya, intercambian información relacionada con el procedimiento y estrategias de restitución internacional de menores, realizando las diligencias necesarias, de manera humana, sencilla y eficaz, donde se suprimen las formalidades innecesarias y se suplen

21 Disponibles en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/publications2/guides-to-good-practice/>

22 La última ha sido la guía sobre la excepción del art. 13 b) del Convenio de 1980, adoptada el 9 de marzo de 2020, recomendamos la lectura de ALBORNOZ, M. “Nueva Guía de buenas prácticas: la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores”. Disponible en: <https://cartasblogatorias.com/tag/guia-de-buenas-practicas/>

23 Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction/ihnj>

las deficiencias de las partes en sus argumentos jurídicos, sobre hechos, pruebas y pretensiones, con los alcances y limitaciones que establecen los ordenamientos internacionales, y las leyes federales y locales de los países respectivos”.²⁴

Los beneficios que acarrea la utilización de las CJD resultan en varios órdenes, procesal, económico y humano mediante la protección del interés superior del niño, tórnase así la cooperación judicial internacional de nuestros días, propia de un mundo globalizado e integrado, en una vía de desarrollo permanente e innovadora.²⁵

De esta somera enunciación, advertimos la proliferación de instrumentos que vienen a servir de fuente para la cooperación internacional en la materia, lo cual indica que se ha trabajado en la temática, aun cuando, insistimos, no sean creación de órganos del MERCOSUR.

VII. Conclusiones

A la hora de evaluar la decisión de la Cámara, aceptando la utilización del PCAJ de manera analógica, atento la carencia de otra fuente con Brasil, no podemos más que celebrar la decisión en ese momento.

Hemos resaltado en estas líneas las bondades del PCAJ, y en la actualidad ese protocolo ha continuado brindando soluciones a la cooperación del espacio integrado, a pesar de los frenos propios que el proceso evidencia, a causa de las políticas mantenidas por sus miembros.

Resulta importante contar con convenios específicos en materia de protección de menores, lo que se patentizó a la hora de tener que optar por un instrumento de cooperación como el PCAJ, no obstante, estimamos que eso se ha solucionado entre los Estados del MERCOSUR, con las ratificaciones que hemos señalado.

También es dable señalar que el MERCOSUR debe acomodarse a los nuevos tiempos de la cooperación, creando instrumentos en línea

24 TENORIO GODÍNEZ, L. “Las Comunicaciones judiciales directas en la restitución internacional de la niñez”, UNAM, México, *Revista de Derecho Privado*, Edición especial, 2012, pp. 327-366.

25 MASTRANGELO, F. “Las Comunicaciones Judiciales Directas en los procesos de Restitución internacional de menores. Una herramienta imprescindible para el futuro”, *Jornadas por el 130 Aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889*. Cecilia Fresnedo de Aguirre – Directora. Editorial: Fundación Cultural Universitaria (Montevideo), ISBN: 978-99742-1089-9, Año: 2019, Montevideo, Uruguay, pp. 614.

con las nuevas tecnologías que hoy se ofrecen como alternativas, así lo indica por ejemplo la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), resaltando la utilización de medios tecnológicos -destinados a la cooperación interjurisdiccional - señalando que “siempre que se garantice la seguridad de las comunicaciones, los jueces y demás operadores de justicia procurarán y favorecerán el uso de las nuevas tecnologías de información y comunicación, tales como comunicaciones telefónicas y videoconferencias”.²⁶

Como señala el notable jurista holandés, Hans van Loon, el impacto de la globalización en el desarrollo del Derecho Internacional Privado en materia de personas y de familia a nivel global, se hace particularmente manifiesto cuando el Derecho Internacional Privado es llamado a ofrecer protección contra los riesgos de la globalización, sobre todo para los niños.²⁷

La tarea del MERCOSUR al respecto denota virtudes y falencias, el PCAJ está entre las primeras, y el derecho global, la multiplicidad de fuentes de *hard law* y *soft law*, el trabajo intenso de los juristas e instituciones especializadas, mitigan el trabajo pendiente.

26 ASADIP. *Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia*, Buenos Aires, 2016. Art. 4.7. Disponible en: <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf>

27 VAN LOON, H. “Horizonte Global del Derecho Internacional Privado”, traducción de la obra “The Global Horizon of Private International Law”, Inaugural Lecture 2015, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haya*, Vol. 380, 2016, pp. 67. Disponible en: www.asadip.org

**PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ MIGRANTE EN EL
MERCOSUR. COMPLEMENTARIEDAD DE LAS
PERSPECTIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

**Juzgado de Familia de 4ta. Nominación, ciudad de
Córdoba, “F. F., A. H. y otro – Tutela”, 01/11/19**

*Nieve Rubaja**

*Carolina Harrington***

Sumario: I. Breve aproximación al tema; II. Marco Normativo; III. Los hechos del caso; IV. La decisión judicial. V. Análisis del caso: 1. La libre circulación y residencia familiar en el MERCOSUR. 2. El Derecho Internacional Privado como perspectiva obligatoria y no facultativa. 3. La dimensión procesal del DIPr: cooperación internacional. 4. CH 1996: regulación de las medidas urgentes y de protección en el contexto de la responsabilidad parental; VI. Conclusiones.

I. Breve aproximación al tema

Uno de los fines de los espacios integrados es el de facilitar la movilidad de personas y ensanchar los niveles migratorios.

* Abogada y especialista en Derecho de Familia por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente de Derecho internacional privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Nacional de José C. Paz y en la Universidad Nacional de Avellaneda. Profesora invitada en maestrías y posgrados en Argentina y en el extranjero. Vicepresidenta Académica de la ASADIP.

** Abogada por la Facultad de Derecho y Magíster en Relaciones Internacionales, por el Centro de Estudios Avanzados, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales. Docente de Derecho internacional privado en Facultad de Derecho, UNC. Funcionaria Relatoría Civil y Comercial, Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.

Desde esta perspectiva, en el ámbito de MERCOSUR, a partir de 2009 se pusieron en marcha dos instrumentos del año 2002 destinados a facilitar la libre circulación de personas: “Acuerdo sobre Residencia para los Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR” y su reflejo “Acuerdo sobre Residencia para los Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile”, explícitamente mencionado -éste último- en la decisión comentada.

El mecanismo se diseñó para reconocer a los ciudadanos del MERCOSUR el derecho a solicitar y obtener la residencia legal en el territorio de otro Estado Parte. Esto se traduce, en la vida de las personas, en igualdad de derechos civiles y libertades sociales, culturales y económicas en relación a los nacionales del país de destino, derecho a trabajar, derecho de peticionar ante las autoridades; derecho de entrar y salir del territorio de los Estados Parte y libertad de culto. La prerrogativa se extiende, a su vez, a los miembros de la familia que no sean de la nacionalidad de alguno de los países parte del Acuerdo con la misma vigencia de aquella que posea la persona de la cual dependan. En materia laboral, garantiza a los inmigrantes un trato no menos favorable al que reciben los nacionales del país de destino, así como el derecho a transferir remesas.¹

Sin embargo, la migración internacional no debe considerarse únicamente como una cuestión que atañe al Derecho internacional público, al Derecho de la integración o al Derecho internacional de los Derechos Humanos (DDHH). Involucra, además, variadas cuestiones de derecho privado, como el estatuto personal, la protección de sujetos vulnerables, el reconocimiento de situaciones familiares (conyugales o parentales) válidamente creadas al amparo de otro sistema jurídico y sus consecuencias sobre la reunificación familiar.²

En este contexto, es también el Derecho Internacional Privado (DIPr) el que debe brindar las soluciones a estos conflictos. Por un lado,

1 Disponible en: <http://www.cartillaciudadania.mercosur.int/categs/es/3#t16>, Disponible al: 3/09/2020

2 Incluso se ha aseverado que la actitud hacia la migración puede impactar en las políticas legislativas en materia de DIPr, p. ej., en la elección entre la nacionalidad o el domicilio-residencia habitual, como factores de conexión para determinar la jurisdicción y el Derecho aplicable en temas del estado civil de las personas y la familia. Ver. VAN LOON, Hans. *El horizonte global y el Derecho Internacional Privado, Traducción de la obra “The Global Horizon of Private International Law”, Inaugural Lecture 2015, Recueil des Cours de l’Académie de La Haya*, vol. 380, 2016, p. 9-108, Traducción realizada por Javier Laureano OCHOA MUÑOZ, Gonzalo Salazar, Saúl BLANCO, Giancarlo CARRAZZA, Krizia CINCOTTI, Marian DE ABREU, Shaday FORERO, Ivette FORTUNY, María Alejandra GARCÍA, Rafael GÓMEZ, Rafael GONZÁLEZ, Diana IGLESIAS, Freddy MEDINA, Harold MINARRO, Andréina MUSSA, Cecilia RIVERO, Ana SCHEPMANS y Edgar VIVAS. Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), Editorial RVLJ (Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C. A.). Disponible en www.asadip.org, p. 96.

la mirada de derecho privado contribuye a ubicar a los migrantes como individuos, a garantizar la continuidad de su estatuto personal, de sus vínculos legales y, en su caso, de las medidas de protección tomadas en el Estado de origen. Por el otro, atender a la internacionalidad de los supuestos resulta clave puesto que esta repercute sobre la vulnerabilidad de los migrantes. Así, el DIPr cuenta con instrumentos, herramientas y métodos para una gobernanza con foco en el caso concreto, en la que no sólo se supere la división tradicional del derecho público/privado sino que se genere una necesaria sinergia entre ambas disciplinas.

Este vínculo entre el Dipr y el fenómeno migratorio es fácilmente identificable a través de los desafíos que enfrentan las autoridades judiciales y administrativas al lidiar con las situaciones iusprivatistas con contactos multinacionales que surgen en la dinámica de estos movimientos.

El caso bajo comentario permite visualizar con claridad la importancia de un abordaje que conjugue todas las perspectivas implicadas. En particular, cuando se trata de evaluar la factibilidad jurídica de dictar una medida urgente de protección de tres niñas de nacionalidad boliviana, pero que residen en Argentina (nombramiento provisorio de su abuela como tutora). En definitiva, atendiendo especialmente a la efectividad de las soluciones y que estas no tengan un mero efecto declarativo en la meta de concretar el interés superior de las niñas.

II. Marco normativo

En la resolución, la magistrada invoca expresamente la siguiente normativa: Convención de los Derechos del Niño (CDN) (arts. 3, 4 y 5); Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados del Mercosur (Bolivia y Chile), año 2002; Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN): arts. 109, inc. g, y 104; Ley N° 26.061: arts. 6 y 7; Ley N° 10.305 (Código Procesal del fuero de Familia, Provincia de Córdoba): arts. 21 inc. 3 y 73.

Aunque no se mencionan en el proveído anotado, resultan también relevantes desde la óptica del DIPr y se incluyen en el comentario:

Tratado de Derecho Civil de Montevideo 1889 (TDCM 1889): art.24 y 64; CCyCN: disposiciones de DIPr (especialmente arts. 2603, 2611, 2612, 2640, 2641); Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo

a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (CH 1996), no vigente en los Estados involucrados.

II. Los hechos del caso

A.H.F, I.J.F y A.D.L.F, tres niñas de nacionalidad boliviana son las protagonistas de este caso.

Según puede reconstruirse de las consideraciones vertidas en los proveídos y certificaciones de la causa, las niñas no tienen filiación paterna conocida. También se desprende que bajo la figura de “irresponsabilidad materna”, fueron institucionalizadas por el órgano de protección de Bolivia. En ese contexto, S.E.G., su abuela materna, a través de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del Municipio de Puerto Villaroel (Bolivia) obtuvo una resolución que ordenó el reintegro de las niñas a su cargo y la autorización para su traslado a la Argentina, logrando así su externación.

Instaladas en Argentina, la abuela se presentó ante la Asesoría Letrada Móvil del Poder Judicial de Córdoba,³ en Río Ceballos y planteó su caso a fin de asegurar la continuidad de las medidas de protección de sus nietas. La situación fue canalizada hacia el Juzgado de Familia de 4ta Nominación de la ciudad de Córdoba, donde –con fecha 22 de agosto de 2019 y el patrocinio letrado de la Asesoría Móvil- solicitó se le otorgue la tutela provisoria de las niñas.

3 El Programa de Asesorías Letradas Móviles se creó a través del Acuerdo Reglamentario N° 1156 del Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, el 7 de mayo de 2013 y tiene como cometido la organización y gestión del traslado, una semana al mes, de un equipo conformado por agentes judiciales voluntarios (mayormente pertenecientes a asesorías letradas de los diversos fueros) a aquellas zonas urbanas y suburbanas que se definen técnicamente en razón de su situación de vulnerabilidad social, cultural y económica, para la atención y asesoramiento de los vecinos que allí residen. Persigue facilitar el acceso a justicia al ciudadano en situación de vulnerabilidad, garantizando el establecimiento de los mecanismos institucionales, conjuntamente con el uso eficiente y eficaz de los procedimientos institucionales de orientación, asesoría, asistencia y representación legal. Para seleccionar el lugar, durante el mes previo a la visita, se trabaja en la comunidad a la que se asistirá junto a la red preexistente de instituciones de la zona. En esa ocasión, se socializa la experiencia con los referentes comunitarios. En cada visita, se brinda información y orientación a quienes se acercan al lugar fijado, canalizando hacia las oficinas jurisdiccionales eventuales reclamos. Durante el año 2019 se implementó el uso del whatsapp como medio de consulta para situaciones que necesitan un seguimiento continuo de los procesos judiciales. Las herramientas de justicia online colaboran para fijar audiencias, realizar extractos judiciales y enviar la documentación al juzgado. Ver al respecto: <https://www.justiciacordoba.gov.ar/justiciacordoba/inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=1518>; https://www.cba24n.com.ar/sociedad/la-justicia-provincial-ofrece-asesoria-mediante-whatsapp_a5de57aa1d91dda498913e119; <https://youtu.be/Jas1yIm36yg>

En un primer momento, y luego de exponer personalmente el escenario familiar ante la jueza, la Sra. S.E.G. se comprometió a acompañar la documental que había autorizado el egreso de las niñas de Bolivia en su compañía. El 30 de agosto de 2019, el tribunal cordobés advirtió la falta de cumplimiento del compromiso asumido por la Sra. S.E.G. y requirió precisiones acerca de la competencia de las autoridades bolivianas. Tuvo en cuenta que, según la documental que había acompañado oportunamente, la abuela había garantizado el retorno de las niñas a Bolivia, evidenciando no solo el compromiso asumido, sino también -a criterio del tribunal cordobés- la jurisdicción de la justicia boliviana.

En respuesta a la consulta, y mediante comunicación electrónica concretada gracias a la colaboración de autoridades diplomáticas argentinas en Bolivia, la magistrada del país vecino (Jueza Pública de Niñez y Adolescencia N° 3 de la capital de Cochabamba) informó que su oportuna intervención había reconocido origen en un acogimiento circunstancial de los niños, y que feneció su posibilidad de actuación hacia el futuro, cesando así su competencia.

IV. La decisión judicial

A través del decreto fundado, la jueza designó a la Sra. S.E.G. tutora de A.H.F, I.J.F y A.D.L.F de manera anticipada, provisorio y por el término de un año, con las facultades conferidas por el Art. 104, 3o párrafo del CCyCN. Impuso, a su vez, a la nombrada tutora provisorio, la obligación de iniciar e instar el trámite ordinario para la resolución de la tutela definitiva, ordenando la intervención del Asesor de Familia. También la facultó a tramitar y percibir todas las prestaciones asistenciales que por ley les correspondan a sus nietas y/o cualquier otro beneficio que otorgue la seguridad social, a realizar todas las gestiones respecto a la salud y educación de las niñas. En especial, autorizó la tramitación de la residencia permanente en nuestro país en el marco del “Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados del MERCOSUR (Bolivia y Chile)” del año 2002.

Los fundamentos de la decisión tuvieron como premisa la necesidad de intervención para que en el menor tiempo posible las niñas lograran la reinserción en un contexto familiar. Se tuvo en cuenta el cese de la competencia de la justicia boliviana informado a través de comunicación electrónica, en conjunto con la naturaleza urgente de la petición.

Resultó decisiva la consideración de la situación de plurivulnerabilidad de las niñas ya que carecían de representación legal, estaban enmarcadas en condición de migrantes y habían pasado una historia de desamparo.

Desde lo fáctico, el proveído destacó que la Sra. S.E.G ya se encontraba al cuidado de las niñas, sumado a la necesidad de arbitrar todas las medidas que restablezcan de inmediato una realidad familiar armónica, sin altibajos ni sobresaltos, en las mejores condiciones posibles, garantizando la estabilidad en el proceso de crecimiento, desarrollo y formación de las niñas.

En cuanto a la designación de la abuela como tutora, se consideró su solvencia moral y material tomando en cuenta el previo control judicial de idoneidad de parte del sistema boliviano, y el ejercicio de hecho de la totalidad de las funciones que corresponden al cuidado y sostén de sus nietas, aún sin un reflejo jurídico de la situación.

La magistrada remarcó que las niñas se encontraban atendidas y controladas en su salud, con inserción escolar, habitacionalmente protegidas, con demás necesidades cubiertas y que la abuela materna asumió comprometidamente la tarea de rescate de la institucionalización en Bolivia y luego, el traslado al hogar que comparten.

En definitiva, resultó definitorio que el tratamiento anticipado a la tutela permitiría la tramitación de la residencia precaria de las niñas en el país, teniendo en consideración las obligaciones asumidas internacionalmente a través de los arts. 3,4 y 5 CDN y el mandato del art. 109, inc. g CCyCN.

A continuación analizaremos el presente caso atendiendo a la particular situación de vulnerabilidad de las niñas y a la internacionalidad del supuesto. Es justo adelantar que ambos aspectos han sido destacados y considerados de manera preponderante por la magistrada para arribar a su decisión. Asimismo, se percibe una actitud altamente cooperativa y respetuosa del “elemento extranjero” de la decisora al tomar en cuenta la posible jurisdicción de los jueces bolivianos para decidir sobre la cuestión y emplear recursos ágiles para tomar contacto con las autoridades del país vecino. Este enfoque hizo posible la valoración de la prueba producida ante autoridades bolivianas para adoptar su resolución.

El caso, además, resulta revelador de una situación que se presenta cada vez con más frecuencia: la protección de los niños y familias migrantes, siendo que tanto el Derecho interamericano de los DDHH y el DIPr son llamados a ofrecer soluciones, este último desde una perspectiva obligatoria y no facultativa.

V. Análisis del caso

1. Libre circulación y residencia familiar en MERCOSUR. La especial situación de vulnerabilidad de las niñas. Derecho internacional de los DDHH y DIPr: ¿doble perspectiva o perspectiva complementaria?

Por un lado, la situación descrita deja a la luz las ventajas y las facilidades que otorga el ámbito de MERCOSUR para la libre circulación de las personas y la obtención de residencia dentro de este espacio. En este sentido, cabe destacar que ello se encuentra en sintonía con la promoción y protección de los derechos de los migrantes y sus familias y, por ende, en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país (y los de la región) en numerosos instrumentos de DDHH.⁴

Pero, además, en este caso concreto merece una especial consideración la situación de plurivulnerabilidad que padecen las niñas que lo protagonizan y la urgencia en la protección de sus DDHH. Así, en primer lugar, mediante la CDN los Estados Parte se comprometen a velar por la unidad familiar en la situación de migrantes en general (garantizar la no separación del niño de sus padres contra de su voluntad, art. 9.1;

4 Entre los instrumentos de protección de los DDHH que contemplan el derecho a la libre circulación cabe mencionar, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 1); Convención Americana de Derechos Humanos, art. 22; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 12. También se han desarrollado instrumentos de *soft law* a estos fines, por ejemplo, el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, 2018, ONU, primer acuerdo intergubernamental, negociado bajo el auspicio de las Naciones Unidas, cuyo objetivo es cubrir todas las dimensiones de la migración internacional de una manera completa y holística. Este instrumento define 23 objetivos para gestionar mejor la migración a nivel local, nacional, regional y global. También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mediante la Resolución 04/19 aprobada 7/12 /2019 ha elaborado los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de trata de personas. Así, por ejemplo, el Principio 9 (Cooperación y coordinación) establece que: “Los Estados deben crear y fortalecer la cooperación en materia de migración internacional a fin de que esta se realice de manera segura, regular y ordenada. Análogamente, deben trabajar para ampliar los canales de la migración regular, de modo que se tenga en cuenta la perspectiva de género, la realidad demográfica y el mercado laboral, facilitar la movilidad educativa, tomar en cuenta el derecho a la vida familiar y responder a las necesidades de los migrantes y personas sujetas de protección internacional que se encuentren en situación de vulnerabilidad”.

autorizar que el niño pueda solicitar por sí o por sus padres entrar a un Estado Parte o salir de él a los efectos de la reunión de la familia, petición que deberá ser atendida de manera positiva, humanitaria y expedita, art. 10.1). En este sentido es dable mencionar la Opinión Consultiva OC-24/2014, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, en cuyo texto se asevera: “... los Estados deben priorizar el enfoque de los DDHH desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos...”. Además, “...considerar(los) al diseñar, adoptar, implementar y aplicar sus políticas migratorias, incluyendo en ellas, según corresponda, tanto la adopción o aplicación de las correspondientes normas de derecho interno como la suscripción o aplicación de los pertinentes tratados y/u otros instrumentos internacionales”.

En este contexto, cabe atender a que la migración frecuentemente reconoce su origen en la situación laboral de algún integrante del grupo familiar. Así, resultan de gran trascendencia los instrumentos protectorios de los trabajadores migrantes y sus familias junto a los instrumentos de DIPr que tienden a garantizar los derechos de los niños y que coadyuvan a garantizar y proteger sus derechos en la reunificación familiar. En este sentido, el Convenio de protección de Trabajadores Migrantes y sus familias⁵ en su art. 4 establece de modo amplio qué se entiende por “familiares” en ese contexto (se incluye a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate). En igual sentido, en el art. 44 los Estados asumen la obligación de adoptar medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio y para facilitar la reunificación familiar. Más aún, en la “Observación General Conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los

⁵ En este sentido, van LOON señala su ratificación esencialmente por países en desarrollo. Asimismo, que se trata de un instrumento ambicioso en cuanto a su cobertura –migración tanto temporal y permanente, como legal e ilegal– y que provee amplios derechos sustanciales para los migrantes, lo que pudo haber apartado a los países industrializados. Aun así, destaca que varias de sus disposiciones forman parte del catálogo básico de DDHH y que, en definitiva, este no agregaría cargas adicionales sobre dichos Estados. Además, debe atenderse a que pueden formularse reservas. Considera el autor que su ratificación por países industrializados sería un valioso paso hacia la creación de un sistema mundial sobre estándares mínimos con relación a la migración laboral. Ver VAN LOON, Hans, cit. p. 95-96.

Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los DDHH de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno se señala que el CH 1996 dispone de recursos para asegurar tal protección.

La historia de las niñas y el vínculo con su abuela demuestran, a su vez, la vulnerabilidad asociada a la migración como fenómeno que afecta a todo el grupo familiar. Diversos elementos se conjugan para situar a los extranjeros pertenecientes a este segmento en desventaja para acceder a justicia:⁶

- Son frecuentemente víctimas de racismo y xenofobia: la tendencia o la reacción social frente al diferente se centra con enorme concentración en aquel al que se identifica como tal con gran facilidad.
- Existen menores estructuras familiares de protección: la emigración supone un alejamiento y con la distancia, pierden gran parte no sólo de su función afectiva o emocional, sino su capacidad de apoyo social y económico; y, agregamos, incluso acceso al apoyo legal
- Enfrentan fronteras idiomáticas y/o culturales: las dificultades de traducción de conceptos jurídicos inhabituales en el lenguaje coloquial se trasladan a limitaciones al derecho de defensa o incluso, al de información del proceso.
- A menudo su capacitación o situación los limita a ocupaciones laborales que los autóctonos quieren recuperar: se construye una compleja forma de estigmatización social en torno a determinados puestos de trabajo ocupados por migrantes.
- Padenen desigualdad jurídica: es el ámbito en que nacen y confluyen el resto de los factores de discriminación. Al extranjero se lo coloca en un estatus negativo “no nacional” o “no ciudadano” que, a veces, implica requisitos diferentes y más gravosos, condiciones especiales, relegación, sometimientos a mayores controles, una vulnerabilidad construida institucionalmente.

⁶ Utilizamos como base para el esquema que describe las condiciones desfavorables asociadas a la migración el planteado por SOLANS PUYUELO, Francisco. “La inmigración en las Reglas de Brasilia”, en NOGUEIRA, Juan Martín / SHAPIRO, Hernan I. (Coords.), *Acceso a la justicia y grupos vulnerables*, Ed. Plantense, 2012.

Además, estos casos también dejan a la luz aspectos que deben ser atendidos desde la perspectiva del DIPr. En particular cuando se vulnera el derecho del niño a mantener la estabilidad en su estatuto personal, a crecer en el seno de una familia para desarrollar su potencialidad, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular cuando esté separado de uno o de ambos progenitores, salvo si ello es contrario al interés superior del niño (art. 9.3) y cuando éstos residan en diferentes Estados (art. 10.2), entre otros.

En el caso que nos ocupa, garantizar la protección de los derechos de las niñas abarcaba, desde una perspectiva, la garantía de su libre circulación y residencia en nuestro país; además, desde otra, la protección de otros derechos en particular: a crecer y desarrollarse en el seno de una familia en condiciones que les permitiera librarse de un contexto de abandono y explotar sus potencialidades. Estas situaciones incrementaron las condiciones de vulnerabilidad de las niñas.

En definitiva, como hemos adelantado, la decisión judicial que nos convoca promueve la reflexión en relación a las obligaciones que derivan del Derecho internacional de los DDHH y desde el DIPr, tanto desde su dimensión procesal como sustancial. Estas disciplinas no deberían funcionar como perspectivas estancas; por el contrario, sería deseable una actuación coordinada para propender a una sinergia que permita que se complementen para ofrecer una garantía integral en orden a paliar la vulnerabilidad en la que se encuentran las familias y los niños migrantes.

2. El Derecho Internacional Privado como perspectiva obligatoria y no facultativa. La solución del caso desde una dimensión sustancial

La situación llevada ante los tribunales cordobeses revela una relación de derecho privado en la que los sistemas jurídicos de Argentina y Bolivia entran en contacto. Se trata de la solicitud de dictado de una medida urgente de protección (materializada en el nombramiento provisorio de tutora) para amparar a tres niñas de nacionalidad boliviana, hoy residentes en Argentina, en función de un permiso para salir del país limítrofe con ellas otorgado por la autoridad extranjera (boliviana) a su abuela.

Ante tal esquema de situación, el DIPr suministra las herramientas conceptuales y normativas para enfrentar la complejidad que el elemento

internacional genera en el caso. Es decir, toca a esta rama del Derecho intervenir cuando se plantea una situación jurídica de carácter privado que queda captada por dos o más ordenamientos jurídicos.⁷

En este sentido, entre los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial argentino se sostuvo que “las normas de Derecho Internacional Privado constituyen un sistema destinado a favorecer la coordinación entre el ordenamiento argentino y los sistemas jurídicos de los demás Estados con los cuales se vinculan las situaciones privadas internacionales, cada vez más complejas en una realidad intensamente comunicada e interconectada”.

En un escenario así, no es casual que el artículo inaugural del Título IV del CCyCN que contiene las disposiciones de DIPr afirme que las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales deben surgir de los tratados y las convenciones internacionales vigentes y que sólo en defecto de normas de fuente internacional, habrá de acudir a las normas del DIPr de fuente interna (art. 2594 CCyCN). En rigor, la disposición no hace más que presentar el recorte iusprivatista de la regla ya sentada en la Constitución Nacional, a partir de su formulación de 1994, cuando dispone en su art. 75, inc. 22 la superioridad jerárquica de tratados y concordatos en relación a las leyes dictadas por el Congreso.

Ahora bien, y a fin de razonar el caso desde el sistema propuesto por el DIPr argentino cabe, en primer lugar, el siguiente interrogante: ¿existen tratados vigentes entre Argentina y Bolivia que nos orienten en casos en los que se evalúa la adopción de una medida urgente de protección?

Para ubicar un vínculo convencional entre ambos países sobre la materia es preciso remontarnos a 1889, año de la celebración del TDCM 1989.⁸ El Título VIII, contiene Disposiciones comunes a los Títulos IV, V y VII, referidas a “matrimonio”, “patria potestad” y “tutela y curatela”. Allí, el art. 24 dispone que: Las medidas urgentes que conciernen a las relaciones personales entre cónyuges, al ejercicio de la patria potestad y a la tutela y curatela, se rigen por la ley del lugar en que residen los cónyuges, padres de familia, tutores y curadores.

7 DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El Derecho Internacional Privado actual*, Tomo I, Buenos Aires, Zavalía, 2015, p. 1.

8 Bolivia no es parte del Tratado de Derecho Civil internacional de Montevideo de 1940.

A su vez, el Título XIV, dedicado a Jurisdicción, dispone en su art. 64 que: Los jueces del lugar de la residencia de las personas son competentes para conocer de las medidas a que se refiere el art. 24.

Al respecto caben distintos interrogantes en cuanto a la aplicación de estas disposiciones al caso que nos ocupa. En primer lugar, ¿regulan estas disposiciones la designación o nombramiento del tutor o solamente sus efectos o ejercicio? En cuanto a la determinación de la jurisdicción internacional, en el artículo 64 cuando se expresa “los jueces de la residencia de la persona”, ¿se hace referencia a la residencia del tutor o a la del niño, niña y adolescente cuya tutela se procura? Si se siguen los lineamientos de otras soluciones del Tratado⁹ y/o de los criterios para determinar el derecho aplicable del art. 24, podríamos inferir que se refiere a la residencia del tutor, lo que nos conduce a otro interrogante ¿podemos considerar las disposiciones de esta fuente plenamente operativas en los tiempos que corren y especialmente en el caso que nos ocupa?

Ciertamente, tendemos a plantear un cuestionamiento hacia la aplicabilidad de las previsiones replicadas en cuanto apuntan a medidas urgentes vinculadas a las relaciones personales que surgen del “ejercicio” de la tutela, diferenciándose del propio nombramiento provisional de tutora como medida. En el caso, la designación de la abuela de las niñas en calidad de tutora reviste un carácter provisional y urgente, pero no existe aún (de acuerdo a los datos que surgen del decreto) una designación formal en Bolivia y –obviamente- tampoco en Argentina.

No obstante la objeción previa, la cortapisa más contundente para su utilización en esta presentación judicial se relaciona con la distancia que separa la regulación de los tópicos vinculados con la niñez en el TDCM 1989 -pionero en la codificación del Dipr y fiel espejo de la mirada sobre la infancia de su época- del paradigma sentado en la CDN, nada menos que cien años después y con jerarquía constitucional en Argentina.¹⁰

Recordemos que la CDN encarnó un mojón en la transformación de la concepción de la niñez, al reconocer a niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos que gozan de una protección especial por su

⁹ Nótese, por ejemplo, que el art. 7 establece que los incapaces tienen el domicilio de sus representantes legales.

¹⁰ Sin perjuicio de esta aseveración no debe olvidarse que el Tratado aún está vigente en nuestro país y que la prelación normativa que ordena nuestro sistema de derecho impone la aplicación prioritaria de la fuente internacional (art. 75 inc. 22 CN). Por ello, creemos que estas disposiciones continúan vigentes y que incluso pueden ser las que, en algún caso, conduzcan a la solución material; sin embargo, se impone en todos los casos de su aplicación la confrontación con los DDHH que hoy gozan de jerarquía constitucional en nuestro país.

condición de personas en desarrollo. La perspectiva de DDHH es la que motoriza la visibilización de la niñez y adolescencia como portadora de una serie de derechos y garantías que pueden ser exigidos y deben ser protegidos y que además imponen un enfoque infantocéntrico en el abordaje de los problemas de la niñez.¹¹

Es preciso también mencionar que las medidas urgentes se encuentran contempladas en varias fuentes de DIPr convencional e institucional argentino, aunque cada una con alcance circunscripto a su temática. Con una gran vinculación encontramos el art. 19 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, el art. 16 de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores y el art. 2° Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, 1980. En orden a cuestiones con más matices, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (art. 15) y desde una perspectiva más amplia, el art. 9° Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, así como el art. 12 Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto en MERCOSUR.

Al esquema convencional bosquejado es preciso añadir la regulación de la fuente interna o autónoma en esta materia. Así encontramos que el art. 2603 del CCyCN contempla dentro de su ámbito de aplicación el siguiente supuesto: Los jueces argentinos son competentes para disponer medidas provisionales y cautelares: b. a pedido de un juez extranjero competente o en casos de urgencia, cuando los bienes o las personas se encuentran o pueden encontrarse en el país, aunque carezcan de competencia internacional para entender en el proceso principal. Indudablemente, este caso estaba dotado de la urgencia a la que hace referencia el inciso b) transcripto y, por lo tanto, justificaba la intervención de los jueces argentinos para disponer la medida.

Por su parte, el art. 2641 CCyCN, que condensa los consensos globales más actuales sobre protección de niños, niñas y adolescentes a escala transfronteriza dispone: La autoridad competente debe aplicar su derecho interno para adoptar las medidas urgentes de protección que resulten necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes, cuando se encuentren en su territorio, sin perjuicio de la obligación de poner

11 Nótese que las modernas convenciones toman como criterio relevante la residencia habitual del niño, al igual que varias fuentes de derecho a nivel nacional ej. el CCyCN, art. 2639 primera parte: *Todo lo atinente a la responsabilidad parental se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto.*

el hecho en conocimiento del Ministerio Público y, en su caso, de las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada, excepto lo dispuesto en materia de protección internacional de refugiados.

El artículo –sin correlato en el código velezano e inspirado en la CH 1996- permite que las autoridades argentinas entiendan en casos que sea requerida la adopción de medidas urgentes y necesarias para amparar a niños, niñas y adolescentes, mayores incapaces o con capacidad restringida, tomando como base de atribución de jurisdicción el hecho de encontrarse en territorio nacional o la existencia de bienes en el país. A su vez, resulta clara la aplicación de la ley nacional del juez que entiende en la causa para definir y ajustar la medida más apropiada de protección, en función de la celeridad y proximidad con el caso que la urgencia requiere. Es decir, que la urgencia justifica el paralelismo que se produce entre el sector de la jurisdicción internacional y el derecho aplicable en este caso.¹²

La obligación de informar la medida a una eventual autoridad competente (sobre el fondo) incardina derechamente en la obligación genérica de cooperación plasmada en el art. 2611 CCyCN.¹³

Resta mencionar que entre las disposiciones de DIPr del CCyCN se regula además la figura de la tutela, y demás institutos de protección -no de modo provisional como en el caso que nos ocupa sino como medida de protección definitiva-. Así, en el art. 2640 se establece La tutela, curatela y demás instituciones de protección de la persona incapaz o con capacidad restringida, se rigen por el derecho del domicilio de la persona de cuya protección se trate al momento de los hechos que den lugar a la determinación del tutor o curador.¹⁴

12 En igual sentido: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Parte Especial, vo. 1, segunda edición, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria 2003, p. 71 y NAJURIETA, María Susana, en “Principios y aportes metodológicos perdurables del Tratado de Derecho civil Internacional de Montevideo 1889” en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia y LORENZO IDIARTE, Gonzalo (Coords), *Jornadas 130 aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889. Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*, Montevideo 2019, Fundación de Cultura Universitaria, p. 117.

13 Art. 2611.- Cooperación jurisdiccional. Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral.

14 Cabe advertir que el ámbito de aplicación material de la disposición contempla a la tutela, la curatela y demás institutos de protección de la persona incapaz o con capacidad restringida. Luego, mediante una norma de conflicto se determina que se regirán por el derecho del domicilio de la persona de cuya protección se trate. La proximidad entre el caso y el derecho elegido resulta coherente con el fin de la protección pretendida. El corte temporal elegido —al momento de los hechos que den lugar a la designación del tutor o curador— persiguen dicha protección. RUBAJA, Nieve, comentario al art. 2640 en HERRERA, Marisa, CARAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (Dir.) *Código Civil y Comentario de la Nación*, Infojus, 2015. Disponible en: <http://www.saij>.

El artículo culmina incorporando una directriz con el objeto de garantizar la continuidad de la protección establecida al amparo del derecho extranjero, incluso cuando dichos institutos difieran de los regulados en nuestro ordenamiento jurídico:¹⁵ Otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño. Se ha entendido que esta disposición opera para insertar una situación jurídica que ya ha sido creada al amparo del derecho extranjero y con la finalidad de que ésta despliegue efectos en el foro, sin necesidad de someterla al procedimiento de exequátur. Así, resulta respetuosa del derecho a la estabilidad de los vínculos familiares. El límite o control fijado para que proceda el reconocimiento -los derechos fundamentales del niño- resulta mucho más reducido que atender a la confrontación con el orden público internacional.¹⁶

Si bien no se regula la jurisdicción internacional, en la especie se ha entendido que en atención al fundamento de proximidad que caracteriza a la conexión elegida para el derecho aplicable y teniendo en cuenta la inmediatez del juez de la causa con el sujeto a proteger y a la tutela judicial efectiva de este último, el juez argentino resultará competente para entender en los asuntos comprendidos en el primer párrafo de la norma si el domicilio de la persona cuya protección se trate se encuentra en el país.¹⁷

En definitiva, cuando un caso toma contacto con más de un ordenamiento jurídico la perspectiva del DIPr resulta ineludible. En consecuencia, se impone el hallazgo de la fuente normativa para analizar el caso atendiendo a la prelación que caracteriza a nuestro ordenamiento jurídico. Finalmente, cuando la fuente autónoma resulta de aplicación subsidiaria, el contexto impone la necesidad de articular un diálogo de fuentes a fin de rastrear la solución que respete de manera más acabada el interés superior de las niñas y que permita restablecer los derechos de aquéllas.

gobar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_VI.pdf

15 Tal como el caso de la Kafala mediante la cual se adquiere voluntariamente un compromiso de cuidado, educación en la fe musulmana y protección similar a la de padre e hijo, aunque sin alterar los vínculos biológicos.

16 RUBAJA, Nieve, Op. cit.

17 Además, esta solución resulta acorde a la propiciada en el ámbito convencional que sirve de fuente a este artículo (arts. 3º, 5º y 15 del Convenio de La Haya Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y Medidas de Protección de Niños de 1996; art. 117 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003; art. 35.1 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Bélgica) y a los Fundamentos del Anteproyecto del CCyCN. RUBAJA, Nieve, Op. cit.

3. La dimensión procesal del DIPr: cooperación internacional

Hemos analizado en el punto anterior el eje de la jurisdicción internacional, aquí nos abocaremos a la cooperación judicial internacional puesto que completa la dimensión procesal del caso bajo la mirada de DIPr. En ese marco, se advierte en el desarrollo del proceso que da lugar a la decisión comentada de la utilización de comunicaciones judiciales directas (CJD) ante la necesidad de obtener información sobre la situación judicial de las niñas en Bolivia y la competencia asumida por sus autoridades.

En términos generales, las medidas de cooperación destinadas a recabar datos, efectuar notificaciones, producir prueba –e incluso cumplimentar medidas preventivas- en el extranjero se canalizan a través de exhortos internacionales o cartas rogatorias, que se tramitan por el cauce diplomático, judicial, de Autoridades Centrales o particulares. Sin embargo, y a pesar del rol central de ese conducto, desde hace algunos años se observa a nivel global el avance la utilización de herramientas y mecanismos que, fomentados por los beneficios de la tecnología, persiguen generar una conexión más directa y ágil entre autoridades para efectivizar la colaboración.

Las CJD, con mayor tradición en los países del *common law*, se han tornado cada vez más frecuentes también en países con nuestra cultura jurídica. Los operadores han tenido así la ocasión de constatar sus beneficios, en orden a la aceleración de los tiempos implicados y la desburocratización de algunas gestiones cooperativas.

Efectivamente, el objetivo palpable de mecanismos como las CJD es el acortamiento de los plazos que insume la diligencia y la adopción de resoluciones más informadas acerca de los condicionamientos y efectos vinculados al sistema jurídico foráneo. Pero existe, además, un efecto poco tangible -aunque invaluable- derivado de estas prácticas: aumentar y robustecer recíprocamente la confianza entre los sistemas judiciales como premisa básica de la cooperación jurisdiccional internacional.

En Argentina, desde la vigencia del CCyCN, la flexibilidad procesal que autoriza la utilización de este mecanismo, viene dada por la combinación de los artículos 2611 y 2612 de la novel regulación. En ambos casos se buscó brindar una pauta esencial al juez argentino: la cooperación jurisdiccional internacional es un deber, en respuesta al

contexto actual del mundo.¹⁸

Esta obligación amplia de cooperación se complementa con el permiso expreso para concertar CJD prevista en la segunda norma. El CCyCN establece tres condiciones básicas para el ejercicio de la facultad de contactarse los jueces sin intermediación: a) que la situación lo requiera; b) que el sistema jurídico extranjero lo autorice;¹⁹ y c) que se respeten las garantías inherentes al debido proceso.

El CCyCN no limitó la posibilidad de acudir a CJD a un instituto jurídico en particular, pero existen ciertas materias en las que su necesidad y utilidad es inocultable. Entre ellas, las que involucran niños o que tienen carácter urgente, ambas circunstancias verificadas en el caso bajo comentario.²⁰

Durante la tramitación de la causa que comentamos, la necesidad de contar con información certera sobre la situación judicial y administrativa de las niñas en Bolivia resultaba inocultable. La jueza interviniente actuó con la premura que una mirada comprometida y las delicadas características del caso imponían al establecer con su par boliviana una comunicación judicial directa, gracias a la colaboración de las autoridades consulares argentinas en el país vecino.

Es sabido que estos modos de establecer contacto tienen como presupuesto el avance del uso de la tecnología en la gestión jurisdiccional y en algunas situaciones requieren los recursos técnicos que aseguren la confiabilidad y seguridad en la comunicación. Teléfono, correo electrónico

18 DREYZIN, Adriana. “Disposiciones de Derecho Internacional Privado (art. 2611)”, en LORENZETTI, Ricardo, *Código Civil y Comercial Comentado. Tomo XI*. Santa Fe: Rubinzal, 2015. p. 535.

19 IUD, Carolina / RUBAJA, Nieve. “Algunas herramientas para favorecer el acceso a la justicia en el nuevo Código Civil y Comercial argentino” en *El acceso a la justicia en el Derecho Internacional Privado: Jornadas de la ASADIP*. Asunción: CEDEP, ASADIP, Mizrahi & Pujol, 2015. p. 244.

20 Por lo dicho, no sorprende que las cuestiones que involucran niños, niñas y adolescentes, en especial el ámbito de la restitución internacional, presenten un vasto desarrollo práctico de las CJD. Entre los múltiples instrumentos que las incorporan pueden mencionarse: Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de Niños, Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial Internacional y Principios básicos en materia de cooperación judicial internacional, Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia, Lineamientos emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y de Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las Salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya. En la órbita nacional, además del Código Civil y Comercial de la Nación están presentes, por ejemplo, en el Protocolo de Actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2016), en Ley N° 10.419 de la Provincia de Córdoba, y el Protocolo de Actuación de la Oficina de Cooperación Judicial Internacional (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, 2016).

o videoconferencia pueden ser utilizados hoy, pero todo hace presagiar su superación tecnológica en el futuro. En general, el juez que inaugura la comunicación es quien pondera el momento para iniciarla y su impacto en cuanto a velocidad, eficiencia y relación costo-rendimiento, para utilizar la opción tecnológica más apropiada.

De todos modos, no podemos olvidar que la práctica debe ser aceptada por ambos tribunales involucrados, por lo que de optar por la comunicación por vía oral, será preciso la proposición tentativa de una oportunidad, que luego podrá ser admitida sin más o coordinarse de acuerdo a las necesidades, circunstancias y restricciones operativas y técnicas de las dos autoridades. Es habitual utilizar la modalidad escrita para la comunicación inicial, que permite transmitir un conjunto de especificaciones tendientes a individualizar los sujetos, las circunstancias y el objeto de la comunicación emprendida, en orden a viabilizar un contacto eficaz e -incluso- facilita las tareas de traducción en los supuestos en que no existe un idioma común.

Por último, merece destacarse la celeridad actitud colaborativa al utilizar el mismo medio de correo electrónico para comunicar a la autoridad boliviana el dictado de la medida de protección dispuesta en el proveído que motiva este comentario. Nuevamente, la información compartida y la coordinación al servicio del interés superior de las niñas.

4. CH 1996: regulación de las medidas urgentes y de protección en el contexto de la responsabilidad parental. Beneficios de su incorporación en el espacio integrado MERCOSUR

En el ámbito MERCOSUR no se ha elaborado ningún instrumento de DIPr que brinde soluciones a problemas derivados de la necesidad de dictar medidas urgentes de protección de la niñez, la tutela (o de la responsabilidad parental en general) y que pueda ofrecer soluciones a problemáticas como la que surge del fallo en comentario. Sin embargo, entendemos que si los Estados Parte se vinculan mediante instrumentos que traten estas temáticas, elaborados en otros foros normativos, su operatividad en este espacio se verá especialmente enriquecida por la cooperación internacional reforzada que puede ofrecer el marco MERCOSUR.

Concretamente, nos referimos al CH 1996 cuyo ámbito de aplicación y soluciones exceden al análisis de la temática aquí propuesta²¹. Por ello, sólo mencionaremos a modo introductorio que el Convenio incluye normas unificadas en materia de jurisdicción internacional y derecho aplicable -estableciendo una regla general según la cual cada juez aplicará su *lex fori*, aunque se prevé la posibilidad de abandonar esta regla en casos excepcionales y si ello resulta acorde al mejor interés del niño de que se trate-²² También se aborda el reconocimiento y ejecución de medidas adoptadas en un Estado Parte en el resto de los Estados bajo el principio general de reconocimiento extraterritorial y de pleno derecho, previendo excepciones de modo taxativo y bajo la prohibición de realizar un análisis de fondo. Además, la cooperación internacional es un eje clave en las soluciones que provee el Convenio. Sin embargo, a continuación, nos abocaremos a abordar aquellas disposiciones y recursos que resultan atendibles desde el análisis aquí presentado: las medidas de protección urgentes o provisionales.

En primer lugar, cabe destacar que el CH 1996 se erige sobre el principio de que los jueces de la residencia habitual del niño son los competentes para entender en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental y las medidas de protección, aunque incorpora también otras jurisdicciones para cubrir otros posibles escenarios (arts. 5 a 10).

Sin embargo, los arts. 11 y 12 contemplan soluciones especiales para casos de urgencia y para medidas provisionales respectivamente. Respecto a las primeras, se regula la competencia en casos de urgencia de los jueces del lugar en donde se sitúe el niño, sin perjuicio de dónde se encuentre su residencia habitual. Es decir, que se otorga competencia a las autoridades del Estado en que se encuentra el niño para tomar las medidas urgentes necesarias para la protección de su persona o sus bienes (art. 11.1). Asimismo, se establece que estas medidas serán provisorias y tendrán eficacia hasta tanto el juez del Estado de residencia habitual del

21 La Argentina firmó el Convenio el 11/6/2015 y fue aprobado por Ley N° 27.237 (sanc. 26/11/2015; promul. 22/12/2015; publ. 23/12/2015). A la fecha (septiembre 2020), se encuentra en discusión en el Parlamento nacional, el proyecto de ley modificatoria de la Ley N° 27.237, a fin de solventar algunos inconvenientes relacionados con la traducción del instrumento acompañado en su oportunidad, como requisito previo para que el procedimiento de ratificación avance. Por lo tanto, Argentina aun no ha efectuado el depósito. De acuerdo a lo dispuesto en el art. 61.2.a) del Convenio, éste entrará en vigor en cada Estado el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito de su instrumento de aprobación. De los países del Mercosur, solamente se vinculan por este instrumento Paraguay y Uruguay.

22 Para profundizar se sugiere, entre otros, CASTRO, Florencia y RUBAJA, Nieve. "El convenio de la La Haya de 1996 sobre protección internacional de niños y su interrelación con el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de niños" en TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, RUBAJA, Nieve y CASTRO, Florencia (coords.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, ed. Porrúa, México 2017, p. 409 y ss.

niño competente para entender en el fondo del asunto adopte las medidas que entienda necesarias para su protección (art. 11.2). La importancia de esta disposición radica en que todo niño que se encuentre en un Estado Parte en este instrumento gozará de tal protección.

Si bien no se define qué debe entenderse por “urgencia”, se ha interpretado que un enfoque útil para las autoridades puede ser considerar si es posible que el niño sufra un perjuicio irreparable o que su protección o intereses se vean comprometidos si no se toma una medida para proteger al niño en el período que es posible que transcurra antes de que las autoridades con competencia puedan tomar las medidas de protección necesarias.

Asimismo, si el niño tuviera su residencia habitual en un Estado no contratante las medidas adoptadas dejarán de tener efecto en todo Estado contratante desde que las medidas exigidas por la situación y adoptadas por las autoridades de otro Estado se reconozcan en dicho Estado contratante (art. 11.3).

Respecto a las medidas provisionales se establece que son competentes para dictarlas -con carácter provisional y eficacia territorial restringida al Estado en las que se dictan- las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan, siempre que tales medidas no sean incompatibles con las ya adoptadas por las autoridades competentes según las reglas generales establecidas en el Convenio. Estas medidas dejan de surtir efecto desde el momento en que las autoridades competentes se hayan pronunciado sobre las medidas que pueda exigir la situación (art. 12).²³

En el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones nos limitaremos a destacar que el Convenio establece el principio general de reconocimiento extraterritorial y de pleno derecho de las medidas adoptadas por un Estado Parte en los demás (art. 23). Asimismo, se prevén seis excepciones de modo taxativo que brindan la posibilidad de denegar el reconocimiento, a saber: a) si la medida se ha adoptado por una autoridad cuya competencia no estuviera fundada en uno de los criterios previstos en el Capítulo II; b) si, excepto en caso de urgencia, la medida

23 La principal diferencia entre las medidas urgentes del art. 11 y las provisionales del art. 12 radica en que las segundas no pueden ser adoptadas en casos de desplazamientos o retenciones ilícitas, pero sí podrían dictarse medidas urgentes. Conf. LAGARDE, Paul. *Informe explicativo del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños*, Procedimientos de la decimotercera sesión (1996), Tomo II, Protección de Menores, La Haya, SDU, 1998, para 75 y cedtes. Disponible en www.hchch.net

se ha adoptado en el marco de un procedimiento judicial o administrativo, en el que el niño no ha tenido la posibilidad de ser oído, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado requerido; c) a petición de toda persona que sostenga que la medida atenta contra su responsabilidad parental, si, excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado sin que dicha persona haya tenido la posibilidad de ser oída; d) si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido, teniendo en cuenta el interés superior del niño; e) si la medida es incompatible con una medida adoptada posteriormente en el Estado no contratante de la residencia habitual del niño, cuando esta última medida reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado requerido; f) si no se ha respetado el procedimiento previsto en el art. 33 para la colocación de un niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por *kafala* o institución análoga en otro Estado Parte. Nótese que los requisitos son aún más acotados en casos de urgencia ya que no se aplicarían los incisos b) y c).

Además, se contempla un proceso que se ha denominado “reconocimiento anticipado” que prevé la posibilidad de que toda persona interesada solicite el reconocimiento de una medida adoptada en otro Estado Parte para despejar toda duda en relación a su cumplimiento (por ejemplo, cuando el hijo va a viajar por un tiempo breve a otro Estado) (art. 24).

Desde el preámbulo del CH 1996 se recuerda que la cooperación internacional es un presupuesto insoslayable para el funcionamiento y el logro de los objetivos propuestos.²⁴ El mecanismo cooperativo previsto en el instrumento es, fundamentalmente, un modelo de cooperación internacional entre autoridades; es decir, pivotea desde el actuar de las Autoridades Centrales que instaura en su art. 29. Serán ellas las encargadas de articular la cooperación –concebida en una forma muy amplia- con los organismos nacionales competentes en materia de protección de niños, niñas y adolescentes y con las Autoridades Centrales de los Estados parte involucrados.²⁵ Según el diseño de las responsabilidades encomendadas a la Autoridad Central en el CH 1996, su actuación deberá responder a la idea de realización en el marco internacional de unos determinados y

24 Para profundizar sobre este aspecto de la CH 1996 puede consultarse DREYZIN DE KLOR, Adriana y HARRINGTON, Carolina. “Cooperar para resguardar: la apuesta convencional para proteger a niñas, niños y adolescentes”, *RDF* N° 87, La Ley, 2018.

25 GOICOECHEA, Ignacio y CASTRO, Florencia. “Construyendo un Sistema de Cooperación Internacional para la Protección de los Niños en materia civil”. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/actividades/docs/2014/Goicoechea_Sp.pdf

concretos valores materiales o de protección traducidos en la protección del niño.

En una línea similar a la asumidas en otros instrumentos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, las Autoridades Centrales no solo tienen como mandato primordial el de cooperar entre ellas, sino que deben promover la colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados para la consecución de los objetivos del Convenio, según dispone el art. 30, inc. 1. En otras palabras, su función apunta a la ejecución de actos cooperativos y a la generación de las condiciones necesarias para posibilitar la más fluida colaboración entre otros estamentos protectores de la niñez competentes –comprendidas en sentido extenso– dentro de los sistemas estatales. Es por ello que una de las tareas encomendadas más importantes consiste en facilitar la comunicación y la cooperación entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados contratantes. Esto es, la de auspiciar un “clima de cooperación entre autoridades”.

Por otra parte, el art. 31 autoriza que determinadas funciones de las Autoridades Centrales puedan ser ejercidas por otros organismos. Las múltiples y variadas tareas previstas en el instrumento, podrían ser clasificadas de la siguiente manera: 1) las obligaciones a cargo de las Autoridades Centrales impuestas de modo directo; 2) las que el CH 1996 autoriza expresamente a asignar a otra autoridad (y comunicarlo a la Conferencia); y 3) otros roles que pueden recaer en Autoridades Centrales u otras autoridades dispuestas por el Estado contratante.²⁶ Sin pretender abarcar la amplitud de tareas que el ámbito de actuación de la Autoridad Central podría implicar, nos permitimos acotar –por su pertinencia con el caso que comentamos– sólo algunas. El art. 32, inc. a) indica que corresponde a las Autoridades Centrales u otras autoridades proporcionar un informe sobre la situación del niño en el Estado de residencia habitual, y según el art. 36, podrán comunicar al Estado donde se encuentra ubicado el niño en el caso en el que haya sido trasladado y esté expuesto a un grave peligro.²⁷ No obstante, la atribución más relevante en supuestos como el

26 Como ejemplo, la propia Conferencia de La Haya de DIPr menciona: dependencias de gobierno, tribunales, autoridades / tribunales administrativos, servicios de bienestar del menor, profesionales de la salud, servicios de bienestar social, servicios de asesoramiento, servicios de los tribunales, servicios de policía, profesionales de mediación. Manual Práctico sobre el Funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños. Disponible en: <https://assets.hchc.net/docs/68be6d4e-f4b8-4a8e-b041-faa17efb050.pdf>

27 No obstante, el art. 37 dispone que la solicitud o transmisión de informaciones no tendrá lugar si se considera que la misma podría poner en peligro la persona o los bienes del niño o transformarse en una grave amenaza para su libertad o la vida de un miembro de su familia.

del precedente bajo comentario es la que se formaliza en la recepción o transmisión de solicitudes de información pertinente a la protección del niño, prevista en el art. 34 (1).²⁸

Finalmente, desde el análisis del caso aquí tratado se debe atender a que el último inciso (j) del art. 4 de la CH 1996 excluye del ámbito de aplicación del instrumento las “decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración”, pero debe entenderse que se refiere a las cuestiones que derivan del poder soberano de los Estados. Es decir, hace alusión a las decisiones en cuanto se concede asilo o permiso de residencia en un país a nacionales de otro Estado. El Informe Explicativo de la Convención²⁹ especifica que la protección y la representación de los niños solicitantes de asilo o de permisos de residencia están dentro del ámbito del Convenio.

Aplicando la distinción a supuestos como el del caso que nos ocupa, la CH 1996 podría complementar, desde el punto de vista del derecho privado familiar, lo regulado en la órbita de MERCOSUR a través de los Acuerdos de Residencia del año 2002.

VI. Conclusiones

El caso en análisis dejó a la luz cómo se potenció la vulnerabilidad de las niñas a raíz de la situación de abandono en su país de origen, del cruce de fronteras -y por ende, los componentes internacionales del caso-, de la situación migratoria de las mismas en nuestro país, y la urgencia en su resolución. Ello nos ha permitido advertir que las soluciones a éste y otros escenarios similares deben provenir tanto del Derecho internacional de los DDHH como del DIPr. Así, hemos concluido que estas disciplinas no deberían funcionar como perspectivas estancas; por el contrario, sería deseable una actuación coordinada para propender a una sinergia que permita que se complementen y ofrecer una garantía integral en orden a paliar la vulnerabilidad en la que se encuentran las familias y los niños migrantes.

Las fuentes normativas y otros recursos desarrollados tanto a nivel internacional como autónomo proveen soluciones “compartimentadas” a

²⁸ Según el art. 34 (2), CH 1996, los Estados pueden declarar que las solicitudes en virtud del Artículo 34(1) sólo sean comunicadas a través de su Autoridad Central.

²⁹ LAGARDE, Paul. Op. cit. para 36.

estos escenarios. En este contexto, encontramos dos aspectos a destacar: por un lado, el CH 1996 ofrece una estructura que puede resultar clave en la resolución de estos casos y que podría articularse, desde el punto de vista del derecho privado familiar, con lo regulado en la órbita de MERCOSUR a través de los Acuerdos de Residencia del año 2002.³⁰ De otro costado, la cooperación internacional deviene en un recurso clave en la búsqueda de salvaguardar los derechos de modo efectivo y, probablemente, resulte el esquema ineludible para desarrollar en el futuro una herramienta que aborde estas problemáticas de modo integral.³¹

Sin lugar a dudas, la cooperación internacional se robustece en el contexto del espacio integrado MERCOSUR y la incorporación del CH 1996 a los sistemas jurídicos de los países que aun no han dado ese paso implicaría un valioso avance hacia el objetivo de preservar -cada vez más y mejor – los derechos de niños, niñas y adolescentes en situaciones de plurivulnerabilidad.

30 Nótese que la Recomendación CMC 03/03 insta a los Estados Parte a estudiar y analizar CH 1996 para su posible adhesión.

31 En este sentido VAN LOON ha sostenido que “El ‘modelo de La Haya’ de cooperación transnacional institucional directa –administrativa y judicial– basada en tratados, en lo que respecta a las relaciones transfronterizas privadas, ha probado ser una herramienta efectiva para ayudar a las familias y a los niños a superar algunos de los mayores riesgos que la globalización puede causar en sus relaciones mutuas. El modelo ha encontrado su camino, más allá de la Conferencia de La Haya, en tratados multilaterales elaborados por las Cidip en las Américas, en los Convenios del Consejo Europeo, así como en regulaciones de la UE, que cubren áreas similares a los Convenios de La Haya. Pero también tiene potencial con respecto a los nuevos problemas del Derecho de familia que requieran cooperación transfronteriza directa, incluyendo acuerdos de gestación subrogada transnacionales, y, más allá del tema del Derecho de familia, la migración transfronteriza temporal”, VAN LOON, Op. cit. p, 88.

PARTE V

**COOPERACIÓN PENAL
INTERNACIONAL**

A PROPÓSITO DEL DILEMA ENTRE LA OBLIGATORIEDAD DE LA COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL Y EL DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO

**Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal
- Sala 2 - “S. C., J. y otros s/ homologación”, 11/06/19**

*Mariana Antón Pérez**

Sumario: I. Una breve aproximación al tema; II. Marco normativo; III. Los hechos del caso; IV. La decisión judicial. 1. Decisión de primera instancia. 2. Decisión de segunda instancia. V. Análisis del caso. 1. El DIPr y el Derecho Penal Internacional: el enlace de la cooperación jurídica internacional. 2. La prestación de cooperación jurídica internacional: debates entre la obligatoriedad y la facultad. 3. Los grados en la cooperación penal internacional. 4. La cooperación jurídica internacional en el MERCOSUR: A) Instrumentos de cooperación penal internacional en el MERCOSUR; VI. Conclusiones.

I. Breve aproximación al tema

El tema en cuestión en el presente fallo resulta de actualidad y de interés a la comunidad jurídica toda.

Esto es así dado que las cuestiones debatidas giran en torno al sector del Derecho Internacional Privado referidas a la cooperación jurídica

* Doctoranda, Magister en Derecho Internacional Privado y Abogada UBA. Profesora de Derecho Internacional Privado y docente de Derecho de la Integración (Facultad de Derecho – UBA). Profesora UCES. Investigadora UBA. Miembro adscripta del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja (Facultad de Derecho – UBA). Secretaria de Redacción de la RIDII. Autora de artículos, capítulos de libros y publicaciones en la materia. marianaantonperez@derecho.uba.ar

internacional, en especial en materia penal. Éstas han sido frecuentemente controversiales en relación a las implicancias que conllevan.

Es necesario, previo a ingresar en el estudio particular de la sentencia que nos ocupa, realizar algunas conceptualizaciones a fin de contextualizar el tema abordado.

La cooperación jurídica internacional es definida como la “actividad originada en providencias emanadas de órganos jurisdiccionales de un Estado cuya finalidad es lograr que el proceso se entable, se desarrolle o se afiance en sus resultados, a través de acciones que órganos jurisdiccionales de otro país han de llevar a cabo”.¹

De dicha definición se desprende que cuando nos referimos a órganos jurisdiccionales, estamos englobando no solo a aquellos que pertenecen al Poder Judicial, sino a todos los que tengan incumbencias jurisdiccionales.²

También se entiende que aquella contiene “a los procedimientos o mecanismos que se encuentran disponibles para facilitar la eficacia de un acto o procedimiento jurídico que debe surtir efecto o llevarse a cabo en una jurisdicción extranjera”.³

Específicamente, la cooperación jurídica internacional en el ámbito penal ha sido definida como “un conjunto de actos de naturaleza jurisdiccional, diplomática o administrativa que involucra a dos o más Estados y que tiene por finalidad la persecución y la solución de un hecho delictivo ocurrido en territorio cuando menos, de uno de tales Estados”.⁴

Es dable sostener que en la actualidad aquella “supone la respuesta global de los Estados al fenómeno de la transnacionalidad en los procesos penales, derivada de la internacionalización de la actividad

1 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *Derecho Internacional Privado*, 1ª edición, La Ley Uruguay, Montevideo, 2010, p. 14.

2 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *Dimensión judicial del caso privado internacional. Análisis en especial de la cooperación judicial internacional de mera trámite probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y del MERCOSUR*. Disponible en <http://www.oas.org/dil/esp/12%20-%20tellechea.DM.211-260.pdf>, p. 219.

3 GOICOECHEA, Ignacio. “Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 4, Mayo 2016, DOI: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a4.n7.p127>, p. 128.

4 VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth. “Cooperación jurídica internacional en materia civil y penal”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 5, N° 10; Octubre 2017, DOI: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a5.n10.p98>, p. 101.

delictiva. (...) [L]os retos planteados por la lucha contra la delincuencia transnacional obligan a adoptar mecanismos jurídicos que permitan la actuación extraterritorial en el ejercicio de la jurisdicción, conciliando esta actuación con la salvaguarda de la soberanía de los Estados y el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales”.⁵

Asimismo, la cooperación jurídica internacional, juega un rol más que importante en la temática del Derecho Penal Internacional. Es así que no solo resulta relevante la posibilidad de solicitar la realización de ciertas diligencias al juez extranjero a los fines de llevar adelante un proceso penal a nivel local, sino también comprende la posibilidad del reconocimiento de una sentencia penal extranjera, por ejemplo a los efectos de meritar la existencia de reincidencia.⁶

Este es el centro principal de la discusión que veremos en el fallo comentado, donde se presenta la dicotomía entre dos loables intereses en pugna, la prestación de cooperación penal internacional a fin de llevar adelante la investigación y juzgamiento de presuntos delitos y sus implicancias en relación a la garantía de defensa en juicio e igualdad ante la ley plasmada en la CN.

II. Marco normativo

En el fallo se invocan los siguientes instrumentos que serán desarrollados en lo sucesivo con mayor profundidad: Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del MERCOSUR, la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

III. Los hechos del caso

El presente caso ronda alrededor del pedido de prestación de cooperación por parte de Argentina (Estado requirente) a Brasil (Estado

5 GARCÍA MORENO, José Miguel. “La cooperación judicial penal en el ámbito iberoamericano”, *Revista de Jurisprudencia*, n° 2, 19 de diciembre de 2013. Disponible en: <https://elderecho.com/la-cooperacion-judicial-penal-en-el-ambito-iberoamericano>, S/P.

6 Conforme el artículo 50 del Código Penal “Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena. La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición. (...)”.

requerido) a fin de que dicho Estado, a través de Procuraduría del Estado de Paraná del Ministerio Público Fiscal Federal de la República Federativa de Brasil, remita las pruebas obtenidas en el marco de las causas públicamente conocidas como “Lava Jato” y “Odebrecht”.

Las evidencias involucran a “una serie de “delaciones premiadas” y otros elementos obtenidos en esa sede, que se vinculan con el supuesto pago de sobornos operados en razón o con motivo de la obra del soterramiento del Ferrocarril General Sarmiento, involucrando a ex funcionarios públicos argentinos y a empresarios de las firmas adjudicadas, tanto de este país como extranjeros”.

En principio, las autoridades brasileñas imponían requisitos inadmisibles para la ley argentina a fin de proceder a la remisión de dicha documentación.

En razón de ello, es que la Procuración General de la Nación formó una mesa de trabajo que culminó con una propuesta de acuerdo entre los Ministerios Públicos Fiscales de ambos Estados, la que derivó en la celebración de dicho acuerdo en el que: “(...) la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5, al recibir los documentos enviados por la Secretaría de Cooperación Internacional (SCI) de la Procuraduría General de la República de Brasil, asume el compromiso de emplear informaciones y pruebas obtenidas únicamente en la presente investigación, así como también de no utilizar esas informaciones y pruebas contra el (los) colaborador(es) del Ministerio Público Federal Brasileño LUIZ ANTONIO MAMERI, FERNANDO MIGLIACCIO DA SILVA, MARCIO FARIA DA SILVA, LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES, HILBERTO MASCARENHAS, ALVES DA SILVA FILHO y OLIVIO RODRIGUES JUNIOR [entre otros]”.

Dicho convenio ha sido consentido tanto por las partes acusadoras: Oficina Anticorrupción, Unidad de Información Financiera (querellantes) y fiscalía con la anuencia de su superior jerárquico Procurador General de la Nación.

IV. La decisión judicial

1. Decisión de primera instancia

El 8 de noviembre de 2018 la fiscalía le solicita al juez a cargo del Juzgado Federal N° 8 – Sec. N° 16, que disponga la homologación del acuerdo anteriormente referido.

A tales fines, se solicita a las defensas que se expidan al respecto, como así también se piden copias certificadas de las actuaciones tendientes a arribar a dicho convenio a la Procuración General de la Nación y un informe sobre su intervención al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación.

Finalmente, en fecha 15 de abril de 2019 el magistrado decide: “HOMOLOGAR lo actuado por el Dr. Franco Picardi, titular de la Fiscalía nro. 5 del fuero, en orden a las gestiones llevadas a cabo por esa parte para la suscripción con las autoridades brasileñas del modelo de compromiso de especialidad y limitación del uso de pruebas remitido en último término; exhortando al Ministerio Público Fiscal a que las pruebas o evidencias que eventualmente sean enviadas a partir de la firma del convenio en cuestión, sean recibidas y transmitidas a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, en su rol de autoridad central designada...”.

Dicha decisión ha sido apelada por la defensa de los imputados J. S. C., Jorge Rodríguez y Julio M. De Vido.

2. Decisión de segunda instancia

La Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal -SALA 2 da curso a los recursos de apelación presentados por las defensas, cuyos agravios se centran en los siguientes argumentos:

- La nulidad por falta de fundamentación de la decisión del *a quo*, por no haber dado tratamiento adecuado a los planteos de la defensa, como así también del dictamen fiscal por falta de motivación en los términos del art. 69 CPPN.
- Que dicho convenio es inconstitucional dado que resulta ser

contrario a las garantías contra la autoincriminación y el *ne bis in ídem* (apelación y memorial de la defensa de Vido).

- Que el acuerdo es lesivo del derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 CN, en la medida en que se autoriza la utilización de dichas evidencias se cercena a ciertos imputados en detrimento de otros, no existiendo norma alguna a nivel local que permita esta circunstancia.
- Que las condiciones del convenio permiten garantizar la impunidad de determinadas personas, lo que deviene legalmente en improcedente.
- Que resulta violatorio de la garantía prevista en el art. 18 CN, la falta de control previo por parte de las defensas en la producción de las pruebas requeridas.

En relación a ello, los jueces de la Cámara se expiden del siguiente modo:

- El acuerdo no contiene cláusula alguna que permita eximir de responsabilidad penal a persona. Sin embargo, el escenario sería distinto si se comprobase que alguien implicado en la causa hubiere sido o esté siendo juzgado por los mismos hechos en Brasil con motivo de las implicancias para el *ne bis in ídem*.

En relación a la autoincriminación forzada, su invocación es improcedente dado que se funda en meras suposiciones.

- En relación a la prueba obtenida en el extranjero y sometida a cooperación desde luego implica cierta limitación aceptable al control de la producción de los actos. Aun así, los imputados tendrán la oportunidad para discutir su valor, contenido o alcances cuando sean puestas a disposición del juez.
- No hay violación alguna del derecho consagrado en el art. 16 CN. A fin de llegar a dicha conclusión, el tribunal manifiesta que la República Argentina se encuentra obligada por instrumentos internacionales a investigar y juzgar casos de corrupción política.

De modo que esta circunstancia resulta suficiente para procurar las pruebas correspondientes en este caso bajo ciertas limitaciones que impone el Estado requerido vinculadas con el principio de especialidad y de limitación.

En adición a lo antedicho, el tribunal sostiene que no se encuentra vulnerada la garantía de igualdad ante la ley que rige para casos idénticos, ya que no resultan ser situaciones iguales las que presentan los imputados en Argentina con la de quienes participaron en la producción de las pruebas según lo informado por las autoridades brasileñas.

Por todos estos motivos, el tribunal decide confirmar la decisión de primera instancia, rechazando los planteos de inconstitucionalidad y nulidad de las defensas. Como así también encomienda que se dé curso al cumplimiento de la solicitud de cooperación a través de medios rápidos y eficaces.

V. Análisis del caso

1. El DIPr y el Derecho Penal Internacional: el enlace de la cooperación jurídica internacional

En primer lugar, es importante clarificar que partimos de la premisa de que el Derecho Penal Internacional, entendido como “un sistema normativo destinado a solucionar razonablemente los casos multinacionales de derecho penal, esto es, casos vinculados a diversas jurisdicciones estatales”⁷, forma parte del DIPr.

Tiempo pasado, nuestra disciplina ha sido víctima de la concepción que comprendía que el DIPr, al encargarse de cuestiones que contienen un interés privado, no podía comprender ni regular contenidos del Derecho Penal Internacional por ser éste de carácter eminentemente público.

Afortunadamente, diversas voces se han alzado en contra de esta postura, conforme el DIPr contiene como uno de sus objetos de estudio la cooperación jurídica internacional, factor constitutivo y determinante de institutos que hacen al DPI.

7 BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 683; *Derecho Penal Internacional. En el Derecho de las Relaciones entre Ordenamientos Jurídicos y en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 3.

Justamente, en la actualidad el acento se encuentra en el significativo papel que ocupa este sector en el DPI, no sólo en el proceder sino también en el resolver, conforme será necesario el auxilio internacional a fin de recabar pruebas como así también en materias como la extradición o el traslado de condenados.⁸

Ante el fortalecimiento y sofisticación de ciertas formas delictivas, conjugados con la actuación transnacional presente en dichas actividades, como así también con el *boom* de la ciberdelincuencia, se ha tornado indispensable la prestación de ayuda mutua entre los Estados a la hora de prevenir y sancionar delitos que traspasan las fronteras nacionales.

Estas aseveraciones son refrendadas por la más autorizada doctrina conforme “la irrupción de la criminalidad internacional organizada con las denominadas ilícitudes “de tráfico” (trata de personas, introducción de estupefacientes, comercialización de mercaderías defraudadas, etc.), requirió, además de una acción concertada contra la delincuencia, mayor complejidad en las soluciones, puesto que ya no se trataba simplemente de cooperar para reprimir, sino de colaborar también para prevenir, con exacto conocimiento de los “modus operandi” y de las posibilidades legales de acriminación en cada jurisdicción comprometida”.⁹

En razón de tal importancia, se ha acuñado la terminología de “Derecho Internacional Penal de la Cooperación”,¹⁰ además del Derecho Internacional Penal a secas.

No se puede soslayar que en la actualidad vivenciamos un verdadero cambio de paradigma, pasando de uno en el que la cooperación jurídica internacional era eminentemente bilateral a uno multilateral y/o regional; de uno en el que “la concesión de la asistencia internacional

8 Estas cuestiones han sido receptadas en sendos tratados internacionales, constituyendo para nuestra región un importante instrumento el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, en el ámbito del MERCOSUR, que en su artículo 2 establece una amplia gama de supuestos en los cuales se deberá brindar cooperación, que van desde brindar auxilio para la notificación de actos procesales; para la recepción y producción de pruebas tales como testimonios o declaraciones, realización de pericias y examen de personas, bienes y lugares; localización o identificación de personas hasta en el traslado de personas sujetas a un proceso penal a efectos de comparecer como testigos en el Estado requirente o con otros propósitos expresamente indicados en la solicitud, conforme el presente Protocolo.

9 PIOMBO, Horacio Daniel. “Proyecciones en Derecho Internacional Público, de la cooperación de los tratados de los Estados para la prevención y represión de la delincuencia transnacional”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en: http://www.derechointernacional.net/privado_lp/doctrina-parte-especial/394-piombo-q-proyecciones-en-derecho-internacional-publico-de-la-cooperacion-de-los-estados-para-la-prevencion-y-represion-de-la-delincuencia-transnacional, p. 61.

10 Ver GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, 10ma. Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 1026.

era más bien excepcional, a uno donde la concesión de la asistencia es la regla, sujeta a ciertas excepciones; donde la doble subsunción o doble punibilidad es exigida solo para las medidas más intrusivas de los derechos de las personas, como las extradiciones y los allanamientos, sin que se supedite todo tipo de cooperación al supuesto de que los hechos por los que se concedía la ayuda debían estar en condiciones de ser juzgados y castigados en el país requerido”.¹¹

2. La prestación de cooperación jurídica internacional: debates entre la obligatoriedad y la facultad

A lo largo del tiempo, uno de los debates en la materia se ha desatado en torno a la determinación de la naturaleza jurídica y carácter de la cooperación jurídica internacional.

En relación con ello, se nos plantean dos opciones: la posibilidad de entender esta cooperación como un deber *versus* la posibilidad de entenderla como una facultad de los Estados.

Históricamente, se ha utilizado el concepto de *comitas gentium* o conveniencia a los fines de proceder a la justificación de la prestación de auxilio internacional.¹²

Este concepto, mejor entendido en el sentido de cortesía internacional, encuentra su origen en la escuela estatutaria flamenco-holandesa con su mayor exponente Ulrico Huber, quien entiende el concepto de *comitas gentium* como “interés común” y la “convención tácita entre los pueblos”.¹³

Esta visión, implicaba considerar que “los gobernantes actúan por cortesía al permitir que los derechos ejercidos dentro de las fronteras de cada nación conserven su fuerza dondequiera, con tal que no afecte la

11 RODRÍGUEZ, María Fernanda. “El federalismo y la cooperación internacional” en KOHEN, Beatriz (compiladora), *Trata de personas con fines de explotación sexual. Cuestiones interjurisdiccionales*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, pp. 50-51.

12 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “La Cooperación jurisdiccional internacional en el ámbito interamericano y del MERCOSUR, con especial referencia al derecho uruguayo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número conmemorativo, sexagésimo aniversario. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4082/5254>, S/P

13 Conforme así lo entiende el doctrinario Meijers, citado en el opus de TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *Dimensión judicial...* Op. cit., p. 215.

potestad o el derecho del otro gobernante y de sus súbditos”.¹⁴

Esta posición, habría sido dejada de lado conforme los avances tecnológicos y apertura de fronteras nos conminan a no obstaculizar el cumplimiento de rogatorias en materia de cooperación internacional, ya no considerándolo como una mera discrecionalidad, sino entendiéndolo como un deber de los Estados, conforme la finalidad de ser contestes con la persecución del valor justicia que debiera de estar presente en todas las decisiones.

Esta idea de justicia, como principio universal, no debe encontrar barreras en los límites fronterizos de los Estados, por lo que se llega a la conclusión de que las sentencias surten efectos también fuera de aquel territorio donde fueron dictadas en ciertas circunstancias.¹⁵

De este modo, en apoyo a lo que se viene sosteniendo, encontramos la postura de Feuillade, quien asevera que la cooperación jurisdiccional reviste “el grado de costumbre del derecho internacional, y fundamentamos esta postura en el entramado actual de los tratados internacionales existentes en la materia, lo cual hace que los Estados estén jurídicamente obligados y se sientan titulares de un derecho a ser asistidos por los demás Estados”.¹⁶

En razón de lo antedicho, los Estados sólo podrían excusarse de brindar auxilio jurisdiccional basándose en cuestiones de orden público, incurriendo en responsabilidad internacional por la falta de cooperación.

3. Los grados en la cooperación penal internacional

En términos generales, la cooperación jurídica internacional reconoce, en principio, tres niveles o grados. Éstos difieren “según el modo como afecte a los derechos de las personas y al propio Estado que lo brinda, la coerción que implique y su extensión cronológica (tiempo que insuma su cumplimiento y lapso durante el cual se prolonguen sus efectos)”.¹⁷

14 BERNAD MAINAR, Rafael. *Aproximación histórica al estudio del Derecho Internacional Privado*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1999, p. 29.

15 Conforme lo prevé el doctrinario mexicano Carlos Arellano García, citado por BENACK, DONALD LLOYD y LÓPEZ VELARDE ESTRADA, Alejandro. *La ejecución de sentencias extranjeras: contrastes entre México y los Estados Unidos de América*, Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/24/pr/pr12.pdf>

16 FEUILLADE, Milton. *Cooperación jurisdiccional internacional*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2011, p. 31.

17 SCOTTI, Luciana Beatriz. *Incidencias del CCCN. Derecho Internacional Privado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p.95.

Específicamente, en el caso de la cooperación penal internacional, éstos se encuentran diferenciados “por el grado de avance que la medida solicitada tendrá sobre las garantías individuales de una persona o los derechos que la misma pudiere afectar con su ejecución”.¹⁸

El primero de estos niveles está compuesto por medidas que no conllevan afectación de derechos y garantías, como la notificación de resoluciones judiciales o citación a audiencias.

En el segundo nivel, nos encontramos con medidas que acarrearán cierto grado de afectación en los derechos y garantías de las personas afectadas, como pueden ser los pedidos de información personal, citaciones a acusados, pedidos de remisión de documentos, etc. Éste sería el supuesto de autos.

El tercer nivel está constituido por medidas “que avanzan sobre los derechos y garantías de personas en pos de la búsqueda de la verdad material y en el marco de una investigación”¹⁹, pudiendo mencionar el decomiso, las requisas, allanamientos, entre otros.

Mención aparte merece el instituto de la detención preventiva y la extradición, que por sus características propias debe ser tratado por separado y de manera particular, cuestiones que exceden el marco de este trabajo.

4. La cooperación jurídica internacional en el MERCOSUR

En el espacio mercosureño se ha puesto de manifiesto la necesidad de la prestación de cooperación jurídica internacional, lo que se evidencia en la creación de diversos instrumentos que involucran la materia.

Sin embargo, la prestación de cooperación se ve dificultada en ocasiones con motivo de la proliferación de “las cláusulas de preservación de la seguridad nacional y del orden público, (...) al ser utilizados como causales para denegar la asistencia solicitada o en su caso la extradición”.²⁰

18 SCOTTI, Luciana Beatriz. *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2da. edición, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 1079.

19 Información disponible en <http://www.cooperacion-penal.gov.ar/asistencia-juridica-internacional-en-materia-penal>

20 CERDEIRA, Juan José. “Buenas prácticas y nuevas tecnologías en la cooperación penal en el MERCOSUR”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 5, N°10, Octubre 2017, DOI: <http://dx.doi.org/>

Este no es el único desafío al que se enfrenta la cooperación jurídica internacional en el espacio integrado que se analiza, sino que se ha señalado la existencia de otros como: la entrada en vigor de normas de fuente interna y convencional; la proliferación de fuentes sobre la misma temática, lo que sumado a las cláusulas de compatibilidad previstas en los tratados a los fines de aplicar la fuente más beneficiosa para la cooperación, genera la necesidad de los operadores jurídicos de conocer la totalidad de ellas para aplicarlas correctamente; la enorme extensión territorial de algunos de los Estados miembros; la falta de recursos que dificulta la actualización y puesta en funcionamiento de tecnologías que permitan la interconexión entre los operadores encargados de brindar cooperación o facilitarla, con la falta de coordinación y control que esto conlleva.²¹

En tal sentido, en el marco del MERCOSUR, se ha sostenido que las Autoridades Centrales poseen un rol “fundamental ya que se trata de territorios que son muy dilatados y muchas veces los jueces no siempre pueden acceder fácilmente al conocimiento de todas las fuentes, o al complejo entramado jurídico necesario al momento de aplicación de ellas. Entonces, se hace necesaria la intervención de alguna institución estatal que sea de nexo y que le informe, las formas y procedimientos a seguir. Esto es muy diferente a lo que ocurre en el marco de la Unión Europea”.²²

A) Instrumentos de cooperación penal internacional en el MERCOSUR

En relación al fallo que nos ocupa se hará hincapié en el estudio de los tres tratados que se mencionan en aquel.

El primero de ellos conjuntamente con el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del MERCOSUR, firmado en Belo Horizonte - República Federativa del Brasil- el 16 de diciembre de 2004, resulta ser uno de los dos tratados más relevantes en materia de cooperación penal internacional elaborado en el seno del MERCOSUR: el Protocolo de Asistencia Mutua en Asuntos Penales del MERCOSUR (Protocolo de San Luis), de 25 de junio de 1996.

org/10.16890/rstpra.5.n10.p117, pp. 119-120

21 De conformidad con lo señalado por CERDEIRA, JUAN JOSÉ. “Buenas prácticas y nuevas tecnologías... op. cit., pp. 122-123.

22 CERDEIRA, Juan José. “El Derecho Penal Internacional y la Cooperación Internacional”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Año 41, número 93, 2016, p. 215.

La Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal ha sido elaborada en el marco de un esquema de integración más numeroso en cuanto a los Estados que lo componen: la OEA.

Por último, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción involucra a la comunidad internacional toda, contando con 187 Estados parte en la actualidad.²³

a) El Protocolo de Asistencia Mutua en Asuntos Penales del MERCOSUR (Protocolo de San Luis) e instrumentos afines

El presente instrumento ha sido firmado en San Luis (Argentina) el 25 de junio de 1996, entrando en vigor el 8 de enero de 2000 para Argentina, aprobado por ley N° 25.095, y el 27 de marzo del mismo año para Brasil, que lo aprueba por el decreto legislativo N°3 del 26 de enero de 2000.

Dicho tratado surge frente a la necesidad de “intensificar la cooperación jurídica en materia penal entre los Estados Partes, así como simplificar las tramitaciones jurisdiccionales”, teniendo como premisa “que la asistencia mutua en el ámbito penal implicará un mayor acercamiento entre las instancias judiciales de los Estados Partes”.²⁴

En tal sentido, el objetivo principal resulta ser la prestación de asistencia mutua interestatal para la investigación de delitos y cooperación en los procedimientos judiciales penales, incluso cuando la conducta no sea considerada delictiva en el Estado requerido. Esta falta de exigencia del requisito de doble incriminación resulta sumamente provechosa para facilitar la prestación de cooperación.

A los fines de llevar adelante los objetivos propuestos el artículo 2 del protocolo se incluyen contenidos que hacen a lo que conocemos como cooperación de primer y segundo grado, entre los que se prevé el supuesto de cooperación solicitada en el presente fallo: “b) recepción y producción de pruebas tales como testimonios o declaraciones, realización de pericias y examen de personas, bienes y lugares; (...) h) entrega de documentos y otros elementos de prueba; (...) y k) cualquier otra forma de asistencia

23 De conformidad con los datos consignados en la página oficial de la ONU. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-14&chapter=18&clang=_en [Consulta: 17/05/2020]

24 Todo ello surge de los considerandos del propio protocolo.

acorde con los fines de este Protocolo que no sea incompatible con las leyes del Estado requerido.”

Las encargadas de hacer posible la transmisión de los requerimientos serán las autoridades centrales, quienes recibirán los pedidos de asistencia de las autoridades judiciales o del Ministerio Público del Estado requirente encargados del juzgamiento o investigación de delitos (art. 4).

Empero, en ocasiones los Estados pueden negarse a brindar dicha asistencia, fundando dicha negativa en las razones esgrimidas en el artículo 5: “a) la solicitud se refiera a un delito tipificado como tal en la legislación militar pero no en su legislación penal ordinaria; b) la solicitud se refiera a un delito que el Estado requerido considerare como político o como delito común conexo con un delito político o perseguido con una finalidad política; c) la solicitud se refiera a un delito tributario; d) la persona en relación a la cual se solicita la medida ha sido absuelta o ha cumplido condena en el Estado requerido por el mismo delito mencionado en la solicitud. Sin embargo, esta disposición no podrá ser invocada para negar asistencia en relación a otras personas; o e) el cumplimiento de la solicitud sea contrario a la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales del Estado requerido”.

Acto seguido, se determina la forma y contenido de la solicitud que será por escrito, debiendo incluir datos básicos en torno a la cooperación solicitada, vinculados con el delito a que se refiere, la transcripción de las normas, las medidas, etc.

Otra cuestión abordada por el Protocolo, es la determinación del derecho aplicable. En tal sentido, se opta por la ley del Estado requerido. Empero, a pedido del Estado requirente el requerido deberá cumplir la asistencia de acuerdo con los parámetros establecidos en la solicitud a menos que sean incompatibles con su propio derecho.

Por otra parte, el cumplimiento de la solicitud podrá aplazarse o sujetarse a condiciones cuando interfiera con un procedimiento penal en curso en el territorio del Estado requerido. En tales casos, el Estado requerido manifestará si acepta esas condiciones y en ese supuesto se llevará adelante la asistencia solicitada. Siendo éste el eje de la cuestión que se debate en el presente expediente.

En su caso, la autoridad central deberá informar acerca del cumplimiento de la diligencia, mientras que cuando la diligencia no pueda ser cumplida, deberá comunicar los motivos de la imposibilidad de llevarlo a cabo. Dichos informes serán redactados en el idioma del Estado requerido.

La información o prueba obtenida sólo podrá ser utilizada por el Estado requirente en la investigación o procedimiento que se indica en la solicitud, salvo consentimiento expreso del Estado requerido.

Las autoridades centrales cumplen con una finalidad fundamental en estos casos, dado que realizarán las notificaciones, informarán la imposibilidad de cumplir con las diligencias encomendadas conforme lo indicado por las autoridades competentes de los Estados involucrados, comunicarán las medidas cautelares adoptadas, etc.

Asimismo, las autoridades competentes del Estado requerido, a solicitud del requirente, proporcionarán copias de documentos oficiales, debiendo la autoridad del Estado requirente devolver toda la documentación y las pruebas cuando así lo solicitare el requerido.

Por último, ante la eventualidad de que surjan controversias en torno a la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones insertas en el presente instrumento, las mismas serán resueltas mediante negociaciones diplomáticas directas. En caso de que las mismas no fueren fructíferas, el protocolo prevé la aplicación del mecanismo de resolución de controversias previsto en el tratado de Asunción, el que ha sido modificado por el Protocolo de Olivos, que establece el mecanismo vigente de solución de controversias en el MERCOSUR.

Es importante mencionar que el protocolo ha sido replicado en idénticos términos en el Acuerdo sobre Asistencia Mutua en Asuntos Penales entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la Republica de Chile (MERCOSUR/CMC/DEC. N 12/01).

Dicho convenio ha sido firmado en la Ciudad de Buenos Aires el 18 de febrero de 2002, entrando en vigor el 29 de junio de 2012, no solo para los Estados boliviano y chileno, sino también para Ecuador y Perú que posterior a su firma adhirieron al mismo.

Asimismo, encontramos el Acuerdo Complementario al Protocolo

de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR, suscripto en Brasilia - República Federativa del Brasil - el 5 de diciembre de 2002, encontrándose aún pendiente, conforme el único país en ratificar ha sido la Argentina.

Como su nombre lo indica, este instrumento complementa las previsiones del descripto con anterioridad, brindando a los operadores diversos formularios²⁵ mediante los cuales se efectivizarán las requisitorias correspondientes previstas en el Protocolo. Asimismo, se emplaza al Estado requerido a fin de que proceda con celeridad en el diligenciamiento de las solicitudes de cooperación.

Dicho acuerdo guarda su correlato con similar contenido al anterior, en el Acuerdo Complementario al Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile, adhiriéndose luego Ecuador, firmado en Brasilia el 5 de diciembre de 2002, con una fe de erratas firmada en Puerto Iguazú, el 7 de julio de 2004, encontrándose aún pendiente su entrada en vigor.

Por último, encontramos la Enmienda al Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales ha sido firmada en Montevideo el 17 de diciembre de 2018, encontrándose aún pendiente su entrada en vigor.

La finalidad de dicho instrumento es implementar modificaciones al Protocolo madre, que resultan ser las que a continuación expondré.

El artículo 3 es complementado con un inciso B, donde se regulan las autoridades de localidades fronterizas, las que podrán transmitirse de forma directa las solicitudes de cooperación previstas en el protocolo, teniendo presente que previo a ello la autoridad de la localidad fronteriza requirente deberá comunicar a la AC de su Estado el libramiento de la requisitoria, debiendo ésta acusar recibo de ello, el que se adjuntará a la solicitud de asistencia.

Acto seguido, localidad fronteriza se califica como “las contiguas entre dos o más Estados, las que deberán ser definidas entre los Estados involucrados y comunicadas por la vía diplomática al Depositario del

25 Los formularios para su consulta se encuentran disponibles en: <https://microjurisar.files.wordpress.com/2014/06/aprobacion-del-acuerdo-complementario-al-protocolo-de-asistencia-juridica-mutua-en-asuntos-penales-entre-los-estados-partes-del-mercosur-suscripto-en-brasilia-e28094-repc3bublica-feder1.pdf>

Protocolo”.

Por último, se extiende la exención de legalización para aquellos documentos previstos en el artículo 4 que sean transmitidos no solo por las AC sino también por las autoridades de las localidades fronterizas.

b) Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en
Materia Penal

La presente convención ha sido firmada en Nassau, Commonwealth of Bahamas el 23 de mayo de 1992. La misma cuenta con la adhesión de Argentina (09/10/2006 AC: Dirección de Asistencia Judicial Internacional de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto) y la ratificación de Brasil (10/10/2007, AC: Ministerio de Justicia).

Como su nombre lo indica el objeto de la presente es el compromiso de los Estados parte de brindarse asistencia mutua en materia penal (art. 1).

El alcance de la convención está dado por la asistencia mutua en investigaciones, juicios y actuaciones en materia penal motivadas en delitos que el Estado requirente tenga competencia.

Nuevamente el rol de las AC resulta ser la transmisión de las solicitudes de asistencia de las autoridades encargadas de la investigación o enjuiciamiento de delitos en el Estado requirente, teniendo comunicación directa entre ellas a fin de realizar su cometido (artículos 3 y 4).

La singularidad de la presente convención está dada por la falta de acreditación del requisito de doble incriminación cuando el hecho que la origine no sea punible según la legislación del Estado requerido. Sin embargo, podrá denegarse cuando no cumpla con este requisito cuando la solicitud sea sobre estas medidas: a) embargo y secuestro de bienes; e b) inspecciones e incautaciones.

En el artículo 7²⁶ se prevén los actos sobre los cuales podrá versar

26 Artículo 7: Ámbito de aplicación. La asistencia prevista en esta Convención comprenderá, entre otros, los siguientes actos: a. notificación de resoluciones y sentencias; b. recepción de testimonios y declaraciones de personas; c. notificación de testigos y peritos a fin de que rindan testimonio; d. práctica de embargo y secuestro de bienes, inmovilización de activos y asistencia en procedimientos relativos a la incautación; e. efectuar inspecciones o incautaciones; f. examinar objetos y lugares; g. exhibir documentos judiciales; h.

el pedido de asistencia, no resultando procedente en casos de delitos sujetos exclusivamente a la legislación militar (artículo 8) y pudiendo denegarse en los casos de *ne bis in ídem*; persecuciones con motivos de sexo, raza, condición social, nacionalidad, religión o ideología; delitos políticos o conexos o persecuciones políticas; petición proveniente de un tribunal de excepción o de un tribunal *ad hoc*; afectación al orden público, la soberanía, la seguridad o los intereses públicos fundamentales; y delitos tributarios, con alguna salvedad (artículo 9).

El convenio regula la solicitud de asistencia que será presentada por escrito; las solicitudes de registro, embargo, secuestro y entrega de cualquier objeto (artículo 13); las medidas de aseguramiento de bienes (artículo 14); la fecha, lugar y modalidad de la ejecución de la solicitud de asistencia (artículo 16); el traslado de condenados (artículo 20); la remisión de antecedentes, documentos o informaciones de carácter público (artículo 24) y el procedimiento a fin de llevar a cabo la asistencia solicitada (artículo 26 y ss.).

En su art. 25 establece limitaciones al uso de la información o pruebas, impidiendo su divulgación o utilización para propósitos diferentes a los previstos en la solicitud de asistencia.

El Estado requerido realizará las notificaciones de resoluciones, sentencias u otros documentos provenientes del Estado requirente (artículo 17), tomará las declaraciones o aportes de documentación de personas a solicitud de éste (art 18), e invitará al testigo o perito a comparecer voluntariamente ante la autoridad del Estado requirente a tales fines (artículo 19).

Asimismo, existe un Protocolo Facultativo relativo a la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, suscripto en Managua, Nicaragua, el 11 de junio de 1993. Ha sido ratificado solo por dos Estados miembros del MERCOSUR: Brasil (10/10/07) y Paraguay (30/07/2004).

Este instrumento prevé pequeñas modificaciones al convenio madre vinculadas exclusivamente con la obligación de los Estados parte de brindarse asistencia mutua en delitos de índole tributaria, cuestión de

remisión de documentos, informes, información y elementos de prueba; i. el traslado de personas detenidas, a los efectos de la presente Convención, y j. cualquier otro acto siempre que hubiere acuerdo entre el Estado *requiriente* y el Estado *requerido*.

la que estaban exceptuados por el convenio ya reseñado anteriormente.

c) La Convención de las Naciones Unidas contra la
Corrupción

La presente convención ha sido adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003, siendo aprobado por Argentina el 28 de agosto de 2006 y por Brasil el 15 de junio de 2005.

En el primero de sus artículos se establece sus finalidades que incluyen:

1) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;

2) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;

3) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Uno de sus pilares se centra en la prestación de asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos entre Estados parte.

Es así que dentro de las diligencias encuadra el pedido de entrega de originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes (art. 46, 3. f) que resulta de toda importancia en lo que respecta al presente fallo conjuntamente con lo establecido en el inc. 4 del art. 46 que brinda la posibilidad a las autoridades competentes de un Estado de transmitir información relativa a cuestiones penales a una autoridad competente de otro Estado Parte si creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales o podría dar lugar a una petición formulada por este último Estado Parte con arreglo a la presente Convención. Ello se completa con el inc. 5 que prevé que el Estado receptor deberá acceder a pedidos de confidencialidad de esa información como al uso restringido de aquella.

En relación a la forma en que deberá formularse el pedido de cooperación se prevé la aplicación de los artículos 9 a 29 de la presente convención si así lo establecen los Estados a menos que exista un convenio

específico sobre la materia, como sucede en el caso en análisis.

Asimismo en el inc. 13 se remarca el papel fundamental de las AC como las encargadas de transmitir las rogatorias y sus respuestas.

El inc. 19 veda al Estado requirente de transmitir o utilizar sin previo consentimiento del Estado Parte requerido, la información o las pruebas proporcionadas por el Estado Parte requerido para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales distintos de los indicados en la solicitud. Sin perjuicio de poder utilizarlas a fin de exculpar a una persona acusada, lo que resulta conteste con el principio *in dubio pro reo* y el de inocencia.

VI. Conclusiones

Es dable concluir de conformidad con lo que se colige del estudio plasmado en el presente *opus* la obligatoriedad en la prestación de cooperación jurídica internacional, la cual debe denegarse bajo supuestos muy específicos.

Asimismo, se ha puesto de manifiesto la íntima relación existente entre el Derecho Penal Internacional el DIPr y la cooperación jurídica internacional como elemento integrador de ambas nociones.

En relación a los espacios integrados resulta notoria la ventaja de la profundización de la prestación de colaboración entre Estados miembros dado que la proliferación de conductas delictivas transnacionales se registra con mayor frecuencia con motivo de la cercanía de estos países y la permeabilidad de las fronteras, condición intrínseca de este tipo de esquemas.

Es por ello que resulta de toda lógica que las dependencias estatales presten colaboración entre sí a fin de propender a la prevención e investigación de delitos que trasciendan los confines territoriales involucrando a dos Estados o más.

Esta situación es la que encontramos en el presente fallo, en el que se debate en torno al acierto o no en torno a la homologación del acuerdo celebrado entre la Fiscalía argentina y las autoridades brasileñas. Lo cierto es que nuestro Estado se encuentra facultado a solicitar el auxilio procesal en la investigación en el marco de un proceso penal y es saludable que esta cooperación sea prestada por parte del Estado requerido.

En primer lugar, corresponde hacer hincapié en el hecho de que los fiscales y jueces están legitimados al pedido de auxilio procesal pero que se debe dejar en claro que este tipo de rogatorias deben ser transmitidas a través de la AC competente, en este caso Cancillería. Si bien del presente fallo se desprende que intervino dicho organismo, lo cierto es que habría que evaluar el carácter de su intervención con las eventuales implicancias en cuanto a la validez del compromiso suscripto.

Si bien *ab initio* en este tipo de diligencias que ya han sido realizadas en el extranjero no han podido ser supervisadas en su producción y no ha podido llevarse a cabo el control de la cadena de custodia de la prueba.

En este punto es dable que nos preguntemos acerca de si no se encontraría involucrada una eventual violación a la garantía de debido proceso, incorporada no solo a nuestra CN sino también a instrumentos internacionales de DDHH mediante los que nos hemos comprometido cumplir. Lo cierto es que el incumplimiento de estas premisas haría incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional de comprobarse, lo que también sucedería si no se cumpliera con los compromisos internacionales adquiridos al momento de la entrada en vigor de instrumentos que nos obligan a la persecución de delitos transnacionales como puede ser la corrupción.

Una solución salomónica en este sentido, podría ser la de llevar adelante el proceso cooperacional en los términos previstos por el ordenamiento jurídico local tanto de fuente interna como convencional, de existir, pero garantizando el cumplimiento de las garantías previstas para todo tipo de proceso con las delicadas implicancias propias del proceso penal que nos conminan a evaluar restrictivamente y bajo la luz del principio de *in dubio pro reo* las cuestiones debatidas.

Es por ello, que en principio nada obsta a que una vez cumplida la rogatoria, se discuta la viabilidad o exclusión de las pruebas, o incluso de resultar proceder su incorporación al expediente se discurra acerca de su valor probatorio, máxime en casos como los de autos, en los que no se podido garantizar el control de la producción de la prueba en el origen como así tampoco se ha podido asegurar la cadena de custodia, lo que eventualmente podría ser discutible desde una eventual violación a los derechos inherentes a la defensa de los imputados.

TRASLADO DE CONDENADOS EN EL MERCOSUR: COMENTARIO AL FALLO “GGCD S/EXTRAÑAMIENTO”

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y
Correccional - Sala 1 - “Giménez Güell, Carlos
Daniel s/extrañamiento”, 15/12/17

*Santiago Deluca**

Sumario: I. Derecho penal y cooperación internacional penal en el MERCOSUR; II. El traslado de condenados y su ubicuidad en el sistema legal del MERCOSUR; III. Particularidades del sistema jurídico normativo del MERCOSUR; IV. Aplicación del instituto del traslado de condenados en el MERCOSUR por los magistrados: 1. El caso “GGCD s/extrañamiento”. 2. La decisión judicial de primera instancia. 3. El fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal; V. Análisis del caso; VI. Conclusiones.

I. Derecho penal y cooperación internacional penal en el MERCOSUR

Puede sostenerse sin temor a yerros que la función del derecho penal descansa en la protección subsidiaria de bienes jurídicos.¹ Es decir, no todos ellos merecen la protección penal, sino sólo aquellos que son fundamentales para el desarrollo de la vida en sociedad y por

* Abogado UBA. Doctor en Derecho URJC I. Especializado en Derecho de la Competencia Europeo y Español, Altos Estudios Internacionales y Administración y Gestión de Instituciones Públicas. Profesor de grado y posgrado de la UBA, USAL y UCES. Director del Seminario de Investigaciones en Derecho Económico e Integración/USAL, Investigador Principal CEIDIE/UBA. Preside la Asociación de Estudios de Integración (AdEI). Ex Secretario del TPR (2008/2011).

1 JÄGER, Christian. *Problemas fundamentales de derecho penal y procesal penal*, Fabián Di Plácido editora, 2003, p. 25/26.

esta razón deben ser protegidos a través de las penas públicas con que cuenta el Estado.²

Por su parte, el fundamento último y genuino de la sanción penal se ve determinada por las exigencias político-criminales de prevención que la norma penal ha de cumplir. Por ello resulta preciso dar acceso en el sistema penal al valor de las exigencias preventivas generales y preventivas especiales, configuradas por postulados de la política criminal.

En consecuencia, el Estado, como gestor de esta protección, debe promover todos los medios a su alcance para cumplir con esta promesa de castigo ante la afectación de estos bienes jurídicos primordiales. En esta misión, debe buscar ampliar sus potestades de persecución más allá de sus fronteras, dondequiera que se encuentre quien se ha puesto en situación de merecer el castigo penal.

En ese derrotero, la cooperación internacional en materia judicial penal se presenta como la herramienta por excelencia y se traduce en acuerdos entre Estados ante la necesidad de procurarse pruebas e información, o para obtener la entrega de individuos ubicados fuera de sus territorios para someterlos a proceso o cumplimiento de una condena.

Los tribunales nacionales aceptan la participación de órganos jurisdiccionales de otros Estados, o requieren o excitan esa participación cuando lo estiman conveniente a los fines del proceso penal instaurado en su propia jurisdicción. Ello implica -en definitiva- la comunicación para obtener medios de prueba e información y la comunicación de personas acusadas o condenadas.³

Si se hace un rápido repaso a la normativa del MERCOSUR podrá encontrarse una gran variedad de normas que regulan la materia bajo análisis⁴, todas ellas con particularidades en torno a su especificidad

2 JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Principios de derecho penal: La ley y el delito*, 3ª ed., Abeledo Perrot, 1990, pág. 40/74.

3 DIBUR, José Nicasio; DELUCA, Santiago. *Extradiciones: tratados y convenios* - Editorial Ad Hoc (2006). Ampliar también el FIERRO, Guillermo. *Ley penal y derecho internacional*, 2da.edición, Editorial Tea, 1997.

4 Sin pretender ser taxativo, pueden mencionarse también: CMC/Dec. N°06/92 Recomendación a los gobiernos de los Estados Parte para la ratificación de la convención interamericana sobre restitución internacional de menores; CMC/Dec. N°2/96 Protocolo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales; CMC/Dec N°5/98 Plan de cooperación y asistencia recíproca para la seguridad regional en el MERCOSUR; CMC/Dec. N°14 y N°15/98 Acuerdo sobre extradición entre los Estados Parte del MERCOSUR, Bolivia y Chile; CMC/Dec. N° 16/99 y 17/99 Acuerdo de Asunción sobre restitución de vehículos automotores terrestres y/o embarcaciones que traspasen ilegalmente las fronteras entre los Estados Parte del MERCOSUR, Bolivia y Chile; CMC/Dec. N° 22/99 Plan general de cooperación y coordinación recíproca para la seguridad regional; CMC/Dec. N°

y al tipo de metodología jurídico-política escogida para materializarla.⁵

Las circunstancias apuntadas permiten acercar una nota de interés. Mientras que en los primeros años del MERCOSUR las normas relativas a cooperación se aprobaron mediante el uso del derecho originario -protocolos adicionales-, a partir de principios de los años 2000 -salvo alguna que otra excepción aislada- los Estados Parte comenzaron a utilizar normas de derecho derivado, más concretamente decisiones del Consejo Mercado Común.

Así, se aprecia en el tiempo un cierto afianzamiento de la cooperación internacional penal en el MERCOSUR, a la vez que el propio dinamismo de la comunicación entre los Estados en la materia exigió el uso de normas de derecho derivado por ser éstas más flexibles, de respuesta rápida y cuya entrada en vigencia resulta más simple.⁶

A la luz de lo expuesto, si se parte de la consideración inequívoca de que el MERCOSUR reconoce un indiscutible origen económico comercial⁷, más allá de que la elaboración de una teoría que sostenga

3/01 Programa de acción del MERCOSUR al combate de los ilícitos en el comercio internacional; CMC/Dec. N° 34 y 35/04 Proyectos de acuerdo sobre traslado de personas condenadas entre los Estados Parte del MERCOSUR y entre los Estados Parte del MERCOSUR y la república de Bolivia y la república de Chile; CMC/Dec. N° 36/04 Sistema de intercambio de información de seguridad del MERCOSUR (SISME); CMC/Dec. N° 37/04 Proyecto de acuerdos contra el tráfico ilícito de migrantes, entre los Estados Parte del MERCOSUR, la república de Bolivia y la república de Chile; CMC/Dec. N°17/05 Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos del MERCOSUR; CMC/Dec. N°13/05; Protocolo sobre el traslado de personas sujetas a regímenes especiales; CMC/Dec. N°16/06 Acuerdo marco sobre cooperación en materia de seguridad regional entre los Estados Parte del MERCOSUR y la república de Bolivia, la república de Chile, la República de Ecuador, la República de Perú y la República Bolivariana de Venezuela; CMC/Dec. N°48/10 Acuerdo sobre la orden MERCOSUR de detención y procedimientos de entrega entre los Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados.

5 Es que, en algunos casos se utilizaron protocolos adicionales al Tratado de Asunción y, en otros, se aprobaron mediante decisiones del Consejo Mercado Común.

6 No puede perderse de vista que aunque el sistema de vigencia simultáneo de las normas establecido por el Protocolo de Ouro Preto en su artículo 40 es una especie de réplica del esquema establecido por la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 para la firma, ratificación y vigencia de los tratados internacionales, el esquema particular elaborado por el MERCOSUR para sus normas de derecho derivado -decisiones, resoluciones y directivas- requiere de mucho menos tiempo para lograr su vigencia efectiva en el espacio integrado. Es decir, su aplicación y exigibilidad es más rápida.

7 En efecto, su fundamento jurídico internacional, que le permite desarrollarse como tal y lo exceptúa de extender los mayores beneficios que se otorgan los Estados Parte a otros países que forman parte de la OMC, es la inscripción del Tratado de Asunción como norma de derecho derivado bajo la tipología de Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica -el ACE N°18- al amparo del Tratado de Montevideo de 1980 constitutivo de ALADI. Proceso de integración latinoamericano que -a su vez- permite la formación de procesos de integración sub regionales en razón de su inscripción al amparo de la Cláusula de Habilitación aprobada en el marco de la Ronda de Tokio del GATT de 1979, que posibilita a los estados en vía de desarrollo formar este tipo de asociaciones aun cuando no cumplan con los requisitos del art. XXIV del GATT, excepcionándose de aplicar el principio de no discriminación en sus dos variantes de trato nacional y nación más favorecida, establecido en el art. I del GATT.

la existencia de dos pilares complementarios al económico supera los objetivos fijados para este trabajo,⁸ puede afirmarse la coexistencia de estos dos pilares complementarios. Más concretamente, uno atinente a Política Exterior y Seguridad Común y otro a Interior y Justicia.⁹

Centraré el análisis en el último de estos “*pilares*”, cuya piedra basal puede identificarse con el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal.¹⁰ Norma que reconoce en sus considerandos que la cooperación en materia jurídica contribuye a profundizar la reciprocidad de intereses de los Estados Parte en el proceso de integración y que la respuesta colectiva es necesaria por la grave amenaza que se manifiesta a través de modalidades criminales transnacionales.

Su objeto radica en regular la cooperación en materia de recepción y producción de prueba, los procedimientos particulares para la localización de personas, el traslado de las personas sujetas a proceso penal, las medidas cautelares sobre bienes, la emisión y la ejecución de órdenes de captura o de citaciones, la incautación, transferencia de bienes decomisados y otras medidas de naturaleza similar, aseguramiento de bienes a efectos del cumplimiento de sentencias judiciales que impongan indemnizaciones multas, etc.¹¹

Es decir, prevé una amplia gama de actividades a desarrollarse en el ámbito del estado requerido que de otra forma no sería posible llevar a cabo, ya que se violaría la actividad jurisdiccional por él desplegada.

II. El traslado de condenados y su ubicuidad en el sistema legal del MERCOSUR

En la República Argentina el instituto del traslado internacional de condenados se encuentra receptado y regido por la Ley N° 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal¹², pudiéndose trazar

8 Tal como se sucedió en la UE a partir del Tratado de Maastricht de 1991 y hasta la entrada en vigencia el 1 de enero de 2009 del Tratado de Lisboa.

9 Sobre el particular se recomienda ampliar en DELUCA, Santiago. “El MERCOSUR necesita su Maastricht” en *Revista Pensar en Derecho*, n° 1, 12/2012, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y “Es correcto hablar de un derecho penal del MERCOSUR?”, en *Derecho Penal Empresario* – Editorial BdeF (2010).

10 Suscripto en San Luis, Argentina, el 25 de junio de 1996, aprobado mediante CMC/Dec. N°2/96 y con vigencia desde el año 2000.

11 Artículo 2.

12 Aprobada el 18 de diciembre de 1996 y publicada en el Boletín Oficial el 16 de enero de 1997.

un paralelismo entre los principios rectores de este instituto y el de la extradición.¹³

En el ámbito del MERCOSUR, encontramos los Acuerdos de Traslados de Personas Condenadas entre los Estados Partes del MERCOSUR entre sí y entre éstos con la República de Bolivia y la República de Chile son instrumentos que poseen idéntico contenido y responden -literalmente- a la letra de las CMC/Dec. N° 34/04 y N°35/04, con vigencia desde el 18 de enero de 2012.¹⁴

A mediados de 2007 se promulgaron las Leyes N° 26.249¹⁵ y N° 26.259¹⁶, que aprobaron los Acuerdos de Traslados de Personas Condenadas entre los Estados Partes del MERCOSUR entre sí y entre éstos con la República de Bolivia y la República de Chile. Estos instrumentos poseen idéntico contenido y responden -literalmente- a la letra de la Dec.CMC N°34/04, además de cumplir en forma real con los compromisos asumidos por los Estados Partes de dar protección y fomento de los derechos humanos en toda la región.¹⁷

Esta incorporación normativa completa los esquemas de cooperación en materia penal ya existentes que unen a los Estados Partes en forma bilateral y simplifica la labor jurisdiccional -tanto como la del abogado en el ejercicio diario de su profesión-; generando como pocas veces se ha visto en el MERCOSUR la tan anhelada armonización y asimilación legislativa.¹⁸

Yendo al análisis de la CMC/Dec. N°34/04, la primera nota de

13 Al respecto se recomienda ampliar en DEL CARRIL, Enrique Horacio, “Las Garantías Constitucionales y la Extradición”, *Suplemento de Derecho Penal*, E.D. de julio de 2004, pp. 39-44; DIBUR, José Nicasio; DELUCA, Santiago *El Traslado de Condenados Nacionales a su País de Origen: una forma reciente de cooperación internacional en materia penal*, Editorial La Ley (2005), p. 21/34; FIERRO, Guillermo. *La Ley Penal y el Derecho Internacional*, 2° edición – Editorial TEA (1997); GONZÁLEZ WAECALDE, Luis Santiago; DEL CARRIL, Enrique Horacio. *La Extradición*, Lexis Nexis (2005); entre muchos otros.

14 El análisis aquí presentado es reproducido de DELUCA, Santiago; DEL CARRIL, Enrique. “Cooperación internacional en materia penal en el MERCOSUR: el cibercrimen” en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR*, Año 5, n° 10, 2017.

15 El 21 de mayo de 2007.

16 El 1 de junio de 2007.

17 Voluntad que se reflejó expresamente en sus considerandos al sostener que la rehabilitación social del condenado es una finalidad *humanitaria*.

18 Aunque aún no sea posible referirse a la operatividad de las CMC/Dec. N° 14/98 y N° 15/98 que intentan regir las cuestiones atinentes a la extradición en el MERCOSUR. Máxime cuando ellas, el traslado de condenados a sus países de origen y el Protocolo de San Luis -con sus agregados- vendrían a representar desde el ámbito normativo del MERCOSUR lo que la Ley N° 24.767 representa en el ámbito interno de la República Argentina.

interés que puede señalarse es que ya no es necesario remitirse a la ley interna para encontrar un marco regulatorio general que dé respuesta -obviamente parcializada- a los desfasajes existentes entre cada uno de los tratados especiales que unen a los Estados Parte en la materia, así como se diluyen las diferencias de trato que giraban en torno de los criterios de cooperación con los Estados según se aplicara una norma de derecho internacional específica o -ante su ausencia- el principio de reciprocidad.

Las demás notas se desprenden de sus estipulaciones específicas.

Así, se prevé un gran avance mediante la ampliación de las situaciones por las cuales se puede acceder al traslado. Anteriormente sólo se daba curso a los traslados para casos de condenas firmes y ejecutoriadas de privación de libertad.¹⁹ Como consecuencia de esta nueva normativa también se accede a él en casos de condena condicional o libertad condicional, anticipada o vigilada.²⁰

En cuanto a la parte faltante de la pena no puede ser inferior a 1 año para su procedencia, salvo acuerdo en contrario.²¹

Se reafirma la necesidad de contar con el consentimiento y conocimiento de las condiciones legales por parte del condenado. Y se agrega la obligación para los Estados Parte de informar sobre el contenido de este Acuerdo a todo²² condenado por sus tribunales y la posibilidad de que el Estado receptor verifique que el consentimiento y conocimiento en cada caso particular es tal, a fin de evitar situaciones anómalas que puedan ser -en realidad- expulsiones encubiertas unilaterales por voluntad del Estado sentenciador.²³

Se recepta un criterio amplio y se acepta que el origen de la petición sea respecto de un nacional o residente legal y permanente del Estado receptor.²⁴

Se unifica el criterio en la valoración del delito, correspondiéndole

19 Tal como acontecía en Argentina por aplicación de las previsiones de la Ley N° 24.767 o de los tratados bilaterales y multilaterales.

20 Artículo 2, inciso 1, segundo párrafo.

21 Artículo 3, inciso 6.

22 La negrita es propia.

23 Artículo 3, inciso 2, artículo 4 y artículo 5, inciso 4.

24 Artículo 2 in fine.

a ambos Estados el análisis en torno a la doble subsunción. No obstante, se establece que no debe atenderse para ello a las diferencias de denominación que puedan tener los delitos en cada Estado, la concordancia debe serlo en la substancia.²⁵

Se unifica también el criterio en torno a quién puede solicitar el traslado, facultándose a ambos Estados, al propio condenado o a tercera persona en su nombre.²⁶ La facultad para denegar el traslado recae sobre ambos Estados; aunque dicha decisión debe ser fundada.²⁷

La pena continúa cumpliéndose conforme la Ley del Estado receptor y su revisión será facultad exclusiva del sentenciador.²⁸

Se mantiene la imposibilidad de investigar o procesar al condenado trasladado por hechos iguales, así como que los gastos del traslado corren por cuenta del Estado sentenciador hasta el momento de la entrega.²⁹

Se prevén también dos cláusulas que favorecen su aplicación y agilizan su trámite: la ausencia de necesidad de legalizaciones y la posibilidad de utilización de todo tipo de medios tecnológicos para la remisión de informes y documentación.³⁰

III. Particularidades del sistema jurídico normativo del MERCOSUR

Ante la necesidad de otorgar dinamismo y realidad al MERCOSUR, los Estados Parte lo dotaron con personería jurídica de derecho internacional a partir del 1 de enero de 1995. Su titularidad es ejercida desde entonces por el Consejo del Mercado Común que, en tanto órgano político, quedó facultado para negociar y firmar acuerdos en su nombre con terceros países y otros bloques económicos, así como pronunciarse con voz única en los foros internacionales.³¹

25 Artículo 3, inciso 3.

26 Artículo 5, inciso 1.

27 Artículo 8, inciso 1, segundo párrafo.

28 Artículo 10, incisos 2, 3 y 4 y artículo 11.

29 Artículo 8, inciso 3 y artículo 10, inciso 1.

30 Artículos 13 y 15. Ambas cláusulas se presentan en consonancia con los términos del artículo 2 inciso k del Protocolo de San Luis.

31 Ver artículos 34, 35 y 36 POP.

En cuanto al sistema de toma de decisiones de sus órganos, resulta necesario recordar que ya se ha dicho³² que el núcleo central -constitutivo- de las fuentes del derecho o *fuentes primaria* nos ubica frente al Tratado de Asunción³³ y sus Protocolos Adicionales.

Esta normativa originaria de carácter jurídico-internacional se fundamenta en el consentimiento estatal, formado a través de los procedimientos constitucionales de cada uno de los Estados Parte.³⁴ A su vez, por tratarse de normas convencionales internacionales sujetas a las reglas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados,³⁵ se instrumentan a través del sistema jurídico internacional previsto para los Tratados celebrados en forma solemne.

Junto a estos instrumentos jurídicos, en una escala jerárquica inferior, encontramos las *fuentes derivadas*, conformadas por los actos adoptados por los órganos del MERCOSUR en aplicación o ejecución de los objetivos del Tratado de Asunción y Protocolos Adicionales.

En este contexto, el Protocolo de Ouro Preto³⁶ enumera taxativamente las fuentes jurídicas del MERCOSUR, fija una prelación jerárquica y establece un orden.³⁷ Es decir, una imposición racional entre las normas que lo integran y una relación de subordinación y jerarquía,³⁸ clasificándolas en tres grupos diferentes.³⁹

Además de estos instrumentos jurídicos convencionales encontramos otra categoría constituida por el conjunto de normas

32 DELUCA, Santiago. “El MERCOSUR tras la suspensión de Paraguay y el ingreso de Venezuela: ponderación del Laudo TPR N°1/2012” en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, n°16, enero de 2013 - Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), Universidad Complutense de Madrid, España.

33 Suscripto el 26 de marzo de 1991 dando inicio al proceso de integración mercosureño. En adelante TA.

34 Profundizar en PEROTTI, Alejandro. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*, Fundación Konrad Adenauer, 2004. Asimismo, se recomienda la lectura de KLEIN VIEIRA, Luciane. “La reforma de las constituciones de los Estados Partes del MERCOSUR”, en LL de 25 de julio de 2012, pp. 4/7.

35 Suscripta el del 23 de mayo de 1969. Sobre el tema MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑAN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, 2da. Ed., 1999, pp. 170/171. FLOREAL GONZÁLEZ, Flavio. “MERCOSUR: un orden jurídico debilitado y dispar. La necesidad de un cambio”, en L.L., año LXIV, N°61, p. 2.

36 Firmado el 17 de diciembre de 1994. En adelante POP.

37 Ver artículos 10 y 13 T A o 9, 15 y 20 POP.

38 SAN MARTINO DE DROMI, María Laura. *De la nueva historia del Derecho. A propósito del objeto, método y fuentes del Derecho del MERCOSUR*, Ciudad Argentina, 1997, p. 100.

39 JARDEL, Silvina; BARRAZA, A. *MERCOSUR: aspectos jurídicos y económicos*, Ciudad Argentina, 1998, pp. 83/85. Resultan interesantes los planteos y cuestionamientos que efectúan los autores respecto de la implicancia y finalidad de la enumeración que lleva a cabo el artículo 41 POP.

aplicables en el ordenamiento jurídico del MERCOSUR -incluso no escritas- que se traducen en actos atípicos o *sui generis*, como los principios generales del derecho o la jurisprudencia, o cuyo origen es exterior al ordenamiento jurídico del bloque, como el derecho surgido de las relaciones exteriores o el derecho complementario emanado de los actos convencionales celebrados entre los Estados Parte para la aplicación del TA.⁴⁰

Todas estas normas de carácter obligatorio,⁴¹ con primacía sobre el derecho interno de los Estados Parte en el estado de su vigencia,⁴² acarrearán responsabilidad estatal ante su violación o incumplimiento.⁴³

IV. Aplicación del instituto del traslado de condenados en el MERCOSUR por los magistrados

Sentadas las bases para la correcta comprensión del origen y funcionamiento del sistema jurídico del MERCOSUR, la inexistencia de un derecho penal común y la creación de un entramado legal desde el pilar asistencial clásico sobre traslado de condenados,⁴⁴ se analizará a continuación su aplicación práctica en hechos reales.

El objetivo último de esta indagación descansa en la necesidad de poner de manifiesto la comprensión -o incomprensión- del derecho de la integración mercosureño por parte de los principales actores del proceso de integración en su cotidianeidad. Es decir, los miembros del poder judicial, los magistrados.⁴⁵

40 DELUCA, Santiago. *Unión Europea y MERCOSUR: los efectos del derecho comunitario sobre las legislaciones nacionales*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, Cap. II.

41 Artículos 38 y 42 POP.

42 Conforme antecedentes de las posturas esgrimidas por el TPR en las Opiniones Consultivas N°1/08 y N°1/09.

43 Sobre los principios del derecho comunitario y su particular aplicación al caso del MERCOSUR ver DELUCA, Santiago. *Unión Europea y MERCOSUR: los efectos de la norma comunitaria en los ordenamientos jurídicos nacionales* – Rubinzal Culzoni (2003). Incluso, podrá el lector comparar las diferencias existentes en la materia respecto del régimen jurídico político de la actual Unión Europea y su fuerza de penetración en la legislación nacional de sus Estados Miembros, a causa de los principios rectores de esta nueva rama del derecho: el derecho de la integración y derecho comunitario.

44 Sobre el particular he tenido oportunidad de afirmar en DELUCA, Santiago. “Es correcto hablar de un derecho penal económico del MERCOSUR?” en YACCOBICI, Guillermo (Dir.), *Derecho Penal Empresario* – Editorial BdeF (2010), que esta inexistencia de un derecho penal común no se verifica “siquiera en la especialidad del derecho penal económico; aunque se observa una creciente corriente de adopción de normas generales de política criminal orientada a combatir actos delictivos lesivos de los derechos humanos, así como otros que impiden el correcto desarrollo de las relaciones económicas derivadas del proceso de integración”.

45 Sobre la importancia que se da a los miembros del poder judicial para lograr un correcto desarrollo del

1. El caso “GGCD s/extrañamiento”⁴⁶

CDGG, nacional de la República Oriental del Uruguay, con residencia regular en la República Argentina, fue condenado el 13 de mayo de 2014. Su abogado pidió al juez de ejecución que se ordenara su extrañamiento en los términos de los artículos 62, 63 y 64 de la Ley N° 25.871, toda vez que éste “renunciaba a su radicación y por lo tanto al D.N.I. argentino”.

Por decisión administrativa de 5 de enero de 2015, la Dirección Nacional de Migraciones aceptó la renuncia y declaró irregular su permanencia en el país. Así, ordenó su expulsión del territorio nacional con prohibición de reingreso con carácter permanente (conf. 63, inciso “b” de la Ley N° 25.871).

La representante del Ministerio Público dictaminó que correspondía que el juez autorizase su extrañamiento (conf. Ley N° 25.871 y Ley N° 24.660).

CDGG salió del país y reingresó a Argentina en violación a la prohibición. En ese período cometió un nuevo ilícito, por el que fue condenado y se unificaron las penas de prisión efectiva que sobre él pesaban.

Ello así, realizó nuevas instancias para promover su extrañamiento y su defensa hizo saber que la Dirección Nacional de Migraciones había dictado resolución administrativa de su expulsión e instó a su cumplimiento. Para fundamentar el pedido invocó el principio de reserva legal del art. 19 CN.

La fiscal se opuso por considerar que se trataba de una “*clara burla a la letra de la ley*”.

2. La decisión judicial de primera instancia

Ante los hechos relatados el juez de ejecución penal dio acogida

proceso de integración se recomienda DELUCA, Santiago. “Tribunales Superiores de Justicia del MERCOSUR: motor del derecho y desarrollo del proceso de integración”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, Número 2 - Julio 2015 - IJ-LXXX-683.

46 Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, Reg. N°1366/17, de 15/12/2017.

a la pretensión de la defensa, dada la inexistencia de impedimento normativo que imposibilitara la concesión de una nueva autorización de extrañamiento.

Argumentó que “si bien es cierto que, en el caso concreto, el incumplimiento de la prohibición de reingreso y la comisión de un nuevo delito, retrotrajo la situación de CDGG a la privación de la libertad que actualmente sufre, no lo es menos el hecho de que no hay normativa alguna que prohíba la posibilidad de un segundo extrañamiento en situaciones como la aquí analizada”, lo cierto es que “la ley de marras resuelve en base a criterios estratégicos de política criminal y migratoria propios de la esfera de reserva del ámbito legislativo, un supuesto concreto y determinado. Por lo tanto, hasta tanto se subsane el vacío legal que se advierte en la ley migratoria en torno a situaciones de incumplimiento de la prohibición de reingreso al país o se proceda a una reforma de la legislativa que prevea consecuencias concretas de tal incumplimiento o se limite de manera expresa la posibilidad de una nueva expulsión, el extrañamiento puede proceder en una segunda oportunidad una vez verificados los requisitos previstos por la norma, que operan de puro derecho y la resolución en torno a un segundo extrañamiento deberá tener acogida favorable”.

La fiscal apeló por entender que el juez de ejecución se limitó a aplicar de manera automática el artículo 64, inc. a), de la Ley N° 25.871 de Migraciones, sin atender a las circunstancias particulares del caso.

Agregó que esa postura tornaba inaplicables los términos de la Ley N° 24.660 de ejecución penal, por cuanto “el extrañamiento no constituye un derecho del condenado a ser dispuesto por la autoridad judicial, sino que importa un acto procesal enmarcado en un específico contexto legal e institucional en el que el ius puniendi, en esa singular oportunidad, cede ante razones de políticas públicas más amplias y de derecho internacional. En esta dirección, la materia reglada por el art. 64 inc. a de la Ley N° 25.871 no es otra cosa que la atinente a la política migratoria nacional. De ello se sigue que el extrañamiento constituye la reglamentación del derecho federal contenido en el art. 25 de la Constitución Nacional”.

Solicitó la revocación la decisión recurrida y que CDGG cumpliera en el país la pena a la que había sido condenado.

3. El fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal

Ante el planteo introducido, la Cámara revocó parcialmente la decisión de primera instancia en cuanto al agravio relativo a la expulsión y la confirmó en los demás aspectos.

En cuanto interesa para el análisis planteado sostuvo que “El art. 64 de la Ley N° 25.871, declara: “Los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular, se ejecutarán en forma inmediata cuando se trate de: a) Extranjeros que se encontraren cumpliendo penas privativas de libertad, cuando se hubieran cumplido los supuestos establecidos en los acápites I y II del artículo 17 de la Ley N° 24.660 que correspondieren para cada circunstancia. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente; [...]”.

Y así la Cámara afirmó que, como en el caso, debe tratarse de un extranjero que efectivamente esté cumpliendo pena privativa de libertad en un establecimiento de ejecución de pena que acarree privación de la libertad.

Agregó que “El reenvío a los supuestos establecidos en los acápites I y II del artículo 17 de la Ley N° 24.660 “que correspondieren para cada circunstancia”, presupone que las autoridades competentes para la ejecución de la pena privativa de libertad emitan una declaración de que estos presupuestos se encuentran reunidos, lo que implica que ya no hay obstáculo legal para la expulsión del extranjero no obstante que la pena privativa de libertad aún no se hubiese agotado. Esta declaración presupone una constatación *judicial*... [y que] la ley no establece qué ha de ocurrir si, ejecutada la expulsión, el expulsado reingresa al territorio en infracción a la prohibición de ingreso, en otras palabras, cuál es el efecto de la elusión del extrañamiento”.

Continuó afirmando que “la expulsión de extranjeros es una manifestación del ejercicio de la soberanía estatal” y que “El carácter del acto de potestad estatal derivado de la soberanía estatal es en estos casos indisputable”. Ello así, dejó sentada su posición en cuanto “no se reconoce un derecho del extranjero a ser expulsado, sino que se trata de un acto de potestad estatal que se ejerce de modo unilateral, sin perjuicio del derecho del afectado a poner a prueba ante los tribunales su legalidad y legitimidad”.

En línea se sostuvo que “en la Ley N° 25.871 no se provee al extranjero de ninguna vía judicial para promover que las autoridades migratorias declaren su residencia irregular, cancelen o revoquen una autorización de residencia anteriormente concedida, ni para instar la propia expulsión o extrañamiento”.

Ante ello efectuó dos consideraciones. Por un lado, que “existe un derecho fundamental a la libertad de circulación, pero este derecho es de ejercicio facultativo y puede ser restringido por la ley. Esto conduce a la primera conclusión intermedia, cual es que –puesto que el sistema normativo no reconoce un derecho a ser expulsado no existe una vía ni judicial, ni administrativa para que una persona promueva el dictado a su respecto de una decisión administrativa o judicial que ordene la cancelación de la residencia, la declaración de irregularidad de la residencia, o la expulsión. Decisiones de esta clase no están concebidas para garantizar el derecho fundamental de salir libremente de cualquier país, sino orientadas a fines de política migratoria por razones de seguridad, orden, salud o moral públicos, o a la protección de derechos o libertades de otros. De modo que la persona no tiene legitimación para reclamar del Estado ser expulsada por alguna de esas razones cuya apreciación y necesidad quedan libradas a la discreción del legislador, al momento de definir los supuestos de expulsión en la ley, y por la autoridad de aplicación en cada caso concreto”.

Por otro, que “el orden normativo prevé un instrumento específico sobre cuya base puede eventualmente suscitarse una incidencia típica de ejecución de la pena, que sólo puede promover el condenado o quien actúe en su nombre, cual es el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del MERCOSUR, aprobado por Ley N° 26.259 (promulgada de hecho el 01/06/2007). El dispositivo de aquella ley concede al condenado un derecho sustantivo a promover una incidencia de ejecución y obtener su traslado para la ejecución de todo o parte de la sentencia en el territorio del país de su nacionalidad, o de aquél en el que tiene concedida autorización de residencia permanente, a diferencia de los de los arts. arts. 61, 62, 63 y 64 de la Ley N° 25.871, que no dan base a ningún derecho a opción del condenado”.

Seguidamente el Tribunal de Alzada afirmó que “Una opción de este tipo no ha sido ejercida por el condenado en este caso” por lo que afirmó que “el condenado a pena de prisión no tiene legitimación para promover ante el juez de ejecución que controla su pena una

incidencia para que éste promueva ante la autoridad migratoria que emita un pronunciamiento sobre la regularidad de su residencia, o sobre la cancelación de una anteriormente concedida, o una orden de expulsión y extrañamiento con prohibición de reingreso permanente o temporal a tenor de los arts. 61, 62, 63 y 64 de la Ley N° 25.871. Aunque eventualmente la autoridad de aplicación emitiese una orden de expulsión y extrañamiento que tuviese por efecto interrumpir la ejecución de una pena privativa de libertad según el art. 64 de la Ley N° 25.871, esa decisión administrativa no responde a ninguna de las finalidades de los arts. 1 y 6 de la Ley N° 24.660”.

Para rechazar el extrañamiento expresó que tampoco “...los jueces penales que tienen a su cargo el control de la ejecución de la pena privativa de libertad carecen de competencia para promover ante las autoridades migratorias la emisión de alguna decisión a tenor de los arts. 61, 62 y 63 de la Ley N° 25.871, y en el caso de que la hubiesen dictado, carecen también de competencia para ordenar a las autoridades que ejecuten la expulsión, porque esa decisión corresponde a una discreción política de la que los jueces de ejecución no han sido investidos en el diseño de división de poderes de la Constitución Nacional, y no responde a un derecho del extranjero a ser expulsado”.

Y finaliza sosteniendo que “la alegación de la fiscalía en su recurso, en el sentido de que “el extrañamiento no constituye un derecho del condenado a ser dispuesto por la autoridad judicial, sino que importa un acto procesal enmarcado en un específico contexto legal institucional en el que el *ius puniendi*, en esa singular oportunidad, cede ante razones de políticas públicas más amplias y de derecho internacional” es en su primera proposición correcto”.

V. Análisis del caso

Efectuada una somera reseña de las piezas más destacadas del fallo bajo análisis, varias son las cuestiones que de él surgen y merecen nuestra atención desde una perspectiva del derecho de la integración del MERCOSUR.

En primer lugar, corresponde destacar negativamente que el juez de ejecución penal ni la fiscal -siquiera- hicieron referencia al Acuerdo sobre Traslado de Condenados entre los Estados Parte del MERCOSUR,

cuando ello conforme a la letra del artículo 4.1 de dicha norma representa una obligación para todo participante del sistema de administración de justicia, sea que se trate de un juez de cualquier instancia, fiscal, defensor oficial, ect.⁴⁷

Casi como una consecuencia lógica a lo que se indicó precedentemente, surge otra nota. El análisis en primera instancia, y en la casi totalidad del fallo de la Cámara, estuvo basado en la colisión de dos normas de orden interno: la Ley de Migraciones y la Ley de Ejecución Penal. Así, la discusión giró en torno a la mayor o menor prioridad que cabía reconocer a la extensión de la política criminal como acto propio del ejercicio de acciones soberanas por parte del Estado.

Esta particular discusión y la completa omisión de referencia a la CMC/Dec. N°34/04 motiva otra afirmación: en el caso no existió contemplación del principio de la primacía del derecho de la integración del MERCOSUR por sobre las normas internas de los Estados ni a la obligación de los Estados Parte de cumplir y ejecutar las normas MERCOSUR debidamente aprobadas y vigentes, conforme lo prevé el Protocolo de Ouro Preto en forma expresa.

Por lo tanto, la totalidad de las manifestaciones vertidas en el caso por los sujetos intervinientes representan un claro desmedro a la visión humanista introducida por la norma mercosureña, por cuanto dan prioridad a las facultades de los Estados por sobre los derechos de los ciudadanos y las obligaciones asumidas en el marco del proceso de integración.

Luego la Cámara añadió, acertadamente, que la ley interna de Migraciones no prevé en favor de los ciudadanos un derecho a instar su expulsión. Ese acto, dependiente de instancia o decisión administrativa previa por parte de la Dirección Nacional de Migraciones, es de resorte exclusivo del juez de ejecución penal que interviene en cada caso.

A continuación, el Tribunal de Alzada dedicó un par de párrafos para destacar la existencia de un instrumento específico, es decir aquel establecido por la CMC/Dec. N° 34/04.

Sin embargo, lamentablemente, aun cuando es cierto que el sujeto

47 Más adelante profundizaré sobre esta observación.

aquí involucrado ni su defensa solicitaron incidentalmente el impulso de su traslado para cumplir condena en la República Oriental del Uruguay, lo cierto es que tal como se adelantó al inicio de este análisis, la Cámara también omitió echar mano a la letra del artículo 4.1 de la norma en trato.

Es que, así como la CMC/Des. N° 34/04 establece que la posibilidad de cumplir condena en el país de origen o en el que se encuentre radicado el centro de sus afectos es un derecho de la persona condenada, simultáneamente la norma establece la “obligación” del Estado de hacer saber al condenado de la posibilidad de acogerse a este régimen.

Consecuentemente, más que rechazar la aplicación de este régimen especial, la Cámara debió, como medida para mejor proveer y en resguardo de los derechos fundamentales que asisten al condenado, ordenar a las instancias inferiores dar curso a la comunicación a que hace referencia el mencionado artículo 4.1 de la norma mercosureña. Sólo después de ello podría haberse suscitado válidamente y sin vulnerar el derecho de la integración del MERCOSUR la discusión que dio lugar al fallo que se comenta.

Y tanto es así, en cuanto el principio de la primacía del derecho del MERCOSUR establecido por el plexo normativo del Protocolo de Ouro Preto obliga a los Estados Parte a observar y cumplir con sus normas, dándoles preeminencia incluso cuando pudiera existir colisión con la legislación nacional.

VI. Conclusiones

Ha quedado en evidencia que en el marco del proceso de integración del MERCOSUR no es posible afirmar la existencia de un derecho penal común, ni especializado, aunque sí la creciente adopción de normas de cooperación internacional en materia penal en ámbitos o respecto de supuestos delictivos concretos (derechos humanos, trata de personas, migrantes, armas, traslado de condenados, etc.).

En efecto, el MERCOSUR ha superado el esquema inicial de integración económica, tornándose imperiosa la necesidad de regular cuestiones de otras materias que en forma directa o indirecta afectan su buen desarrollo, entre las que se destacan los asuntos de cooperación en materia penal.

La asistencia y cooperación internacional en materia penal cobra vida propia por medio de instrumentos y normativas comunes actuales, específicas y de obligado cumplimiento.

Esta circunstancia se ve representada por la aprobación de la CMC/Dec. N°34/04 sobre traslado internacional de condenados entre los Estados Parte del MERCOSUR y su internalización legislativa por algunos de ellos como la República Argentina allá por 2007.

La existencia de este tipo de normas resulta por demás útil a los efectos de la integración, toda vez que permite una cooperación horizontal entre distintas áreas de gobierno, que redundan en una mayor eficiencia y eficacia a la hora de la ejecución del instituto del traslado de condenados.

Sin embargo, los resultados a los que arriban los magistrados intervinientes en el fallo bajo análisis nos da una nota negativa, cual se traduce en un claro desconocimiento de las particularidades del sistema jurídico legal del MERCOSUR. Una cosa es conocer la existencia de una norma, otra muy distinta es saber cuáles son los requisitos para tornar imperativo un derecho derivado de esa norma y cómo aplicarla.

La aplicación práctica de las normas MERCOSUR, concretamente de la CMC/Dec. N°34/04, deja al descubierto un preocupante grado de desconocimiento por parte de los operadores jurídicos de las particularidades del sistema jurídico legal del MERCOSUR, las obligaciones que impone a los Estados Parte y la preeminencia de sus normas respecto de las legislaciones nacionales

Ello así, entiendo pertinente insistir en la necesidad de que la academia, los gremios de abogados y, particularmente, el propio Poder Judicial y los Ministerios Públicos, lleven a cabo una profundización de esfuerzos para lograr el entendimiento y adecuado conocimiento del sistema jurídico legal del MERCOSUR y su alcance.

El correcto uso del sistema jurídico legal mercosureño por los operadores jurídicos en su cotidianeidad, así como el de herramientas como las opiniones consultivas que pueden realizar, entre otros, los Superiores Tribunales de Justicia de los Estados Parte al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, son requisitos ineludibles para el fortalecimiento de la seguridad jurídica y la integración misma. Y, en ese sentido, cabe destacar que en la aplicación del derecho del MERCOSUR

en los Estados Parte son sus máximos Tribunales de Justicia -y no otros- los verdaderos motores de la legalidad y legitimidad de su sistema jurídico.

SECCIÓN BRASIL

COORDINACIÓN

Luciane Klein Vieira

Vitória Volcato da Costa



O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DO MERCOSUL NO BRASIL

*André de Carvalho Ramos**

Sumário: I. Introdução; II. O Mercado Comum do Sul e o Direito Internacional Privado; III. Os tratados de DIPr e o Direito Brasileiro: a teoria da junção de vontades; IV. As quatro fases: da formação da vontade à incorporação: 1. As negociações e a assinatura, 2. A aprovação congressual, 3. A ratificação, 4. O Decreto executivo e a teoria da junção de vontades restrita; V. A hierarquia dos tratados no ordenamento brasileiro: 1. Os regimes especiais: o caso das convenções sociais de DIPr e os tratados mercosulinos de DIPr; VI. Conclusão: a mudança social e política para uma transformação jurídica.

I. Introdução

O corpo de normas internacionais de Direito Internacional Privado (DIPr) cresceu continuamente no Brasil, que, desde a redemocratização e a edição da Constituição de 1988, já ratificou diversos tratados de âmbito global (por exemplo, oriundos da atividade da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado), regional (como os oriundos da atividade da Organização dos Estados Americanos) e do processo de integração do MERCOSUL.

Essa valorização do Direito Internacional Privado de matriz internacional estimula o debate sobre o impacto da relação do Direito

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Professor Titular de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Doutor e Livre-Docente em Direito Internacional (USP). Procurador Regional da República. Antigo Secretário de Direitos Humanos da Procuradoria-Geral da República (2017-2019). Antigo Procurador Regional Eleitoral do Estado de São Paulo (2012-2016). Visiting Fellow do Lauterpacht Centre for International Law (Cambridge). Diretor do Ramo brasileiro da International Law Association (ILA). Membro da Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI).

Interno e o Direito Internacional em face da disciplina. Essa relação pode ser vista sob a ótica de “como o Direito Interno vê o Direito Internacional”, em especial no tocante ao processo de formação e incorporação de tratados, bem como em relação à hierarquia (estatuto) normativo interno do tratado celebrado.

Além disso, os tratados de Direito Internacional Privado podem ter origem em um processo de integração como o do MERCOSUL, o que impõe a análise da relação do Direito interno com o Direito da Integração. E, finalmente, os tratados de DIPr eventualmente contém normas que impactam diretamente nos direitos humanos dos envolvidos nos fatos transnacionais. Assim, a relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional deve também levar em consideração regimes jurídicos especiais estabelecidos pela Constituição para os tratados de origem mercosulina e de conteúdo vinculado à proteção de direitos humanos.

Por isso, o presente artigo visa esclarecer, à luz da Constituição brasileira, o processo de formação e incorporação dos tratados de Direito Internacional Privado produzidos no seio do MERCOSUL, enfocando também a temática da hierarquia interna de tais tratados a partir da análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

II. O Mercado Comum do Sul e o Direito Internacional Privado

Como resultado de intensas negociações, foi assinado, em 26 de março de 1991, por Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai o “Tratado de Assunção para Constituição do Mercado Comum do Sul”. O Tratado foi aprovado pelo Congresso Nacional em 25 de setembro de 1991 (Decreto Legislativo N° 197/91) e promulgado pelo Presidente da República pelo Decreto N° 350, de 22 de novembro de 1991. Depois do depósito das devidas ratificações, o Tratado de Assunção entrou em vigor em 29 de novembro de 1991.

O Tratado de Assunção de 1991 é visto pela doutrina como um marco no lento processo de integração entre as economias dos Estados do Cone Sul americano ao estabelecer, como objetivo final, a constituição de um *mercado comum* entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai e, a partir de 12 de agosto de 2012, também a Venezuela.¹ Em agosto de 2017, a

1 Em 2005, a Venezuela apresentou pedido de adesão plena ao MERCOSUL, com acolhimento consensual do pleito pela Decisão CMC N° 29/05, de 8 de dezembro de 2005. O Protocolo de adesão da República

Venezuela foi suspensa das atividades do bloco e só retornará até que haja a restauração da ordem democrática.

De acordo com o preâmbulo do Tratado para a constituição do MERCOSUL (Mercado Comum do Sul), os Estados contratantes almejam a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais por meio da integração, o que constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social.

O exemplo europeu de integração econômica é mencionado, indiretamente, no preâmbulo do Tratado de Assunção, pois os Estados levaram em consideração “a evolução dos acontecimentos internacionais, em especial a consolidação de grandes espaços econômicos, e a importância de lograr uma adequada inserção internacional para seus países”.

Desde então se almeja a livre circulação de bens, serviços, pessoas e capital entre os países membros (as chamadas “quatro liberdades”), bem como a adoção de uma política comercial comum em face de Estados terceiros, além de coordenação e harmonização de políticas econômicas gerais e setoriais.

Assim sendo, os Estados decidiram constituir um mercado comum, com liberdade de movimentação dos “bens-serviços e fatores produtivos entre os países” (art. 1º do Tratado). Na síntese de Lafer, o MERCOSUL é “uma plataforma de inserção competitiva numa economia mundial que simultaneamente se globaliza e se regionaliza em blocos”.²

Em virtude desse ambicioso objetivo, o MERCOSUL preocupou-se em eliminar barreiras à criação do mercado comum, harmonizando legislações por meio da edição de tratados sobre o Direito Internacional Privado, no que imita os passos da integração europeia, que também buscou harmonizar as normas de DIPr.³ Para Moura Ramos, a integração

Bolivariana da Venezuela ao MERCOSUL foi assinado em 2006, mas a adesão da Venezuela ao MERCOSUL foi concluída somente em 2012 (seis anos de espera – ver abaixo a crise do *impeachment* do Presidente Lugo), por meio da Decisão do Conselho Mercado Comum N° 27/2012. Como a própria decisão estabeleceu, não houve a necessidade de incorporação de tal decisão do CMC, por regular aspectos da organização do bloco. Íntegra da decisão disponível em: http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1377717164.pdf. Acesso em: 24 jun. 2020.

2 LAFER, Celso. “Prefácio” em: BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba, *MERCOSUL: das negociações à implantação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 11.

3 O processo de europeização do DIPr conta com as seguintes características: (i) aceitação do DIPr como temática submetida a normas da União Europeia (especialmente a partir Tratado de Amsterdã); (ii) uso do método do reconhecimento mútuo; (iii) tem a finalidade de assegurar a circulação de decisões judiciais e

da União Europeia ocasionou a progressiva substituição, em diversas áreas, do direito dos Estados-Membros pelo direito criado pela própria União, o que inclui o Direito Internacional Privado.⁴

No MERCOSUL, os principais tratados celebrados tratam de jurisdição internacional e cooperação jurídica no bloco. São os seguintes tratados de DIPr celebrados no MERCOSUL: Protocolo de Cooperação Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, de 27 de junho de 1992 (“Protocolo de Las Leñas”);⁵ Protocolo sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, de 5 de agosto de 1994 (“Protocolo de Buenos Aires”);⁶ Protocolo de Medidas Cautelares, de 16 de dezembro de 1994 (“Protocolo de Ouro Preto sobre medidas cautelares”);⁷ Protocolo de São Luiz sobre Matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre os Estados-Partes do MERCOSUL, de 25 de junho de 1996 (“Protocolo de São Luiz”);⁸ Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, de 25 de junho de 1996;⁹ Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo, de 17 de dezembro de 1996;¹⁰ Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL, de 23 de junho de 1998;¹¹ Acordo de Extradicação entre os Estados-Partes do MERCOSUL, de 10 de dezembro de 1998;¹² Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados-Partes do MERCOSUL, assinado em Florianópolis, em 15 de dezembro

(iv) busca adotar o princípio da proteção da parte mais fraca (faceta social da integração europeia). Sobre a europeização do DIPr, ver JAEGER JR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado*, Curitiba: Juruá, 2012.

4 Usando como exemplo o DIPr de Portugal, Moura Ramos sustenta que, “limitando-nos apenas aos conflitos de leis, se considerarmos o essencial da codificação deste ramo do direito vigente entre nós (e constante dos arts. 14º a 65º do Código Civil), há que ter presente que parte substancial das matérias nela tratadas não são hoje efectivamente reguladas por estes preceitos, tendo-lhe sido substituída a regulamentação constante de diversos actos da União Europeia”. RAMOS, Rui de Moura. *Estudos de direito internacional privado da União Europeia*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, em especial p. 7.

5 Ratificação em 16 de fevereiro de 1996, tendo sido incorporado internamente pelo Decreto N° 2.067, de 12-11-1996.

6 Ratificação em 7 de maio de 1996, tendo sido incorporado internamente pelo Decreto N° 2.095, de 17-12-1996.

7 Ratificação em 18 de março de 1997, tendo sido incorporado internamente pelo Decreto N° 2.626, de 15-6-1998.

8 Ratificação do Protocolo em 30 de janeiro de 2001, tendo sido incorporado internamente pelo Decreto N° 3.856, de 3-7-2001.

9 Ratificação do Protocolo em 28 de março de 2000, tendo sido incorporado internamente pelo Decreto N° 3.468, de 17-5-2000.

10 O Protocolo de Santa Maria ainda não está em vigor, e o Brasil ainda não o ratificou.

11 O acordo entrou em vigor para o Brasil em 9 de outubro de 2002, tendo sido incorporado internamente pelo Decreto N° 4.719, de 4-6-2003.

12 Ratificação do Acordo em 2 de dezembro de 2003, tendo sido incorporado internamente pelo Decreto N° 4.975, de 30-1-2004.

de 2000;¹³ Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Partes do MERCOSUL, de 16 de dezembro de 2004;¹⁴ Acordo sobre Facilitação de Atividades Empresariais no MERCOSUL, de 16 de dezembro de 2004.¹⁵

Contudo, tais objetivos ambiciosos deveriam resultar em poderes adicionais aos órgãos da nova organização, tal como ocorreu na experiência histórica europeia, a qual ensina que, via de regra, a integração regional suscita reações internas poderosas de setores prejudicados, devendo ser amparada por um regime jurídico superior. Contudo, o MERCOSUL não recebeu dos Estados poderes similares aos recebidos pelos órgãos da União Europeia.¹⁶ Faria resume tal posição sustentando que “[...] [o] MERCOSUL é uma organização internacional de integração com a contraditória estrutura orgânica das entidades de cooperação”.¹⁷

Porém, é possível, ao menos, tratar internamente o esforço integracionista do MERCOSUL de modo especial, valorizando o MERCOSUL e seus tratados, tais como os tratados mercosulinos de DIPr.

Por isso, cabe agora analisar como o Direito brasileiro vê o Direito internacional, em especial quanto à temática da (i) formação e incorporação dos tratados de direito internacional privado e (ii) à temática da hierarquia desses tratados, focando nos tratados de Direito Internacional Privado (DIPr) mercosulinos.

III. Os tratados de DIPr e o Direito Brasileiro: a teoria da junção de vontades

A Constituição de 1988 dispõe que a participação brasileira em tratados exige um procedimento complexo por meio da união da vontade

13 Ratificação do Acordo em 21 de maio de 2004, tendo sido incorporado internamente pelo Decreto N° 6.086, de 19-4-2007.

14 Ratificação do Acordo em 27 de novembro de 2007, tendo sido incorporado internamente pelo Decreto N° 8.315, de 24-9-2014.

15 Ratificação do Acordo em 27 de novembro de 2007, tendo sido incorporado internamente pelo Decreto N° 6.418, de 31-3-2008.

16 CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos humanos na integração econômica*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 220.

17 FARIA, Werter. “Unidade do Direito e uniformidade na interpretação e aplicação das normas do MERCOSUL”, em: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (orgs.), *O Direito Internacional no Terceiro Milênio: estudos em homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel*, São Paulo: Ed. Ltr, 1998, pp.375-389, em especial p. 384, grifo meu.

concordante dos Poderes Executivo e Legislativo.

As bases constitucionais são o art. 84, VIII, que estabelece a competência do Presidente da República para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a *referendo do Congresso Nacional*, e, ainda, o art. 49, I, que dispõe que é da competência exclusiva do Congresso Nacional *resolver definitivamente* sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

A participação dos dois poderes do Estado na formação da vontade brasileira em celebrar definitivamente um tratado consagrou a chamada *teoria da junção de vontades* ou *teoria dos atos complexos*: para que um tratado internacional seja formado é necessária a conjunção de vontades do Poder Executivo e do Poder Legislativo, como será visto a seguir.

Curiosamente, as outras fontes do Direito Internacional (costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais e resoluções vinculantes de organizações internacionais), que também comprometem o Brasil, *não* foram mencionadas expressamente na Constituição.¹⁸

IV. As quatro fases: da formação da vontade à incorporação

1. As negociações e a assinatura

As negociações de tratados não possuem destaque no corpo da Constituição de 1988, sendo consideradas de atribuição do Chefe de Estado, por decorrência implícita do disposto no art. 84, VIII. Usualmente, após uma negociação bem-sucedida, o Estado realiza a *assinatura* do texto negociado, pela qual manifesta sua predisposição em celebrar, no futuro, o texto do tratado. Há acordos em forma simplificada ou acordo executivo, no qual, excepcionalmente, a assinatura já formaliza a celebração definitiva do tratado para o Brasil. Por sua vez, há ainda a possibilidade de *adesão* a textos de tratados já existentes, dos quais o Brasil não participou da negociação.

A assinatura é de atribuição do Chefe de Estado, fruto do disposto

¹⁸ Sobre as fontes internacionais extraconvencionais de Direito Internacional Privado, ver CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*, São Paulo: Saraiva, 2018, p.141.

no art. 84, VIII, que utiliza o vocábulo “celebrar” em sentido impróprio: a assinatura, em geral, não vincula o Estado brasileiro. Antes, é necessário, de acordo com o próprio art. 84, VIII, o referendo do Congresso Nacional.

Após a assinatura, então, cabe ao Poder Executivo encaminhar o texto assinado do futuro tratado ao Congresso, no momento em que julgar oportuno.

A Constituição de 1988 foi omissa quanto a prazos, enquanto a Constituição de 1967 fixou o prazo de 15 dias após sua assinatura para que o Poder Executivo encaminhasse o texto do tratado ao Congresso Nacional (art. 47, parágrafo único).

Essa omissão permite que o Poder Executivo demore anos para encaminhar os textos dos tratados para a aprovação congressional - ou mesmo nunca encaminhe. Contudo, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, já ratificada pelo Brasil, dispõe, em seu art. 18, que há uma obrigação internacional do Estado em não frustrar o objeto e a finalidade de um tratado assinado e ainda não ratificado, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado. Logo, o Poder Executivo deveria encaminhar a mensagem presidencial solicitando a aprovação congressional em prazo razoável, ou informar aos demais parceiros do tratado assinado que não tem mais a intenção de ratificá-lo. Nada fazer seria constitucionalmente inadequado, pois manteria o dever de abstenção (*vide* o mencionado art. 18) sem que o Congresso Nacional tenha sido ouvido sobre isso.

2. A aprovação congressional

A segunda etapa do *iter* de formação dos tratados no Brasil é a fase da aprovação congressional ou fase do decreto legislativo. De acordo com a CF/88, cabe ao Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, I). Note-se que a expressão latina “ad referendum”, tradicional nas Constituições anteriores, foi substituída pelo equivalente “sujeitos a referendo”.

A inovação da CF/88 foi quanto ao conteúdo dos tratados sujeitos à aprovação: aqueles que acarretam *encargos* ou *compromissos gravosos* ao patrimônio nacional deveriam ser aprovados. Nos anais da Constituinte,

ficou registrada a preocupação do chamado “grupo nacionalista” em impedir que acordos com o Fundo Monetário Internacional e os compromissos de endividamento externo, à época considerados nocivos, pudessem, pela via hermenêutica, não serem submetidos ao Congresso.¹⁹

Ou seja, a *nova* redação do dispositivo, acrescida da expressão “encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, foi justamente incluída para fazer valer a *velha* competência republicana do Congresso em “resolver definitivamente” sobre os tratados e que não era respeitada pela prática do Poder Executivo em celebrar acordos internacionais (ditos acordos executivos²⁰) sem submetê-los ao Legislativo. Assim, não se pensava em permitir a conclusão, sem o referendo do Congresso, de tratados que não impusessem encargos ou compromissos gravosos, até porque a redação do art. 84, VIII, não previu essa exceção: ao contrário, tratou-se de *reforçar* o desejo do Constituinte de que todos os tratados deveriam sofrer a aprovação prévia do Congresso.²¹

O trâmite da aprovação congressional é o seguinte: o Presidente encaminha mensagem presidencial ao Congresso Nacional, fundamentada (a exposição de motivos é feita pelo Ministro das Relações Exteriores), solicitando a aprovação congressional ao texto do futuro tratado, que vai anexado na versão oficial em português.

A atuação legislativa na análise do tratado é reduzida, com pouca margem de interferência: em geral, cabe ao Congresso aprovar ou rejeitar o projeto. Caso o projeto de decreto legislativo seja rejeitado na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, há o envio de mensagem ao

19 CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*, São Paulo: Saraiva, 2018, p.130.

20 A fase congressional na formação da vontade em celebrar um tratado internacional caracteriza o chamado *tratado formal*; em contraposição, há tratados que são celebrados pela mera assinatura e troca de notas entre os Estados, com exclusiva participação do Poder Executivo. Esses acordos, denominados *tratados em forma simplificada* ou *acordos executivos*, são utilizados em vários países do mundo, de forma a dar agilidade na consecução de compromissos internacionais, com o risco de concentração de poder, em especial nos países que adotam o regime de governo presidencialista. ACCIOLY, Hildebrando. “A ratificação e a promulgação dos tratados em face da Constituição Federal Brasileira”, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, n. 7, pp. 11-15, jan./jun. 1948.

21 REZEK resume as hipóteses de acordo executivo legítimo em duas categorias: 1) acordos de mera execução de tratados formais; 2) acordos contendo atos de diplomacia ordinária, que englobam inclusive o acordo interpretativo e o *modus vivendi*, desde que existam *cobertura orçamentária* e *reversibilidade*, pois, caso contrário, escapam à rotina diplomática REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*, 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 62-63. Em sentido divergente (ampliando a abrangência do acordo executivo, para abarcar toda a matéria de atuação do Poder Executivo), Casella sustenta que “seja como for, pode admitir-se razoavelmente que, quando o compromisso verse sobre matéria executiva, não há razão para que este seja submetido ao poder legislativo”. ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO, E. SILVA, G. E.; CASELLA, Paulo Borba (atual responsável). *Manual de direito internacional*, 21. ed., 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2015, em especial p. 165.

Presidente da República, informando-o.

Com fundamento na máxima *qui potest maius potest minus*, as alterações do texto do tratado podem ser impostas pelo Congresso Nacional da seguinte forma: basta que não sejam aprovados determinados dispositivos, que ficam *ressalvados* no texto do Decreto Legislativo. Sem a aprovação do Congresso, o Presidente não terá outra escolha se não impor *reservas* desses dispositivos no momento da ratificação.

Além disso, a emenda pode exigir a modificação de parte do texto do tratado, cuja nova redação também consta do Decreto Legislativo. Caso o Presidente não concorde com tais ressalvas, sua única opção é não ratificar o tratado. Por outro lado, caso o tratado seja bilateral (que, por definição, não admite reservas) ou não comporte reserva (por meio de cláusula do tratado que expressamente proíbe reservas), a única alternativa seria o Presidente da República tentar renegociar seus termos e ofertar às demais partes a alteração proposta pelo Congresso, informando que a aceitação dessa alteração é condição para a ratificação brasileira.²²

A fórmula usual de redação do Decreto Legislativo é concisa, com dois artigos e um parágrafo: no primeiro, fica expressa a vontade congressual em aprovar o texto do tratado (“Fica aprovado”), contendo as *ressalvas* eventualmente impostas de artigos; em seu parágrafo único, repete-se, em clara redundância, a fórmula do art. 49, I, dispondo que ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que impliquem revisão do tratado, bem como quaisquer atos que, nos termos do inciso I do *caput* do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; o segundo artigo dispõe que o Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

Com isso, fica o Presidente da República autorizado a celebrar em definitivo o tratado por meio da ratificação ou ato similar.

3. A ratificação

Aprovado o Decreto Legislativo, o Presidente da República, *querendo*, pode, em nome do Estado, celebrar em definitivo o tratado. Para a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, a celebração definitiva

22 VALLADÃO, Haroldo. “Parecer de 2 de abril de 1962”, em: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo (Org.), *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*, Brasília: Senado Federal, 2002, pp. 80-94.

de um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado (art. 11). Com a exceção da assinatura (salvo no caso dos acordos executivos), todas essas formas de manifestações expressam o consentimento definitivo exarado pelo Chefe de Estado após a aprovação congressional. Em geral, a ratificação em tratados bilaterais ocorre pela via da troca de notas; já os tratados multilaterais ou plurilaterais são ratificados pelo depósito do instrumento de ratificação perante um dos Estados-Partes ou organização internacional, designados para tal mister pelo próprio tratado.

O Presidente da República pode, também, formular reservas ao ratificar o tratado internacional, *além* daquelas que, obrigatoriamente, lhe foram impostas pelas ressalvas ao texto aprovado pelo Congresso (*vide* acima). Não há a necessidade de submeter essas novas reservas ao Congresso, uma vez que se trata de desejo de não submissão do Brasil à norma internacional. Esse desejo não é passível de controle pelo Congresso, da mesma maneira que não pode ser obrigado o Presidente a pactuar um determinado tratado internacional, em nome da separação dos poderes.

A leitura conjunta dos arts. 84, VIII, e 49, I, da CF/88 faz nascer um *mínimo denominador comum*: caso o Congresso ou, nesse tópico do estudo, o Presidente, não aceite determinada disposição convencional, ela deve ser reservada. Por isso, a celebração de um tratado é um *ato complexo*: não basta a vontade isolada de um Poder; é necessária a junção da vontade dos Poderes Legislativo e Executivo.

Não há um prazo no qual o Presidente da República deva celebrar em definitivo o tratado, em face do próprio dinamismo da vida internacional. Como o Congresso Nacional também não possui prazo para aprovar o texto do futuro tratado, nada impede que a aprovação tenha se realizado tardiamente, desaparecidas as condições convenientes da época da assinatura do tratado pelo Presidente.

Logo, não é lógico exigir que a ratificação seja obrigatória: ela é da alçada discricionária do Presidente. A Convenção de Havana sobre Direito dos Tratados (1928) consagra essa discricionariedade dispondo que a ratificação é ato inerente à soberania nacional, e constitui o exercício de um direito, que não viola nenhuma disposição ou norma internacional (art. 7^º).

Resta ainda verificar quando o tratado entrará em vigor, pois isso depende do texto do próprio *tratado de Direito Internacional Privado*. Há tratados que estabelecem um número mínimo de Estados-Partes e há aqueles que exigem o decurso de um lapso temporal para que comecem a vigor. Essa executoriedade no plano internacional é essencial para que o tratado possa ser, coerentemente, exigido no plano interno. Seria violar o próprio conceito de “tratado”, exigir internamente o cumprimento de seus termos, antes da sua entrada em vigor internacionalmente.

4. O Decreto executivo e a teoria da junção de vontades restrita

Após a ratificação, há o fim do ciclo de formação de um tratado para o Brasil no plano internacional. A norma, então, é válida internacionalmente para o Estado brasileiro. Porém, a norma, válida *internacionalmente*, não será válida *internamente* até que seja editado o Decreto de Promulgação (também chamado de Decreto Executivo ou Decreto Presidencial) pelo Presidente da República e referendado pelo Ministro das Relações Exteriores (art. 87, I, da Constituição).

Esse Decreto *inova* a ordem jurídica brasileira, tornando válido o tratado no plano interno. Não há prazo para sua edição e, até que ele ocorra, o Brasil está vinculado internacionalmente, mas não internamente: esse descompasso enseja a óbvia responsabilização internacional do Brasil.

A teoria da junção das vontades e as quatro fases da formação e incorporação de um tratado ao ordenamento brasileiro foram plenamente adotadas pelo STF, como se vê nessa decisão com relatoria do Min. Celso de Mello:

A recepção dos tratados internacionais em geral (...) depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito

internacional público, que passa, então – e somente então – a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. O sistema constitucional brasileiro não consagra o princípio do efeito direto e nem o postulado da aplicabilidade imediata dos tratados ou convenções internacionais (CR 8.279-AgR, Rel. Min. Presidente Celso de Mello, julgamento em 17-6-1998, Plenário, DJ de 10-8-2000).

Contudo, chama a atenção a ausência de dispositivo constitucional expresso a reclamar a edição do Decreto de Promulgação: seus defensores usam, como argumento, a praxe republicana de edição desses decretos, que estariam ao abrigo do art. 84, VIII.

Essa “praxe” não mereceu nenhuma disposição clara em qualquer das Constituições anteriores. Pelo contrário, a promulgação é típico instituto do processo legislativo de formação das leis. A prática de edição de Decreto para promulgar e publicar os tratados iniciou-se no Império, uma vez que, na maior parte dos tratados, o Imperador podia ratificá-los autonomamente, sem aprovação da Assembleia. Logo, era *natural* que houvesse a publicação de Decreto como decorrência dos poderes normativos do Imperador. Após, com a proclamação da República, coube ao Congresso Nacional a competência de autorizar previamente a ratificação dos tratados a ser feita pelo Chefe de Estado; mesmo assim, a tradição imperial de promulgar os tratados por meio de Decretos foi mantida nas mãos do Presidente da República, em analogia com a tradicional promulgação e publicação presidencial das leis – essa sim prevista expressamente nas Constituições brasileiras. Porém, não é caso de se utilizar analogicamente dispositivos do processo de formação das leis, sem disposição constitucional expressa. O art. 84, VIII, compõe, em conjunto com o art. 49, I, os dispositivos constitucionais regentes da formação de um tratado para o Brasil: a doutrina da junção de vontades é *finalizada* com a ratificação.

Defendo a existência de uma *teoria da junção de vontades restrita*, que se encerra com a manifestação final de celebração do tratado (via de regra, pela ratificação), ao contrário do adotado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (que adota a teoria da junção de vontades ampla, *vide* abaixo).

Há uma enorme diferença entre as três primeiras fases e a do Decreto de Promulgação: as três primeiras fases dizem respeito à *formação* da vontade brasileira de se engajar internacionalmente, ou seja, até a

ratificação trata-se de um *potencial tratado* para o Brasil, uma vez que não houve ainda o consentimento final; a fase do Decreto de Promulgação diz respeito a um *tratado já existente*, celebrado pelo Brasil.

Exigir, sem que o texto constitucional brasileiro expressamente o preveja, um Decreto de Promulgação para todo e qualquer tratado expõe o Brasil à sua responsabilização internacional, na eventual delonga de sua edição (por esquecimento, desídia etc.), o que não condiz com o desejo da Constituição de exigir escorreita conduta do Estado nas relações internacionais (como se vê dos vários incisos do art. 4º, em especial o inciso IX).

Logo, minha posição é pela desnecessidade do Decreto de Promulgação, para todo e qualquer tratado. A publicidade da ratificação e entrada em vigor internacional deve ser apenas atestada (efeito meramente declaratório) nos registros públicos dos atos do Ministério das Relações Exteriores (Diário Oficial da União).

Bom exemplo é o da Constituição de Portugal, que, em seu art. 119, 1, *b*, dispõe que devem ser publicados no jornal oficial, o Diário da República, as convenções internacionais e os respectivos avisos de ratificação, bem como os restantes avisos a elas respeitantes. Assim, teríamos a publicação do aviso de ratificação e o aviso de entrada em vigor para o Brasil. Esse aviso, de caráter declaratório, em nada afetaria o disposto no art. 84, VIII, e ainda asseguraria *publicidade* – desejável em nome da segurança jurídica – e *sintonia* entre a validade internacional e a validade interna dos tratados.

Para que essa seja a nova praxe na observância dos tratados, não é necessária nenhuma alteração constitucional: como já mencionado, a Constituição é cumprida pela observância das fases de formação de um tratado; a incorporação pelo Decreto Executivo é reprodução de um costume analogicamente criado, sem apoio no texto constitucional.

A nova interpretação que se oferece aqui tem a vantagem de evitar a responsabilização internacional do Brasil e ainda impedir que a desídia do eventual responsável pelo setor de publicação dos avisos de ratificação reste impune (há a sua responsabilidade funcional de atestar a ratificação e entrada em vigor).

No caso da interpretação vigente atualmente, a publicação do

Decreto é de alçada discricionária do Presidente da República e, por isso, pode demorar meses ou anos. No máximo, poder-se-ia pensar na hipótese de crime de responsabilidade do Presidente (art. 85 da Constituição), uma vez que o Brasil seria penalizado internacionalmente, mas seria, ainda, caso de apreciação política, pelo Congresso, de uma questão que deveria ser jurídica (validade internacional em sintonia com a validade interna).

Essa prática – diga-se, novamente, não albergada de maneira expressa em qualquer das Constituições brasileiras – potencializa o risco da responsabilização internacional do Estado brasileiro, caso o decreto de promulgação não seja editado. Além disso, gera insegurança jurídica, pois há um tratado ratificado que impõe obrigações, que, paradoxalmente, não serão cumpridas no Brasil somente pela omissão do Presidente.

Essa situação peculiar foi sentida no “Caso Lula” no Tribunal Superior Eleitoral em 2018. O Tribunal Superior Eleitoral considerou o então candidato presidencial Lula inelegível, em face da existência de condenação criminal determinada por órgão colegiado por crime listado no rol daqueles que geram inelegibilidade. Por maioria (vencido o Min. Edson Fachin), o TSE não acatou a medida provisória do Comitê de Direitos Humanos com base, entre outros argumentos do Min. Barroso (relator), que o Primeiro Protocolo Facultativo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), embora ratificado pelo Brasil, não o obriga internamente, pela ausência da edição do decreto de promulgação. Para o Min. Fachin, contudo, o Primeiro Protocolo, ao ser válido internacionalmente, vincula o Brasil também no plano interno. Assim, a candidatura deveria ser provisoriamente aceita, até a deliberação final do Comitê. Para o TSE, o Primeiro Protocolo Facultativo “não está em vigor na ordem interna brasileira”.²³

No Direito Internacional Privado, há caso no qual o decreto de promulgação foi editado anos após a entrada em vigor do tratado: tratou-se da Convenção sobre o acesso internacional à justiça, concluída na Haia, em 25 de outubro de 1993, no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. O governo brasileiro depositou, junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino Unido dos Países Baixos, em 15 de novembro de 2011, o instrumento de adesão à convenção, que entrou em vigor para o Brasil, no plano jurídico internacional, em 1º de fevereiro de 2012. Todavia, o Decreto N° 8.343 foi editado somente em

23 Tribunal Superior Eleitoral, Registro de Candidatura (11532) N° 0600903-50.2018.6.00.0000, Rel. Min. Roberto Barroso, por maioria, julgamento em 31 de agosto de 2018.

13 de novembro de 2014. Nesse lapso de mais de dois anos, o Brasil não pode cumprir internamente seus deveres previstos no tratado em tela.

Por outro lado, o Decreto de Promulgação não cumpre nenhuma função que não possa ser substituída pelo mero Aviso de Ratificação e Entrada em Vigor, o que sintonizaria a validade internacional do tratado com sua validade interna, novamente, sem nenhuma outra consequência negativa para o Brasil.

Qual seria o prejuízo de tal sintonia? Se o tratado é inconveniente, nem deveria ter sido aprovado e ratificado (fases de formação do tratado). Assim, a exigência de Decreto de Promulgação é supérflua e perigosa, podendo ser eliminada.

V. A hierarquia dos tratados no ordenamento brasileiro

A discussão sobre a hierarquia dos tratados no Brasil, em conjunto com o tema da formação e da incorporação, é fonte constante de debate na doutrina e jurisprudência.

O precedente de maior destaque na fase anterior à Constituição de 1988 é o Recurso Extraordinário 80.004 (Supremo Tribunal Federal, Relator para o Acórdão Ministro Cunha Peixoto, 1977, julgamento em 1º de junho de 1977). Nesse precedente, o STF consagrou o estatuto normativo interno dos tratados como sendo equivalente à *lei ordinária federal*.

A Constituição de 1988 não contém capítulo sobre a relação do direito interno com o Direito Internacional e, conseqüentemente, dispositivos expressos sobre a hierarquia dos tratados, levando o intérprete à análise de dispositivos espalhados no texto da Constituição para esclarecer o tema.

Sem ingressar ainda nos tratados de direitos humanos, que serão estudados em separado, os dispositivos tradicionalmente levados em consideração na análise da hierarquia dos tratados em geral são os artigos: (i) 102, III, *b*; (ii) 105, I, *a*; e (iii) 47.

O art. 102, III, *b*, dispõe que cabe recurso extraordinário no caso de ter a decisão impugnada considerado inconstitucional “lei ou tratado”.

Já o art. 105, I, *a*, estabelece que cabe recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça quando a decisão impugnada houver violado ou negado vigência a “lei ou tratado”. Finalmente, o art. 47 estabelece que, no caso de a espécie normativa não possuir quórum de aprovação especificado no texto da Constituição, esse será de maioria simples, o que ocorre com o decreto legislativo e com lei ordinária federal.

Esses três dispositivos são invocados para a determinação da hierarquia dos tratados internacionais perante o direito brasileiro. Analisando-os em conjunto, o Supremo Tribunal Federal concluiu que os tratados internacionais incorporados, em geral, possuem o estatuto normativo interno equivalente ao da *lei ordinária federal*.

A justificativa é simples.

Em primeiro lugar, o art. 102, III, *b*, determina que o estatuto dos tratados é infraconstitucional, pois permite o controle de constitucionalidade dos tratados. Em segundo lugar, os arts. 47 e 105, I, *a*, tratam os tratados em dois momentos, da mesma maneira que as leis: no quórum de aprovação (maioria simples para a lei e para o decreto legislativo) e na definição de um mesmo recurso (recurso especial) para a impugnação de decisões inferiores que os contrariarem ou lhes negarem vigência.

O Supremo Tribunal Federal possui precedente claro sobre a *hierarquia dos tratados em geral*: a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade N^o 1.480.²⁴ Nesse precedente, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, de início, que os tratados se subordinam à nossa Constituição. Para o STF, no conflito entre qualquer norma constitucional e um tratado em geral (ver a situação dos tratados de direitos humanos abaixo), a Constituição sempre prevalecerá, devendo ser a incompatibilidade exposta nos controles difuso e concentrado de constitucionalidade. Os diplomas normativos a serem atacados serão o *Decreto Legislativo* e o *Decreto de Promulgação*, pois seriam os atos domésticos que incorporaram as normas convencionais ao sistema de direito positivo interno.

Após ter estabelecido o estatuto inferior à Constituição, o Supremo Tribunal Federal consagrou o *estatuto do tratado como equivalente ao da lei*

24 ADI 1.480-MC. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-9-1997, Plenário, DJ 18-5-2001.

ordinária federal, dispondo que “tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa”.²⁵

1. Os regimes especiais: o caso das convenções sociais de DIPr e os tratados mercosulinos de DIPr

A) O regime especial dos tratados de direitos humanos no Brasil e as convenções sociais do DIPr

Em 2004, foi aprovada a Emenda Constitucional N° 45/2004, que introduziu o § 3º do art. 5º na CF/88, com a seguinte redação: “Art. 5º, § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A redação final aprovada do dispositivo foi recebida com pouco entusiasmo pelos defensores de direitos humanos, pelos seguintes motivos: 1) condicionou a hierarquia constitucional ao rito idêntico ao das emendas constitucionais, aumentando o quórum da aprovação congressual futura e estabelecendo dois turnos, o que tornou-a mais dificultosa; 2) sugeriu, ao usar a expressão “que forem”, a existência de dois tipos de tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira pós-Emenda Constitucional N° 45: os aprovados pelo rito equivalente ao da emenda constitucional e os aprovados pelo rito comum (maioria simples); 3) nada mencionou quanto aos tratados anteriores à Emenda Constitucional N° 45.

Após intenso debate doutrinário, o STF fixou, no julgamento do RE 466.343,²⁶ o atual patamar normativo dos tratados internacionais de direitos humanos, *inspirado* pelo § 3º do art. 5º da CF/88 e introduzido pela Emenda Constitucional N° 45/2004. A posição dominante no STF foi capitaneada pelo Min. Gilmar Mendes, que, retomando a visão pioneira

25 STF. ADI 1.480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-9-1997, Plenário, DJ 18-5-2001.

26 STF. RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJe 5-6-2009, com repercussão geral.

de Sepúlveda Pertence (em seu voto no HC 79.785-RJ²⁷), sustentou que os tratados internacionais de direitos humanos, que *não* forem aprovados pelo Congresso Nacional no rito especial do art. 5º, § 3º, da CF/88, têm natureza *supralegal*: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei.²⁸ Essa corrente, agora majoritária, admite, ainda, que tais tratados tenham estatuto *equivalente à emenda constitucional*, desde que aprovados pelo Congresso pelo rito especial do § 3º do art. 5º (votação em dois turnos nas duas Casas do Congresso, com maioria de três quintos).

Em resumo, há hoje o seguinte *duplo estatuto* dos tratados de direitos humanos: os anteriores à Emenda Constitucional N° 45/2004 e os posteriores à citada emenda, desde que aprovados pelo rito simples no Congresso Nacional (maioria simples e em um único turno), terão estatuto *supralegal*; já os posteriores à Emenda Constitucional N° 45/2004 e que tenham sido aprovados pelo rito especial do art. 5º, § 3º, da CF/88 serão equivalentes à *emenda constitucional*.

Em que pese a posição atual do STF, defendo a hierarquia constitucional de todos os tratados de direitos humanos, em face do disposto, especialmente, no art. 1º, *caput* e inc. III (estabelecimento do Estado Democrático de Direito e ainda consagração da dignidade humana como fundamento da República), e também em face do art. 5º, § 2º. Para que o rito especial do art. 5º, § 3º, não seja considerado um retrocesso e mantendo a premissa de todos os tratados de direitos humanos são equiparados a normas constitucionais, tenho que o uso do rito especial do art. 5º, § 3º, faz nascer a exigência de idêntico *quorum* para sua denúncia, caso essa seja permitida pelo próprio tratado.²⁹

As convenções e tratados de DIPr podem ser classificados, de acordo com seu conteúdo, em três categorias: (i) convenções sociais (ou convenções sociais de proteção de direitos); (ii) convenções de procedimento; e (iii) convenções sobre lei aplicável.³⁰

As convenções sociais de DIPr (ou convenções sociais de proteção de direitos) consistem em convenções que possuem, além do objetivo de

27 STF. RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-3-2000, Plenário, DJ 22-11-2002.

28 *Vide* voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJe 5-6-2009, com repercussão geral.

29 CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p.320 e pp. 324-325.

30 CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*, São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 88.

regular um dos segmentos tradicionais do objeto da disciplina (concurso de normas; jurisdição internacional; cooperação jurídica internacional; mobilidade internacional humana e nacionalidade), o objetivo de proteger os direitos humanos dos envolvidos.³¹

Por direitos humanos, entendo o “conjunto mínimo de direitos necessário para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade”.³² Assim, as convenções sociais de DIPr buscam assegurar determinado direito ou direitos, promovendo a dignidade dos envolvidos nos fatos transnacionais. Por conter normas de direitos humanos, esses tratados de DIPr possuem hierarquia *supralegal no Brasil*, conforme visto, uma vez que todos foram aprovados pelo rito simples na fase de aprovação congressional dos tratados. Não há ainda exemplo de convenção social de DIPr equivalente à emenda constitucional, porque o rito do art. 5º, § 3º, da CF/88 ainda não foi utilizado para tratar de tratado da disciplina.³³

Exemplos de convenções sociais de Direito Internacional Privado já ratificadas pelo Brasil (e que têm, conseqüentemente, natureza supralegal) são (i) a Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça, concluída na Haia, em 25 de outubro de 1993, e (ii) a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na Haia, em 25 de outubro de 1980, ambas no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.³⁴

No caso dos demais tratados de DIPr, sua hierarquia é a equivalente à lei ordinária federal. No caso de conflito com lei ordinária, utiliza-se o critério cronológico (*later in time*) ou ainda o critério da especialidade para determinar a prevalência da lei ou do tratado incorporado. No caso das convenções sociais de DIPr, seu estatuto supralegal as tornam superiores às demais leis (inclusive à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

31 CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*, São Paulo: Saraiva, 2018, p. 88.

32 CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 32.

33 Até 2020, há somente três tratados cuja aprovação congressional seguiu o rito especial do art. 5º, § 3º, da CF/88: a Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência; o Protocolo Facultativo à Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (ambos em 2009) e, em 2016, o “Tratado de Marraqueche”, que visa facilitar o acesso de pessoas com deficiência visual a obras literárias. Conferir em CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

34 Sobre os tratados da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, ver ARAUJO, Nádia de; Carvalho Ramos, André de (Eds.). *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e seus Impactos na Sociedade - 125 anos (1893-2018)*, Belo Horizonte: Editora Arraes, 2018.

Com isso, os tratados de DIPr encaixam-se em dois tipos de hierarquia determinados pelo STF (vistos acima): a (i) hierarquia equivalente à da lei ordinária federal e (ii) a hierarquia supralegal.

B) O caso dos tratados de DIPr mercosulinos: a teoria dos poderes implícitos

Para assegurar a continuidade do ambicioso processo de integração do MERCOSUL, é importante que a natureza dos tratados mercosulinos seja valorizada internamente no Brasil, em especial diante de outros diplomas nacionais ou eventualmente divergentes. Por isso, é essencial analisar a interpretação da Constituição de 1988, de modo a permitir que a integração se realize, valorizando os compromissos assumidos no âmbito do MERCOSUL.

Inicialmente, a Constituição de 1988 disciplina, de modo inédito na histórica constitucional brasileira, a condução das relações internacionais, que deve ser pautada por uma série de princípios, entre eles o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, como dispõe o artigo 4º, inciso IX. Ademais, o parágrafo único do artigo 4º estabelece, expressamente, que a “República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Para a corrente *majoritária*, tais comandos constitucionais *não* geraram efeito maior sobre eventual diferença de tratamento normativo constitucional no tocante à formação, à incorporação e à hierarquia dos tratados do MERCOSUL, mais avançado processo de integração do qual o Brasil participa. Esses dispositivos seriam somente “normas programáticas”, sem maiores consequências jurídicas.

Nesse sentido, Guido Soares enfatiza que os princípios constantes do artigo 4º *não autorizam* interpretação diferente da fixada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para os tratados em gerais, culpa da omissão histórica da Constituição sobre o processo de incorporação dos tratados e hierarquia normativa.³⁵ Alexandre de Moraes sustenta que “a futura integração para a criação de um mercado comum amplo deverá ser entendida sob um novo prisma de soberania estatal,

35 SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público – volume I*, São Paulo: Ed. Atlas, 2002, p. 227.

que permanecerá intocável, mesmo porque é fundamento da República Federativa do Brasil”.³⁶

Contudo, mesmo que se classifique o artigo 4º, § único da Constituição como norma programática, tal natureza não implica na ausência de efeitos jurídicos do citado preceito. Há muito se reconheceu que as normas programáticas não são meras exortações morais ou conselhos,³⁷ mas, ao contrário, geram efeitos jurídicos, como, por exemplo, revogar a normatividade posterior ou não recepcionar a normatividade anterior incompatível. Para Canotilho, as normas programáticas “têm uma estrutura própria mas isso não significa que sejam desprovidas de juridicidade, vinculatividade e aplicabilidade”.³⁸

Uma segunda corrente, ainda *minoritária*, defende a necessidade de utilização desses comandos para justificar a revisão da hierarquia interna dos tratados mercosulinos. Trata-se de se utilizar a tradicional teoria dos “poderes implícitos”, pela qual “quem dá os fins, dá os meios”. Nesse sentido, Carmen Lúcia sustenta que “o direito internacional da integração do MERCOSUL tem base constitucional específica, não se generalizando na principiologia das normas relativas ao direito internacional comum”.³⁹

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a força normativa do artigo 4º, parágrafo único da Constituição e sua aplicação sobre os atos e acordos celebrados no âmbito do MERCOSUL decidiu que:

Sob a égide do modelo constitucional brasileiro, mesmo cuidando-se de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos mecanismos institucionais de recepção das convenções internacionais em geral, não bastando, para afastá-los, a existência da norma inscrita no art. 4º, parágrafo único, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos

36 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*, São Paulo: Ed. Atlas, 2002, p.154.

37 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade da norma constitucional*, São Paulo: Editora RT, 1982. Jorge Miranda define norma programática como sendo aquelas que contemplam comandos-valores, redigidas de modo genérico e indicando programas a serem seguidos pelo Estado. Ver Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 4ª ed., Vol 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 218.

38 Continua o autor salientando que “Quem continua a falar de ‘normas programática’ como esquemas retóricos ou declarações ideológicas é o jurista imperativista e subsuntivista que pouco mais vê que a conclusão apolítica dos silogismos de aplicação de normas jurídicas”. CANOTILHO, José Joaquim Gomez. “Da Constituição dirigente ao Direito Comunitário dirigente”, em: CASELLA, Paulo Borba (org.). *MERCOSUL. Integração Regional e Globalização*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000, pp. 205-217, em especial p. 209.

39 ROCHA, Carmen Lucía Antunes. “Constituição, soberania e MERCOSUL”, em: 139 *Revista de Informação Legislativa* (1998), pp. 283-304, em especial p. 296.

constitucionais de transposição, para a ordem jurídica doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL.⁴⁰

Assim sendo, consagrou-se na jurisprudência brasileira que os acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL sujeitam-se à *mesma* disciplina constitucional que tradicionalmente rege o processo de formação e incorporação dos tratados internacionais em geral ao ordenamento jurídico brasileiro. Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal recusou-se a aplicar o Protocolo de Medidas Cautelares do MERCOSUL, que já havia sido assinado, aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado, mas que não havia ainda sido promulgado por Decreto do Presidente da República.

De acordo com o relator Ministro Celso de Mello:

esse ato de direito internacional público, muito embora aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo N° 192/95), não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18/3/97), ainda não foi promulgado, mediante decreto, pelo Presidente da República. Na realidade, o Protocolo de Medidas Cautelares (MERCOSUL) - que se qualifica como típica Convenção Internacional - não se incorporou definitivamente à ordem jurídica doméstica do Estado brasileiro, eis que ainda não se concluiu o procedimento constitucional de sua recepção pelo sistema normativo brasileiro.⁴¹

No caso do MERCOSUL, essa disciplina constitucional é aplicável em plena forma de acordo com o Supremo Tribunal Federal. Assim, em um primeiro momento, todos os tratados integracionistas tidos como

40 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Carta Rogatória N° 8.279 – Argentina, Relator Min. Celso de Mello, julgamento de 17 de junho de 1998, publicado no DJU de 10 de agosto de 2000.

41 Ainda, sustenta o relator: “A questão da executoriedade dos tratados internacionais no âmbito do direito interno - analisado esse tema na perspectiva do sistema constitucional brasileiro, tal como resultou debatido no julgamento da ADI N° 1.480-DF, Rel. Min. Celso de Mello - supõe a prévia incorporação desses atos de direito internacional público ao plano da ordem normativa doméstica. Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo tenha sido qualificada por Charles ROUSSEAU (“Droit International Public Approfondi”, p. 3/16, 1958, Dalloz, Paris), no plano do direito internacional público, como mera “discussion d’école”, torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloqüente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de executividade imediatas no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República”. Grifos retirados do original. STF, Agravo Regimental em Carta Rogatória N° 8.279 – Argentina, Relator Min. Celso de Mello, julgamento de 17 de junho de 1998, publicado no DJU de 10 de agosto de 2000.

“instituidores” devem ser transpostos para o plano do Direito Interno utilizando-se da mesma sistemática das “quatro fases” vista anteriormente.

Não há, na visão do Supremo Tribunal Federal, qualquer dispositivo constitucional que estabeleça tratamento privilegiado ao processo de recepção dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL. Assim, até que seja realizada uma alteração da Constituição que explicita de que modo tais normas devem ser tratadas, a vigência interna dos acordos mercosulinos continuará sujeita ao mesmo tratamento normativo que a Constituição brasileira impõe ao Direito Internacional convencional.

Além disso, não há nenhum tratamento diferenciado à hierarquia dos tratados mercosulinos, que, via de regra, são considerados equivalentes à lei ordinária federal. A única exceção seria determinado tratado do MERCOSUL conter normas de direitos humanos (por exemplo, uma hipotética “Carta de Direitos Humanos do MERCOSUL”). Essa carga hierárquica interna de baixa intensidade dos tratados mercosulinos fragiliza o avanço do bloco e aguça o conflito em um mundo de ordens jurídicas plurais.

No tocante ao processo de formação e incorporação, entendo que os tratados do MERCOSUL dispensam a edição do decreto de promulgação para sua validade interna, tal qual todos os demais tratados. No tocante à hierarquia, mesmo na ausência de reforma constitucional, sustento que o Direito da Integração do MERCOSUL deve merecer tratamento normativo diferenciado: no caso de eventual conflito entre tratado de integração e norma interna deve ser resolvido a favor da norma mercosulina, em homenagem ao princípio da *norma mais favorável à integração* exigido no art. 4º, parágrafo único da CF/88. De fato, não se pode olvidar a existência de um princípio constitucional explícito favorável ao processo de integração latino-americano (artigo 4º, parágrafo único). Ao considerar tal princípio norma programática e sem maiores consequências, o Supremo Tribunal Federal negou vigência a tal comando constitucional.

O STF parece perceber tal situação e pode existir modificação desse tratamento normativo para que seja aceita a hierarquia supralegal de *todos* os tratados. Em decisão monocrática, em 2009, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu que:

Portanto, parece evidente que a possibilidade de afastar a aplicação de normas internacionais por meio de legislação ordinária (*treaty*

override), inclusive no âmbito estadual e municipal, está *defasada* com relação às exigências de *cooperação, boa-fé e estabilidade* do atual cenário internacional e, sem sombra de dúvidas, precisa ser revista por essa Corte.⁴²

Contudo, até a data de fechamento deste artigo, não houve ainda modificação da jurisprudência do STF no que tange aos tratados mercosulinos.

VI. Conclusão: a mudança social e política para uma transformação jurídica

As temáticas da formação, incorporação e hierarquia interna de tratados de Direito Internacional Privado do MERCOSUL revelam desafios que necessitam ser superados no Brasil.

Em primeiro lugar, os processos de formação e incorporação dos tratados mercosulinos não possuem nenhum diferencial em relação a dos tratados em geral, o que chama a atenção em face da importância de um processo de integração, o qual é marcado pela confiança entre as partes (confiança maior, em tese, da existente em tratados comuns) e por uma inserção constitucional diferenciada (art. 4º, § único).

Além disso, a insistência do Supremo Tribunal Federal quanto à indispensabilidade do Decreto Executivo para a validade nacional do tratado gerou - justamente em face de um tratado mercosulino - o descumprimento de um dever internacional, já que o tratado (não aplicado pelo STF) já era válido internacionalmente.

Com relação à hierarquia, houve melhora no que tange às *convenções sociais* de Direito Internacional Privado, que, desde 2008, tem hierarquia supralegal.

É ainda tão somente acadêmica a tese da supralegalidade de *todos* os tratados, o que incrementaria a proteção dada aos tratados de DIPr do MERCOSUL. O *obiter dictum* no voto do Min. Gilmar Mendes, em 2009, não resultou em modificação da jurisprudência do STF até o momento. O mesmo deve ser dito do voto isolado do Ministro Edson Fachin no Caso Lula (TSE; 2018) no que tange à (des)necessidade do decreto de

42 Grifos do autor. Ver STF, AC 2.436 MC-PR, incidental ao RE 460.320, julgada em 3-9-2009, publicada em 15-9-2009 – Decisão Monocrática do Min. Gilmar Mendes.

promulgação para fins de validade interna dos tratados no Brasil.

Por isso, entendo que a mudança no entendimento do STF sobre o regime jurídico dos tratados mercosulinos de Direito Internacional Privado exige, primeiramente, um esforço social e político voltado a transformar a visão brasileira sobre seu papel como autoridade de Direito Internacional e sua relação com seus vizinhos.

Assim, sugiro uma dupla reorientação de mentalidade da classe política e da sociedade brasileira no sentido de que (i) haja melhor compreensão sobre a importância da integração do Cone Sul para o Brasil, evitando um excesso de isolamento de seus vizinhos por parte de um país de tamanho continental, acostumado desde a independência a construir relações prioritárias com a Europa e Estados Unidos e (ii) que seja levado em consideração o papel do Direito Internacional Privado de fonte internacional para o adequado tratamento de fatos transnacionais. Como apontou, em 1815, Simón Bolívar: o que nos falta é a união.⁴³

Até que isso ocorra, as mudanças serão lentas e o objetivo de promoção do desenvolvimento comum e integrado dos países da América do Sul demorará para ser atingido. Concluo invocando a esperança na integração, trazendo as palavras de Carmen Lúcia: “Somos, com as nossas agruras históricas e sociais presentes, o nosso próprio fardo, mas somos também a nossa maior esperança. Se aquele pesa mais na reunião de Estados, esta se multiplica na integração dos homens”.⁴⁴

43 *In verbis*: “Seguramente la unión es la que nos falta para completar la obra de nuestra regeneración.” BOLÍVAR, Simón. “Contestación de un americano meridional a un caballero de esta isla” (1815) in BOLÍVAR, Simón. *Doctrina del Libertador*, Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho, 2009, pp. 18-87, em especial p. 86.

44 ROCHA, Carmen Lucia Antunes. “Constituição, soberania e MERCOSUL”, em: *Revista de Informação Legislativa*, vol. 139, 1998, pp. 283-304, em especial p. 304.

PARTE I

**COOPERAÇÃO INTERNACIONAL
CIVIL E COMERCIAL**

À EFICÁCIA EXTRATERRITORIAL DAS SENTENÇAS ESTRANGEIRAS DO PROTOCOLO DE LAS LEÑAS E A NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO EM TRIBUNAIS BRASILEIROS

Superior Tribunal de Justiça, Recurso
Especial Nº 1308686/SP, 17/04/2013

*Marilda Rosado De Sá Ribeiro**

*Leonardo Vieira De Oliveira***

Sumário: I. Introdução; II. Homologação de sentenças estrangeiras no Brasil; III. O julgamento do REsp 1308686/SP: 1. Os elementos fáticos do caso e decisões do juízo de piso, 2. O julgamento do REsp 1308686/SP no Superior Tribunal de Justiça; IV. Conclusões.

I. Introdução

Torna-se imperiosa a adaptação, nos planos jurídicos interno e internacional, dos marcos legais à realidade da globalização.¹ Esta tornou-

* Doutora em Direito Internacional, professora adjunta de Direito Internacional Privado na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

** Mestrando em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

1 “Ao tratar sobre a cooperação jurídica é inevitável a referência à atual realidade na qual estamos inseridos: um mundo de globalização. Dentro desse quadro, é cada vez mais perceptível que as relações sociais estão conectadas e as pessoas atingiram um nível de interação nunca antes experimentado. Integração que gera consequências nas mais diversas questões, envolvendo, sem sombra de dúvidas, as áreas econômicas, comercial, social e jurídica. Com alcance global, os povos sentem essa realidade reverberar de uma maneira mais sintomática em seus respectivos territórios. Nessa esteira, torna-se imperioso que o ordenamento jurídico de uma nação, cada vez mais acionado para dar resposta a conflitos de interesse que trazem elementos

se um dos principais vetores de incremento do intercâmbio internacional, seja no campo do Direito Público - especialmente nas relações diplomáticas entre sujeitos de Direito Internacional Público, seja no aumento das relações jurídicas privadas internacionais entre indivíduos, organizações e empresas. A grande maioria dessas interações dá-se por meio de canais tradicionais disponíveis na arena multilateral, como o intercâmbio comercial e as investimentos de renda em ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Há, contudo, outra dimensão do *jus gentium* em que as interações também adquirem maior importância no contexto da sociedade internacional globalizada. Trata-se da cooperação jurídica internacional, assim entendida a cooperação entre Estados nacionais a fim de que processos judiciais e arbitrais multiconectados e iniciados em uma determinada jurisdição nacional possam ter uma solução efetiva, ainda que diligências ou a própria execução da decisão sejam realizadas em uma jurisdição estrangeira, o que somente seria possível com o auxílio desta última.

Embora no plano jurídico a ideia de cooperação estivesse presente ainda nos primeiros acordos bilaterais que contemplavam as mais diversas áreas, como regularização da dupla nacionalidade, extradição, imunidade e cooperação judiciária, identifica-se um novo patamar deste tema com o surgimento do multilateralismo e do incremento recente das interações transnacionais. Ignacio Goicoechea, por exemplo, salienta a importância da contribuição da cooperação no desenvolvimento dos negócios internacionais, sendo ela um dos instrumentos mais eficazes no fortalecimento da segurança jurídica.²

Dessa forma, a cooperação situa-se como importante ramo do Direito Internacional Privado, responsável por assentar normas

estrangeiros às suas relações jurídicas, tenha instrumentos suficientes para prestar a devida tutela às questões conflituosas [...]”. SOUZA, Nevitton Vieira; SANTANA, Luiz Felipe Costa. “A Cooperação Jurídica Internacional no Advento do Novo Código de Processo Civil (Lei N° 13.105/2015)”, em: MENEZES, Wagner (Org.), *Direito Internacional em Expansão*, v. 8, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, pp. 115-116.

2 “La cooperación jurídica internacional se hace indispensable para garantizar la seguridad jurídica y el acceso a la justicia, generando impacto concreto en el desarrollo de los negocios internacionales. Para ilustrar esta afirmación citamos al Hon. Robert Mc. Clelland (Procurador General de Australia), quien expresaba en una presentación efectuada en una reunión de Ministros de Justicia de los Estados del Commonwealth, realizada en Australia en Julio de 2011, que ‘normas y procedimientos eficientes y efectivos para resolver disputas internacionales facilitan la planificación de esa disputas. Ellas ayudan a minimizar los riesgos de transacción, litigios y ejecuciones, y crean un ambiente propicio para el comercio internacional. La coordinación de estas normas y procedimientos, con aquellas de los otros países involucrados en las respectivas transacciones son un aspecto importante que hacen a la eficiencia y efectividad del contexto jurídico de las transacciones internacionales’” GOICOECHEA, Ignacio. “Nuevos Desarrollos en la Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y Comercial”, *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, Ano 4, n° 7, maio (2016), pp. 3-4.

efetivas que fortaleçam a tutela jurisdicional de cada Estado e assegurem o respeito ao princípio fundamental do acesso à Justiça no âmbito transnacional, conforme defende a doutrina da centralidade do ser humano no ordenamento jurídico.³ A elevação axiológica dos direitos humanos permitiu a interpretação de institutos vinculados à matéria (carta rogatória, homologação de sentença estrangeira, entre outros) impondo uma renovação do próprio Direito Internacional Privado sob o olhar crítico dos direitos humanos.⁴ Vistos de outra forma, os Direitos Humanos exerceriam um *papel corrosivo* sobre as estruturas normativas estatais, a partir de um conjunto principiológico potente, que impacta as estruturas positivas e exige enfoque transdisciplinar para adequada reflexão sobre seu papel na cooperação jurídica internacional.⁵

Em última instância, esse processo permite a aproximação dos povos, estimulando as relações pacíficas de controvérsias. Já abordamos em outras oportunidades, inclusive, a ligação do princípio da cooperação internacional com o tema da paz.⁶ Nesse sentido, o conceito de cooperação pode ser considerado o que melhor exprime as aspirações e tendências do homem moderno, representando um dos grandes progressos do pensamento humano do século XX e continuando a gozar desse status no século XXI.⁷

Em suma, o Direito Internacional Privado vem se adaptando à nova importância do tema, realçando seus institutos na esfera transnacional. Maria Blanca Noodt Taquela, em seu curso de Haia, por exemplo, afirma

3 “Aside from endless academic debate whether the individual is a real subject or a mere object of international law, the relevant conclusion is that it is impossible to think about public international law without taking the individual into account. Ideally, the individual should indeed be the final consideration of all law, including international law. Therefore, it is beyond doubt that public international law is nowadays characterized by the centrality of human rights and the *pro homine* approach”. TIBURCIO, Carmen. *The current practise of international co-operation in civil matters*, Recueil de Cours, vol. 393, 2018, p. 120.

4 RAMOS, Andre de Carvalho. “Direito Internacional Privado e seus Aspectos processuais: A Cooperação Jurídica Internacional”, em: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagner (Orgs.), *Direito Internacional privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional*, Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 4.

5 MENEZES, Wagner. *Cooperação Jurídica Internacional e seus Paradoxos*, Op. cit., pp. 20-24.

6 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. “Cooperação Internacional: Novos Apontamentos e Temas Atuais na Jurisprudência”, em: CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro; e ALAVIM, Teresa Arruda. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018, pp. 293-328; Ver também: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. “Cooperação Internacional”, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro: UERJ, v. 1, n. 1, 1993-R454. p. 1; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. “Princípio da Cooperação”, em: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALINDO, Flavio. *Dicionário de Princípios Jurídicos*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. pp. 210-231. Ver também AMORIM, Celso Luiz Nunes, “Perspectivas da Cooperação Internacional”, em: MARCOVITCH, Jacques (org.), *Cooperação Internacional: Estratégia e Gestão*, São Paulo: EDUSP, 1994, pp. 149-163.

7 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. “A cooperação internacional”, *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1958, p. 3.

que a cooperação já se tornou um dos três pilares do objeto da disciplina jusinternacionalista privatista, juntamente com a Jurisdição Internacional e a Lei aplicável.⁸

Além disso, conforme aponta Ana Elisabeth Villalta Vizcarra, a cooperação jurídica assume relevância ainda maior quando se trata de esquemas de integração regional, em que Estados decidem compartilhar destinos comuns em questões como comércio, investimentos, regulação de setores estratégicos e até mesmo no intercâmbio de pessoas.⁹ Seu fortalecimento nos blocos regionais permite que se pense na construção de um espaço de justiça mundial, onde qualquer pessoa tenha garantido o acesso à justiça (e uma tutela efetiva de seus direitos), qualquer que seja sua localidade no planeta. Sem margem para dúvidas, a cooperação internacional configura-se como peça fundamental nesse contexto.

O dever de cooperação está consagrado na Carta da ONU,¹⁰ marco que robustece a dinâmica cooperativa, na percepção de Wagner Menezes.¹¹ O mesmo princípio encontra-se esculpido também na carta da OEA,¹² pelo que exerce importante papel no sentido da obtenção da cooperação internacional no nível das Américas, ao propor abordagem conjunta para “participar e solucionar os grandes problemas internacionais”.¹³

Assim, a construção de um sólido “processo civil regional” apresenta-se como instrumento substancial de integração, eis que a circulação de bens e serviços se fortalece substancialmente quando

8 NOODT TAQUELA, María Blanca. *The Most Favorable Treaty or Domestic Rules to Facilitate Private International Law Cooperation*, Recueil des Cours, tome 377, Leiden, Brill Nijhoff, 2016, pp. 166 e seguintes. Na mesma tendência Carmen Tiburcio e Jacob Dolinger atualizam o Curso de Direito Internacional privado dando destaque ao tema. Cf. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional privado: parte geral e processo internacional*, 14ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

9 “Los procesos de integración en la actualidad deben tener como uno de los temas principales de su agenda, los mecanismos de cooperación judicial internacional, para que dichos procesos cuenten con una adecuada seguridad jurídica. En ese sentido, la Cooperación Judicial Internacional se convierte en una exigencia del Estado de Derecho, para la protección de los derechos e intereses de las personas, así como para lograr la armonía y el respeto de los valores en las sociedades. Al fortalecer la Cooperación Judicial Internacional - volviéndola más ágil y eficaz - se fortalecen las relaciones comerciales, el intercambio y los negocios internacionales”. VIZCARRA VILLALTA, Ana Elisabeth. “La cooperación judicial internacional”, em: *XL Curso de Derecho Internacional*, Comité Jurídico Interamericano, 2013, p. 48.

10 Art. 1, 3: “Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”

11 MENEZES, Wagner. “Cooperação Jurídica Internacional e seus Paradoxos”, em: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagner (orgs.), *Direito Internacional privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional*, Op. cit., p. 18.

12 Cap II, i, “A cooperação econômica é essencial para o bem estar e para a prosperidade comuns dos povos do continente”.

13 CAVALCANTI, Op. cit., p 7.

resguardado por um arranjo institucional que garanta o acesso à Justiça, ainda que à distância.

No âmbito sul-americano, o Mercado Comum do Sul (“MERCOSUL”) talvez seja o maior exemplo de projeto de integração regional com arranjos de cooperação jurídica internacional. Nascido em 1991 como um bloco de livre-comércio que almejava a alcançar o mercado comum, nos termos do Tratado de Assunção, o MERCOSUL rapidamente adquiriu outras dimensões de integração para além da comercial.

Nesse contexto, ainda em seu primeiro ano de vida, os quatro Estados-membros fundadores, reunidos na cidade argentina de Las Leñas, assinaram o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa¹⁴ (“Protocolo de Las Leñas”), responsável por instituir os primeiros instrumentos facilitadores de cooperação jurídica internacional entre as jurisdições nacionais integrantes do bloco, quais sejam, as cartas rogatórias de mero trâmite e probatórias, além do reconhecimento de sentenças estrangeiras.

Poucos anos depois, os Estados-membros assinam o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição em Matéria Contratual de 1994,¹⁵ o Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares de 1994¹⁶ e o Acordo sobre Benefício de Justiça Gratuita de 2000.¹⁷ Com efeito, parte da doutrina entende que esses três tratados conformam um verdadeiro “microssistema processual” de cooperação jurídica do MERCOSUL, eis que todos esboçariam o início da construção de um Direito Processual Civil Internacional do bloco, ainda que o próprio bloco careça de um tribunal único de características comunitárias responsável por interpretar e harmonizar suas normas. Renata Álvares Gaspar, por exemplo, compreende esses protocolos como a confecção de um ordenamento jurídico mercosulino organizado em rede, despidido de supranacionalidade, conectando as quatro jurisdições nacionais, ou “pirâmides internas de Kelsen”.¹⁸

14 Internalizado no Brasil pelo Decreto Nº 2.067, de 12 de novembro de 1996.

15 Internalizado no Brasil pelo Decreto Nº 2.095, de 17 de dezembro de 1996.

16 Internalizado no Brasil pelo Decreto Nº 2.626, de 15 de junho de 1998.

17 Internalizado no Brasil Decreto Nº 6.679, de 8 de dezembro de 2008.

18 “Desta forma, e considerando tais teorias, na atualidade do cenário jurídico, é possível afirmar que temos as pirâmides internas, que devem ser interpretadas a partir de premissas pós-modernas, convivendo com o sistema horizontalizado de Direito Público Internacional, que merca as relações estabelecidas dentro da

Cumprir, frisar, entretanto, que já vigoravam instrumentos bilaterais e interamericanos de cooperação jurídica entre parte dos Estados-membros do MERCOSUL, notadamente entre Uruguai e Argentina e, em menor grau, entre estes e o Paraguai. O Brasil, por sua vez, em razão de sua reticência histórica em ratificar tratados internacionais que pudessem modificar suas estruturas de competência interna de jurisdição à margem da ordem constitucional, evitou participar de tais arranjos até basicamente a última década do século XX, o que confere relevância ainda maior aos instrumentos mercosulinos.¹⁹ Talvez até por essa razão, juízos estaduais e federais brasileiros ainda se encontram reticentes ou cercados de dúvidas no momento de aplicar normas de cooperação jurídica do MERCOSUL.

Entre elas, ganha destaque a norma consubstanciada no *caput* do art. 20 do Protocolo de Las Leñas de 1991, pela qual as sentenças e os laudos arbitrais proferidos por autoridades jurisdicionais dos Estados-partes do MERCOSUL adquirem eficácia extraterritorial, podendo ser plenamente executáveis nas jurisdições dos países-membros do bloco. Isso porque, em tese, esta previsão choca-se com o disposto no art. 105, I, “I”, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, que determina a prévia homologação de sentenças estrangeiras pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”).

Em vista de tais discussões, o presente trabalho propõe-se a investigar a aplicabilidade e efetividade, nos tribunais brasileiros, do mecanismo de tramitação de sentenças estrangeiras previsto no Protocolo de Las Leñas de 1991. Para tanto, far-se-á uma análise jurisprudencial e

sociedade internacional, somado a uma nova pirâmide dentro dos processos de integração e cooperação, que apesar de seu vértice ser menos pronunciado, denota centralização do poder em termos clássicos, em função de processos políticos. E todas estas ordens se relacionam num sistema interligado em rede, evidenciando em termos macros uma descentralização de poder em todos os níveis, que o Direito não pode desprezar - e nem os sistemas jurídicos *de per se*”. GASPARELLO, Renata Álvares. *Cooperação jurídica no MERCOSUL: nascimento de um direito processual civil mercosulense*, Santos: Editora Universitária Leopoldinum, 2014, p. 30.

19 “El marco regulador entre los Estados Partes del MERCOSUR en materia de relaciones privadas internacionales y cuestiones atinentes a la dimensión jurisdiccional de las mismas mostraba empero a la fecha de entrada en vigencia del texto de Asunción y aún sigue mostrando hoy, aunque en forma sensiblemente más atemperada, insuficiencias y asimetrías. Una era la situación existente entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, los dos países más integrados en materia de Derecho Internacional Privado no sólo del Mercosur sino de toda América Latina, realidad en menor grado extrapolable al Paraguay, y otra aquella que se planteaba entre cada uno de los mencionados Estados y el restante e importante socio del Mercado, la República Federativa del Brasil. Argentina, Uruguay y en cierto modo Paraguay, al comienzo del proceso de integración ya aparecían vinculados por tratados multilaterales comunes reguladores de las relaciones privadas internacionales. Textos efectivamente aplicados entre Argentina y Uruguay a través de una dilatada jurisprudencia que se remonta a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889, reemplazados cincuenta años más tarde por los segundos Tratados de 1939-1940”. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Balance y perspectivas de la cooperación judicial internacional en el ámbito del Mercosur”, *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, vol. 1 (2004), p. 289.

doutrinária no Brasil a fim de se investigar como se dá o emprego desse instrumento por operadores brasileiros.²⁰ Em seguida, será comentado o julgamento do REsp 1308686/SP, que representa possível ponto de inflexão da jurisprudência brasileira em direção à eficácia extraterritorial das sentenças estrangeiras.

Por fim, e a despeito desse recente julgado, chega-se à conclusão de que os avanços legislativos em matéria de cooperação jurídica mercosulina ainda não foram totalmente captados pelos operadores do Direito no Brasil, sendo portanto prematuro considerar que as sentenças oriundas dos Estados-membros do MERCOSUL são diretamente executáveis nos tribunais de piso brasileiros, prescindindo de homologação prévia no STJ.

II. Homologação de sentenças estrangeiras no Brasil

À primeira vista, a sistemática de homologação de sentenças e laudos arbitrais oriundas de Estados do MERCOSUL no ordenamento jurídico brasileiro, prevista no Protocolo de Las Leñas, apresenta constitucionalidade questionada, visto que o instrumento mercosulino cria mecanismo alternativo à cognição prévia do Superior Tribunal de Justiça. Conforme se verá mais à frente, esse debate já está superado por boa parte da doutrina, que entende ser constitucional tal previsão a partir de uma interpretação sistemática e histórica da Constituição de 1988 *vis-à-vis* das antigas Cartas Magnas brasileiras.²¹

De acordo com o Protocolo, todos os pedidos de reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros serão transmitidos via carta rogatória, seja através das Autoridades Centrais designadas pelos respectivos Estados-membros do bloco, seja pelas vias diplomática ou consular ou mesmo através da via particular, desde que, neste último caso, a parte ou o terceiro interessado tome os devidos cuidados de autenticação e legalização (art. 19).

20 O Protocolo de Las Leñas regula adicionalmente a tramitação de cartas rogatórias, os mecanismos de prova de direito estrangeiro, autenticação de documentos e a efetivação da isonomia processual entre partes localizadas em Estados distintos. Contudo, frente ao exíguo espaço dedicado ao presente trabalho, optou-se por concentrar a análise dos principais instrumentos do texto, isto é, as cartas rogatórias e o reconhecimento de sentenças estrangeiras.

21 Para uma visão atualizada sobre o tema de homologação de sentenças, ver SPITZ, Lídia. *Reconhecimento e decisões estrangeiras no Brasil: a Convenção de Sentenças da Conferência de Haia de 2019 e o controle indireto da jurisdição estrangeira na ação de homologação no Brasil*, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020 (no prelo).

Com efeito, uma primeira leitura do dispositivo poderia sugerir que o Protocolo de Las Leñas teria inovado apenas no que se refere ao modo de comunicação de pedidos de reconhecimento de sentenças entre os membros do MERCOSUL, estabelecendo o mecanismo exclusivo das cartas rogatórias. No entanto, o art. 20 do texto introduz importante avanço no âmbito da cooperação jurídica internacional ao dispor que as “*sentenças e os laudos arbitrais a que se refere o artigo anterior terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes*”, desde que estas observem uma série de condições e requisitos elencados naquele artigo e que se assemelham aos próprios requisitos apresentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 15), como, por exemplo, a necessidade de a decisão ter sido proferida por juízo competente e com força de coisa julgada.

Dessa forma, parte da doutrina entende que o art. 20 do Protocolo, ao atribuir eficácia extraterritorial às sentenças e laudos arbitrais estrangeiros no âmbito do MERCOSUL, criaria uma verdadeira competência internacional no âmbito do bloco, permitindo que uma decisão proferida na Argentina, por exemplo, possa ser diretamente executável no Brasil pelo juízo de piso internamente competente, desde que respeitados os requisitos daquele artigo. Caso alguma dessas condições não se verifique, a sentença ou o laudo arbitral estrangeiro careceria de eficácia extraterritorial, sendo aplicável, então, o mecanismo subsidiário do art. 19 de reconhecimento das decisões através de cartas rogatórias.

É desse modo que entende, por exemplo, José Carlos de Magalhães:

Ao dotar as sentenças judiciais e laudos arbitrais emanados dos países do MERCOSUL de eficácia extraterritorial, o Protocolo atribui-lhes efeitos plenos nos territórios dos Estados-Partes, independentemente de homologação pelo Judiciário do país onde deve ser executada. Isso porque, ao admitir a eficácia extraterritorial àqueles atos, ou seja, a produção de efeitos fora do território onde foram proferidos, o Protocolo de Las Leñas confere jurisdição internacional aos juízes dos Estados-Partes, como, a propósito, e com melhor técnica, foi acordado no Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, já referido.²²

22 MAGALHÃES, José Carlos. “O protocolo de Las Leñas e a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais proferidos nos países do MERCOSUL”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília ano 36, n° 144, out/ dez. 1999, p. 286.

Na lógica de Magalhães, portanto, a jurisdição internacional conferida ao juiz de Estado-membro do MERCOSUL permite que ela seja executada em qualquer dos demais Estados-membros, eis que também integrantes desta mesma jurisdição, não sendo necessário, portanto, o processo de reconhecimento e homologação de sentença.²³ Essa interpretação, contudo, esbarraria justamente no modo como fora organizado o ordenamento jurídico brasileiro.

O Brasil adotara o sistema concentrado de recepção de cartas rogatórias e sentenças estrangeiras ainda no final do século XIX, com a Lei Nº 221, de 10 de novembro de 1894.²⁴ A partir da Constituição de 1934, a análise prévia ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal, único responsável por conceder *exequatur* a cartas rogatórias e homologar sentenças estrangeiras. Na lição de Cláudio Finkelstein, o processo de homologação constitui requisito historicamente necessário no ordenamento brasileiro na medida em que ele representa a outorga da validade interna da decisão estrangeira, de forma e torná-la “homóloga” à decisão doméstica no que tange a seus efeitos executórios conferidos pelo próprio diploma processual.²⁵

Com efeito, a redação original da Constituição de 1988, herdando diretamente os dispositivos das Cartas de 1946, 1967 e 1969, assim dispunha:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

h) a homologação *das* sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente. (Grifos nossos)

23 “A eficácia extraterritorial a que se refere o artigo 20 do Protocolo de Las Leñas significa que a sentença tem eficácia no território dos países membros do MERCOSUL, possuindo, portanto, efeito internacional. Não se trata de uma decisão estrangeira, despida de autoridade no território de outro país onde se pretenda tenha eficácia para execução, e que, por isso, deve ser homologada por esse país. Trata-se de ato que vale por si só, não dependente de homologação, em virtude do acordo internacional firmado pelo Brasil”. *Ibid.*, p. 287.

24 ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado. Teoria e prática brasileira*, 7a. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, pp. 233-234.

25 “A homologação é meio hábil para outorgar validade interna e eficácia ao provimento judicial ou arbitral estrangeiro. Sem a homologação haveria ofensa à soberania nacional, vez que não se confere poder de império em território brasileiro a órgãos da administração dos Estados estrangeiros. Assim, não há que se falar em reconhecimento interno e nem em provimento judicial das decisões estrangeiras, exceto se de outra forma for prevista em Tratado”. FINKELSTEIN, Claudio, em: BUENO, Cássio Scarpinella (coord), *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 4, (arts. 926 a 1.072), São Paulo: Saraiva, 2017, p. 153.

Assim, conforme salientam Jacob Dolinger e Carmen Tibúrcio, a doutrina então majoritária no Brasil entendia que a preposição contraída com artigo definido “das” indicaria que todas as sentenças estrangeiras necessitariam de análise prévia do STF, não havendo espaço para mecanismos alternativos previstos em tratados ou mesmo em leis ordinárias.²⁶ Assim, uma vez recebido o deferimento pelo Supremo, a carta rogatória ou a sentença seria distribuída internamente para execução pelo juízo federal competente, nos termos do art. 109, inciso X, da Constituição Federal.

Tal interpretação prevaleceu por décadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda que essa sistemática acabasse por dificultar não somente a vinculação ao mecanismo previsto no Protocolo de Las Leñas, como também a cooperação jurídica internacional do Brasil com demais parceiros regionais ou de âmbito multilateral. Assim, quando chamado a pronunciar-se especificamente quanto ao sentido e alcance do art. 20 do Protocolo, o STF reafirmou sua posição tradicional, reconhecendo apenas a “inovação” no mecanismo de transmissão dos pedidos de reconhecimento e homologação de sentenças e laudos arbitrais criado pelo instrumento mercosulino. O Min. Rel. Sepúlveda Pertence foi quem sistematizou esta interpretação, entendendo que, no Brasil, o processo de reconhecimento e homologação possui efeito constitutivo em decisões estrangeiras.²⁷

Com esta decisão, o STF retirara a eficácia de um dos maiores avanços no campo da cooperação jurídica internacional em matéria civil no continente, reduzindo o Protocolo de Las Leñas a um mero texto de agilização no trâmite de cartas rogatórias e de reconhecimento e

26 “Essa diferença, que pode parecer mera questão de estilo, traz importantes consequências: a doutrina majoritária baseia-se na redação original do dispositivo, para concluir que todas as sentenças estrangeiras precisam ser homologadas, inadmitindo a possibilidade de qualquer tipo de sentença ser dispensado desse procedimento por lei ordinária”. DOLINGER; TIBURCIO, Op. cit., p. 623.

27 “*A fortiori*, a conclusão se impõe no Brasil: a homologação, no sistema pátrio, é constitutiva - pois dá eficácia assimilada à do ato jurisdicional do foro à sentença estrangeira que não a tinha - e, ademais, só o Supremo Tribunal poderá decidir dela. Estou em que é correto o parecer da Procuradoria-Geral, quando acentuou que o Tratado de Las Leñas não dispensa, como pressuposto de sua execução no Brasil, a homologação dita (reconhecimento) da sentença provinda dos outros integrantes do MERCOSUL, co-celebrantes daquele Protocolo de Cooperação Jurisdicional. No ponto, a convenção internacional não inovou. E é pelo menos duvidoso que o pudesse fazer, à vista da disposição constitucional que inclui na competência do Tribunal a homologação de sentenças estrangeiras. Há, porém, no tratado, uma inovação, que não se pode reduzir a nada ou quase nada: é a que determina que tramite “por via de cartas rogatórias” o pedido de “reconhecimento a execução de sentenças e laudos arbitrais”; quando emanada da autoridade judiciária competente do Estado de origem. Com efeito, ao exigir a homologação, como requisito da eficácia no foro da decisão estrangeira e ao confiá-la à competência originária do Supremo Tribunal, o ordenamento brasileiro nada dispôs sobre o procedimento do reconhecimento exigido e, portanto, não impediu que a lei - ou o tratado - lhe reservassem o mesmo rito das cartas rogatórias.” STF, DJU 09.05.1997, AgRg na CR 7613 AgR, Rel.Min. Sepúlveda Pertence (grifos nossos).

homologação de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros. Em meio a críticas a essa decisão, proferidas tanto por juristas brasileiros quanto por estrangeiros, uma corrente minoritária no Supremo suavizou progressivamente o entendimento no limiar do século XXI, realizando interpretação análoga àquela feita em matéria de cartas rogatórias executórias: sentenças e laudos arbitrais estrangeiros devem ser homologados pelo STF para produzirem efeitos no país, salvo se houver tratado internacional em contrário.

Esse novo entendimento fora exposto primeiramente pelo Min. Marco Aurélio no julgamento acerca de uma medida cautelar comunicada através de carta rogatória oriunda da Bolívia, que somente fora indeferida devido à não incorporação pelo Brasil, naquele momento, do Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do MERCOSUL e as Repúblicas da Bolívia e do Chile, responsável por expandir os dispositivos do Protocolo de Las Leñas àqueles dois Estados associados.²⁸

O movimento em favor da cooperação jurídica internacional também se fez presente quando da aprovação da Emenda Constitucional Nº 45/04, que transferiu para o STJ a competência de conceder *exequatur* a cartas rogatórias e reconhecer e homologar sentenças e laudos arbitrais estrangeiros, nos seguintes termos:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

i) a homologação *de* sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

Assim, em resgate à redação utilizada nas Constituições de 1934 e 1937, o novo texto empregou apenas a preposição “de”, sem contração com qualquer artigo definido, o que poderia sugerir que nem todas as sentenças estrangeiras deveriam ser homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, diante da abertura constitucional, parte da doutrina passou a entender que o STJ teria de realizar a análise prévia apenas das decisões estrangeiras que a lei ordinária ou tratados regionais não eximissem. Contudo, não obstante esse avanço, a jurisprudência da

28 “Vale registrar também o fato de estar submetido à aprovação do Congresso Nacional, nos termos do artigo 49, inciso I, da Constituição Federal, o “Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa”, celebrado entre os Estados Partes do MERCOSUL e as Repúblicas da Bolívia e do Chile e assinado em Buenos Aires em 5 de junho de 2002. Assim, o instituto da cooperação ainda não encontra o indispensável apoio, porquanto não integra o ordenamento jurídico nacional, esbarrando o pleito na regra segundo a qual a execução de sentença no Brasil não prescinde de homologação”. STF, DJU 23.04.2003, AgRg na CR 10479, Rel. Min Marco Aurélio.

Corte Superior pareceu ter adotado o posicionamento tradicional do STF quanto ao Protocolo de Las Leñas.²⁹

É digno de nota, entretanto, o voto do Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cuevas, em sede do julgamento do Recurso Especial 1308686/SP, que se amparou na doutrina de José Carlos de Magalhães para também atestar que o instrumento de cooperação jurídica internacional conferira, de fato, eficácia extraterritorial às sentenças estrangeiras oriundas de Estados-membros do MERCOSUL. É o que se passa a analisar.

III. O julgamento do REsp 1308686/SP

1. Os elementos fáticos do caso e decisões do juízo de piso

Na origem do caso, a Ace Seguradora S.A., sociedade anônima brasileira, propôs ação regressiva no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“TJ-SP”) contra a Basso S.A., sociedade anônima constituída na Argentina, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a título de ressarcimento pelo pagamento à sua segurada, MWM International Motores (atual denominação da International Engines South América Ltda., empresa argentina com filial na cidade de Canoas/RS), em virtude de *recall* resultante da necessidade de substituição de válvulas para motores automotivos Ford e Land Rover (fornecidos pela Basso S.A.) nas montadoras e *dealers* de distribuição.

Em março de 2004, durante a vigência da apólice de seguro, foi constatado que algumas válvulas de escape fornecidas pela Basso e usadas na fabricação de veículos pela MWM apresentavam fissuras na superfície, com possibilidade de quebra e possível colapso integral do motor. Após a comprovação técnica da falha, a segurada providenciou o *recall*, percebendo prejuízo total de R\$ 1.678.992,35 (um milhão seiscentos e setenta e oito mil novecentos e noventa e dois reais e trinta e cinco centavos). Como o limite da cobertura previsto na apólice era de R\$ 1 milhão, a diferença foi suportada pela própria MWM.

Após cobrir o prejuízo da montadora no limite do contrato securitário, a Ace Seguradora propôs a referida ação regressiva no TJ-

²⁹ Nesse sentido, ver: STJ, DJU 27.03.2017, SEC 14.007/EX, Rel. Min. Félix Fischer; e STJ, DJU 23.03.2015, SEC 9.021/EX, Rel. Min. Félix Fischer.

SP em face da sociedade argentina, que acabou apresentando exceção de incompetência internacional, defendendo que a lide seria melhor apreciada no Judiciário argentino. Sua investida, contudo, obteve sucesso.

Dessa forma, inconformada com a decisão que rejeitou a exceção e reconheceu a competência da jurisdição brasileira, a Basso interpôs agravo de instrumento. Em segunda instância, o tribunal paulista manteve a decisão do juízo de piso, sob o fundamento do art. 88, III, do então Código de Processo Civil de 1973, pelo qual compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar, concorrentemente, ações em que o fundamento seja fato ou ato ocorrido no Brasil.³⁰

Em razão de sinistro envolvendo produtos fabricados pela agravante, a seguradora, no exercício do seu direito de regresso, busca ressarcimento pelos danos já indenizados. Como bem ponderou o julgador ‘a quo’, todo procedimento de ‘recall’ para remoção dos cabeçotes avariados dos motores elaborados em montadoras e distribuidoras foi realizado no Brasil, sem contar que o contrato de seguro em que se funda a ação regressiva também foi firmado no Brasil. Logo, é rigor a aplicação do disposto no artigo 88, inciso III, do Código de Processo Civil, segundo o qual, ‘é competente a autoridade brasileira quando a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil’.³¹

Ainda inconformada, a Basso S.A. interpôs recurso especial, sustentando que foram violados o art. 88, I, II, III, e o art. 100, IV, “a”, do CPC/73 e o art. 12 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei N° 4.657/42). Segundo a sociedade argentina, o tribunal brasileiro teria ignorado o fato de o domicílio da parte Ré situar-se na Argentina, assim como seus bens passíveis de execução, o que deixaria clara a preponderância do interesse da jurisdição argentina em decidir a controvérsia, bem como a maior efetividade de uma eventual decisão daquele juízo.

2. O julgamento do REsp 1308686/SP no Superior Tribunal de Justiça

A Terceira Turma do STJ, contudo, no voto condutor do relator, o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, entendeu estar presente o elemento

³⁰ Esta norma foi mantida no art. 21, III, do NCPC/2015.

³¹ TJSP, AI N° 01018193420108260000, 26ª Câmara de Direito Privado, Des(a) Rel.(a) Andreatta Rizzo, DJe 02.07.2010.

de atração da jurisdição brasileira, qual seja, a ocorrência no território nacional da assinatura do contrato acessório de seguro (ato) e da necessidade de recall (fato), ante a entrega defeituosa das peças objeto do contrato principal, nos termos do inciso III do art. 88 do CPC/73.³²

O destaque deste voto, contudo, é o argumento adicional colacionado pelo Min. Relator para reforçar a decisão pela jurisdição brasileira. Segundo ele, tendo em vista que as sentenças oriundas de juízos dos Estados-membros do MERCOSUL têm eficácia extraterritorial, não haveria maiores obstáculos em a Basso ser acionada no Brasil, pois os efeitos da decisão deste juízo poderão ser replicados sem maiores percalços na jurisdição argentina, em procedimento de cumprimento de sentença. É o que se depreende da leitura da decisão:

Por fim, quanto à eficácia da execução e à ausência do interesse da jurisdição pátria, porquanto os seus bens se situam na Argentina, sem razão a recorrente. Isso porque, tal como previsto no Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Protocolo de Las Leñas), ratificado pelo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, as sentenças judiciais proferidas nos países do MERCOSUL são dotadas de eficácia extraterritorial, ou seja, independentemente de homologação nos Estados onde devam ser executadas.³³

Logo em seguida, o Min. Relator reproduz a famosa doutrina de José Carlos de Magalhães, já mencionada acima, destacando o trecho em que este autor argumenta que a eficácia extraterritorial importa na desnecessidade de homologação para a produção de efeitos em outra jurisdição. Em outras palavras, o Min. Relator expressou seu entendimento de que as sentenças estrangeiras oriundas do MERCOSUL têm eficácia extraterritorial, prescindindo de homologação. Cabe ressaltar ainda que o voto do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva foi referendado pela unanimidade

32 “Ao que se tem, portanto, não obstante o contrato de fornecimento de peças para montagem de motor ter sido firmado no estrangeiro entre a Basso S.A. e a empresa argentina MWM International, tanto o contrato de seguro quanto a obrigação que deu origem ao recall, objeto do contrato de seguro, ocorreram no Brasil. Com efeito, o dano sofrido pela segurada, no qual sub-rogou-se a ora recorrida, aconteceu majoritariamente em território nacional, haja vista que uma parte do recall acabou por atingir outros países para onde os motores foram exportados, justamente porque a montadora segurada, sediada no Brasil, foi responsável pela montagem e distribuição dos motores. Nesse contexto, se o contrato de seguro foi firmado no Brasil, o pagamento da indenização pela seguradora foi realizado no Brasil por conta de obrigação surgida no país (recall), deve prevalecer, tal como concluído pelas instâncias ordinárias, a competência da jurisdição pátria, nos termos do inciso III do artigo 88 do CPC (“a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil”).” STJ, REsp N° 1308686/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJU 17.04.2013.

33 STJ, REsp N° 1308686/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJU 17.04.2013.

dos ministros presentes à sessão, o que dá maior peso ao entendimento.³⁴ Por outro lado, lamenta-se que o Min. Villas Bôas Cueva não tenha sido mais explícito e confirmado - ou não - se o sistema de Las Leñas dispensaria inclusive a necessidade de homologação pelo próprio STJ.

Não obstante, esse entendimento, ainda que incipiente, acabou prevalecendo quando da aprovação do novo Código de Processo Civil de 2015.³⁵ Além disso, o novo diploma processual incorporou as inovações trazidas pela Resolução N° 9 e pelo Regimento Interno do STJ, como a possibilidade de homologação parcial de sentença estrangeira e de concessão de tutela de urgência para executar as decisões.

Entretanto, a despeito dos avanços legislativos, não se tem notícia de decisão estrangeira executada diretamente no juízo de piso brasileiro. Há, no entanto, relevante acórdão proferido recentemente pela 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em que se reconhece a possibilidade de execução direta de sentença estrangeira transmitida nos termos do art. 20 do Protocolo de Las Leñas. Tratava-se de agravo de instrumento interposto por nacional argentino nos autos de uma ação de obrigação de fazer com pedido de indenização, tendo como fundamento uma sentença proferida pela Justiça argentina que reconheceu dano ocasionado pelo Itaú Unibanco S.A. ao autor. Naquela ocasião, o juízo *a quo* determinou que fosse apresentada comprovação de que o referido *decisium* houvesse sido homologado pelo STJ. Com efeito, a 13ª Câmara de Direito Privado reformou essa decisão nos seguintes termos:

E nessa circunstância deve ser procurada a solução no âmbito do Decreto N° 2.067/1996, referente ao protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em matéria Civil, Comercial, Administrativa e Trabalhista, o qual está vinculado ao âmbito do MERCOSUL. Como o agravante é argentino residente na Argentina, a decisão judicial proferida nesse país, tem validade

34 Acompanham o voto do Relator os Ministros Nancy Andrighi, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

35 Art. 961. “A decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do exequatur às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado. § 1º É passível de homologação a decisão judicial definitiva, bem como a decisão não judicial que, pela lei brasileira, teria natureza jurisdicional. § 2º A decisão estrangeira poderá ser homologada parcialmente. § 3º A autoridade judiciária brasileira poderá deferir pedidos de urgência e realizar atos de execução provisória no processo de homologação de decisão estrangeira. § 4º Haverá homologação de decisão estrangeira para fins de execução fiscal quando prevista em tratado ou em promessa de reciprocidade apresentada à autoridade brasileira. § 5º A sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. § 6º Na hipótese do § 5º, competirá a qualquer juiz examinar a validade da decisão, em caráter principal ou incidental, quando essa questão for suscitada em processo de sua competência”.

no Brasil, nos termos previstos nesse mencionado protocolo, e, no caso, não é necessário a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. Deverá ser atendido, porém, o que dispõem os artigos 19 e 20 do referido protocolo.³⁶

Portanto, de todo o exposto, conclui-se que, hodiernamente, a prática forense ainda mantém a regra da necessidade de homologação de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros pelo STJ, nos termos do art. 105, h, da Constituição de 1988, embora esta norma constitucional conserve espaço para que a legislação ordinária ou tratados internacionais estabeleçam mecanismos alternativos de recepção e reconhecimento de decisões estrangeiras.

Nesse contexto, resta comprovada a constitucionalidade da norma do art. 20 do Protocolo de Las Leñas, que confere eficácia extraterritorial a sentenças oriundas de Estados-membros do MERCOSUL que observem todos os requisitos elencados neste dispositivo. Tais sentenças constituem título executivo judicial, podendo ser apresentada em processo incidental de execução, de forma semelhante ao que o próprio § 5º do art. 961 do Novo CPC permite no caso de sentenças estrangeiras de divórcios consensuais, que não precisam passar pelo crivo do STJ.³⁷

Por outro lado, caso a decisão careça de algum(s) dos requisitos do art. 20, a mesma necessitará de homologação no STJ, podendo, para tanto, ser transmitida via carta rogatória, nos termos do art. 19. Esta é a interpretação possível e necessária, realizada conforme o princípio pró-integração latino-americana insculpido no parágrafo único do art. 4º da Constituição Federal. Evita-se, assim, que eventual aplicação do art. 24 do Protocolo de Las Leñas possa obstaculizar a celeridade intencionada pelo instrumento do MERCOSUL, de modo semelhante ao previsto na Convenção Interamericana sobre Obrigações Alimentares.³⁸

36 TJ-SP, DJ 04.12.2019, AI Nº 2139951-14.2019.8.26.0000, Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Nelson Jorge Júnior.

37 “Criou-se em nosso ordenamento, portanto, um sistema de delibação incidental, em que o juiz de primeiro grau poderá (*rectius*, deverá) examinar a regularidade da sentença de divórcio, desde que alguma das partes invoque seus efeitos para o fim da obtenção de algum pedido. Trata-se de mera questão incidental, que assim deverá ser tratada, ainda que constitua questão prejudicial para a consecução do pedido do autor”. CARMONA, Carlos Alberto em: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coords.), *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 2135.

38 “En lo que refiere al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, será deseable superar las regulaciones poco integradoras resultantes del art. 24 del Protocolo de Las Leñas, que someten el procedimiento y la competencia de los tribunales para el control de los fallos extranjeros a la legislación del Estado donde son invocados. Frente a tal solución creemos conveniente avanzar hacia criterios decididamente más favorables a la circulación internacional de los fallos, del tipo consagrado, ante iniciativa uruguaya, por la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, art. 13, que prevé un procedimiento sumario de contralor tramitado ante los magistrados de instancia”. BERGMAN, *Balance y perspectivas de la cooperación judicial*

IV. Conclusões

A cooperação jurídica internacional é um dos instrumentos mais efetivos de integração regional, eis que seus mecanismos aproximam não somente as Administrações Públicas dos Estados parceiros do bloco, como também conectam indivíduos e empresas - inegavelmente, os principais destinatários dos projetos integradores - por meio de institutos conformadores de um verdadeiro processo civil internacional. Dessa forma, são finalmente vencidas antigas barreiras ao amplo acesso à Justiça na esfera internacional, tais como o alto custo das taxas judiciárias e complexos sistemas de reconhecimento e incorporação de decisões e cartas rogatórias.

É neste contexto que, em 1991, os quatro Estados fundadores do MERCOSUL assinam o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Protocolo de Las Leñas), responsável por criar as primeiras normas mercosulinas de direito processual internacional em matéria civil. Dentre outros avanços, esse instrumento reconheceu a eficácia extraterritorial de sentenças e laudos arbitrais oriundos de qualquer dos Estados-membros que observem todas as condições dispostas no art. 20 do texto, em importante avanço que aproxima o MERCOSUL do moderno instrumento de cooperação jurídica previsto pela União Europeia.

O Brasil, por sua vez, buscou reformar seu ordenamento de forma a adequar-se aos imperativos da cooperação. Dessa forma, seu tradicional sistema concentrado de concessão de *exequatur* a cartas rogatórias e de reconhecimento e homologação de sentenças estrangeiras foi alterado e reinterpretado, permitindo que leis ordinárias e tratados internacionais prevejam mecanismos alternativos em que cartas rogatórias e mesmo sentenças e laudos arbitrais estrangeiros sejam recepcionados no país por outras vias que não a do Superior Tribunal de Justiça, possuindo eficácia extraterritorial e capacidade de execução imediata no juízo de piso brasileiro

Entretanto, a despeito desses avanços *de lege lata*, a jurisprudência recente dos tribunais superiores e de tribunais federais e estaduais indica que a prática forense brasileira ainda conserva certa resistência aos mecanismos mais modernos de cooperação jurídica internacional,

internacional en el ámbito del MERCOSUR, p. 303.

apegando-se a posicionamentos já superados do Supremo Tribunal Federal, como evidenciam os últimos julgados acerca da carta rogatória de caráter executório e da eficácia extraterritorial de sentenças estrangeiras. A despeito de ter indicado um possível ponto de inflexão, o julgamento do REsp 1308686/SP pelo STJ ainda não foi confirmado por outras decisões daquele tribunal superior acerca da desnecessidade de homologação de sentenças estrangeiras oriundas do MERCOSUL, nos termos do art. 20 do Protocolo de Las Leñas. Essa desnecessidade tem surgido nos julgados apenas em tese, abstratamente, o que também não deixa de ser um avanço recente no ordenamento jurídico brasileiro.

O PROTOCOLO DE LAS LEÑAS COMO FERRAMENTA DE INTEGRAÇÃO ENTRE OS ESTADOS PARTES DO MERCOSUL

Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial Nº 1.308.686 – SP, 11/04/2013

*Ana Cândida Muniz Cipriano**

Sumário: I. Breve aproximação ao tema; II. Marco normativo; III. Fatos; IV. Decisão judicial; V. Análise do caso à luz do Protocolo de Las Leñas: 1. A relevância do Protocolo, 2. Da implementação do Protocolo no Brasil; VI. Conclusão.

I. Breve aproximação ao tema

No julgamento do REsp 1.308.686/SP, em 11 de abril de 2013, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), sob relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, proferiu relevante decisão, por unanimidade, sobre a competência da autoridade judiciária brasileira na lide entre a seguradora, ACE Seguradora S.A. com sede no Brasil, e fornecedora Basso S.A., com sede na Argentina, no âmbito do contrato de seguro de *recall* atrelado a contrato firmado entre a Basso S.A. (fabricante de válvulas de admissão e de escape de veículos automotores) e a seguradora

* Mestre em Direito Internacional e Europeu pela Universidade de Genebra, Doutoranda pela Universidade de Buenos Aires - UBA. Membro da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, BRASILCON e da International Law Association, I.L.A. Consultora para os temas de Direito do Consumidor, Concorrência e Políticas, da Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento UNCTAD em Genebra, Suíça.

MWM International Motores, fabricante de motores automotivos, empresa argentina com filial no Brasil.

O referido acórdão tem sua relevância não apenas no reconhecimento da competência da autoridade judiciária brasileira com base no Art. 88, inc. II do Código de Processo Civil,¹ mas principalmente no que se refere à eficácia da execução da sentença nos termos do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, o chamado Protocolo de Las Leñas, conforme veremos a seguir.

De fato, o chamado Direito da Integração, com sua base e referência na experiência e excelência europeia, ainda enfrenta diversos e diferentes desafios no âmbito da integração mercosulina. No entanto, não se deve ignorar os esforços registrados em diversos documentos que buscam consolidar a integração – de diversas formas e frentes – no âmbito do MERCOSUL, sendo um desses documentos, o tratado internacional conhecido como Protocolo de Las Leñas instrumento de harmonização jurisdicional que abre uma dessas frentes para o processo de integração.

Primeiramente, no que se refere especificamente ao Brasil, não se pode ignorar que a busca da integração econômica, social e cultural dos povos da América Latina está prevista na própria Constituição Federal de 1988, constituindo uma referência e objetivo que não pode ser afastado por nenhum operador da justiça em âmbito nacional.

Parágrafo Único do Art. 4º da CF: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

No que refere ao Protocolo Las Leñas, temos primeiramente, como relevante precedente, o Tratado de Assunção, assinado em 26 de março de 1991 no Paraguai, estabelecendo o Mercado Comum do Sul – MERCOSUL. Em seguida, temos a assinatura do Protocolo de Ouro Preto,² em 17 de dezembro de 1994, constituindo a transição de zona

1 Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando: II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; BRASIL. Código de Processo Civil – Lei N° 5.869, Brasília D.F., 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869imprensa.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

2 BRASIL. Decreto N° 1.901, de 10 de setembro de 1993, Promulga o Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção

de livre comércio para união aduaneira. Em seguida, como instrumentos referência para o processo de integração, temos o Protocolo de Brasília,³ regulamentando o Tribunal Arbitral e o Protocolo de Las Leñas,⁴ sobre cooperação e assistência jurisdicional.

II. Marco normativo

O Protocolo de Las Leñas aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo N° 55/95 de 19 de abril de 1995⁵ e promulgado pelo Decreto N° 2.067 de 12 de novembro de 1996,⁶ constitui importantíssimo instrumento para a real harmonização jurisdicional no âmbito do MERCOSUL. Assinado em 27 de junho de 1992, como parte do Tratado de Assunção (1991),⁷ o qual em seu Art. 1 prevê: “(...) O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração” - constitui instrumento de cooperação jurisdicional do Mercado Comum do Sul em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa.

Como referências na elaboração do Protocolo, temos a Convenção de Haia relativa à citação e notificação no estrangeiro de atos judiciais e extrajudiciais em matéria cível ou comercial de 1965,⁸ a Convenção

sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL (Protocolo de Ouro Preto). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1901.htm. Acesso em: 01 jul. 2020.

3 BRASIL. *Decreto N° 922, de 09 de maio de 1996*, Promulga o Protocolo para a Solução de Controvérsias, firmado em Brasília em 17 de dezembro de 1991, no âmbito do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0922.htm. Acesso em: 01 jul. 2020.

4 BRASIL. *Decreto N° 6.891, de 02 de julho de 2009*, Promulga o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6891.htm. Acesso em: 01 jul. 2020.

5 BRASIL. *Decreto Legislativo N° 55, de 19 de abril de 1995*, Aprova o texto do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, concluído pelos governos da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai, em Las Leñas, em 27 de junho de 1992, no âmbito do Tratado de Assunção. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1995/decretolegislativo-55-19-abril-1995-358485-norma-pl.html>. Acesso em: 01 jul. 2020.

6 BRASIL. *Decreto N° 2.067, de 12 de novembro de 1996*, Promulga o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do MERCOSUL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D2067.htm. Acesso em: 01 jul. 2020.

7 MERCOSUR. *Tratado de Assunção para a Constituição de um Mercado Comum*. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documento/tratado-de-assuncao-para-a-constituicao-de-um-mercado-comum/>. Acesso em: 01 jul. 2020.

8 HCCH. *Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=17> Acesso em: 29 jun. 2020.

Interamericana sobre cartas rogatórias⁹ (Panamá) de 1965, a Convenção Interamericana sobre obtenção de provas no exterior¹⁰ (Panamá), de 1975 e a Convenção Interamericana sobre prova e informação do direito estrangeiro¹¹ (Montevideú), 1979.

Em seus 36 artigos, Las Leñas possui em sua espinha dorsal o objetivo de cooperação e integração entre os países membros do MERCOSUL, prevendo o comprometimento dos estados no reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais nas matérias cível, comercial, trabalhista e administrativa. O Protocolo constrói uma rede de assistência jurisdicional por meio da ação de Autoridades Centrais, apontadas por cada Estado Parte. Conforme o Art. 14 da Resolução N^o 9 do Superior Tribunal de Justiça,¹² no caso do Brasil, são Autoridades Centrais, o Ministério das Relações Exteriores e o Ministério da Justiça.

Divididos em 9 capítulos, os 36 artigos tratam da Cooperação e Assistência Jurisdicional (Capítulo I, Art. 1, a qual estende-se a procedimentos administrativos que admitam recursos perante os tribunais), as já mencionadas Autoridades Centrais (Capítulo II, Art. 2), a Igualdade no Tratamento Processual (Capítulo III, Artigos 3 e 4, o qual destaca o acesso à justiça dos cidadãos e residentes dos Estados Partes, incluídas as pessoas jurídicas devidamente registradas, livre de “caução ou depósito”).

Assim, relevante o fato de que o Protocolo isenta de caução os residentes permanentes dos Estados Partes do MERCOSUL,¹³ o que a princípio, constitui regra geral do direito processual no Brasil, para aqueles que possuem domicílio fora do Brasil.

O Capítulo IV, “Cooperação em Atividades de Simples Trâmite e Probatórias”, artigos 5 a 17, refere-se especificamente aos requisitos e

9 OAS. *Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias*. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-36.htm> Acesso em: 29 jun. 2020.

10 OAS. *Convenção Interamericana sobre Obtenção de provas no exterior*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-37.htm> Acesso em: 29 jun. 2020.

11 OAS. *Convenção Interamericana sobre prova e informação acerca do direito estrangeiro*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-43.htm> Acesso em: 29 jun. 2020.

12 Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?livre=cartas+rogat%F3rias&&cb=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1>. Acesso em: 29 jun. 2020.

13 BRASIL. *Decreto N^o 6.679, de 8 de dezembro de 2008*, Promulga o Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6679.htm. Acesso em: 01 jul. 2020.

trâmites os quais cada Estado Parte deve obedecer, constituindo a carta rogatória, o meio escolhido para os trâmites processuais que tenham por objeto: diligências de simples trâmite como citações, intimações, notificações e outros semelhantes e o recebimento ou obtenção de provas.

O Capítulo V, em seus artigos 18 a 24, cobre, especificamente, o tema que aqui nos interessa, o reconhecimento e “Execução de Sentenças e Laudos Arbitrais”. Para fins da análise a ser feita do caso concreto à luz do Protocolo, faz-se primordial a referência ao Artigo 20 do Protocolo de Las Leñas quanto ao reconhecimento e execução de sentenças: uma vez reunidas as condições do Art.20, “As sentenças e os laudos arbitrais a que se refere o artigo anterior terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes (...)”. Ou seja, independente de qualquer outro ato ou ação, são automaticamente válidas, eficazes, exequíveis, as sentenças e laudos que obedecerem aos requisitos do artigo 20 do Protocolo.

Conforme José Carlos de Magalhães, citado no REsp 1.308.686/SP:

Ao dotar as sentenças judiciais e laudos arbitrais emanados dos países do MERCOSUL de eficácia extraterritorial, o Protocolo atribui-lhes efeitos plenos nos territórios dos Estados Partes, independentemente de homologação pelo Judiciário do país onde deve ser executada.¹⁴

De modo a cumprir com os objetivos de cooperação do Protocolo de Las Leñas, o Capítulo VI, em seus Artigos 25 a 27, faz referência ao reconhecimento e força probatória “Dos Instrumentos Públicos e Outros Documentos”, emanados de um Estado Parte. De fato, a isenção dos procedimentos de legalização, certificação ou formalidade similar dos documentos emanados de autoridades jurisdicionais ou outras autoridades dos Estados Partes torna eficaz e factível a interação e integração entre as Autoridades Centrais competentes para a harmonização almejada.

Tal interação e diálogo entre Autoridades Centrais é corroborado pelo Capítulo VII, (Artigos 28 a 30) na “Informação do Direito Estrangeiro”, ou seja, um verdadeiro incentivo à troca mútua de informações em matéria civil, comercial, trabalhista, administrativa – e de direito internacional privado.

Por fim, os Capítulos VIII e IX dizem respeito às “Consultas e Solução de Controvérsias” (Artigos 31 e 32, novamente fazendo

¹⁴ O Protocolo de Las Leñas e a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais proferidos pelos países do MERCOSUL, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, N° 144, out/dez 1999.

referência à interação entre as Autoridades Centrais dos Estados Partes) e às “Disposições Finais” (Artigos 33 a 36) senão vejamos: “Artigo 31. As Autoridades Centrais dos Estados Partes realizarão consultas nas oportunidades que lhes sejam mutuamente convenientes com a finalidade de facilitar a aplicação do presente Protocolo”.

III. Fatos

O REsp 1.308.686/SP, tem por objeto o questionamento da competência da autoridade judiciária brasileira na lide entre a seguradora, ACE Seguradora S.A com sede no Brasil, e fornecedora Basso S.A., com sede na Argentina, no âmbito do contrato de seguro de *recall* atrelado a contrato firmado entre a Basso S.A. (fabricante de válvulas de admissão e de escape de veículos automotores) e a seguradora MWM International Motores, fabricante de motores automotivos, empresa argentina com filial no Brasil.

O caso em questão refere-se ao agravo interposto pela empresa Basso S.A. perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a respeito da exceção de incompetência na Ação Regressiva fundada no contrato de seguro entre ACE Seguradora S.A. e a empresa fornecedora Basso S.A. Com base no artigo 88, inciso III do Código de Processo Civil, fora o mencionado agravo desprovido, portanto rejeitada a exceção de incompetência, motivo pelo qual fora interposto recurso especial pela empresa Basso S.A., ora objeto de análise.

A empresa recorrida Ace Seguradora S.A., propôs ação regressiva a título de ressarcimento pelo pagamento à Seguradora MWM International Motores dos custos oriundos de um *recall* para a substituição de válvulas para motores automotivos Ford e Land Rover, fornecidos pela Basso S.A.

Consta que, durante a vigência do contrato de seguro, foi constatado defeito nas válvulas fornecidas pela Basso S.A. fato que acarretaria o risco de “colapso integral do motor”, falha comprovada tecnicamente e motivo pelo qual a Seguradora MWM International Motores realizou os procedimentos necessários do chamamento de produtos (*recall*).

A empresa Basso S.A. apresentou exceção de incompetência internacional a qual foi rejeitada levando a ora recorrente a interpor

agravo de instrumento perante o Tribunal Estadual de São Paulo, o qual manteve a competência jurisdicional brasileira:

Infere-se dos elementos dos autos que a recorrida e a empresa International Engines South America Ltda. firmaram seguro de responsabilidade civil contra danos a terceiros. Em razão de sinistro envolvendo produtos fabricados pela agravante, a seguradora, no exercício do seu direito de regresso, busca ressarcimento pelos danos já indenizados. Como bem ponderou o julgador ‘a quo’, todo procedimento de ‘recall’ para remoção dos cabeçotes avariados dos motores elaborados em montadoras e distribuidoras foi realizado no Brasil, sem contar que o contrato de seguro em que se funda a ação regressiva também foi firmado no Brasil. Logo, e rigor a aplicação do disposto no artigo 88, inciso III, do Código de Processo Civil, segundo o qual, ‘é competente a autoridade brasileira quando a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil’.

A recorrente, mediante a negativa do Tribunal Estadual, em suas razões do apelo especial sustenta que “além da negativa de prestação jurisdicional por ausência de prequestionamento explícito (art. 535, II, do Código de Processo Civil)”, foram violados os artigos 88, I, II, III, 100, IV, “a”, do Código de Processo Civil e Artigo 12 da LICC (Decreto-Lei N° 4.657/42), uma vez que não foi considerado o fato de que “contrato objeto da ação foi celebrado e concluído em território estrangeiro; que as partes que celebraram o contrato são duas empresas argentinas (a recorrente com sede em Santa Fé e a MWM International em Córdoba); que a recorrente não possui nenhuma agência, filial ou sucursal no Brasil” motivos sobre os quais sustenta a incompetência internacional da justiça brasileira, que “implicaria grave violação das normas delimitadoras da jurisdição”, dificultando o exercício da ampla defesa e a consequente eficácia da medida caso considerada procedente a ação principal.

Uma vez negado o recurso na esfera estadual, interposto agravo contra decisão denegatória, foi este conhecido para determinar a sua reatuação como recurso especial.

IV. Decisão judicial

Como visto a Ace Seguradora S.A. interpôs ação regressiva contra a empresa fornecedora de peças automotoras Basso S.A., buscando o

ressarcimento pela indenização paga decorrente da cobertura de seguro de *recall* realizado no Brasil, Inglaterra e Holanda.

Tal tipo de seguro é conhecido como cobertura de risco na produção de produtos em massa, que podem ser objeto de retirada ou reparo, conforme a lei brasileira, por meio do instituto do *recall*: medida prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor,¹⁵ em obediência à transparência e preservação da segurança e saúde dos consumidores nas relações de consumo. No presente caso, o contrato de fornecimento de peças para montagem de motor fora firmado fora do território nacional, entre a fornecedora Basso S.A. e a empresa argentina MWM International, no entanto a falha na produção que deu origem ao procedimento de *recall*, objeto do contrato de seguro, se deu no Brasil, ainda que o chamamento tenha sido efetuado em outros países de maneira mais limitada. Portanto, o dano sofrido pela segurada ocorreu “majoritariamente em território nacional”.

Portanto, considera a decisão no REsp em questão a interpretação do III do artigo 88 do CPC – o qual revogou tacitamente o artigo 12 da LICC – e reconhecendo a competência da jurisdição Brasileira, nos termos do inciso III do artigo 88 do CPC : “É competente a autoridade judiciária brasileira quando: III – a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil”.

Ademais, lembra a decisão que a montagem e distribuição dos motores e respectivas peças defeituosas ocorreu no Brasil, conferindo ainda mais força à aplicação do artigo 88 do CPC.

Finalmente, no que se refere aos riscos alegados pela recorrente quanto à eficácia da execução e à ausência de interesse da jurisdição brasileira, reconhece que, ainda que seus bens se situem na Argentina, como previsto no Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, trabalhista e Administrativa, o Protocolo de Las Leñas as sentenças judiciais proferidas nos Estados Partes possuem eficácia extraterritorial, independentemente de homologação no território onde devam ser executadas, conforme veremos a seguir.

15 BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 01 jul. 2020.

V. Análise do caso à luz do Protocolo De Las Leñas

1. A relevância do Protocolo

O reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais diz respeito à questão da soberania e competência internacional. Ao optar pelo reconhecimento de sentenças e laudos arbitrais sem a necessidade de apreciação de mérito ou procedimento de internalização – mediante, o cumprimento de certos requisitos – os Estados Partes do MERCOSUL abrem caminho para a integração por meio da cooperação judiciária, que, conforme Maristela Basso, é “o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais provenientes da judicatura de um outro Estado e para a execução extraterritorial da sentença estrangeira”.

O REsp 1.308.686/SP, tem por objeto a análise da competência da autoridade judiciária brasileira na lide entre a seguradora, ACE Seguradora S.A com sede no Brasil, e fornecedora Basso S.A., com sede na Argentina, no âmbito do contrato de *seguro de recall* atrelado a contrato firmado entre a Basso S.A. (fabricante de válvulas de admissão e de escape de veículos automotores) e a seguradora MWM International Motores, fabricante de motores automotivos, empresa argentina com filial no Brasil.

A fabricante Basso S.A. sustenta que

foram violados os artigos 88, I, II, III, 100, IV “a” do Código de Processo Civil e da LICC (Decreto-Lei N° 4.657/42), pois o acordão recorrido não considera que o contrato objeto da ação foi celebrado e concluído em território estrangeiro, sendo que as duas partes são empresas argentinas e que a recorrente não possui filial, agência ou sucursal no Brasil, fazendo com que o reconhecimento da competência internacional da justiça brasileira implique grave violação das normas delimitadoras da jurisdição, bem como o exercício do direito de defesa e eficácia da medida executiva.

Da apreciação do Ministro Relator, Ricardo Villas Bôas Cueva, temos a confirmação da revogação tácita do Artigo 12, *caput* da LICC pelo artigo 88, I, II, e II do Código de Processo Civil, que veio a regulamentar a norma de Direito Internacional privado conflitual estabelecendo a competência da autoridade judiciária brasileira quando: I- o réu, qualquer

que seja sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III – a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil. No caso em tela a Ace Seguradora (com sede no Brasil) propôs ação regressiva contra a Basso S.A. buscando o ressarcimento pela indenização paga decorrente da cobertura de seguro de *recall*: ainda que o contrato de fornecimento de peças para montagem de motor tenha sido realizado no estrangeiro, o contrato de seguro e a obrigação que deu origem ao *recall* - objeto do contrato de seguro – aconteceram no Brasil:

Nesse contexto, se o contrato de seguro foi firmado no Brasil, o pagamento da indenização pela seguradora foi realizado no Brasil por conta de obrigação surgida no país (*recall*), deve prevalecer, tal como concluído por instâncias ordinárias, a competência da jurisdição pátria, nos termos do inciso III do artigo 88 do CPC (“a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil”), (Parágrafo 17 do Voto do Ministro Relator, Ricardo Villas Bôas Cueva).

Quanto à alegação a respeito da eficácia da execução e ausência do interesse da legislação pátria sob a alegação de que os bens da recorrente se encontram na Argentina – parte que mais nos interessa – temos, como referência, o reconhecimento de sentenças estrangeiras por meio do Protocolo de Las Leñas, conferindo não apenas a eficácia da sentença estrangeira entre Estados Partes do MERCOSUL, mas seu total cumprimento.

2. Da implementação do Protocolo no Brasil

Conforme esclarecido, os objetivos de cooperação e integração perseguidos pelos Estados Partes do MERCOSUL encontram eficácia a partir da implementação de instrumentos que tornam factível tal integração, tal como o faz o Protocolo de Las Leñas.

De fato, para se alcançar uma verdadeira e eficiente integração, faz-se necessária a eliminação de entraves sejam eles burocráticos ou não. O diálogo e troca de informações – no modelo preconizado pelo Protocolo de Las Leñas, por meio de Autoridades Centrais – confere a eficácia buscada no plano operativo das diversas autoridades envolvidas.

O reconhecimento da força probatória dos instrumentos públicos

emanados de um Estado Parte conforme o artigo 25 do Protocolo de Las Leñas, constitui confiança basilar nas tramitações entre Autoridades Centrais, isentando, portanto, quaisquer legalizações, certificações ou formalidades as quais justamente entravam procedimentos judiciais.

Não se pode ignorar o comprometimento firmado no Protocolo de Las Leñas e ratificado por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. Conforme nos recorda Rezek, “o acordo formal entre os Estados é o ato jurídico que produz a norma, e que, justamente por produzi-la, gera obrigações e prerrogativas, caracteriza enfim, na plenitude de seus dois elementos, o tratado intencional”.

Assim, as sentenças judiciais proferidas nos Estados Parte do MERCOSUL possuem eficácia extraterritorial, ou seja, independem da homologação nos Estados onde devam ser executadas. Conforme o Artigo 20 do Protocolo, as sentenças e laudos arbitrais terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes uma vez reunidas as seguintes formalidades:

- a) que venham revestidos das formalidades externas necessárias para que sejam considerados autênticos no Estado de origem;
- b) que estejam, assim como os documentos anexos necessários, devidamente traduzidos para o idioma oficial do Estado em que se solicita seu reconhecimento e execução;
- c) que emanem de um órgão jurisdicional ou arbitral competente, segundo as normas do Estado requerido sobre jurisdição internacional;
- d) que a parte contra a qual se pretende executar a decisão tenha sido devidamente citada e tenha garantido o exercício de seu direito de defesa;
- e) que a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi ditada;
- f) que claramente não contrariem os princípios de ordem pública do Estado em que se solicita seu reconhecimento e/ou execução.

O mecanismo de direito internacional público do MERCOSUL opera por meio da coordenação de soberanias, onde os Estados Partes negociam as regras a serem implementadas no bloco. O Protocolo de Las Leñas juntamente com o Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto, utiliza da técnica do reconhecimento mútuo, por meio do qual a nova norma seja mutuamente reconhecida nos demais Estados Partes do MERCOSUL.

Válido mencionar o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile,¹⁶ aprovado pelo Decreto Legislativo N° 1.021, de 24 de novembro de 2005 e promulgado pelo Decreto N° 6.891 de 02 de julho de 2009, que corrobora não apenas uma tendência, mas principalmente a intenção dos países da região em desenvolver ferramentas que propiciem a integração regional.

Conforme ensina Nádia de Araújo¹⁷ uma forte característica do Direito Internacional Privado é a construção de regras no âmbito de foros internacionais, como, por exemplo, tratados e convenções oriundos da Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado, a Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional (UNCITRAL). Nesse contexto, o Direito internacional privado comportaria questionamentos relacionados à origem (lugar), legislação aplicável e procedimentos aplicáveis, que Araújo coloca como três perguntas básicas definindo o Direito Internacional Privado: onde acionar (foro)? qual lei aplicável? e, por fim, como resolver as questões processuais internacionais?

No caso da apreciação do REsp 1.308.686/SP, são exatamente tais questionamentos objeto de análise, sendo o terceiro e último questionamento respondido e atendido pela referência e aplicação do Protocolo de Las Leñas:

Artigo 1. Os Estados Partes comprometem-se a prestar assistência mútua e ampla cooperação jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa.

Em seguida, o artigo 18 aponta a aplicação de tal assistência e cooperação no reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais:

Artigo 18. As disposições do premente capítulo serão aplicáveis ao reconhecimento e a execução das sentenças e laudos arbitrais pronunciados nas jurisdições dos Estados Partes em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa, e serão igualmente

16 BRASIL. *Decreto N° 6.679, de 8 de dezembro de 2008*, Promulga o Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6891.htm Acesso em: 29 jun. 2020.

17 ARAÚJO, Nádia de, *Uma visão econômica do Direito Internacional Privado: contratos internacionais e autonomia da vontade*. Disponível em: http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/Uma-visão-econômica-do-DIP-contratos-internacionais-e-autonomia-da-vontade_Direito-e-economia-no-Brasil_2014.pdf Acesso em: 29 jun. 2020.

aplicáveis às sentenças em matéria de reparação de danos e restituição de bens.

Por fim, o Artigo 20 aponta as condições as quais as sentenças e laudos arbitrais devem reunir para possuir eficácia extraterritorial nos Estados Partes, conforme analisado acima.

Portanto, acertada a apreciação quanto ao interesse da jurisdição brasileira, à aplicação dos Artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil e, principalmente à eficácia da execução à aplicação do Protocolo de Las Leñas.

De fato, quanto à aplicação e implementação do Protocolo no Brasil, por meio do Agravo Regimental nos autos da Carta Rogatória nº 7613, temos o reconhecimento da aplicação e procedimentos por meio do Protocolo de Las Leñas:

Sentença estrangeira: Protocolo de Las Leñas: homologação mediante carta rogatória. O Protocolo de Las Leñas (“Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa” entre os países do MERCOSUL) não afetou a exigência de que qualquer sentença estrangeira – à qual é de equiparar-se a decisão interlocutória concessiva de medida cautelar – para tornar-se exequível no Brasil, há de ser previamente submetida à homologação do Supremo Tribunal Federal, o que obsta a admissão de seu reconhecimento incidente, no foro brasileiro, pelo juízo a que se requeira a execução; inovou, entretanto, a convenção internacional referida, ao prescrever, no art. 19, que a homologação (dita reconhecimento) de sentença proferida dos Estados Partes se faça mediante rogatória, o que importa admitir a iniciativa da autoridade judiciária competente do foro de origem e que o exequatur se defira independentemente da citação do requerido, sem prejuízo da posterior manifestação do requerido, por meio de agravo à decisão concessiva ou de embargos ao seu cumprimento.¹⁸

Temos ainda, confirmando a necessidade do cumprimento dos requisitos do artigo 20 do Protocolo de Las Leñas, o Despacho na Carta Rogatória N° 7899, e o reconhecimento e execução de sentenças oriundas

18 Carta Rogatória N° 7.618 – República Argentina (AgRg), Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

dos Estados Partes do MERCOSUL:

Torna-se importante salientar, no entanto, que o modelo jurídico brasileiro concernente às cartas rogatórias passivas sofreu, em tema de efetivação de atos de caráter executório, sensível modificação introduzida pelo Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, que o Brasil subscreveu, no âmbito do MERCOSUL, em 27/06/92. Essa convenção internacional, denominada Protocolo de Las Leñas, acha-se formalmente incorporada ao sistema de direito positivo interno do Brasil, eis que, aprovada pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo N° 55/95), veio a ser promulgada pelo Presidente da República mediante edição do Decreto N° 2.067, de 12/11/96. Com o Protocolo de Las Leñas - unicamente aplicável às relações interjurisdicionais entre os Estados subscritores do Tratado de Assunção e integrantes do MERCOSUL - tornou-se possível, mediante simples carta rogatória, promover a homologação e execução, em nosso País, de sentenças proferidas pelos órgãos judiciários da Argentina, Paraguai e Uruguai.¹⁹

Consequentemente, as sentenças e laudos arbitrais que não preencham os requisitos do Artigo 20 do Protocolo, devem seguir o procedimento de homologação conforme trâmite entre as Autoridades Centrais do país requerente e do país requerido.

Portanto, uma vez respeitados e cumpridos os requisitos do Artigo 20 do Protocolo, o ato vale por si só, independente de homologação, cumprindo o objetivo de integração regional no âmbito judicial como almejado pelos Estados Partes por meio da ferramenta Protocolo de Las Leñas.

VI. Conclusão

O Protocolo de Las Leñas constitui importante ferramenta na cooperação entre autoridades e para o processo de integração do MERCOSUL tal como previsto na Constituição da República Federativa do Brasil e no Tratado de Assunção (1991).

19 Carta Rogatória N° 7.899 – República Argentina, Rel. Min. Celso de Mello.

O reconhecimento do Protocolo de Las Leñas pelo judiciário brasileiro, tal como no REsp 1.308.686/SP, em muito contribui para sua eficácia e respeito. Somente o respeito aos tratados e protocolos firmados pelos Estados Partes confere veracidade e realidade às intenções de integração e cooperação.

A referência contida no Protocolo ao diálogo e troca de informações entre as Autoridades competentes (Autoridades Centrais), é realmente inspiradora, ainda que ausente a cooperação em outras esferas além da cooperação jurídica.

Ao conferir às decisões oriundas dos Estados Partes o efeito de extraterritorialidade e o reconhecimento da mesma força probatória de instrumentos públicos emanados de um Estado Parte em outro Estado Parte, o Protocolo de Las Leñas constitui instrumento indispensável para o processo de integração regional para além da cooperação jurisdicional.

Portanto, ainda que a integração no âmbito do MERCOSUL tenha um longo caminho a percorrer, a apreciação pelo STJ, ora comentada, é um claro exemplo da importância de instrumentos tais quais o Protocolo de Las Leñas como ferramentas para a eficaz e efetiva integração regional.

IGUALDADE DE TRATAMENTO PROCESSUAL E ISENÇÃO DE CAUTIO IUDICATUM SOLVI NO PROTOCOLO DE LAS LEÑAS

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro,
Embargos de Declaração no Agravo de
Instrumento Nº 27.675/2007, 29/06/2011

*Fernando Pedro Meinero**

*Augusto Jaeger Junior***

Sumário: I. Breve aproximação ao tema; II. Marco normativo; III. Fatos; IV. Decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; V. Análise do caso: 1. Antecedentes normativos da isenção de *cautio iudicatum solvi*, 2. Interpretação dos tratados internacionais, 3. Tratamento equitativo e livre acesso à justiça como objetivos, 4. Jurisprudência dos Estados Partes do MERCOSUL na matéria; VI. Conclusões.

I. Breve aproximação ao tema

A existência de um número cada vez maior de relações transnacionais, isto é, aquelas que excedem a um ordenamento jurídico determinado, é uma consequência do marcado aumento do movimento

* Professor da Universidade Federal do Pampa (Campus Santana do Livramento). Doutor em Direito Internacional Pri-vado (UFRGS). Mestre em Integração Latino-Americana (UFPSM). Advogado (UNL – Argentina) com Revalidação para Bacharel em Direito (UFPEL).

** Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), em Porto Alegre, Brasil. Professor Associado da Faculdade de Direito. Líder do Grupo de Pesquisa “Direito Internacional da Concorrência” (UFRGS/CNPq). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

de pessoas, mercadorias e capitais de nosso tempo. Uma parte dessas relações transnacionais resulta em conflitos que são dirimidos por mecanismos estatais de administração de justiça, nos quais uma das partes – quando não ambas – se encontra na incômoda posição de litigar diante de um foro com o qual não guarda uma proximidade. Assim, as circunstâncias fáticas, conjugadas com normas que determinam o alcance da jurisdição estatal (normas de jurisdição) podem fazer com que o autor ou o réu devam litigar fora do Estado da sua nacionalidade, domicílio ou residência habitual¹.

Quando o autor é uma pessoa, física ou jurídica, que não conta com residência nem patrimônio no Estado do foro, surge a preocupação acerca de como assegurar a condenação em honorários e custas processuais em caso de sucumbir no seu pedido. Precisamente, a caução legal ou *cautio iudicatum solvi* (conhecido nos países de língua hispânica como *arraigo*) consiste em uma exigência legal por meio da qual é requerido ao estrangeiro, como pré-condição para o início de uma ação perante uma jurisdição nacional e como pré-condição para a viabilidade do processo, que garanta antecipadamente o pagamento das custas do mesmo.² Do ponto de vista do direito processual, a necessidade da caução é elevada à condição de pressuposto processual objetivo positivo, sem cujo atendimento o processo, como relação jurídica, não se estabelece validamente, impedindo que se chegue a uma sentença que possa apreciar o mérito da causa.³

A denominação do instituto parece sugerir a sua origem no Direito Romano, tendo sido apontado um parentesco com a *cautio pro expensis* (Novela 112, cap. 2) e a *satisfatio iudicatum solvi* (Gaio, IV, 89 e 102). No entanto, é na Idade Média que se percebe o seu surgimento entre os costumes franceses a respeito dos direitos das cidades italianas, evidenciando-se posteriormente nas decisões do Parlamento de Paris de 4 de janeiro de 1562 e 6 de fevereiro de 1630, na decisão do Parlamento de Dijon de 28 de julho de 1649, e no artigo 18, título 2, de uma Ordenação

1 Para um estudo completo acerca das normas de jurisdição internacional brasileiras veja-se JATAHY, Vera M. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*, Rio de Janeiro, Forense, 2003. Mais recentemente: TIBÚRCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira. Competência Internacional e imunidade de jurisdição*, Salvador, Juspodivm, 2016.

2 RAPALLINI, Lílana E. “Excepción de falta de arraigo en procesos mercosureños”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, año 3, n° 6, 2015, p. 337.

3 DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*, 19ª ed., São Paulo, Atlas, 2016, p. 173. THEDORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*, vol. 1, 57ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 144.

do Duque Leopoldo de Lorena de 1707.⁴

Tellechea Bergman aponta que, além da *cautio iudicatum solvi*, existem outras maneiras tradicionais de tratamento discriminatório com relação àquele litigante que não possua vínculos com o foro, citando a inversão do ônus da prova, dificuldade de acesso ao benefício da justiça gratuita e a consideração do devedor não pertencente ao foro como prova suficiente do perigo da frustração dos direitos do autor, permitindo-se medidas cautelares em favor do credor.⁵ Esse tratamento diferenciado evidencia uma possível tensão com o direito de acesso à justiça⁶ e de igualdade, neste caso, no tratamento processual.

O direito de igualdade previsto nos textos constitucionais e instrumentos internacionais, se traduz na ideia de igualdade *perante* a legislação (igualdade formal) e igualdade *na* legislação (igualdade material). Para o direito processual, enquanto a primeira significa a aplicação uniforme da lei processual, a segunda pressupõe a inexistência de distinções arbitrárias no seu conteúdo. Neste sentido, a diferenciação somente deverá ter lugar apenas com a utilização de critérios legítimos para distinção entre pessoas e situações no processo, e correspondendo a uma finalidade legítima.⁷ No processo, essa igualdade é conhecida como

4 BENÍTEZ DE LUGO, Mariano A. “La ‘cautio iudicatum solvi’ en el Derecho Español”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol 24, nº 3-4, 1971, p. 355. SOLOMAN, Eugène, *Essai sur la condition juridique des étrangers dans les législations anciennes et le droit moderne*, Tese (Doutorado em Direito), 254 p., Caen, Faculté de droit de Caen, 1844, p. 78.

5 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Condición procesal del litigante foráneo en el DIPr”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, año 3, nº 6, agosto 2015, p. 324.

6 De acordo com Capelletti e Garth, o conceito de acesso à justiça foi sendo transformado ao longo da história do Estado moderno. Assim, nos Estados liberais dos Sec. XVIII e XIX, as leis de procedimento civil refletiam o espírito individualista dos direitos vigente, traduzindo-se em um direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação. Por ser considerado um direito natural, anterior ao Estado, não cabia mais este do que uma atitude passiva. Sua função era apenas não permitir que outros violem esse direito do indivíduo, sem preocupar-se se, na prática, este teria condições efetivas de exercê-lo. Nessa lógica, somente podiam aceder à justiça aqueles que pudessem enfrentar seus custos. O acesso à justiça, apenas formal, acompanhava a lógica da igualdade, também formal, mas não efetiva. Com o abandono do modelo liberal burguês, provocado pelas transformações sociais ocorridas no início do Sec. XX, atribui-se ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. Este movimento reconheceu direitos e deveres sociais dos governos e indivíduos que servem para tornar efetivos os direitos individuais. Assim, demandou-se uma atitude positiva do Estado para garantir o acesso efetivo à saúde, à educação e, também, à justiça. CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 9-11. É sobretudo no pós Segunda Guerra Mundial, que esse conjunto de direitos a uma prestação por parte do Estado vai ser consagrado não apenas em um número significativo de Constituições, senão em nível global e regional, por meio de instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos. Assim, o acesso à justiça se faz presente na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (art. 8), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 14), na Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (arts. 8 e 25), na Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 6 e 13) e na Carta Africana de Direitos Humanos – Carta de Banjul (art. 7).

7 SARLET, Wolfgang I; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2018, pp. 838-839. Assim, o princípio da igualdade não é uma norma que ordena sempre o tratamento igual

“paridade de armas” (*Waffengleichheit*, *parità delle armi*, *égalité des armes*), por meio da qual as partes participarão de um processo justo se dispuserem das mesmas oportunidades e dos mesmos meios para fazerem ouvir seus pedidos.⁸

A partir dessa perspectiva de análise, o legislador processual realizaria essa igualdade processual ao equilibrar, por meio de uma caução, o perigo que representa não contar com uma garantia de satisfação dos custos do processo em caso de sucumbência. De qualquer modo, estará impondo um ônus a autores menos favorecidos que queiram acionar no Brasil a um devedor recalcitrante.⁹

Enquanto a exigência *cautio iudicatum solvi* tem sido inserida nas legislações processuais de ordem interna dos diferentes Estados, diversos instrumentos internacionais têm propiciado a eliminação deste obstáculo, destacando-se o Protocolo de Las Leñas (PLL), assinado no âmbito do MERCOSUL.

Não se pretende neste comentário desenvolver uma discussão de mérito acerca da necessidade da *cautio iudicatum solvi*. Contrariamente, quer-se debater criticamente a interpretação e aplicação do denominado Protocolo de Las Leñas (PLL) por parte do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nos Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento N° 27.675/2007, em relação à exigência de caução trazida pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1973. De forma mais ampla, pretende-se questionar a interpretação dada ao referido tratado.

nen proíbe sempre o tratamento desigual. Isso porque a igualdade é um conceito relacional, que vincula como mínimo a dois entes, sujeitos, ou “pares de comparação”, com base em determinado termo, fator de comparação, variável, característica, critério (*tertium comparationis* ou “medida de comparação”). STEINMETZ, Wilson *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 233. Para Alexy os juízos de igualdade são juízos sobre relações triádicas, em que “*a* é igual a *b* com respeito à propriedade *E*”. São juízos sobre uma igualdade parcial, ou seja, uma igualdade fática referida apenas a algumas e não todas as propriedades do par de comparação, e o mesmo vale para os juízos de desigualdade. ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, Trad. de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 399. A esses conceitos agregue-se a noção de finalidade da comparação, ou seja, qual o objetivo que se pretende alcançar com tal diferenciação. O que se deve observar é se existe uma correlação justificável entre o critério de diferenciação e a finalidade ou objetivo perseguido pela norma. Desta forma, Mello afirma: “(...) as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula de igualdade apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento por ela conferida (...)”. MELLO, Celso A. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 17. A esses conceitos agregue-se a noção de finalidade da comparação, ou seja, qual o objetivo que se pretende alcançar com tal diferenciação. O que se deve observar é se existe uma correlação justificável entre o critério de diferenciação e a finalidade ou objetivo perseguido pela norma. AVILA, Humberto, *Teoria da igualdade tributária*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 47.

8 SARLET, Wolfgang I; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2018, pp. 838-839.

9 ARAUJO, Nádia. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*, 7ª ed. rev. atual. e ampl, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 215.

Neste caso poderá ver-se claramente um problema recorrente na interpretação das normas do MERCOSUL pelos tribunais nacionais dos Estados Partes. Estes, tomando por base a mesma norma, dão a ela uma interpretação divergente daquela que se coaduna com o objetivo perseguido à época da ratificação do instrumento internacional, minando a realização do propósitos do Tratado de Assunção (TA).¹⁰

II. Marco normativo

Neste ponto apresenta-se, em ordem cronológica, o marco normativo da questão da *cautio iudicatum solvi*, especificamente com relação às normas invocadas na decisão em comento e seus antecedentes.

No Brasil, a exigência de caução legal foi introduzida no Código de Processo Civil de 1939, cujo art. 67 assim dispunha: “O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do país ou dele se ausentar durante a lide, se não tiver bens imóveis que assegurem o pagamento das custas, prestará caução suficiente, quando o réu o requerer”.¹¹

Já o Código Processual Civil brasileiro de 1973 (CPC/1973) regulamentou com mais detalhes o instituto, prevendo exceções:

Art. 835. O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento.

Art. 836. Não se exigirá, porém, a caução, de que trata o artigo antecedente:

I - na execução fundada em título extrajudicial;

II - na reconvenção.

Art. 837. Verificando-se no curso do processo que se desfaleceu a garantia, poderá o interessado exigir reforço da caução. Na petição inicial, o requerente justificará o pedido, indicando a depreciação do bem dado em garantia e a importância do reforço que pretende obter.

10 VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación del Derecho de la Integración Unión Europea, Comunidad Andina y MERCOSUR*, Buenos Aires – Montevideo, Bdef, 2011, p. 2.

11 BRASIL. Código de Processo Civil – Decreto-lei Nº 1.608 de 18 de setembro de 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 22/05/2020.

Art. 838. Julgando procedente o pedido, o juiz assinará prazo para que o obrigado reforce a caução. Não sendo cumprida a sentença, cessarão os efeitos da caução prestada, presumindo-se que o autor tenha desistido da ação ou o recorrente desistido do recurso.¹²

Como se observa, o CPC/1973 inovou ao incorporar os honorários sucumbenciais como objeto de proteção, assim como as exceções relacionadas com a execução de título extrajudicial e a reconvenção. No entanto, manteve como elemento determinante a residência fora do Brasil e a ausência de bens imóveis no Brasil. Desse modo, não há distinção quanto à nacionalidade do autor, podendo ser brasileiro ou estrangeiro.

Em 1992, os Estados Partes do MERCOSUL assinaram o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Decisão CMC 05/92), na cidade argentina de Las Leñas. Este instrumento foi ratificado pelo Brasil no ano de 1996.¹³ No seu texto se estabelece o compromisso dos Estados Partes em “prestar assistência mútua e ampla cooperação jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa” (art. 1).

No art. 3 do PLL se estabelece a igualdade de tratamento processual como princípio, determinando que “Os cidadãos e os residentes permanentes de um dos Estados Partes gozarão, nas mesmas condições dos cidadãos e residentes permanentes do outro Estado Partes, do livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses (...)”. Ainda que o artigo citado já seja suficiente para afastar qualquer desequiparação com relação aos locais, entendeu-se necessário especificar a matéria da *cautio iudicatum solvi*. Desse modo, o artigo 4 dispôs que:

Nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja sua denominação, poderá ser imposto em razão da qualidade de cidadão ou residente permanente de outro Estado Parte.

O parágrafo precedente se aplicará às pessoas jurídicas constituídas, autorizadas ou registradas conforme as leis de qualquer dos Estados Partes.

No âmbito bilateral, entre os dois países vinculados ao caso em

12 BRASIL. Código de Processo Civil – Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869/impresao.htm. Acesso em: 22/05/2020.

13 BRASIL. Decreto Nº 2.067, de 12 de novembro de 1996. Promulga o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D2067.htm. Acesso em: 22 maio 2020.

análise vigora desde 1996 o Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai. De similar redação ao disposto no PLL, nos seus arts. 21 e 22 estabelece a igualdade de tratamento processual e a impossibilidade de exigência de caução ou depósito.

Também similares termos dispôs o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile (Decisão CMC 08/02), assinado em 2002, configurando-se uma extensão do PLL a estes últimos dois países. Foi ratificado pelo Brasil em 2006.¹⁴

Aqui já pode vislumbrar-se um conflito entre o disposto nestes instrumentos regionais e o disposto no CPC/1973. Precisamente, como se verá no caso em comento, a questão a ser discernida diz respeito a se o PLL (e o mesmo raciocínio vale para os outros dois instrumentos internacionais que lhe seguiram) afastaria a aplicação do ordenamento processual civil.

Em 2015, o Código de Processo Civil brasileiro sofreu uma importante reforma. A respeito do seu antecedente, o novo CPC de 2015 incorporou expressamente a seguinte hipótese de exceção: Art. 83 (...) § 1º Não se exigirá a caução de que trata o *caput*: “I - quando houver dispensa prevista em acordo ou tratado internacional de que o Brasil faz parte.”¹⁵ Assim, este dispositivo parece ter dissipado as dúvidas que, como se verá a seguir, se apresentaram na hora de aplicar o PLL.

III. Fatos

Dos autos se desprende que a empresa VILLERMOND S/A, sociedade empresária com sede em Montevidéu/Uruguai, celebrou um contrato de internacional com a empresa CEREAIS BRAMIL LTDA, sociedade empresária com sede no município de Três Rios/RJ, por meio

14 BRASIL. Decreto Nº 6.891, de 2 de julho de 2009. Promulga o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6891.htm. Acesso em: 22/05/2020.

15 BRASIL. Código de Processo Civil. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 22/05/2020.

do qual se comprometeu a fornecer à primeira 10.500.000 unidades de preformas de 49 (quarenta e nove) gramas cristais para utilização em confecção de garrafas *pet* de 2 litros.

Surgiram divergências acerca do cumprimento do contrato. Concretamente, VILLERMOND S/A aduziu que CEREAIS BRAMIL LTDA forneceu resina diversa da acordada e que as preformas possuíam gramatura inferior à constante do contrato. Consequentemente, entendia o cabimento da multa contratual pactuada equivalente ao dobro do objeto do contrato para o caso de o vendedor não cumprir suas obrigações.

Em razão do descumprimento do contrato, VILLERMOND S/A propôs uma ação de execução de título extrajudicial contra CEREAIS BRAMIL LTDA, na qual visava ao pagamento de R\$10.968.997,95 (dez milhões, novecentos e sessenta e oito mil, novecentos e noventa e sete reais e noventa e cinco centavos), a título de multa contratual.

Sobrevindo a penhora, a executada CEREAIS BRAMIL LTDA, opôs embargos à execução, tendo a Juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de Resende/RJ recebido os embargos nos seguintes termos: “Distribua-se por dependência. Suspendo a execução. Autorizo a juntada dos documentos requeridos no item A.1 (fls. 68). Certifique-se o cartório acerca do cumprimento do art. 835, CPC, nos autos da execução. Em caso de descumprimento, intime-se o autor para prestar caução (fls. 60)”.

Contra a decisão mencionada *supra*, foi interposto agravo de instrumento, para o qual o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) negou provimento nos seguintes termos:

Agravo de Instrumento. Execução por título executivo extrajudicial. Decisão que determinou à agravante, empresa estrangeira com sede no Uruguai, a prestar caução. Ação de execução por título extrajudicial aforada perante o Juízo Cível da Comarca de Resende. Distribuição por dependência à ação cautelar de produção antecipada de prova pericial. Agravada que tem sede na Comarca de Três Rios. A execução por título executivo extrajudicial é procedimento autônomo que, contendo dívida líquida, certa e exigível, independe de procedimento cautelar para sua fixação. Agravada sediada na comarca de Três Rios. Competência do Juízo onde se localiza a sede da pessoa jurídica. Inteligência do art. 100 inciso IV alínea a do C.P.C. Inexecução contratual. Fixação do valor exequendo. Matéria

controvertida que exige dilação probatória ampla sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, mormente por envolver a prévia rescisão contratual. Possibilidade de grave lesão de difícil reparação. Suspensão da execução que se impõe, além da imprescindibilidade da oferta de caução. Inteligência dos arts. 835 e 739-A do C.P.C. Desprovimento do recurso (fls. 509).¹⁶

Contra esta decisão foram opostos embargos de declaração, que foram desacolhidos. Posteriormente, foi interposto o REsp N° 1.103.436/RJ,¹⁷ dando-se provimento ao mesmo e determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem, afim de que este se pronunciasse acerca da aplicabilidade do PLL com relação à isenção da caução.

Ao retornarem os autos ao TJRJ, este confirmou a manutenção da caução legal do artigo 835 do CPC/1973, contrariamente ao disposto no PLL.

IV. Decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Retornados os autos, o TJRJ proferiu novo julgamento nos Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento N° 27.675/2007,¹⁸ nos seguintes termos:

Embargos de Declaração. Agravo de Instrumento. Execução por título executivo extrajudicial. Decisão que determinou à exequente-agravante, empresa estrangeira com sede no Uruguai, a prestar caução. Acórdão desta Colenda Câmara Cível que manteve a decisão agravada, mantido em sede de embargos declaratórios. Decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça que entendeu haver omissão quanto à incidência ou não do Protocolo de Las Leñas. Cobrança que se baseia na inexecução contratual, matéria controvertida e que exige dilação probatória ampla, mormente por envolver a prévia rescisão contratual e a fixação do valor exequendo. Oferta de contracautela que é imprescindível nas hipóteses em que a pessoa jurídica sediada no exterior não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento das verbas de sucumbência. Exegese do art. 835 do C.P.C. que não conflita

16 Sem destaque no original.

17 STJ. REsp 1.103.436/RJ. Decisão monocrática. Relator: Aldir Passarinho Junior. Julgamento: 06/12/2020. Publicação.

18 TJRJ. Embargos de declaração em Agravo de Instrumento no 27.675/2007. Décima Câmara Cível. Relator: Gilberto Dutra Moreira. Julgamento: 29/06/2011. Publicação: 11/07/2011.

com o art. 4º do Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa.

Exigência de caução nas execuções por título extrajudicial em desfavor das pessoas jurídicas sediadas nos países signatários do MERCOSUL. Possibilidade nas hipóteses em que não demonstrado o atendimento do princípio da reciprocidade. Aplicação do Protocolo de Las Leñas que se afasta. Acolhimento parcial dos embargos, apenas para suprir a omissão apontada, mantido integralmente o aresto embargado” (fl. 753).¹⁹

Por um lado, o Tribunal entendeu que a cobrança que pretendia a exequente VILLERMOND S/A não decorria de uma matéria incontroversa. Contrariamente, dependeria de dilação probatória ampla, ao envolver a prévia rescisão contratual e a fixação do valor da execução. De tal modo, não se enquadraria na exceção do art. 836, inc. I do CPC/1973 que isentava de caução as execuções fundadas em títulos extrajudiciais.

Em segundo lugar, entendeu que a exigência de caução é legítima nas hipóteses em que a pessoa jurídica sediada no exterior não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento das verbas de sucumbência, conforme disposto no art. 835 da CPC/1973, pois este não guarda conflito com o art. 4º do PLL. Segundo o Tribunal a exigência da lei brasileira que impõe a existência de bens no Brasil para a garantia do pagamento dos ônus sucumbenciais, não burla a isonomia entre as empresas nacionais e as estrangeiras pertencentes aos países signatários, garantida pelo PLL.

Por fim, aplicando o princípio da reciprocidade, entendeu que a exigência de caução nas execuções por título extrajudicial, em desfavor das pessoas jurídicas sediadas nos países signatários do MERCOSUL, é cabível nas hipóteses em que não evidenciado o tratamento isonômico do país signatário no qual a empresa é sediada, motivo pelo qual seria afastado o PLL.²⁰

Com base nesses fundamentos, o Tribunal de Justiça entendeu pela não isenção da caução, negando a isenção disposta no art. 4 do PLL à empresa uruguaia.

19 Sem destaque no original.

20 Como se verá supra, resulta incompreensível esta referência à falta de reciprocidade, não apenas por que não é um critério utilizado nem no CPC/1973 nem no PLL, senão também porque o Código General del Proceso uruguaio desde o ano 1988 não mais exige caução.

Esta decisão que se comenta foi objeto do Agravo em Recurso Especial N° 166.409/RJ,²¹ de Relatoria do Ministro Raúl Araújo, julgado em 2017. Contudo, o recurso foi rejeitado, sem análise do mérito, em virtude da falta de impugnação dos fundamentos da decisão por parte da recorrente, nos termos da Súmula 283/STF.

V. Análise do caso

A leitura da decisão permite identificar, basicamente, duas interpretações possíveis do PLL e sua relação com a normativa interna brasileira. O primeiro raciocínio, sustentado pelo Tribunal, é o de que a lei brasileira, ao exigir o pagamento de caução, não diferencia entre brasileiros e estrangeiros, pois o critério para determinar a necessidade de caução está fundado na residência do autor (e na ausência de bens imóveis no Brasil). Assim, de acordo com a lei brasileira, um brasileiro residente em Madrid receberá o mesmo tratamento que um australiano residente em Sidney ou um uruguaio residente em Montevideú. Neste sentido, segundo a lógica do Tribunal, o que o PLL proíbe é a imposição de caução especificamente por se tratarem de cidadãos ou residentes em outros Estados Partes diferentes do foro. Essa exigência deixa de ser específica quando o Estado brasileiro, por meio de sua normativa interna, impõe a caução de forma geral a todo aquele que residir fora do Brasil – quer seja brasileiro, quer seja estrangeiro –, e não possua bens imóveis no país.

A segunda leitura, à qual se adere, se coaduna com o espírito do PLL, pois o que busca o instrumento é facilitar o acesso aos tribunais por residentes dos Estados Partes, em igualdade de condições aos residentes do local do foro onde se intente a ação.

Antes de incursionar na hermenêutica do PLL, vale a pena observar quais são os critérios utilizados para a exigência da *cautio indicatum solvi* e o que dispõem os tratados em geral acerca da sua isenção.

1. Antecedentes normativos da isenção de *cautio indicatum solvi*

A nível de direito comparado, a necessidade da *cautio indicatum solvi*

21 STJ. Agravo em Recurso Especial N° 166.409/RJ. Decisão monocrática. Julgamento: 22/06/2017. Publicação: 01/08/2017. Em virtude de o STJ não ter apreciado o mérito da questão acerca do cabimento da isenção da *cautio indicatum solvi* por incidência do Protocolo de Las Leñas, optou-se por comentar a decisão do TJRJ que, sim, realizou esta análise.

está presente em diversos ordenamentos, variando os critérios para exigila. Assim, os Estados podem classificar-se em: a) Estados que não exigem caução aos autores estrangeiros (Bulgária, Rússia, Finlândia, Portugal, Peru, Chile, Equador, Egito, Síria e Líbia); b) Estados que exigem caução de qualquer autor, independentemente da sua nacionalidade (Costa Rica); c) Estados que adotam o critério da reciprocidade (Alemanha, Áustria, Dinamarca, Polónia, Ex-Tchecoslováquia, Hungria, Japão, México e Cuba); d) Estados que se guiam pela nacionalidade do autor, exigindo-a aos estrangeiros (França, Bélgica, Holanda); e) Estados que condicionam a obrigação de prestar àqueles que não têm domicílio no país (Inglaterra, Estados Unidos da América, Brasil); f) Estados que eximem os que possuem propriedade de uma certa importância no território do foro (França, Bélgica, Inglaterra, Cuba, Bolívia, Brasil).²²

A partir do direito internacional privado, o que se criticou primeiramente nas legislações foi o tratamento discriminatório de estrangeiros. Assim, já no ano 1877, a doutrina internacional privatista reagiu a essas exigências e aprovou, na Sessão de Zurique do *Institut du Droit International* a Resolução relativa à “Capacidade do estrangeiro diante da justiça: formas de procedimento”. No seu artigo primeiro dispôs que “O estrangeiro deve ser admitido em julgamento nos mesmos termos que o nacional, ou seja, em completa igualdade”.²³

Tellechea Bergman lembra que o mesmo princípio de não discriminação se encontra presente no Protocolo Adicional ao Tratado de Montevidéu de 1889, que no seu art. 1 dispõe que “As leis dos Estados Contratantes se aplicam aos casos que tenham lugar, sejam elas nacionais ou estrangeiras as pessoas interessadas na relação jurídica em causa”. Este dispositivo foi replicado no Protocolo Adicional ao Tratado de Montevidéu de 1940.²⁴

Diferentemente destes últimos, que não foram ratificados pelo Brasil, o Código de Bustamante se encontra vigente no ordenamento

22 BENÍTEZ DE LUGO, Mariano A. “La ‘cautio iudicatum solvi’ en el Derecho Español”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 24, n° 3-4, 1971, p. 360; RAPALLINI, Liliána E. “Excepción de falta de arraigo en procesos mercosureños”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, año 3, n° 6, 2015, p. 338.

23 INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Capacité de l'étranger d'être en justice: formes de la procédure*. Zurich, 11/09/1877. Disponível em: https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/1877_zur_05_fr.pdf. Acesso em: 22/05/2020; TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Condición procesal del litigante foráneo en el DIPr”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, año 3, n° 6, agosto 2015, p. 324.

24 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Condición procesal del litigante foráneo en el DIPr”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, año 3, n° 6, agosto 2015, p. 324.

brasileiro. Segundo o seu artigo 383: “Não será feita distinção entre nacionais e estrangeiros nos Estados Contratantes no que diz respeito à caução para comparecer em juízo”.²⁵

Os instrumentos internacionais citados têm em comum a ideia de evitar qualquer discriminação em virtude da nacionalidade. Contudo, não proibem expressamente os Estados contratantes de fixar a caução legal com base no critério domiciliar.

Em 1905, foi assinada a Convenção sobre Processo Civil sob auspícios da Conferência da Haia. Apesar de ter sido ratificada apenas por países europeus, deu um passo importante ao não permitir a imposição de caução a estrangeiros dos Estados contratantes que não possuam domicílio ou residência no Estado do foro (art. 17).²⁶ Ou seja, a preocupação central não foi apenas evitar a discriminação em virtude da nacionalidade, senão permitir um efetivo acesso à justiça em condições de igualdade com o domiciliado no Estado do foro. Esta disposição foi replicada na Convenção de Haia sobre Processo Civil de 1954, que conta com o expressivo número de 49 (quarenta e nove) membros porém, dentre esses não está o Brasil.²⁷ Finalmente, em 1980, a Convenção Internacional sobre o Acesso à Justiça,²⁸ também concluída no âmbito da Conferência de Haia, seguiu na mesma linha das anteriores. Diferentemente das anteriores Convenções de Haia, esta última está vigente no Brasil desde o ano 2012. Esta dispõe:

Artigo 14: Não será exigido nenhum tipo de garantia, caução ou depósito judicial de pessoas (inclusive pessoas jurídicas) habitualmente residentes em um Estado Contratante que sejam autores ou partes intervenientes de um processo perante juízos de outro Estado Contratante, exclusivamente pelo fato de serem estrangeiras ou de não serem domiciliadas ou residentes no Estado onde o processo foi instaurado.

A mesma regra aplicar-se-á a qualquer pagamento exigido do

25 BRASIL. Decreto N° 18.871, de 13 de agosto de 1929. Promulga a Convenção de Direito Internacional Privado de Havana. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>. Acesso em: 05/03/2017.

26 HCCH. *Convention du 17 juillet 1905 relative à la procédure civile, 1905*. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions/1905-civil-procedure-convention#status>. Acesso em: 22/05/2020.

27 HCCH. *Convention of 1 March 1954 on civil procedure*. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=33>. Acesso em: 22/05/2020.

28 HCCH. *Convention du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice*. Disponível em: <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=91>. Acesso em: 22/05/2020.

autor ou das partes intervenientes como garantia das custas processuais.²⁹

Como se observa, no âmbito da Conferência da Haia o entendimento parece ter sido no sentido de que não basta, para garantir a igualdade de tratamento processual e o acesso à justiça, não fazer distinções entre nacionais e estrangeiros na exigência da *cautio iudicatum solvi*. Trata-se de garantir um efetivo acesso, eliminando os obstáculos inclusive a quem não resida no Estado do foro.

De acordo com Gustaf Möller, Relator da Convenção, este instrumento preserva o equilíbrio da Convenção sobre Processo Civil de 1954, entre a isenção de caução e a facilidade da execução de decisões relativas a custas processuais e demais gastos.³⁰ Para tanto, o artigo 15 determina que as condenações ao pagamento de custas e despesas processuais proferidas em um dos Estados Contratantes em desfavor de qualquer pessoa isenta serão consideradas exequíveis gratuitamente em qualquer outro Estado Contratante.

Há outros tratados multilaterais firmados pelo Brasil que caminham no mesmo sentido, a saber: a Convenção Interamericana sobre obrigação alimentar, a Convenção de Haia sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Ainda, na ordem bilateral, é importante lembrar que, além do tratado com o Uruguai, o Brasil conta com instrumentos de cooperação com a Espanha, França, Itália, Líbano e Costa Rica, que dispõem no mesmo sentido que as Convenções de Haia sobre Processo Civil e sobre Acesso à Justiça.³¹

2. Interpretação dos tratados internacionais

Os tratados internacionais, como é o caso do PLL, são interpretados pelas mesmas modalidades que se encontram na interpretação do direito

29 BRASIL. Decreto Nº 8.343, de 13 de novembro de 2014. Promulga a Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça, de 25 de outubro de 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/D8343.htm. Acesso em: 22/05/2020.

30 MÖLLER, Gustaf. “Explanatory Report on the 1980 Hague Access to Justice Convention”, *Acts and Documents of the Fourteenth Session*, Tome IV, Judicial co-operation, 1980, p. 281. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2948&ctid=3>. Acesso em: 22/05/2020.

31 A lista de tratados que contam com essa disposição pode ser verificada em <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-civil/acesso-internacional-a-justica/acordos-internacionais>. Acesso em: 22/05/2020.

nacional. Porém, o desafio na tarefa aumenta se levado em conta o fato de que as partes se comprometem com o sentido dado aos termos em relação a um determinado momento, com determinado contexto semântico e cultural.³² Diga-se, ademais, o fato de tratar-se de normas que deverão ser interpretadas por tribunais domésticos de cada um dos Estados Partes, que no caso do MERCOSUL não contam com um aprimorado sistema de interpretação e uniformização se comparado com a União Europeia ou até com a Comunidade Andina de Nações.³³

A interpretação pode ser *autêntica*, que é a realizada pelos próprios Estados envolvidos na dúvida ou com percepção da vontade dos Estados quando da sua negociação. Assim, recorre-se aos trabalhos preparatórios (*travaux préparatoires*), ou seja, aqueles documentos que contêm declarações emitidas durante a negociação e versões provisórias do texto.³⁴ Já a interpretação não autêntica é a operada pelos juízes ou árbitros.³⁵ É precisamente dessa que se cuida neste trabalho.

De acordo com Currie, apoiando-se em Fitzmaurice, existem três grandes correntes de interpretação de tratados internacionais: 1) a que busca a intenção original das partes, por meio de referência a qualquer evidência das mesmas, quer seja textual ou extrínseca; 2) a “textual” ou do “sentido comum”, que põe o foco nas palavras utilizadas no tratado em si e lhe outorga sua interpretação natural; 3) a abordagem teleológica, baseada nos “fins e objetivos”, que leva em conta propósito geral do tratado. Estas abordagens frequentemente aparecem de forma combinada, no entanto, a Comissão de Direito Internacional tem mantido a opinião de que a interpretação textual ou de sentido comum prevalece sobre as outras.³⁶

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, cuidou da interpretação dos tratados internacionais nos arts. 31, 32 e 33, que formam um todo coerente e harmônico, que constituem uma

32 VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 103.

33 VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación del Derecho de la Integración Unión Europea, Comunidad Andina y MERCOSUR*, Buenos Aires – Montevideo, Bdef, 2011, pp. 1 e 2.

34 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo, *Manual de Direito Internacional Público*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 145.

35 VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 103-104.

36 CURRIE, John. *Public International Law*, 2ª ed, Toronto, Irwin Law, 2008, pp. 162-163; INTERNATIONAL LAW COMMISSION “Report of the International Law Commission on the Second Part of its Seventeenth Session (Monaco, 3-28 January 1966) and on its Eighteenth Session”. UN Doc. A/6309/Rev.1. *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, p. 220. Disponível em: https://legal.unorg/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf. Acesso em: 22/05/2020.

importante ferramenta hermenêutica.³⁷ Interessa, neste particular, a regra geral de interpretação prevista no art. 31, especialmente os incisos 1 e 2:

Artigo 31 - Regra Geral de Interpretação

1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.
2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos.

O inciso 1 impõe o dever de boa-fé na interpretação de um tratado. Segundo Varella, a boa-fé implica um juízo de razoabilidade, segundo o qual é razoável o direito decorrente de um tratado quando seu exercício é apropriado e necessário para se atingir a satisfação dos interesses que o direito pretende proteger. Ao mesmo tempo, deve ser justo e equitativo para todas as partes, não tendo por resultado garantir a uma das partes apenas uma vantagem injusta em relação às obrigações dele decorrentes.³⁸

Da mesma forma, deve ser dado aos termos o sentido comum atribuível em seu contexto. Trata-se de uma clara referência ao valor do texto do acordo, privilegiando o significado natural das palavras utilizadas por sobre outros significados, algo que já vinha sendo sustentado pela Comissão de Direito Internacional nos trabalhos preparatórios da Convenção de Viena.

Ainda, a interpretação de um tratado não pode relevar seu objetivo e finalidade, ou seja, para aquilo que o tratado foi assinado. Essas expressões parecem ser utilizadas, como sinônimos, que especificam aquilo que as partes pretenderam com a conclusão do compromisso. Por outra parte, não se trata de aspirações genéricas, que apenas comunicam desejos e esperanças. Pelo contrário encontram-se, normalmente, enunciados no preâmbulo com clareza e precisão, de modo a servirem como fonte de sentido para as disposições que a seguir se explicitam.³⁹

Em tal sentido, é importante observar quais foram os fins e objetivos previstos no Preâmbulo do PLL, a fim de determinar se os mesmos são capazes de conduzir uma interpretação do seu art. 4 diferente da que foi dada no acordão aqui comentado que rejeitou a isenção de *cautio iudicatum solvi*.

37 AMARAL JR, Alberto. *Curso de Direito Internacional Público*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2015, p. 96.

38 VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 104.

39 AMARAL JR, Alberto. *Curso de Direito Internacional Público*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2015, pp. 104-105.

3. Tratamento equitativo e livre acesso à justiça como objetivos

O PLL foi assinado pelos Estados Partes do MERCOSUL. Deste modo, deve ser entendido como parte de um plexo normativo que busca cumprir com os objetivos propostos no TA, firmado em 26 de março de 1991.⁴⁰ De fato, no seu primeiro considerando, o PLL lembra que o TA “implica o compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações nas matérias pertinentes para obter o fortalecimento do processo de integração”.

O objetivo de formar um mercado comum definido no TA implica “na livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias de qualquer outra medida de efeito equivalente”. Este objetivo é, sem dúvida inspirado na concepção de mercado comum do Tratado de Roma que criou as Comunidades Econômicas Europeias.⁴¹

Nesse contexto, no PLL, os Estados Partes declararam estar:

Desejosos de promover e intensificar a cooperação jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa, a fim de assim contribuir para o desenvolvimento de suas relações de integração com base nos princípios do respeito à soberania nacional e à igualdade de direitos e interesses recíprocos;

Convencidos de que este Protocolo contribuirá para o tratamento equitativo dos cidadãos e residentes permanentes dos Estados Partes do Tratado de Assunção e lhes facilitará o livre acesso à jurisdição nos referidos Estados para a defesa de seus direitos e interesses.⁴²

Deve prestar-se atenção ao parágrafo destacado, segundo o qual o Protocolo seria um meio para promover “o tratamento equitativo dos cidadãos e residentes permanentes dos Estados Partes do Tratado de Assunção” e facilitar o “livre acesso à jurisdição”.

40 MERCOSUR. *Tratado de Assunção para a Constituição de um Mercado Comum*. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documento/tratado-de-assuncao-para-a-constituicao-de-um-mercado-comum/>. Acesso em: 22/05/2020.

41 VENTURA, Deisy. *Las asimetrías entre el MERCOSUR y la Unión Europea. Los desafíos de una asociación inter-regional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 77.

42 Sem destaque no original.

Ainda que o tratamento equitativo dos cidadãos e residentes dos Estados Partes do MERCOSUL, possa ser garantido pela interpretação do art. 4 do PLL, segundo a qual não são permitidas as discriminações em virtude da nacionalidade, mas sim em virtude da residência, o propósito de garantir o “livre acesso à jurisdição” é, sem dúvida, um valor que o instrumento quis afirmar. Ele também aparece no art. 3 do PLL.

Partindo-se do pressuposto de que todas as palavras do tratado devem ser consideradas, e que devem ser interpretadas de forma a produzir um efeito útil,⁴³ não se pode deixar de entender que os Estados Partes quiseram eliminar qualquer restrição que impeça o acesso à justiça. O aprofundamento das relações comerciais dos particulares que têm no MERCOSUL um mercado ampliado, multiplica proporcionalmente a litigiosidade e o número de processos judiciais entre as partes estabelecidas nos Estados Partes do bloco.⁴⁴ Assim, se as relações são intensificadas por conta da eliminação de restrições ao livre comércio entre os Estados Partes, o mesmo incentivo é necessário na hora de solucionar qualquer diferença resultante, sob ameaça de aumentar a desconfiança entre os parceiros.

A hermenêutica aqui defendida guarda sustento com a idéia defendida também por Argerich, no sentido de que a exigência de caução deve interpretar-se com caráter restritivo, por tratar-se de uma limitação ao acesso à justiça.⁴⁵

Cumprе ressaltar que, de forma semelhante às Convenções de Haia de 1954 e 1980, o equilíbrio entre a isenção de caução e a facilidade da execução de decisões relativas a custas processuais e demais gastos está também aqui presente, pois em definitiva o PLL incluiu o Capítulo V, relativo ao “reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais”. Assim, uma sentença condenatória em custas poderá ser executada no Estado onde o autor tenha residência.

Por fim, para corroborar o entendimento proposto, deve levar-se em conta ainda que os mesmos Estados do bloco assinaram o Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e Assistência Jurídica Gratuita, segundo

43 VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 105.

44 PEROTTI, Alejandro. “Protocolo de Las Leñas. La excepción de arraigo en la jurisprudencia de los estados del MERCOSUR”, *Jurisprudencia Argentina*, vol. III, n° 10, 2003, p. 71.

45 ARGERICH, Guillermo. “El arraigo y su supresión por los tratados internacionales”, *La Ley*, Tomo Doctrina Judicial, n° 2, 1996, p. 631.

o qual “gozarão, no território dos outros Estados Partes, em igualdade de condições, dos benefícios da justiça gratuita e da assistência jurídica gratuita concedidos a seus nacionais, cidadãos e residentes habituais”.⁴⁶ Aqui resulta evidente que não se trata apenas de evitar a discriminação entre nacionais e estrangeiros, senão de efetivamente garantir o acesso à justiça.

Com o CPC/2015, ao incorporar este expressamente a dispensa de caução decorrente de previsão em tratado internacional, afastaram-se as dúvidas que se levantaram na aplicação do PLL no caso em comento.

4. Jurisprudência dos Estados Partes do MERCOSUL na matéria

Cumpra, por último, verificar se a decisão comentada reflete um entendimento consolidado sobre o PLL com relação ao art. 835 do CPC/1973 (ou seja, antes da menção aos tratados internacionais trazida pelo CPC/2015) ou se pode considerar-se isolada, não apenas com relação a outros tribunais brasileiros senão também com cortes dos Estados Partes do MERCOSUL.

Observa-se que o próprio TJRJ se manifestou em outras duas oportunidades pela prevalência da isenção proposta pelo art. 4 do PLL.⁴⁷

46 BRASIL. *Decreto N° 6.679, de 8 de dezembro de 2008*, Promulga o Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6679.htm. Acesso em: 22/05/2020.

47 TJRJ. *Agravo de Instrumento N° 0036830-77.2011.8.19.0000*. Décima Quarta Câmara Cível. Relator: Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho. Julgamento: 05/10/2011. Publicação: 11/10/2011; TJRJ. *Apelação N° 0394372-40.2012.8.19.0001*. Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Lindolpho Morais Marinho. Julgamento: 10/11/2014. Publicação: 13/11/2014.

Também, é robusta a jurisprudência no TJSP,⁴⁸ TJSC,⁴⁹ TJRS,⁵⁰ e TJPR,⁵¹ apenas citando os tribunais mais próximos em termos fronteiriços aos outros Estados Partes do MERCOSUL, o que demonstra que o entendimento dado pelo TJRJ não passou de um desvio hermenêutico.

48 TJSP. *Agravo de Instrumento* N° 0051295-53.1998.8.26.0000. Sétima Câmara de Direito Privado. Relator: Júlio Vidal. Julgamento: 02/12/1998. Publicação: 14/12/1998; TJSP. *Agravo de Instrumento* N° 0037055-20.2002.8.26.0000. Sétima Câmara (Extinto 1° TAC). Relator: Vicente Miranda. Julgamento: 05/11/2002. Publicação: 18/11/2002; TJSP. *Agravo de Instrumento* N° 0066273-20.2007.8.26.0000. Vigésima Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Roberto Mac Cracken. Julgamento: 22/11/2007. Publicação: 28/12/2007; TJSP. *Agravo de Instrumento* N° 0440939-11.2010.8.26.0000. Vigésimo Terceira Câmara de Direito Privado. Relator: Paulo Roberto de Santana. Julgamento: 27/01/2011. Publicação: 21/02/2011; TJSP. *Agravo de Instrumento* N° 0027357-72.2011.8.26.0000. Décimo Sétima Câmara de Direito Privado. Relator: Walter Fonseca. Julgamento: 23/03/2011. Publicação: 14/04/2011; TJSP. *Agravo de Instrumento* N° 2202016-21.2014.8.26.0000. Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Alcides Leopoldo. Julgamento: 10/03/2015. Publicação: 10/03/2015; TJSP. *Agravo de Instrumento* N° 9038258-14.2009.8.26.0000. Décima Câmara de Direito Privado. Relator: Octavio Helene. Julgamento: 23/02/2010. Publicação: 17/03/2010. Nesta última decisão, merece destaque a referência feita pelo Relator, no sentido de que “A agravante não pode ser qualificada como mera, empresa estrangeira, porque pertence a país signatário do MERCOSUL”.

49 Tjsc. *Agravo de Instrumento* N° 1998.008325-7. Primeira Câmara de Direito Comercial. Relator: Cláudio Barreto Dutra. Julgamento: 03/10/2000. Publicação: -; Tjsc. *Agravo de Instrumento* N° 2013.085311-9. Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Marcus Tulio Sartorato. Julgamento: 01/04/2014; Tjsc. *Apelação Civil* N° 0014930-03.2008.8.24.0033. Terceira Câmara de Direito Comercial. Relator: Denise de Souza Luiz Francoski. Julgamento: 17/11/2016.

50 TJRS. *Embargos de Declaração* N° 70040946907. Décima Primeira Câmara Cível. Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard. Julgamento: 30/03/2011. Publicação: 11/04/2011; TJRS. *Agravo de Instrumento* N° 70047903018. Vigésima Câmara Cível. Relator: Glênio José Wasserstein Hekman. Julgamento: 16/03/2012. Publicação: 20/03/2012; TJRS. *Agravo de Instrumento* N° 70049329378. Décima Câmara Cível. Relator: Marcelo Cezar Muller. Julgamento: 21/06/2012. Publicação: 16/07/2012; TJRS. *Agravo de Instrumento* N° 70050287135. Décima Primeira Câmara Cível. Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil. Julgamento: 29/08/2012. Publicação: 05/09/2012; TJRS. *Agravo de Instrumento* N° 70048879365. Décima Primeira Câmara Cível. Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil. Julgamento: 28/11/2012. Publicação: 03/12/2012; TJRS. *Agravo de Instrumento* N° 70053093449. Décima Primeira Câmara Cível. Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard. Julgamento: 01/02/2013. Publicação: 07/02/2013; TJRS. *Agravo de Instrumento* N° 700490229473. Décima Nona Câmara Cível. Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. Julgamento: 23/07/2013. Publicação: 29/07/2013; TJRS. *Agravo de Instrumento* N° 70052373305. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout. Julgamento: 25/07/2013. Publicação: 26/07/2013; TJRS. *Agravo de Instrumento* N° 70055737811. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento: 27/02/2014. Publicação: 05/03/2014; TJRS. *Agravo de Instrumento* N° 70064988199. Vigésima Câmara Cível. Relator: Dilso Domingos Pereira. Julgamento: 28/05/2015. Publicação: 05/06/2015; TJRS. *Agravo de Instrumento* N° 70064425879. Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos. Julgamento: 16/12/2015. Publicação: 22/01/2016; TJRS. *Apelação Civil* N° 70068146299. Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Ana Beatriz Iser. Julgamento: 04/05/2016. Publicação: 11/05/2016; TJRS. *Apelação Civil* N° 70068637727. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento: 19/05/2016. Publicação: 23/05/2016; TJRS. *Apelação Civil* N° 70083542936. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento: 14/05/2020.

51 TJPR. *Apelação Civil* N° 1385353-7. Sexta Câmara Cível. Relator: Clayton de Albuquerque Maranhão. Julgamento: 16/02/2016. Publicação: 22/03/2016; TJPR. *Agravo de Instrumento* N° 1336899-7. Décimo Sexta Câmara Cível. Relator: Luiz Fernando Tomasi Keppen. Julgamento: 29/02/2016. Publicação: 14/03/2016; TJPR. *Apelação Civil* N° 1486582-4. Décimo Primeira Câmara Cível. Relator: Fábio Haick Dalla Vecchia. Julgamento: 22/06/2016. Publicação: 14/07/2016; TJPR. *Embargos de Declaração* N° 1336899-7/01. Décimo Sexta Câmara Cível. Relator: Magnus Venicius Rox. Julgamento: 19/07/2016. Publicação: 22/07/2016; TJPR. *Agravo de Instrumento* N° 1336899-7. Décimo Sexta Câmara Cível. Relator: Magnus Venicius Rox. Julgamento: 22/02/2017. Publicação: 13/03/2017; TJPR. *Apelação Civil* N° 1736459-1. Décimo Primeira Câmara Cível. Relator: Mario Nini Azzolini. Julgamento: 04/04/2018. Publicação: 24/04/2018; TJPR. *Agravo de Instrumento* N° 1030691-1. Sexta Câmara Cível. Relator: Prestes Mattar. Julgamento: 17/04/2013. Publicação: 23/04/2013.

Com relação às decisões dos outros Estados Partes do bloco, a Corte Suprema de Justiça do Paraguai decidiu em favor de uma empresa brasileira, ao tratar da constitucionalidade da dispensa de *arraigo* prevista pelo PLL.⁵²

Já os tribunais argentinos têm decidido em diversas oportunidades desestimar a obrigatoriedade da caução de *arraigo*. De forma geral, a jurisprudência tem adotado uma interpretação restritiva da sua obrigatoriedade, como forma de garantir uma tutela jurisdicional efetiva,⁵³ apoiando-se ora no PLL,⁵⁴ ora na Convenção de Haia de Procedimento Civil de 1954.⁵⁵ Quando não aplicáveis esses instrumentos, reporta Wegher Osci que a jurisprudência já vem há algum tempo observando que, apoiando-se em uma interpretação restritiva, algumas situações conduzem a dispensar a exigência de caução: quando o autor não encontra foros alternativos para litigar, quer seja por ser exclusivo por força de lei, ou por acordo de eleição; nos casos de execução de sentença; em casos de falência; em caso de solicitar-se assistência judiciária gratuita; ou por entender-se que há uma tendência global à eliminação da exigência.⁵⁶ Fruto dessa tendência, o Código Civil e Comercial da Nação,⁵⁷ em vigor desde 2015, eliminou completamente a exigência de caução:

52 CORTE SUPREMA DE JUSTIÇA DO PARAGUAI. *Acción de inconstitucionalidad en el juicio: "Souza Cruz S.A. c/ La Vencedora S.A. s/Nulidad de la marca Hollywood"*, nº 326. Sala Constitucional. Relator: Raúl Sapena Brugada. Julgamento: 30/05/2001.

53 WEGHER OSCI, Florencia S. "Acceso a la justicia: la igualdad de trato procesal en el derecho internacional privado argentino consagrada en la reforma del código civil y comercial", *Pensamiento Civil*. Disponível em: <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3961-acceso-justicia-igualdad-trato-procesal-derecho-internacional-privado>. Acesso em: 22/05/2020.

54 Cita-se, a modo de exemplo: CNCom., Sala B, 21/07/2006, Odin S.R.L. c. Ava S.A.; CNCom., Sala B, 17/04/2009, Inversora Celisur S.A. c. Salto 96 S.A. y otros s. ordinario.

55 CNCiv., Sala F, 27/02/1992, Kohnke, Otto c. Knapp, Eugenio s. sucesión; CNCom., sala A, 12/10/06, Armor S.A. c. Armor Latina S.A.; CNCiv. y Com. Fed., Sala I, 30/12/2008, Schweizerische Lebensversicherungs Und Rentenanstalt c. Swiss Medical SA s. cese de oposición al registro de marca; CNCom., sala A, 11/08/2009, Circuitos A Fondo S.A. c. Viajes Futuro S.R.L. s. ordinario; CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 01/11/2013, Victorinox AG y otro c/ The Asia Holding Group S.A. s. nulidad de marca.

56 WEGHER OSCI, Florencia S, "Acceso a la justicia: la igualdad de trato procesal en el derecho internacional privado argentino consagrada en la reforma del código civil y comercial", *Pensamiento Civil*. Disponível em: <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3961-acceso-justicia-igualdad-trato-procesal-derecho-internacional-privado>. Acesso em: 22/05/2020.

57 ARGENTINA, *Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994*. Disponível em http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf. Acesso em: 22/05/2020. Para um estudo do acesso à Justiça no DIPr argentino após a reforma do Código Civil, ver: SCOTTI, Luciana. "El acceso a la justicia en el derecho internacional privado argentino: nuevas perspectivas en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Red Sociales, Revista del Departamento de Ciencias Sociales*, vol 3 nº 6, pp. 22-47, 2016. Disponível em: <http://www.redsocialesunlu.net/wp-content/uploads/2016/10/RSOC017-002-Scotti-L.-2016-El-acceso-a-la-justicia-en-el-derecho-internacional-privado-argentino.pdf>. Acesso em: 22/05/2020.

ARTICULO 2610.- Igualdad de trato. Los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina.

Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado.

La igualdad de trato se aplica a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de un Estado extranjero.

Esta decisão já tinha sido adotada pelo Uruguai, quando em 1988 derogou do seu Código General del Proceso a exigência do arraigo. Tellechea Bergman sustentava à época, junto com Didier Opperti, que a exigência colidia “no sólo con los desarrollos normativos internacionales más prestigiosos en la materia y los principios básicos del Derecho Internacional Público”, sino que además “vulneraban claros mandatos constitucionales que hacen de la igualdad ante la ley un principio cardinal de nuestro sistema jurídico”.⁵⁸

Tal como foi adiantado *infra*, resulta curiosa na decisão comentada a referência a uma suposta falta de reciprocidade de parte do Uruguai – local da sede da empresa autora – no tratamento do autor brasileiro que lá queira iniciar uma ação, como motivo adicional para evitar isenção. Se fosse um critério validado pelo CPC/1973 – o que não era –, seria procedente o relaxamento da exigência com base nesta circunstância.

VI. Conclusões

Como foi possível observar, a necessidade de *cautio iudicatum solvi*, apesar de suas razões, apresenta uma tensão com a igualdade de tratamento processual que deve ser dado às partes, considerando que o autor já enfrenta as dificuldades inerentes a litigar em foro alheio ao seu domicílio. A doutrina internacionalista desde finais do S. XIX percebeu essa exigência como discriminatória e, portanto, condenável. Este movimento tem sido acompanhado pela Conferência de Haia, ao promover a sua erradicação por meio das Convenções de 1905 e 1954

58 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Condición procesal del litigante foráneo en el DIPr”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, año 3, n° 6, agosto 2015, p. 333.

sobre Processo Civil e em 1980 com a Convenção sobre Acesso à Justiça, esta última ratificada pelo Brasil.

A decisão comentada se baseou em uma interpretação contrária aos objetivos do PLL, que são os de fortalecer o processo de integração regional, com o incremento da cooperação jurisdicional e com a adoção de instrumentos que consolidem, regras uniformes de tratamento às partes litigantes e, assim, maior segurança jurídica. A interpretação de não isentar a caução, sob o argumento de que brasileiros residentes no exterior também estão sujeitos ao seu pagamento, não é compatível com o espírito do referido instrumento internacional, e caminha na contramão de uma tendência à eliminação da *cautio indicatum solvi*. Tendência esta que se verifica não apenas na ordem global, senão que já é uma realidade nos ordenamentos de dois Estados Partes: Uruguai, desde 1988, e Argentina, desde 2015.

Felizmente, a análise de outras decisões demonstrou tratar-se de um entendimento isolado, o que permite guardar esperanças acerca da valorização dos instrumentos originados no bloco, em prol de maior segurança jurídica. No entanto, é fundamental a este respeito oferecer um maior espaço ao sistema de consultas previsto no Protocolo de Olivos, para permitir uma interpretação e aplicação uniforme destas normas.

OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PROCESSUAL INTERNACIONAL NO MERCOSUL: A ELIMINAÇÃO DA CAUTIO JUDICATUM SOLVI

Superior Tribunal de Justiça, AgRg na Medida
Cautelar Nº 14.605 - RJ, 17/02/2011

*Inez Lopez**

Sumário: I. Introdução: O Agravo Regimental (AgRg) na Medida Cautelar Nº 14.605-RJ, a aplicação dos princípios da igualdade do tratamento processual e a eliminação da caução judicial; II. Marco normativo: 1. O Protocolo de Las Leñas, o Acordo de Buenos Aires e a Cooperação Jurídica Internacional, 2. Princípio da Igualdade do Tratamento Processual, 3. A eliminação da *cautio judicatum solvi* no MERCOSUL; III. Os fatos do caso; IV. As decisões judiciais do caso em análise; V. Análise do caso: a aplicação dos princípios da não discriminação do litigante e da igualdade do tratamento procesual; VI. Conclusões.

I. Introdução: O Agravo Regimental (AgRg) na Medida Cautelar Nº 14.605-RJ, a aplicação dos princípios da igualdade do tratamento processual e a eliminação da caução judicial

Este artigo analisa uma das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em que o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, conhecido como Protocolo de Las Leñas, foi aplicado para fundamentar o

* Professora de Direito Internacional Privado e Público da Faculdade Direito da Universidade de Brasília (UnB). Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito Internacional Privado, Direitos Humanos e Comércio Internacional (GDIP-CNPq) e do Subgrupo GDIP-TRANSJUS/UnB. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

juízo. Este trabalho investiga, também, a aplicação de princípios do direito processual internacional no âmbito do MERCOSUL, tais como os princípios da jurisdição razoável, do acesso à justiça, da não discriminação do litigante, da cooperação internacional e da circulação internacional de decisões, estudadas por Vescovi.

A decisão do Agravo Regimental (AgRg) na Medida Cautelar Nº 14.605 – RJ, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 17/02/2011, teve como uma das argumentações jurídicas a aplicação do artigo 3º do Protocolo de Las Leñas no âmbito do MERCOSUL. O tribunal asseverou que o tratado assegura aos cidadãos e residentes permanentes em qualquer dos Estados Partes as “mesmas condições dos cidadãos e residentes permanentes de outro Estado Parte, de livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses”. Ademais, o STJ julgou favorável ao pedido do autor pela inexigibilidade de caução judicial com fundamento no artigo 4º do protocolo, que dispõe que “nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja sua denominação, poderá ser imposto em razão da qualidade de cidadão ou residente permanente de outro Estado Parte”. O Ministro Aldir Passarinho Junior foi o relator do caso e em seu relatório aplicou tanto o direito internacional, quanto o direito nacional.

Diante deste cenário jurídico-processual, este artigo examina os princípios aplicados ao caso analisado, em especial o princípio basilar da não discriminação do litigante em situações jurídicas internacionais e os demais princípios dele derivados. Os princípios da igualdade do tratamento processual e da eliminação da *cautio judicatum solvi* estão consagrados nos instrumentos internacionais do MERCOSUL (Protocolo de Las Leñas de 1992 e Acordo de Buenos Aires de 2002). A partir da análise do problema jurídico de direito internacional privado enfrentado no caso em análise, este artigo objetiva demonstrar a evolução e a importância dos instrumentos internacionais para afastar a discriminação processual nas situações ou litígios transnacionais em razão do elemento estrangeiro. Além disso, este trabalho demonstra que a discriminação processual do litigante estrangeiro obstrui o acesso à justiça e viola a igualdade processual entre as partes. A eliminação de obstáculos discriminatórios facilita a assistência ou cooperação jurídica internacional e garante um efetivo acesso à justiça transnacional.

II. Marco normativo

1. O Protocolo de Las Leñas, o Acordo de Buenos Aires e a Cooperação Jurídica Internacional

O Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa,¹ assinado em Las Leñas, em 27 de junho de 1992 (Protocolo de Las Leñas) e o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile,² assinado em Buenos Aires, em 5 de julho de 2002 (Acordo de Buenos Aires), são os principais instrumentos de cooperação ou assistência jurídica internacional entre os países membros e associados do MERCOSUL. Decorre da vontade política dos Estados Partes em promover e intensificar a cooperação jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa, a fim de contribuir para o desenvolvimento de suas relações de integração sobre a base de princípios de respeito à soberania nacional e à igualdade de direitos e interesses recíprocos, além da vontade de acordar soluções jurídicas comuns com o objetivo de fortalecer o processo de integração. O Protocolo de Las Leñas constitui importante passo para o processo de integração regional, segundo Magalhães, uma vez que concede os efeitos da extraterritorialidade às decisões judiciais providas dos países do MERCOSUL.³

O objetivo tanto do protocolo quanto do acordo é facilitar a circulação de atos judiciais estrangeiros, tais como os pedidos de homologação de sentenças estrangeiras, de concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, auxílio direto para informações do direito estrangeiro. Esses instrumentos internacionais são fontes do direito processual civil internacional no MERCOSUL, e compõem o arcabouço jurídico do sistema processual internacional próprio e particular do bloco econômico, com a adoção de um trâmite especial para o reconhecimento e cumprimento de sentenças estrangeiras e de cartas rogatórias⁴, a exemplo das cartas rogatórias executórias.

1 BRASIL. *Decreto de Promulgação nº 2.067*, de 12 de novembro de 1996.

2 BRASIL. *Decreto de Promulgação nº 6.891*, de 2 de julho de 2009.

3 MAGALHÃES, José Carlos de. “O Protocolo de Las Leñas e a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais proferidos nos países do MERCOSUL”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999, pp. 281-292, p. 283.

4 Sobre o assunto, ver LOPES, Inez; SANTOS, L. A. M.; RAMOS, M. B. B. “Cartas rogatórias e o Superior Tribunal

O direito processual internacional regula a função jurisdicional para prestação de serviços jurídicos transfronteiriços, dando eficácia aos pedidos de cooperação jurídica internacional. O direito processual internacional constitui parte do direito internacional privado e envolve problemas bastante complexos, segundo Vescovi, desde a determinação do juiz competente, os efeitos de uma sentença estrangeira até a extensão da gratuidade de justiça⁵. O autor define o direito processual internacional como “o conjunto de normas e princípios que regulam essa função jurisdicional quando seu cumprimento envolve algum tipo de contato com uma ordem jurídica estrangeira”.⁶

O Protocolo de Las Leñas de 1992 e o Acordo de Buenos Aires de 2002 se fundamentam nos princípios de direito processual internacional. Vescovi⁷ identifica a existência de cinco princípios ou ideias básicas, que refletem os valores que o direito processual civil deve observar: i) da jurisdição razoável, ii) o acesso à justiça, iii) não discriminação do litigante; iv) a cooperação internacional e v) a circulação internacional de decisão.

O princípio da jurisdição razoável que diz que um conflito ou litígio transnacional “deve ser confiado a um juiz cuja ordem jurídica tenha razoável conexão com o objeto do litígio”. Tanto o Protocolo de Las Leñas quanto o Acordo de Buenos Aires não definem os critérios de jurisdição, mas estabelecem a obrigação do Estado requerido de dar cumprimento à carta rogatória solicitada pelo Estado requerido desde que atendidos aos requisitos essenciais, por exemplo. Ambos os instrumentos são claros ao afirmarem que o cumprimento de uma carta rogatória não implica em reconhecimento da jurisdição internacional do juiz do Estado requerente nos termos do disposto no artigo 8º.

Com relação à eficácia extraterritorial de sentenças ou laudos arbitrais estrangeiros, o protocolo estabelece como um dos requisitos essenciais para o reconhecimento do título judicial estrangeiro que a decisão tenha sido proferida por um órgão jurisdicional ou arbitral competente, segundo as normas do Estado requerido sobre jurisdição

de Justiça: Uma análise quantitativa dos dez anos de cooperação jurídica internacional a partir da EC nº 45/2004”, em: PALUMA, Thiago; MENEZES, Wagner; MARTINS, Fernando Rodrigues (Org.), *Estudos avançados em direito internacional*, 1.ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. pp. 319-331.

5 VÉSCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional: Uruguay, el MERCOSUL y América*, Eciones Idea: Montevideo, 2000, p. 13.

6 VÉSCOVI, Op. cit., p. 13..

7 VÉSCOVI, Op. cit., pp. 16-22.

internacional, conforme disposto no artigo 20 §1º, c. Assim, o Protocolo de Las Leñas não define os critérios para determinar a jurisdição razoável ou competente para dirimir litígios transnacionais, mas tão-somente para determinar que os critérios de conexão razoável obedecem às normas sobre jurisdição internacional do Estado requerido.

O princípio do acesso à justiça tem um triplo significado, segundo Vescovi.⁸ Primeiro, o acesso à justiça se relaciona com o princípio da jurisdição razoável, se está vinculada ao objeto do litígio. Segundo, as partes em um contrato podem escolher livremente o foro competente de um Estado, desde que este Estado aceite a autonomia da vontade das partes em cláusula contratual de eleição de foro. Terceiro, o acesso à justiça se refere ao benefício da justiça gratuita e o direito à defesa jurídica. Neste contexto, o Protocolo de Las Leñas e o Acordo de Buenos Aires objetivam garantir o acesso à justiça transnacional conforme disposto nos respectivos preâmbulos de modo que os instrumentos internacionais de cooperação ou assistência jurídica internacional facilitarão “o livre acesso à jurisdição nos citados Estados para a defesa de seus direitos e interesses”. Polido ressalta que “conexo ao princípio do acesso à justiça encontra-se o princípio da denegação de justiça”.⁹ Nas relações jurídicas transnacionais que envolvem o contencioso internacional privado, a denegação de justiça pode ocorrer em face de um resultado de conflitos negativos de competência;¹⁰ isto é, nenhum dos Estados conectados a um determinado litígio transnacional têm competência para julgá-lo, uma vez que os critérios de jurisdição internacional definidos nas leis processuais não lhes outorgam o poder de julgar.

O princípio da não discriminação do litigante se fundamenta no tratamento idêntico entre os litigantes em um litígio transnacional, que tenham conexão com um elemento estrangeiro. Esse princípio proíbe quaisquer tipos de discriminação do litigante em razão de sua nacionalidade ou do lugar de seu domicílio, por exemplo. Estudos referentes a este princípio e os instrumentos internacionais do MERCOSUL serão estudados no item II.2.

A cooperação internacional é a pedra angular da sociedade

8 VESCOVI, Eduardo, *Derecho Procesal Civil Internacional: Uruguay, el MERCOSUR y América*, Montevideo: Ediciones IDEA, 2000, pp. 18-22.

9 POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito Processual Internacional e o Contencioso Internacional Privado*, Curitiba: Juruá editora, 2013, p. 43.

10 POLIDO, Op. cit., p. 44.

internacional. De acordo como o Artigo 1º, §3º da Carta das Nações Unidas, um de seus propósitos é “conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. À Assembleia Geral das Nações Unidas foi atribuída a competência para iniciar e realizar estudos a promover cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação, assim como para promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e sanitário e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. A competência para promover a cooperação econômica e Social internacional também foi atribuída ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC), nos termos do artigo 60 da Carta das Nações Unidas.

A cooperação jurídica internacional ou assistência jurisdicional internacional igualmente decorre desse princípio e constitui o princípio fundamental do direito processual internacional¹¹ que facilita o duplo fluxo de tráfico de serviços jurídicos transfronteiriços. Vecovi ressalta que a existência de diferentes ordens jurídicas provenientes de diversos Estados soberanos não seja empecilho para que uma ação judicial chegue onde seja necessário. Isso significa que os pedidos de cooperação jurídica internacional feitos por um juiz do Estado requerente sejam cumpridos pelo juiz do Estado requerido. A lei processual aplicável ao pedido de cooperação jurídica internacional é a do país de destino. O juiz de um tribunal estatal não está sujeito à lei processual estrangeira, uma vez que o exercício da jurisdição é ato de soberania. Assim, o pedido de cooperação jurídica pode ocorrer com fundamento em tratado internacional que impõe a obrigação internacional aos Estados Partes de dar cumprimento ao pedido, salvo se violar a ordem pública internacional, por exemplo. Caso um pedido de um juiz estrangeiro ocorra entre Estados sem acordo de cooperação bilateral ou multilateral previamente existente, o juiz do Estado requerido poderá fazê-lo, voluntariamente, com base no princípio da reciprocidade de tratamento. O Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa do MERCOSUL apresenta a finalidade do tratado no seu título, isto é, objetiva promover a cooperação e assistência jurisdicional transnacional.

11 VECOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional: Uruguay, el MERCOSUR y América*, Montevideo: Ediciones IDEA, 2000, p. 20.

Importante destacar que o avanço da cooperação jurídica internacional foi muito intenso no Século XX. Antes da criação das autoridades centrais, o sistema de comunicação entre os Estados ocorria pela via diplomática. A comunicação de atos era exercida diretamente pelo consulado do Estado requerido. O primeiro instrumento internacional a regular os atos de cooperação para a prestação de serviços processuais foi a Convenção da Haia de 14 de novembro de 1896 sobre Processo Civil,¹² denominada cooperação via diplomática, qualificada por Cano como “tempo dos embaixadores”.¹³ No âmbito Sul-Americano, os Tratados de Montevideu de 1899 inauguraram, então, o desenvolvimento do direito internacional privado no continente Sul-americano por meio da adoção de nove convenções internacionais. O sucesso de um tratado se fundamenta na confiança mútua entre os Estados em fortalecer a cooperação jurídica internacional entre as partes de uma convenção. Esse grau de confiança entre os Estados Latino-americanos não havia sido alcançado a um nível para uma maior adesão de países da região. O Brasil não adotou esses instrumentos, mas participou ativamente das conferências.

As técnicas de comunicação adotadas para a formulação de um pedido de cooperação jurídica eram transmitidas por intermédio das autoridades do Ministério das Relações Exteriores. As principais críticas a esse sistema eram em razão de ser extremamente complexo, lento e prejudicial para as partes envolvidas.¹⁴ Posteriormente, a cooperação consular indireta foi adotada como sistema de comunicação entre os Estados a partir das Convenções da Haia de 1905 e 1954, “com o objetivo de superar as deficiências e insuficiências do sistema anterior”.¹⁵ Considerada o embrião da autoridade central, nesta técnica de comunicação entre autoridades, o cônsul do Estado requerente não transmite diretamente o pedido de notificação ou a carta rogatória ao interessado, mas sim à autoridade designada.¹⁶ As comunicações entre as autoridades centrais ocorriam pela troca de correspondência via Correios.¹⁷ Atualmente existe

12 McCLEAN, David. *International Co-operation in civil and Criminal Matters*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 19.

13 GARCÍA-CANO, Sandra. “Evolución de las Técnicas de Cooperación Internacional entre Autoridades en el Derecho Internacional Privado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 112, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 80.

14 Idem

15 GARCÍA-CANO, Op. cit., p. 82.

16 Idem.

17 LOPES, Inez. “Direito Internacional Privado e Tecnologias da Informação: Facilitando a Cooperação Jurídica Internacional”, 5º Congresso de Direito na Lusofonia, 2018, Braga, *Direito e Novas Tecnologias*, Braga: Editora Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018. pp.145 – 154, p. 148.

uma pluralidade de acordos bilaterais e multilaterais que determinam a autoridade central competente.

No âmbito do MERCOSUL, a comunicação para receber e dar andamento aos pedidos de assistência jurisdicional internacional é realizada por intermédio de autoridades centrais dos respectivos Estados Partes, confirmando que a técnica facilita a assistência jurisdicional a partir de um órgão permanente definido pelo próprio Estado. Para este acordo, a autoridade central designada é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Com relação aos instrumentos de cooperação e assistência jurisdicional, a cooperação em atividades de simples trâmite e probatórias ocorrerão por meio de cartas rogatórias ou exortos. As diligências de simples trâmite se destinam entre outras atividades, para citações, intimações, citações com prazo definido, notificações e para recebimento ou obtenção de provas. Tradicionalmente, a carta rogatória é um instrumento que visa a cooperação jurídica entre os países para notificação ou citação extraterritorial (comunicação de atos) ou para a obtenção de provas que se encontrem no exterior. Essa cooperação jurídica horizontal é mais efetiva quando há tratado internacional criando obrigações recíprocas na prestação desses serviços; na ausência de tratado, a cooperação tem como fundamento a reciprocidade de tratamento.

A cooperação internacional também pode ocorrer por meio auxílio direto entre as autoridades centrais a título de cooperação judicial para informações do direito estrangeiro em matéria civil, comercial, trabalhista, administrativa e de direito internacional privado, sem despesa alguma, desde que não se oponham às disposições de sua ordem pública, conforme dispõem o protocolo e o acordo.

O quinto princípio de direito processual internacional é o da circulação internacional de decisões que decorre do princípio da cooperação internacional e assegura a eficácia extraterritorial das sentenças.¹⁸ Este acordo apresenta uma inovação da tecnicidade jurídica para criar a cooperação jurídica para o reconhecimento e a execução de sentenças e de laudos arbitrais estrangeiros por via de cartas rogatórias, por intermédio

18 VESCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional: Uruguay, el MERCOSUL y América*, Eiciones Idea: Montevideo, 2000, p. 22.

das autoridades centrais designadas.¹⁹ A eficácia extraterritorial não é automática e está sujeita a um controle de legalidade. Vescovi salienta que este controle não pode de modo algum revisar a questão de fundo do caso analisado e concluído, mas apenas realizar um cotejo fundamentalmente formal e somente substancial para comprovar que a decisão não ofenda ao princípio básico de ordem pública internacional.²⁰

Os cinco princípios de direito processual internacional devem nortear os pedidos de cooperação jurídica internacional, incluindo aqueles que tiverem como fundamento o Protocolo de Las Leñas ou o Acordo de Buenos Aires. O princípio da não discriminação do litigante será estudado a seguir com fundamento no princípio da igualdade do tratamento processual como derivado desse princípio, assim como a eliminação da exigência de prestar caução nos autos do processo (*cautio judicatum solvi*).

2. Princípio da Igualdade do Tratamento Processual

O princípio da Igualdade do Tratamento Processual decorre do princípio da não discriminação do litigante independentemente de sua nacionalidade ou residência. O Protocolo de Las Leñas e o Acordo de Buenos Aires não levam em consideração a nacionalidade da pessoa como elemento de conexão, mas aquele que tem maior aproximação com a realidade fática, que é o da residência permanente ou habitual da pessoa.

O princípio da Igualdade do Tratamento Processual está previsto no artigo 3º do Protocolo de Las Leñas que dispõe:

Os cidadãos e os residentes permanentes de um Estado Parte gozarão, nas mesmas condições dos cidadãos e residentes permanentes do outro Estado Parte, do livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses.

Por sua vez, o artigo 3º do Acordo de Buenos Aires dispõe que:

Os nacionais, os cidadãos e os residentes permanentes ou habituais de um dos Estados Partes gozarão, nas mesmas condições dos nacionais, cidadãos e residentes permanentes

19 O artigo 19 de ambos os instrumentos -Protocolo de Las Leñas e o Acordo de Buenos Aires- estabelece que "o pedido de reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais será tramitado por via de cartas rogatórias e por intermédio da Autoridade Central".

20 VESCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional: Uruguay, el MERCOSUL y América*, Eiciones Idea: Montevideo, 2000, p. 22.

ou habituais de outro Estado Parte, do livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses.

Os grifos em destaque acima demonstram as diferenças entre os dois instrumentos internacionais quanto ao entendimento sobre o âmbito de aplicação do princípio da igualdade do tratamento processual. O Acordo de Buenos Aires é mais amplo para não permitir qualquer tipo de discriminação em função da nacionalidade da pessoa ou de sua residência habitual em um dos Estados Partes.

O princípio da não discriminação do litigante também é aplicável às pessoas jurídicas constituídas, autorizadas ou registradas de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes, garantindo-lhes igualdade no tratamento processual.

Importante salientar os limites do âmbito de aplicação do princípio da igualdade do tratamento processual. Estão excluídos do sistema de cooperação e assistência jurídica internacional do MERCOSUL os residentes temporários, admitidos nos países por tempo determinado, assim como aqueles que não gozam do direito de cidadania e não sejam residentes permanentes ou habituais, segundo Magalhães.²¹

3. A eliminação da *cautio judicatum solvi* no MERCOSUL

A prestação de serviços jurídicos transfronteiriços deve ter em conta o princípio basilar do direito processual internacional que é o princípio da não discriminação do litigante. Assim, as partes em um processo devem ter idêntico tratamento independentemente da nacionalidade, da cidadania, da residência permanente ou habitual em um dos Estados Partes do MERCOSUL.

O princípio da igualdade de tratamento processual garante às partes litigantes o livre acesso à jurisdição do Estado estrangeiro para a defesa de seus direitos e interesses. A eliminação da caução judicial prevista nos artigos 4º de ambos os instrumentos, o Protocolo de Las Leñas e o Acordo de Buenos Aires, assim dispõem:

Artigo 4. Nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja sua denominação, poderá ser imposta em razão da qualidade de

21 MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma Análise Crítica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p. 111.

nacional, cidadão ou residente permanente ou habitual de outro Estado Parte.

O parágrafo precedente aplicar-se-á às pessoas jurídicas constituídas, autorizadas ou registradas conforme as leis de qualquer dos Estados Partes.

Nesse sentido, os Estados Partes do MERCOSUL eliminaram a exigência da *cautio judicatum solvi* como garantia do pagamento de custas e os honorários de sucumbência determinados na sentença judicial. Esse artigo tem dois efeitos jurídicos. Proíbe a discriminação processual das partes litigantes em razão do elemento estrangeiro e assegura o acesso à justiça transnacional pela igualdade do tratamento.

III. Os fatos do caso

O caso em estudo se refere a agravo regimental em medida cautelar perante o Superior Tribunal de Justiça (AgRg na Medida Cautelar Nº 14.605-RJ),²² requerida pela empresa brasileira agravante com o propósito de reformar a decisão da Ministra Nancy Andrighi, que concedeu liminar ao pedido da empresa uruguaia agravada para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial. O principal motivo da decisão foi a inexigibilidade de caução judicial nas execuções de título extrajudicial, ainda que o exequente seja empresa estrangeira estabelecida no Uruguai. A empresa brasileira argumentou que “a garantia do pagamento das custas e dos honorários advocatícios de provável sucumbência é absolutamente indispensável, sob pena de graves prejuízos”. Argumentou, ainda, ser inaplicável a disposição do Protocolo de Las Leñas, porque o objetivo do referido acordo internacional era “atribuir condições de igualdade entre brasileiros e aos brasileiros residentes no exterior”.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental da empresa brasileira, seguindo o voto do relator, para afirmar a inexigibilidade do autor domiciliado no exterior de prestar caução para garantir o pagamento das custas processuais e honorários. A decisão teve como fundamento o direito interno, mormente o artigo 836, I, do Código de Processo Civil vigente na época, que dispunha sobre a não exigência de caução em execução fundada em título extrajudicial ainda que o autor fosse estrangeiro. Além disso, a Quarta Turma do STJ fundamentou a decisão em entendimentos

22 STJ. *AgRg na Medida Cautelar nº 14.605-RJ*, Relator: Aldir Passarinho, Quarta Turma, DJ 17/02/2011 DJe 01/03/2011.

anteriores do próprio tribunal, aplicando o princípio da igualdade do tratamento processual, disposto nos artigos 3º e 4º do Protocolo de Las Leñas, proibindo a discriminação entre os litigantes em função da nacionalidade, cidadania, domicílio, residência permanente ou habitual e da dispensa de caução.

IV. As decisões judiciais do caso em análise

O presente caso tem início com o pedido de liminar em medida cautelar nominada requerida por empresa com estabelecimento no Uruguai, com o objetivo de conceder efeito suspensivo ao recurso especial, que embora admitido pelo tribunal de origem, não havia sido remetido ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) para julgamento. Importante salientar que a jurisprudência do STJ tem admitido em certos casos o manejo da medida cautelar originária para fins de se atribuir efeito suspensivo a recurso especial. Para isso, o interessado deve demonstrar o *periculum in mora* e a caracterização do *fumus boni juris*.²³

Inicialmente, a sociedade empresária estabelecida no Uruguai ajuizou a *ação de execução de título extrajudicial* em desfavor da sociedade empresária estabelecida no Brasil, com o objetivo de receber o valor declarado na petição inicial. Em sede de embargos do devedor, o juiz de primeira instância (2ª Vara Cível da Comarca de Resende/RJ) determinou a suspensão da ação de execução e intimou a empresa uruguaia para prestar caução.

Inconformada com a determinação para que prestasse caução, a empresa uruguaia interpôs agravo de instrumento, mas o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento ao recurso, sob o argumento de que “a oferta de caução é imprescindível na hipótese, em razão do disposto no art. 835 do CPC/1973, a fim de garantir a execução de eventual sucumbência”.²⁴ A empresa brasileira alegou que “a garantia do pagamento das custas e dos honorários advocatícios de provável sucumbência é absolutamente indispensável, sob pena de graves prejuízos ao demandado e seu patrono”. A empresa uruguaia interpôs embargos de declaração, mas estes foram rejeitados pelo tribunal. A empresa uruguaia, então, interpôs recurso especial ao STJ. O juiz do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro admitiu o recurso especial e este aguardava remessa para o

23 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Medida Cautelar N° 14.605 - RJ (2008/0176800-0)*, Decisão Monocrática. Ministra Nancy Andrichi. DJ 12/08/2008.

24 Idem.

Superior Tribunal de Justiça.

Não satisfeita com a decisão, a empresa uruguaia ingressou com a medida cautelar inominada no tribunal de origem, visando à concessão de efeito suspensivo ao recurso especial. Inicialmente, a liminar foi deferida pela vice-presidente do tribunal, mas depois foi revogada argumentando que a competência para decidir era do tribunal superior.

Desse modo, a medida cautelar foi encaminhada ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), que deferiu a liminar e concedeu efeito suspensivo ao recurso especial até a sua apreciação pelo tribunal, com fundamento tanto no direito nacional quanto no tratado internacional, que não exigem caução, assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR COM O FITO DE CONCEDER EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE DEMONSTRADOS O PERICULUM IN MORA E O FUMUS BONI IURIS. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO AJUIZADA POR EMPRESA ESTABELECIDADA NO URUGUAI. CAUÇÃO. DESNECESSIDADE. AÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PROTOCOLO DE LAS LEÑAS.

- A jurisprudência deste Tribunal vem admitindo, em hipóteses excepcionais, o manejo da medida cautelar originária para fins de se atribuir efeito suspensivo a recurso especial; para tanto, porém, é necessária a demonstração do periculum in mora e a caracterização do fumus boni iuris.

- A caução prevista no art. 835 do CPC não será exigida nas execuções fundadas em título executivo extrajudicial, nos termos do art. 836, I, do CPC. Precedentes.

- O Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Protocolo de Las Leñas), firmado no âmbito do MERCOSUL, assegura aos cidadãos e residentes permanentes em qualquer dos Estados Partes as “mesmas condições dos cidadãos e residentes permanentes de outro Estado Parte, de livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses”, acrescentando que “nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja sua denominação, poderá ser imposto em razão da qualidade de cidadão ou residente permanente de outro Estado Parte”.

Liminar deferida.²⁵

A empresa brasileira interpôs agravo regimental na medida cautelar contra a decisão que concedeu a liminar à empresa uruguaia para suspender os efeitos do recurso especial. A Quarta Turma negou provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator, Ministro Aldir Passarinho.²⁶ Assim, o relator manteve a decisão agravada pelos fundamentos jurídicos na decisão em caráter liminar. Afirmou, ainda, que a alegação da empresa brasileira agravante quanto à análise do tema sobre a eficácia executiva do título implicaria adentrar nos aspectos contratuais e fáticos da lide, o que é vedado nos termos das Súmulas 5²⁷ e 7²⁸ do STJ. Não cabe em sede de medida cautelar analisar a lide propriamente dita. A análise dos aspectos contratuais entre a empresa uruguaia e a brasileira deve ser feita pelo juiz competente, o da primeira instância.

V. Análise do caso: a aplicação dos princípios da não discriminação do litigante e da igualdade do tratamento processual

Este artigo investiga a aplicação das normas do MERCOSUL perante os tribunais brasileiros. No caso em tela, a norma do MERCOSUL que fundamentou a decisão foi o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa de 1992 (Protocolo de Las Leñas). Atualmente, há outro acordo internacional, o Acordo de Buenos Aires de 2002, que dispõe sobre o mesmo assunto, mas a diferença é que este inclui os países associados do MERCOSUL, como Chile e Bolívia, aumentando a cooperação entre os países sul-americanos.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao analisar o caso concreto asseverou que o objetivo do Protocolo de Las Leñas é atribuir condições de igualdade entre brasileiros e cidadãos dos demais países signatários. Atualmente, o acordo de Buenos Aires é mais abrangente quanto à aplicação dos princípios que norteiam o direito processual internacional.

25 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Medida Cautelar N° 14.605 - RJ (2008/0176800-0)*, Decisão Monocrática. Ministra Nancy Andriighi. DJ 12/08/2008.

26 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg na medida cautelar n° 14.605 - RJ (2008/0176800-0)*, Ministro Aldir Passarinho Junior DJ 17/02/2011.

27 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 5 - A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

28 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 7 - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

O STJ analisou o artigo 3º do Protocolo Las Leñas, e asseverou que este instrumento internacional assegura aos cidadãos e residentes permanentes em qualquer dos Estados Partes as “mesmas condições dos cidadãos e residentes permanentes de outro Estado Parte, de livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses”. Atualmente, o Acordo de Buenos Aires também proíbe a discriminação do litigante em função da nacionalidade da pessoa, de sua cidadania, de sua residência permanente ou habitual em um dos Estados Partes. Embora não ventilado nos acórdãos do STJ, o princípio da não discriminação do litigante também se aplica à pessoa jurídica constituída, autorizada ou registrada de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes.

Vescovi salienta que a discriminação ou desconfiança em relação ao estrangeiro marcou toda a história do direito internacional privado. Segundo o autor, havia resistência a aplicação de qualquer lei estrangeira, do reconhecimento de sociedades empresariais estrangeiras, do reconhecimento de documentos estrangeiros, de sentenças estrangeiras. Havia, ainda, a discriminação processual em relação ao litigante estrangeiro.²⁹ Não obstante ainda haver resquícios nos instrumentos jurídicos nacionais, houve grande avanço para construir o princípio da confiança mútua nos acordos de cooperação internacional entre os Estados, a fim de reduzir e até mesmo eliminar as “tensões de desconfiança”.

O STJ, igualmente, fundamentou sua decisão no caso em tela no artigo 4º do Protocolo de Las Leñas que dispõe que “nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja sua denominação, poderá ser imposto em razão da qualidade de cidadão ou residente permanente de outro Estado Parte, aplicando-se às pessoas jurídicas constituídas, autorizadas ou registradas conforme as leis de qualquer dos Estados Partes”.

Os artigos 4º tanto do Protocolo de Las Leñas de 1992 quanto do Acordo de Buenos Aires de 2002 eliminam a discriminação em razão do elemento “estrangeiro”, seja a pessoa nacional, cidadão, residente permanente ou habitual. A eliminação da *cautio judicatum solvi* se fundamenta em instrumentos internacionais multilaterais ou bilaterais. A dispensa da caução judicial assegura aos litigantes estrangeiros ou nacionais domiciliados no estrangeiro o acesso a uma prestação jurisdicional efetiva. Caravaca e González afirmam que a caução em juízo reflete uma forte

29 VESCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional: Uruguay, el MERCOSUL y América*, Eiciones Idea: Montevideo, 2000, p. 63.

desconfiança³⁰ ao cidadão estrangeiro, sob a alegação de que não cumpriria eventual condenação por custas. Além disso, a caução judicial cria “um obstáculo discriminatório à livre prestação de serviços”³¹ jurídicos.

O STJ também fundamentou a decisão da medida cautelar em lei nacional, aplicando o Código de Processo Civil de 1973, que previa a exceção prevista no artigo 835. O artigo 835 dispunha que o autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, deveria prestar, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento. Por sua vez, o artigo 836, I, determinava que não se exigiria a caução prevista no artigo 835 nas execuções fundadas em título executivo extrajudicial. O atual Código de Processo Civil de 2015 manteve o mesmo dispositivo no artigo 83, *in verbis*: “o autor, brasileiro ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou deixar de residir no país ao longo da tramitação do processo, prestará caução suficiente ao pagamento das custas e dos honorários de advogado da parte contrária nas ações que propuser, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento”. O atual CPC/2015 prevê exceção à exigência de caução judicial nos casos de cumprimento da sentença e quando houver dispensa prevista em acordo ou tratado internacional de que o Brasil faz parte, conforme estabelecido no artigo 83, § 1º, II e III. Destarte, a mudança do CPC/2015 permite a dispensa da *cautio judicatum solvi* em qualquer ação decorrente de acordo ou tratado internacional de que o Brasil é parte e não apenas aquela fundada em título executivo extrajudicial.

A exigência de caução também está prevista em leis internas especiais, como a Lei de Falências (Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005). De acordo com o § 2º do artigo 97, o credor que não tiver domicílio no Brasil deverá prestar caução relativa às custas e ao pagamento da indenização de que trata o art. 101. Este artigo diz que quem por dolo requerer a falência de outrem será condenado na sentença que julgar improcedente o pedido, a indenizar o devedor, apurando-se as perdas e danos em liquidação de sentença. Entretanto, esta previsão legal não se aplica às pessoas nacionais, cidadãs, residentes permanentes ou habituais, incluindo as pessoas jurídicas, em conformidade com às normas internacionais (Protocolo de Las Leñas e Acordo de Buenos Aires) das quais o Brasil é parte.

30 CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*, vol. 1. Granada: Editorial Comares, 2014, p. 755.

31 Idem.

Para Araujo, a exigência de caução judicial para estrangeiros ou brasileiros não residentes no Brasil tem por finalidade “uma espécie de fiança processual para assegurar o equilíbrio de armas entre as partes”, representa “uma garantia ao réu residente no Brasil, mas também um ônus para as partes menos favorecidas que queiram acionar no Brasil um devedor recalcitrante”.³² Entretanto, a autora ressalta que a norma do MERCOSUL afasta a exigência de caução.

Nota-se uma evolução para solucionar o problema jurídico e os Estados buscam alicerçar os princípios do direito processual internacional, em especial os princípios derivados como o da não discriminação do litigante e o da igualdade do tratamento processual com a adoção de acordos internacionais de cooperação ou assistência, bilaterais ou multilaterais. Para Véscovi, a exigência de caução em juízo para a parte autora estrangeira ou cidadão domiciliado no estrangeiro que não possui bens no lugar do juízo ou atividade para outorgar uma garantia revela uma desigualdade para o litigante estrangeiro,³³ além de dificultar ou até mesmo negar o acesso à justiça transnacional, principalmente às partes mais vulneráveis da relação jurídico-contratual. Para Caravaca e González, a caução judicial é uma exigência “obsoleta”, que carece de justificação e é “discriminatoriamente injusta”.³⁴ Atualmente, há vários instrumentos internacionais que eliminaram a exigência da *cautio judicatum solvi*, como certas convenções da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e acordos de cooperação bilaterais.

Na decisão em análise, o STJ ponderou que em se tratando de execução fundada em título extrajudicial ajuizada por empresa estabelecida no Uruguai, país signatário do Protocolo de Las Leñas, afigura-se a inexigibilidade da caução judicial prevista no instrumento internacional além da exceção prevista no Código de Processo Civil.

Diante do exposto, destaca-se a importância da cooperação jurídica internacional fundada em tratados internacionais. A obrigação de cooperar entre os Estados se fundamenta no princípio da confiança mútua e da segurança e previsibilidade jurídicas nas relações jurídicas internacionais. É a partir dos acordos de cooperação ou assistência jurídica

32 ARAUJO, Nadia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 215.

33 VÉSCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional: Uruguay, el MERCOSUL y América*, Eiciones Idea: Montevideo, 2000, p. 64.

34 CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, Op. cit., p. 755.

internacional que se fixam os princípios basilares do direito processual internacional. Qualquer tipo de discriminação no direito processual internacional caminha em sentido diametralmente oposto ao acesso à justiça transnacional. O elemento estrangeiro não pode ser obstáculo a uma prestação jurídica efetiva.

VI. Conclusões

No âmbito do MERCOSUL, o Protocolo de Las Leñas e o Acordo de Buenos Aires constituem dois importantes instrumentos que estão alicerçados nos princípios do direito processual internacional. Os dois instrumentos consagram os princípios da cooperação internacional, da jurisdição razoável, do acesso à justiça transnacional e da circulação de sentenças estrangeiras. Além desses, este artigo analisou o princípio basilar da não discriminação do litigante em situações jurídicas internacionais. Os princípios da igualdade do tratamento processual e da eliminação da *cautio judicatum solvi* decorrem do princípio da não discriminação em face do elemento “estrangeiro” e estão consagrados no Protocolo de Las Leñas de 1992 e no Acordo de Buenos Aires de 2002. Esses princípios se fundamentam na confiança mútua entre os Estados para afastar a discriminação processual nas situações ou litígios transnacionais em razão do elemento estrangeiro. A eliminação de obstáculos discriminatórios facilita a assistência ou cooperação jurídica internacional e garante um efetivo acesso à justiça transnacional.

Nota-se, portanto, que no âmbito do mercado de integração, o MERCOSUL encontrou um sistema singular para a cooperação jurídica internacional relacionado ao reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras e das cartas rogatórias, possibilitando a cooperação tanto para medidas cautelares quanto pelo instrumento de cartas rogatórias com força executória, a fim de consolidar práticas favoráveis à igualdade do tratamento processual entre as pessoas naturais e jurídicas que estejam em conexão. O Protocolo de Las Leñas e o Acordo de Buenos proíbem a discriminação do litigante em função da nacionalidade da pessoa, de sua cidadania, de sua residência permanente ou habitual em um dos Estados Partes.

O caso analisado, o agravo regimental em medida cautelar (AgRg na Medida Cautelar Nº 14.605-RJ) demonstra que o Superior Tribunal de Justiça tem decidido com fundamento em acordos internacionais do qual o Brasil é parte. O STJ agiu acertadamente ao conceder liminar ao

pedido da empresa uruguaia para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial em desfavor de empresa brasileira. Observou-se na análise deste caso que os juízes da primeira e segunda instância aplicaram apenas o direito nacional, desconSIDERANDO o Protocolo de las Leñas em vigência no Brasil desde 1996. Já o STJ se fundamentou nos direitos construídos a partir da ratificação desses instrumentos para afastar a discriminação processual pelo elemento estrangeiro. Além disso, o STJ destacou a igualdade processual entre as partes oriundas dos países do MERCOSUL. Assim, a igualdade do tratamento processual se aplica a todos os nacionais, cidadãos, residentes permanentes ou habituais do MERCOSUL, incluindo as pessoas jurídicas.

Exigir caução judicial é prática discriminatória em função do elemento estrangeiro, atesta a desconfiança no cumprimento da obrigação pelo estrangeiro, garantindo ao nacional ou estrangeiro domiciliado em território nacional uma “fiança jurídica” para o pagamento das custas processuais. A eliminação da exigência de caução judicial proíbe a discriminação processual das partes litigantes em razão do elemento estrangeiro, assegura o acesso à justiça transnacional e favorece a livre prestação de serviços e assistência jurídica no âmbito do bloco.

Os princípios de direito processual internacional no MERCOSUL são aplicáveis nas execuções de títulos judiciais quanto extrajudiciais. No conflito entre o Código de Processo Civil e os Protocolos de Las Leñas ou o Acordo de Buenos Aires, prevalecem os tratados internacionais. O artigo 26 do CPC é claro ao afirmar que a cooperação jurídica internacional é regida por tratado de que o Brasil é parte: *in dubio pro adjuvatorium*.

À GARANTIA DAS DESPESAS DO PROCESSO COMO CONDIÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA PELO NÃO RESIDENTE NO BRASIL

**Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo
de Instrumento Nº 9038258-14.2009.8.26.0000
(994.09.344638-4), 23/02/2010**

*Marcelo de Nardi**

Sumário: I. Breve aproximação ao tema; II. Marco normativo; III. Os fatos do caso; IV. A decisão judicial; V. Análise do caso: 1. Solução jurídica direta, 2. Solução Jurídica Argumentativa: normas do MERCOSUL; VI. Conclusões.

I. Breve aproximação ao tema

A jurisdição é expressão do poder soberano de Estado¹ que monopoliza o poder de fazer justiça e se exerce como poder-dever desse Estado, interpretado no sentido de haver um poder de autoridade para aplicar as forças do Estado na interpretação do Direito e aplicação compulsória das decisões tomadas, e de haver um dever de entregar esse serviço jurisdicional a seus súditos.² Nesta segunda face do poder-dever

* Professor de Direito Internacional do Comércio e de Direito Internacional Privado, vinculado ao Programa da Pós-graduação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios e às Graduações de LES: Direito e Relações Internacionais da Unisinos em Porto Alegre. É Doutor em Direito e Especialista em Direito Internacional e da Integração pela UFRGS, Especialista em Política e Estratégia pela Escola Superior de Guerra, e Juiz Federal.

1 “A jurisdição é um dos elementos da soberania do Estado, e só a este compete determiná-la”. ARAUJO, Nadia de, *Direito Internacional Privado*, 9ª e. (3ª e. livro eletrônico), São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020.

2 Do princípio fundamental de governo, que a ninguém é lícito fazer justiça pelas próprias mãos, ainda que para satisfazer pretensão legítima, resultam dois poderes: um, de julgar, atribuído à autoridade jurisdicional, outro, de movimentar a máquina judiciária, destinado aos súditos. CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional*

de jurisdição repousa o interesse na decisão judicial ora examinada, que examinou as condições para que um requerente tenha acesso ao serviço judicial em função de sua nacionalidade, seu domicílio ou detenção de bens no território do Estado jurisdicionante.

O livre acesso ao serviço judiciário, a par de compor o Décimo Sexto Objetivo de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas,³ é preceito constitucional brasileiro aplicável sem distinção entre nacionais e estrangeiros residentes no País através do direito de petição *independentemente do pagamento de taxas*.⁴ A chave constitucional para a exigência legal de caução de despesas em processos judiciais admite, pois, interpretação do texto constitucional em sentido contrário para autorizar a exigência a não residentes no Brasil de “taxas”, vocábulo impreciso adotado pelo legislador constitucional, condicionante do acesso aos serviços judiciais. O preceito deve ser contrabalançado com o imediatamente posterior enunciado pelo legislador constitucional, de que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*,⁵ conduzindo a uma interpretação restritiva do limitador do acesso ao serviço judiciário.

A Lei Processual Civil brasileira estabelece a exigência ao autor em um processo judicial que não seja residente no país de garantir por caução o pagamento das despesas do processo enquanto perdurar a disputa. A norma apareceu nos três Códigos de Processo Civil brasileiros de abrangência nacional, enunciada de forma muito similar nas versões de 1939, 1973 e 2015:

Decreto-lei N° 1.608 DE 18SET.1939⁶ - CPC1939

Art. 67. O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do país ou dele se ausentar durante a lide, se não tiver bens imóveis que

Privado, 5ª e., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 530, § 291.

3 Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis [...] 16.3 Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos [...]. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 27/05/2020.

4 Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; [...]. Caput e alínea a do inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27/05/2020.

5 Inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

6 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 27/05/2020.

assegurem o pagamento das custas, prestará caução suficiente, quando o réu o requerer.

Lei N° 5.869 de 11 jan.1973⁷ - CPC1973

Art. 835. O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento.

Lei 13.105 de 16mar.2015⁸ - CPC2015

Art. 83. O autor, brasileiro ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou deixar de residir no país ao longo da tramitação de processo prestará caução suficiente ao pagamento das custas e dos honorários de advogado da parte contrária nas ações que propuser, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento.

§ 1º Não se exigirá a caução de que trata o caput:

I - quando houver dispensa prevista em acordo ou tratado internacional de que o Brasil faz parte.

Em uma visão de poder jurisdicional soberano a questão se relaciona ao princípio da efetividade da jurisdição,⁹ observando o legislador o sentido prático de assegurar o pagamento das despesas inerentes a esse serviço estatal diretamente de quem o demanda e não é residente no país nem nele mantém patrimônio imobiliário, sem os entraves da cooperação jurídica internacional. A natureza peculiar das despesas do processo, aí incluídos os honorários de advogado conforme o modelo brasileiro, indica que as dificuldades da “internacionalidade” de certos casos não favorecem os instrumentos ordinários de cobrança disponíveis aos credores das custas,¹⁰ conduzindo a forte expectativa de inadimplemento. É esse o sentido teleológico da exigência legal de garantia das despesas do

7 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869/impresao.htm. Acesso em: 27maio2020.

8 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27/05/2020.

9 Es un dato fácilmente constatable que esa inmensa mayoría de países reconoce, ya sea de manera pactada con otros Estados o autolimitando espontáneamente la jurisdicción de sus propios jueces y tribunales [...]. Actuando de esa manera no sólo respetan las particulares características que presentan los casos de DIPr, sino que además garantizan en una considerable medida la efectividad de las decisiones que adoptan, cuando éstas necesitan desplegar efectos fuera de sus fronteras. [...] FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*, Buenos Aires, Ar, Zavalía, 2003, p. 141.

10 O Judiciário como instituição, os escrivães nas serventias privatizadas, os advogados e outros auxiliares da Justiça, como os peritos. Norma específica relacionada à prescrição, com prazo muito restrito de um ano, está no § 1º do art. 206 do Código Civil Brasileiro (Lei N° 10.406/2002, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm, acesso em: 27/05/2020).

processo do não residente no Brasil, regra jurídica que foi posta a debate no caso em exame perante a Justiça do Estado de São Paulo, Brasil, tanto em primeira como em segunda instâncias.

II. Marco normativo

A decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no agravo de instrumento 994.09.344638-4 se fundamenta na normativa nacional brasileira vigente ao tempo em que foi proferida, impondo expressamente a quem pretenda iniciar um processo judicial no Brasil e nele não seja residente a obrigação de prestar garantia das despesas esperadas. Os fatos, incluindo as decisões judiciais, se deram entre os anos de 2008 e 2010, vigente então o Código de Processo Civil de 1973,¹¹ cujo preceito relevante enunciava:

Art. 835. O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento.

Como visto no segundo parágrafo do tópico *I. Breve aproximação ao tema*, o dispositivo guardava compatibilidade com a Constituição Brasileira de 1988 assim como com a antecedente¹² e vigente ao tempo da edição do trecho de lei processual. A nota interpretativa relevante é a de que a imposição discrimina os autores de processos ajuizados perante a autoridade judicial brasileira que não tenham residência no Brasil dos que aqui a têm, exatamente como o faz a Constituição.

Ainda no âmbito interno é relevante mencionar a regulamentação sobre gratuidade da justiça vigente ao tempo da decisão e dos fatos, a Lei N^o 1.060/1950,¹³ cujos dispositivos relevantes, revogados pelo CPC2015, eram:

11 Lei N^o 5.869/1973, vigente entre 1^o jan. 1974 e 16 mar. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

12 A Constituição da República Federativa do Brasil na redação da Emenda Constitucional n^o 1, de 17 out. 1969. O dispositivo relevante é o art. 153, pelo *caput* e o § 4^o. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

13 Lei N^o 1.060/1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm, acesso em: 28 maio 2020. O trecho citado foi expressamente revogado pelo já referido Código de Processo Civil de 2015, notando-se o inc. VIII do art. 98 e o inc. III do art. 1.072 (revogação).

Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único. Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:
[...]

VII - dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório. (Incluído pela Lei Complementar 132, de 7out.2009) [...]

A normativa do MERCOSUL citada no precedente refere os Protocolos de Las Leñas¹⁴ (Artigos 3 e 4) e de Florianópolis¹⁵ (Artigo 1º), cujos textos assim estão:

Protocolo de Las Leñas

Capítulo III - Igualdade no Tratamento Processual

Artigo 3. Os cidadãos e os residentes permanentes de um dos Estados Partes gozarão, nas mesmas condições dos cidadãos e residentes permanentes do outro Estado Parte, do livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses. [...]

Artigo 4. Nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja sua denominação, poderá ser imposto em razão da qualidade de cidadão ou residente permanente de outro Estado Parte. [...]

PROTOCOLO DE FLORIANÓPOLIS

Tratamento Igualitário

Artigo 1º. Os nacionais, cidadãos e residentes habituais de cada um dos Estados Partes gozarão, no território dos outros Estados Partes, em igualdade de condições, dos benefícios da

14 O *Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa*, Decisão 5/1992 do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL, internalizado no Brasil pelo Decreto 2.067/1996 (Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-civil/arquivos/protocolo-las-lenhas>. Acesso em: 28/05/2020).

15 O *Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados Partes do MERCOSUL*, Decisão 49/2000 do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL, internalizado no Brasil pelo Decreto 6.086/2007 (Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6086.htm, acesso em: 20/05/2020).

justiça gratuita e da assistência jurídica gratuita concedidos a seus nacionais, cidadãos e residentes habituais.

O Brasil e o Uruguai (Estado de nacionalidade do autor no processo que gerou a decisão em exame) mantêm desde 1996 um acordo bilateral¹⁶ que trata do assunto, não citado na decisão em exame, cujos conteúdos relevantes são compatíveis com a normativa do MERCOSUL referida:

CAPÍTULO VI - Igualdade de Tratamento Processual

Artigo 21. 1. As pessoas físicas que tenham cidadania ou residência permanente em um Estado Parte gozarão no outro das mesmas condições de que gozem os cidadãos ou residentes permanentes do referido Estado Parte para ter acesso aos órgãos judiciários em defesa de seus direitos e interesses.

Artigo 22. 1. Nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja sua denominação, poderá ser imposto em decorrência da condição de cidadão ou residente permanente no outro Estado.

III. Os fatos do caso

A decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no agravo de instrumento 994.09.344638-4 foi proferida em 23fev.2010 no julgamento de recurso contra decisão interlocutória¹⁷ de 25mar.2009 sobre caso que se iniciou com o ajuizamento de ação de indenização por danos materiais e morais em 17abr.2008 perante a primeira instância da Justiça do Estado de São Paulo.¹⁸ O autor era nacional uruguaio residente no Brasil na cidade de São Paulo, representante diplomático da República Oriental do Uruguai naquela cidade, e os réus indicados eram representantes de seguradora e agência de regulação de seguros, presumidamente sediadas no Brasil.¹⁹ A sentença de improcedência proferida em 7fev.2011, após a

16 O *Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre a República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai* firmado em Montevidéu em 28dez.1992, internalizado no Brasil pelo Decreto N° 1.850/1996. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1850.htm, acesso em: 28/05/2020), em vigor internacionalmente desde 9/02/1996 (Artigo 27 do Acordo, data da última notificação recíproca; informações disponíveis em <https://concordia.itamaraty.gov.br>, acesso em: 28/05/2020).

17 O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 definia “decisão interlocutória” como o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente (§ 2º do art. 162 do CPC1973). O recurso apropriado contra tais decisões era o agravo de instrumento (arts. 522 a 529, especialmente art. 524, do CPC1973), que foi empregado pelo autor neste caso e sobre o qual se produziu a decisão em exame.

18 Disponível através de consulta ao processo em primeira instância de N° 01062809320088260008 ou 008081062806 no serviço oferecido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/open.do>. Acesso em: 28/05/2020.

19 Não há referência expressa a essa informação na decisão ou nos repositórios consultados.

decisão ora em exame, registrou a seguinte descrição de fatos relevantes:²⁰

Aduz o autor, em apertada síntese, que ocupava o cargo de Cônsul do Uruguai na cidade de São Paulo, do qual foi destituído por culpa dos requeridos, que inseriram informação falsa, não fornecida pelo requerente, em relatório de apuração de sinistro. Por estas razões o autor pleiteia a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

O autor se viu envolvido em caso tido por suicídio, e durante a regulação do sinistro foi acusado de ter participado dos fatos trágicos, o que conduziria a excluir a responsabilidade da seguradora pela indenização do sinistro.

Após a tramitação inicial, com discussões sobre o valor da causa e o benefício de assistência judiciária gratuita ao autor, que culminou sendo concedida em outro recurso de agravo de instrumento, foi proferida a decisão interlocutória de primeira instância recorrida e que gerou a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo em exame.

IV. A decisão judicial

A parte relevante da decisão interlocutória de primeira instância recorrida, proferida logo após ter sido concedida a gratuidade da justiça ao autor e estar no processo a informação de que ele não mais residia no Brasil, está assim transcrita no serviço de informações público:

2. Cumpra-se o v. Acórdão de fls. 229/235, que deferiu a gratuidade de justiça. [...] 5. Como o autor informa não residir no Brasil, preste caução no prazo de trinta dias, na forma do art. 835 do CPC, ou comprove, em igual prazo, possuir bens no Brasil suficientes para a garantia das custas e honorários advocatícios.

O Tribunal de Justiça de São Paulo considerou que a decisão de primeira instância se refere à possibilidade de prestação de caução, nos

20 A sentença empregou as expressões “regularização de sinistro” e “apuração de sinistro”, mas certamente se refere a “regulação de sinistro”. A Superintendência de Seguros Privados, a agência brasileira dedicada à regulamentação da atividade securitária, oferece em glossário a definição de “regulação de sinistro”: “Conjunto de procedimentos realizados na ocorrência de um sinistro para apuração de suas causas, circunstâncias e valores envolvidos, com vistas à caracterização do risco ocorrido e seu enquadramento no seguro”. (*Circular SUSEP 321/06*). Disponível em: <http://susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/glossario>. Acesso em: 29/05/2020.

termos do artigo 835, do CPC [de 1973], por estrangeiro beneficiário da justiça gratuita. Como argumentos do autor e recorrente a Corte registrou a condição de beneficiário da justiça gratuita e a existência do Protocolo de Intenções firmado pelo Brasil e os países integrantes do MERCOSUL que dispensa tal providência, mas considerou que o autor era domiciliado no Brasil. Nos argumentos em favor do autor o Desembargador Relator afirmou:

A decisão de primeira instância não pode prevalecer, primeiro por ter o autor domicílio no Brasil, segundo por impedir o acesso à Justiça, configurando evidente incompatibilidade na prestação da caução em detrimento da isenção, como consignado pelo Autor [...]. Assim, conceder a justiça gratuita e determinar a prestação da caução é o mesmo que indeferir os benefícios.

Ao referir os Artigos 3 e 4 do Protocolo de Las Leñas os argumentos empregados são de que por sua vigência as pessoas residentes no MERCOSUL ficam dispensadas da caução do art. 835 do Código de Processo Civil (de 1973, à época) *em razão da nacionalidade do autor.*

V. Análise do caso

A solução aplicada ao caso em exame (TJSP AI 994093446384) pode ser analisada em função dos fatos tomados como base para o exame judicial e dos argumentos empregados para tomada de decisão.

Há divergência entre a percepção de fato relevante na decisão recorrida (de primeira instância) e a adotada na decisão em exame. Ainda que não haja divergência quanto à condição de estrangeiro, não brasileiro, o Juiz de primeira instância baseia sua decisão na indicação pelo autor de *não residir no Brasil*, enquanto na decisão em exame o autor é tido como residente no Brasil, conforme o seguinte trecho do voto do Relator:

No caso dos autos, o autor é de nacionalidade uruguaia, Ministro Conselheiro e Cônsul do Uruguai, domiciliado na rua [...] nesta Capital.

A discrepância se revela determinante, observado que a norma brasileira determinante da exigência de *caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária* (art. 835 do CPC1973) adotava como critério de discriminação o local de residência, no território do Brasil ou fora dele. Está bem claro no dispositivo legal que a nacionalidade do autor

não é relevante, interpretação isenta de complexidade e com referência constitucional do início do texto legal: *O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda [...]*. Não se pode extrair das decisões coletadas se no curso do processo, mas é admissível que nos dois anos entre o ajuizamento da demanda e a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, o autor tenha alterado sua residência, considerando as circunstâncias excepcionais que deram origem à disputa e as implicações para a carreira de funcionário público diplomático.

Em um outro olhar, a fundamentação adotada na decisão sob exame pode ser separada em dois tópicos relevantes, que serão designados por “solução jurídica direta” e por “solução jurídica argumentativa”. Os argumentos do Desembargador Relator indicam uma solução direta por aplicação das normas internas de assistência judiciária gratuita,²¹ mas faz referência em uma solução argumentativa a normas de integração regional do MERCOSUL relativas a justiça gratuita (Protocolo de Florianópolis) e igualdade no tratamento processual (Protocolo de Las Leñas).

1. Solução jurídica direta

O problema jurídico posto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, independentemente do local de residência do autor, resolver-se-ia por aplicação das normas de gratuidade da justiça de então. Ao tempo da decisão de primeira instância o texto da lei da assistência judiciária gratuita não continha referência expressa à caução exigida de residente no exterior como condição de admissibilidade da ação, mas em 8out.2009, foi nela incluído o inc. VII do art. 3º, que pode ser interpretado como diretamente dispensando a caução.

De qualquer modo, nos dois contextos legislativos seria possível alcançar a interpretação de que sendo o residente no estrangeiro beneficiado pela assistência judiciária gratuita poderia ser dispensado da caução.

Já no contexto da legislação modificada em outubro de 2009 decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que um autor residente no

21 No Brasil o tema geral da dispensa de ônus para acesso à jurisdição por pessoas naturais era descrito pela expressão “assistência judiciária gratuita” empregada no parágrafo único do art. 16 da Lei 1.060/1950. A lei foi amplamente modificada pelo CPC2015, especialmente arts. 98 e 99, que passou a empregar a expressão “gratuidade da justiça” inclusive como título da seção específica da lei processual.

estrangeiro não se desincumbiu de provar nos autos que não teria meios para realizar a caução, não se vislumbra a alegada obstrução ao direito de acesso à justiça, garantido no art. 5º, XXXV, da Constituição,²² permitindo a conclusão de que o benefício de assistência judiciária gratuita dispensaria o autor residente no estrangeiro da caução. Algum tempo depois o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o Juiz pode, excepcionalmente, e diante das peculiaridades de determinado caso concreto, dispensar a caução quando se conclua categoricamente a existência de hipótese de efetivo obstáculo ao acesso à jurisdição,²³ autorizando a percepção de que a condição de necessitado a permitir o benefício da assistência judiciária gratuita abria ao Juiz a possibilidade de dispensar a caução exigível do autor residente fora do Brasil.

No caso em exame a assistência judiciária gratuita foi concedida ao autor antes da decisão recorrida. O Juiz de primeira instância, porém, não reconheceu dessa situação a consequência da dispensa da caução pelo autor residente fora do Brasil, o que foi expressamente revertido na decisão ora em exame.

Como se vê, seja pela incidência da nova norma de benefício da assistência judiciária gratuita com início de vigência entre a data da decisão de primeira instância e a da decisão de segunda instância, seja pelo exame discricionário pelo juiz das condições objetivas da possibilidade de prestar caução sem prejuízo do acesso à justiça, a questão se resolveria independentemente da aplicação de qualquer norma derivada de tratado. A solução alcançada, que é coerente com os preceitos de justiça gratuita (Protocolo de Florianópolis) e igualdade no tratamento processual (Protocolo de Las Leñas), não depende desses tratados para adequada fundamentação.

A solução adotada na decisão examinada segue essa lógica. O principal fundamento é a lei nacional, suficiente para beneficiar o autor não residente no Brasil no caso concreto.

22 Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Nona Câmara Cível, agravo de instrumento 0041742-20.2011.8.19.0000, rel. Carlos Santos de Oliveira, julgamento em 26ago.2011. Consulta pelo número do recurso disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>. Acesso em: 30maio2020.

23 Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp 1479051, rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgamento em 26maio2015. Consulta pelo número do recurso. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 3/05/2020.

2. Solução Jurídica Argumentativa: normas do MERCOSUL

A fundamentação baseada em aplicação das normas do MERCOSUL operou neste caso como argumentação confirmatória ou *a latere*,²⁴ como visto acima no item V.1. Ainda assim é interessante observar que as normas do MERCOSUL foram consideradas relevantes, permitindo a conclusão de que se somente elas fossem aplicáveis o caso se resolveria com conclusão idêntica.

Uma breve digressão sobre a interpretação de tratados no Brasil em potencial antinomia com normas nacionais auxilia a compreensão. Atualmente vige o art. 13 do CPC2015²⁵ indicando a prevalência dos tratados em matéria processual, mas a norma é inovação dessa lei processual. Antes disso se deve considerar que vacilava a jurisprudência sobre a solução da antinomia entre tratado e lei nacional, mas se observou uma evolução do critério cronológico, com prevalência da norma mais recente,²⁶ para o critério da especialidade, no sentido de que as normas provenientes de tratado coexistem com normas puramente internas, mas aplicáveis a conjuntos de fatos diferentes cuja discriminação está relacionada a certas características especiais, notadamente a “internacionalidade”.²⁷ Conclui-se, pois, que neste momento e no em que foi tomada a decisão ora em exame os tratados deveriam coexistir com a lei nacional, prevalecendo um ou outro conforme o critério de solução de antinomias da especialidade, conforme o caso indicasse características especiais vinculadas à aplicação de uma ou outra norma.

Neste caso se tem claramente a aplicação prevalente dos tratados do MERCOSUL mencionados, o Protocolo de Florianópolis e o Protocolo de Las Leñas. Os elementos determinantes de incidência dos dois tratados são indistintamente a nacionalidade ou a residência em um dos Estados

24 Ou ainda *obiter dictum* na tradição jurídica dos Estados Unidos da América. Ver <https://thelawdictionary.org/obiter-dictum/>. Acesso em: 30/05/2020.

25 “Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte”.

26 Em 1977 o Supremo Tribunal Federal resolveu pela prevalência da lei nacional sobre tratado cronologicamente anterior. Do voto do Ministro Rodrigues Alekmin, que compôs a maioria expressiva de 8 a 1, constou: “na contradição entre o tratado anterior e a lei interna posterior, tenho como certa a validade desta”. Supremo Tribunal Federal, Plenário, RE 80004, rel. Xavier de Albuquerque, j. 1º jun. 1977. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur105783/false>. Acesso em: 30/05/2020.

27 Em 2017 o Supremo Tribunal Federal resolveu pela prevalência de tratado reconhecendo a aplicação do critério da especialidade, embora nesse caso o tratado devesse prevalecer se fosse aplicado o critério cronológico. Supremo Tribunal Federal, Plenário, RE 636331, rel. Gilmar Mendes, j. 25 maio 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur377087/false>. Acesso em: 30/05/2020.

Partes do MERCOSUL, e apesar do critério de residência guardar alguma dúvida no caso concreto, há plena certeza de que o critério da nacionalidade uruguaia está plenamente atendido pelo autor no caso em exame.

A certeza de aplicação do Artigo 1º do Protocolo de Florianópolis, porém, resulta em maior benefício quando se observa que as condições objetivas para concessão *dos benefícios da justiça gratuita e da assistência jurídica gratuita* serão as estabelecidas *pelo direito do Estado Parte que tenha jurisdição para conceder o benefício* (Artigo 3º). Neste ponto específico, considerada a dúvida quanto à residência do autor no caso concreto, a aplicação do tratado impôs ao julgador o exame das condições para haver assistência judiciária gratuita, como o fez na prática, estendendo o benefício para cobrir a caução exigida de não residente no Brasil em revisão da decisão de primeira instância. Essa revisão se situa no campo material, já certo que o autor poderia se beneficiar da assistência judiciária gratuita.

A certeza da aplicação dos artigos 3 e 4 do Protocolo de Las Leñas produz uma solução diversa. Nesse tratado há norma material expressa eximindo o *cidadão ou residente permanente de outro Estado Parte* de qualquer *caução ou despesa* como a estabelecida pelo art. 835 do CPC1973. A par da dúvida sobre a residência do autor no caso concreto, sua nacionalidade uruguaia, de Estado Parte do MERCOSUL para que estava plenamente vigente o Protocolo de Las Leñas, outorga-lhe os direitos de *igualdade no tratamento processual* e de *livre acesso à jurisdição* previstos no tratado.

Aplicadas as normas do Protocolo de Las Leñas a questão posta ao TJSP se resolveria imediatamente, sem necessidade de recorrer à norma nacional, uma vez que não seria exigível em qualquer circunstância a caução por residente fora do Brasil, independentemente de qualquer consideração sobre o benefício da assistência judiciária gratuita ou gratuidade da justiça.

VI. Conclusões

A decisão em exame e a que por ela foi revisada demonstram alguma discrepância de dados quanto à residência do autor, mas o resultado alcançado de dispensa da caução imposta a residente fora do Brasil atendeu aos preceitos nacionais, constitucionais e legais, e de tratados do MERCOSUL.

A argumentação determinante da solução adotada na decisão em exame puramente baseada em legislação nacional revela a dificuldade dos Juízes brasileiros de operar com as questões relacionadas aos tratados, do MERCOSUL ou outros, problema que se propaga para todos os outros operadores do Direito:²⁸

Os profissionais do Direito, atualmente, ou sequer se aperceberam da importância que o Direito Processual Transnacional adquiriu para uma parcela crescente da sociedade, ou, embora cientes disso, não dominam os instrumentos processuais pertinentes.

Ainda que se pudesse apontar uma falha educacional, também a limitada “internacionalidade” do Brasil vista pela situação de poucos casos se apresentarem ao exame judicial em comparação com a profusão de casos “nacionais” gera um menor interesse no aprofundamento das questões de aplicação de tratados, mesmo que sejam de grande relevância individual como no caso sobre que deliberou a decisão em exame.

Como já mencionado ao início, o tema da exigência de caução de despesas e honorários de advogado para autores de processos judiciais não residentes no país de foro está relacionado com o tema do acesso à justiça, que assume relevância maior em casos internacionais:²⁹

derechos y garantías tales como la defensa en juicio o la tutela judicial efectiva tienen un impacto muy directo y significativo sobre los sistemas de jurisdicción internacional de los distintos Estados, según una doble base de derecho internacional y de derecho constitucional.

Dichos principios condicionan de un modo sumamente elocuente la actividad de los jueces estatales frente a las situaciones privadas internacionales.

O objetivo humanitário de favorecer o acesso à justiça em caráter isonômico entre residentes e não residentes no foro deve ser contrabalançado, todavia, com a proteção soberana dos interesses nacionais, especialmente os vinculados com a prestação jurisdicional e seu financiamento: a solução de litígios transnacionais traz desafios peculiares ao julgador, pois coloca em tensão princípios como a soberania estatal, de

28 HILL, Flávia Pereira. *O direito processual transnacional como forma de acesso à justiça no século XXI: os reflexos e desafios da sociedade contemporânea para o direito processual civil e a concepção de um título executivo transnacional*, Rio de Janeiro, LMJ Mundo Jurídico, 2013, p. 114.

29 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*, Buenos Aires, Ar, Zavalía, 2003, p. 142.

um lado, e o acesso à justiça aliado à isonomia, de outro.³⁰

No contexto legislativo brasileiro atual o contraponto entre acesso igualitário à justiça e garantia do financiamento do serviço judiciário e da remuneração de advogados se estabelece através da exigência de caução de despesas como condição para admissibilidade do processo e a possibilidade de se outorgar gratuidade da justiça a não residente, na forma do art. 98 do CPC2015: A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. Ao tempo da decisão em exame, porém, a assistência judiciária gratuita estava limitada aos nacionais ou estrangeiros residentes no país, em fórmula tão excludente quanto à enunciada no texto legal de exigência da caução.

O Protocolo de Florianópolis produzia, ao tempo da decisão ora em exame, a extensão do acesso à justiça em paridade com nacionais e residentes, seguindo os objetivos integracionistas do MERCOSUL³¹ de constituir uma igualdade no tratamento processual entre os cidadãos e os residentes permanentes de um dos Estados Partes com os cidadãos e residentes permanentes do outro Estado Parte (Artigo 3 do Protocolo de Las Leñas). O efeito de remoção da discriminação era necessário no contexto brasileiro da época, tanto no que se refere ao benefício da justiça gratuita quanto ao de dispensa da caução exigida de não residente.

Tratando-se ainda de situação jurídica marcada pela “internacionalidade” envolvendo o Brasil e o Uruguai, solução direta para o problema da exigência de caução para não residente se alcançaria por aplicação do tratado bilateral que envolve esses dois países, referido ao final do tópico II. Marco Normativo.

Na solução do caso concreto conforme a decisão ora em exame houve aplicação direta de norma nacional sem que o suporte fático abstrato (a hipótese de incidência) estivesse claramente presente. Contrariando o declarado pelo Juiz de primeira instância, o Desembargador Relator em segunda instância teve por certa a residência do autor no Brasil, o que removeria um dos requisitos para a exigência de caução do art. 835 do CPC1973. Com base nessa premissa não demonstrada em detalhes

30 HILL, op. cit., p. 146.

31 GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, 10ª e., 1ª reimpressão, Buenos Aires, Ar, Abeledo Perrot, 2011, p. 833.

nos dados disponíveis, a solução poderia ser clara e direta, sem recurso aos dispositivos da assistência judiciária gratuita ou aos Protocolos de Florianópolis ou Las Leñas do MERCOSUL, pois a norma que estabelece a exigência de caução não produziria qualquer efeito por não estar atendida sua hipótese elementar de não estar o autor residindo no Brasil.

Partindo da hipótese de que a percepção do fato “residência do autor” correta ser a do Juiz de primeira instância, ou seja, residência fora do Brasil, aí sim seria necessário recorrer ao Protocolo de Las Leñas para solução direta e suficiente do caso concreto. A nacionalidade uruguaia do autor compõe o requisito suficiente para atrair a incidência do Protocolo de Las Leñas (Artigo 3), e a norma direta desse tratado contida no Artigo 4 o eximiria do ônus preliminar de processo independentemente de ser beneficiário da assistência judiciária gratuita.

Assim, aplicável o Protocolo de Las Leñas não se poderia exigir do autor, nacional uruguaio, a caução de que tratava o art. 835 do CPC1973 ou de que trata atualmente o CPC2015. A nacionalidade do autor é o fator determinante da aplicação do Protocolo de Las Leñas.

Do desenvolvido neste trabalho se extrai que a questão da exigência de caução para não residente no Brasil deve ser interpretada com seus requisitos adequados, ou seja, deve ser demandada a garantia do autor que esteja na condição objetivamente descrita, independentemente de nacionalidade. Significa dizer que se o autor tiver residência no Brasil, seja ele brasileiro ou estrangeiro, não lhe pode ser exigida a caução.

Em um segundo passo, não residente no Brasil o autor, e observando a pertinência temática da obra a que se destina este trabalho, pode-se perseguir a normativa integracionista do MERCOSUL, representada claramente pelo Protocolo de Las Leñas neste caso. Delimitada a leitura do suporte fático abstrato do Artigo 3 do Protocolo de Las Leñas, observa-se que a equiparação a residente no Brasil para os fins da exigência de caução alcança qualquer nacional ou residente permanente dos Estados Partes do MERCOSUL (para os quais esteja em vigor o tratado).

Observe-se que a norma do Protocolo de Las Leñas favorece inclusive a brasileiros que não tenham residência no Brasil mas que a tenham em Estados Partes do MERCOSUL, em contrário à hipótese puramente interna brasileira. Desses nacionais brasileiros a norma interna

pura exigiria a caução.

Conhecer e entender a normativa do MERCOSUL pode parecer à primeira visada do estudioso do Direito uma tarefa reservada aos dedicados a interesses de comércio internacional ou inter-regional. A decisão em exame evidencia que uma situação relativamente corriqueira, descartada a natureza trágica do evento que deflagrou a disputa, pode afetar a qualquer cidadão independentemente de sua atividade profissional ou transnacionalidade de seus atos. Pode-se imaginar que o desenvolvimento de normativa do MERCOSUL como os Protocolos de Las Leñas e de Florianópolis tenha sido motivado por interesses vinculados à *livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos* entre os Estados Partes,³² a norma constituída e vigente alcança indivíduos que pouco ou nada têm com esse interesse específico.

A estrutura normativa do MERCOSUL ultrapassa os objetivos iniciais estabelecidos no texto fundacional, e resulta em eficácia que se propaga para objetos jurídicos talvez não vislumbrados pelos fundadores desse organismo internacional. Às vésperas de se completarem trinta anos de existência do MERCOSUL, verificar que se desenvolveu de modo sólido no sentido jurídico da expressão, alcançando a vida de indivíduos privados sem interesses de comércio internacional traz evidência de seus propósitos estarem se ampliando e enraizando de modo indelével nas sociedades nacionais que nele se envolvem, conduzindo a uma progressiva integração.

32 Artigo 1 do Tratado de Assunção.

EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO ÂMBITO DO MERCOSUL: POR QUE NÃO SE SEGUIRAM OS TERMOS DO PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES?

Superior Tribunal de Justiça, Execução em Sentença
Estrangeira Contestada Nº 866 – GB, 09/04/2019

*Gustavo Ferraz de Campos Monaco**

*Solano de Camargo***

Sumário: I. Aproximação ao tema; II. Marco normativo; III. Os fatos do caso; IV. A decisão judicial; V. Análise do caso: 1. A estratégia da exequente, 2. As vantagens de se ter dado correta aplicação ao Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares; VI. Conclusões.

I. Aproximação ao tema

Imagine-se uma sentença arbitral estrangeira proferida no Reino Unido da Grã-Bretanha pela *The Grain and Feed Trade Association* (Associação Comercial de Grãos e Alimentos) (GAFTA), fundada em 1871, e uma das associações comerciais mais tradicionais na prestação de atividades-meio para a prolação de sentenças arbitrais segundo as regras

* Professor Titular de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; Coordenador do Curso de Direito da Universidade Anhembi Morumbi. Consultor.

** Pós-doutorando em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Graduado, mestre e doutor pela Faculdade de Direito da USP. License e Master 1 em Direito francês pela Faculdade de Direito de Lyon (Jean Moulin III). Advogado e professor em São Paulo.

procedimentais vigentes no foro (*lex fori*). Referida sentença mostra-se contrária aos interesses de uma empresa brasileira constituída sob a forma de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, com sede na cidade de São Paulo. A decisão, favorável a uma empresa constituída segundo a lei argentina sob a forma de sociedade anônima, é, então, levada para homologação perante o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, posto que restasse necessário executar seu conteúdo, entrando no patrimônio da empresa brasileira para garantir o crédito da empresa argentina.

O crédito mencionado decorre de uma série de quatro contratos de compra e venda de trigo argentino para panificação, pela empresa brasileira, que teriam sido firmados entre ausentes (no espaço), por meio telefônico (presentes no tempo, no entanto), por iniciativa de empregado da empresa brasileira. Tais contratos foram intermediados por empresa corretora que agia em nome da empresa argentina e confirmados, *a posteriori*, por instrumentos trocados pelas partes por meio de telex. O valor total dos contratos, somados, perfaziam montante superior a um milhão e meio de dólares americanos, valor da condenação impingida à empresa brasileira pela decisão arbitral proferida em Londres.

Para ser cumprida no Brasil, todavia, a decisão arbitral deve ser homologada segundo as determinações da Lei de Arbitragem, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Com efeito, nos termos dos arts. 34 e 35, a sentença arbitral estrangeira,¹ assim considerada a que foi proferida fora dos limites territoriais brasileiros, deve ser reconhecida pelo STJ para que se admita a produção de efeitos no Brasil. Em suma, a eventual execução da decisão londrina dependia do reconhecimento de seu conteúdo pelo STJ brasileiro.²

O art. 38 da Lei de Arbitragem brasileira arrola as hipóteses que autorizam o não reconhecimento da decisão arbitral estrangeira, condicionando a não homologação à comprovação, pelo réu (*rectius*: o requerido no processo de homologação – que poderia ser o autor da arbitragem estrangeira, quando julgada improcedente), de ao menos uma das seis situações descritas em seus incisos.

Daí porque, devidamente citada, a empresa brasileira tenha contestado o pedido de homologação da sentença arbitral estrangeira

1 A distinção entre arbitragem estrangeira e arbitragem internacional é bem elucidada por MANGE, Flávia Foz, *Processo Arbitral: aspectos transnacionais*, São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 39-40.

2 Veja-se, a respeito, VERGOSA, Haroldo. Os “segredos” da Arbitragem, São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 102-104.

alegando que tais contratos não dispunham quer de compromisso arbitral, quer de cláusula compromissória, violando, por consequência, o disposto no art. 38, inc. V da Lei de Arbitragem brasileira. Referido dispositivo autoriza a não homologação quando a decisão haja sido proferida fora dos limites de uma ou de outra das formas de se vincular à arbitragem, configurando julgamento *extra* ou *ultra petita*, que extrapolam os limites da competência atribuída ao painel arbitral. E, por maioria de razão, impediriam – na visão da empresa brasileira requerida – a homologação de decisão em que sequer existissem um ou outro dos instrumentos exigidos pela lei brasileira.³ Em réplica, a requerente, empresa argentina, demonstrou que nos instrumentos trocados após as ligações telefônicas por meio de telex constava a previsão de que eventuais litígios decorrentes do contrato fossem submetidos à arbitragem na GAFTA.

Importante consignar, a tal respeito, que na ausência de acordo internacional que determinasse mecanismos diversos de análise, a lei de Arbitragem brasileira submete a análise do eventual reconhecimento e execução ao quanto disposto em seus artigos, enquanto *lex fori* do juízo homologando.

No caso analisado, tanto a Convenção das Nações Unidas sobre o Reconhecimento das Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958, quanto a lei brasileira, de 1996, exigiam que a arbitragem fosse pactuada pelas partes por forma escrita, sendo, assim, incompatível com a forma verbal dos contratos firmados por meio de telefonemas trocados entre a corretora e o preposto da empresa brasileira, o que, de resto, fora reconhecido na arbitragem pelas partes, restando temática incontroversa.

A Procuradoria Geral da República, em sua manifestação, apontou o fato de que os instrumentos trocados por telex *a posteriori* não ostentavam assinatura outra que não a da empresa corretora.

Nesse sentido, ausente a convenção de arbitragem original exigida pelo art. 37, II da Lei de Arbitragem, o STJ, por unanimidade, entendeu por bem não homologar a decisão arbitral proferida na Capital do Reino Unido pela Câmara Arbitral de *The Grain and Feed Trade Association*.

3 A requerida argumentou, ainda, que o funcionário que teria firmado os contratos não dispunha de competência para tanto, sendo essencial a confirmação por escrito pelos representantes legais da empresa brasileira, o que não teria ocorrido. O Ministro Félix Fischer, relator, bem atentou para a circunstância desse argumento confundir-se com o mérito da demanda submetida à arbitragem, o que impedia o revolvimento da questão em sede de homologação da sentença arbitral estrangeira.

E coerente com posicionamento jurisprudencial da própria Corte, o STJ entendeu que a participação da empresa brasileira na arbitragem transcorrida em solo britânico era indiferente, uma vez que alegara, em sua defesa, a ausência de cláusula compromissória e que o não acolhimento desse argumento no bojo da arbitragem não impedia seu reconhecimento na homologação, uma vez que se tratava de exigência tanto da Convenção da ONU de 1958,⁴ quanto da lei brasileira de arbitragem.

Por tais fundamentos, a Corte Especial do STJ indeferiu a homologação da sentença arbitral estrangeira, impedindo que ela produzisse efeitos em solo brasileiro. Consequentemente, a empresa argentina não teve autorização para proceder à execução da sentença arbitral no Brasil. Além disso, a Corte brasileira condenou a empresa argentina a pagar honorários em favor dos advogados da empresa brasileira, fixados em 3% sobre o valor dado à causa.

A palavra honorários possui o mesmo radical latino da palavra honra, como salienta Ruy de Azevedo Sodré.⁵ Trata-se, assim – e na origem –, de retribuição concedida por honra profissional, pelo desempenho específico e especializado do profissional do direito. Ainda que na origem fosse apenas o reconhecimento honorífico que decorresse da atividade especializada do advogado – e ainda que isso àquela época lhes bastasse–,⁶ a verdade é que a profissionalização da atividade advocatícia torna os honorários mecanismo de reconhecimento pecuniário e a palavra designativa mantém-se para designar a retribuição pecuniária dos profissionais do direito encarregados da defesa técnica da causa em lume⁷.

Em sua fixação, devem os julgadores observar o tempo despendido, as dificuldades profissionais enfrentadas pelos causídicos e a natureza e importância da causa. Trata-se, assim, da “contraprestação dos serviços disponibilizados por tal profissional”.⁸

Cândido Rangel Dinamarco, ao discorrer sobre os direitos e

4 “Com relação ao reconhecimento de sentenças estrangeiras, a lei inglesa faz referência à Convenção de Nova Iorque (*sic*) e seus fundamentos” MANGE, Flávia Foz. *Processo Arbitral: aspectos transnacionais*, São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 187.

5 SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado*, São Paulo: LTr, 1977, p. 490.

6 ARZUA, Guido. *Honorários de advogado na sistemática processual*, São Paulo: RT, 1957, p. 16.

7 GOMES, Magno Federici; SOARES, Bianca Boroni. “A motivação nas decisões que fixam honorários advocatícios de sucumbência: análise sob a égide do Código de Processo Civil atual e do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010”, em: SILVA, José Anchieta da, *O novo processo civil*, São Paulo: Lex Editora, 2012, p. 545.

8 GOMES, op. cit., p. 545.

prerrogativas dos advogados como personagens essenciais à administração da justiça, afirma que “o primeiro dos direitos do advogado é o de perceber os *honorários*, que constituem a contraprestação de seus serviços e fonte de sua subsistência”,⁹ podendo tais valores ser fixados por uma, por outra ou por ambas as modalidades permitidas no ordenamento brasileiro, a saber: os honorários sucumbenciais e/ou os honorários contratuais.¹⁰

Caracterizam os honorários sucumbenciais a circunstância da parte ter sucumbido, em juízo e por decisão do órgão jurisdicional, aos argumentos da outra, que sai vencedora e merece, por isso, segundo nosso sistema processual, ser ressarcida de parte dos gastos que teve como decorrência da atuação errática da parte que viu seus argumentos desfalecerem ante a atuação do Judiciário. Com efeito, se aquela parte não tinha afinal razão na disputa instaurada perante o magistrado ou se fora já condenada a prestar o direito devido à outra parte e não o fez espontaneamente, obrigando o credor a pleitear a execução em juízo de seu direito outrora reconhecido, deve, como consequência, pagar os honorários sucumbenciais.¹¹

A lógica subjacente é a de que importa preservar o Judiciário como *locus* para a recomposição dos interesses jurídicos molestados, sem, contudo, desestimular a propositura de ações, consoante o direito constitucional de acesso ao Judiciário.¹² Donde a proporcionalidade na fixação dos honorários sucumbenciais pelo magistrado, considerado o critério da causalidade para o resultado que estabiliza o litígio.¹³ Ganha, assim, relevo, o princípio da inevitabilidade da lide.¹⁴

Claro que algumas lides são inevitáveis. Há questões que só podem produzir parte ou mesmo a integralidade de seus efeitos quando houver a intervenção do Poder Judiciário do foro em que se pretendem ver efetivados os contornos práticos determinados pela sentença proferida

9 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 900.

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 744. O autor discute, um pouco mais adiante, se é lícito, à luz do Estatuto da Advocacia, “o ajuste contratual que prive o advogado de receber os honorários de sucumbência sem que ao menos o equivalente seja pago pelo contratante a título de honorários contratuais”.

11 DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II., op. cit., p. 772.

12 CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*, 3. ed., São Paulo: RT, 1997, p. 20.

13 DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II., op. cit., p. 762.

14 GOMES, Magno Federici; SOARES, Bianca Boroni. “A motivação nas decisões que fixam honorários advocatícios de sucumbência: análise sob a égide do Código de Processo Civil atual e do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010”, em: SILVA, José Anchieta da, *O novo processo civil*, São Paulo: Lex Editora, 2012, p. 547.

alhures. É o caso de sentenças estrangeiras que disponham sobre direitos indisponíveis.¹⁵ Em tais casos, as partes do processo não podem dar seguimento a seu cumprimento – ainda quando estejam plenamente de acordo quanto ao seu conteúdo – sem antes submeterem o conteúdo da decisão ao juízo de delibação¹⁶ do órgão competente.¹⁷

Como afirma José Roberto dos Santos Bedaque,

Se duas pessoas manifestarem interesse pelo mesmo bem, haverá conflito. A exigência, feita por uma delas, de subordinação do interesse alheio ao próprio, recebe o nome de pretensão. Se houver concordância por parte do destinatário da pretensão, extingue-se o conflito. Já a resistência faz nascer a lide. Daí a definição desse fenômeno como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.¹⁸

Tratar-se-ia da administração pública, feita pelo Judiciário, de interesses particulares ou socialmente relevantes, quando o Estado legislador entendeu essencial a intervenção de um agente público, designando para tanto um dos membros do Poder Judiciário. Na primeira das hipóteses (interesses particulares consubstanciados em acordos que podem ser ou não chancelados pelo Estado juiz), estar-se-ia diante de uma hipótese de jurisdição voluntária, que não se configura, propriamente, como atuação jurisdicional.¹⁹ Já na hipótese de interesses socialmente relevantes, tratar-se-ia de hipótese de jurisdição necessária – justamente em razão do interesse coletivo ali subjacente – e que exigiria a intervenção do Estado-juiz em atividade eminentemente jurisdicional, com a constituição de uma realidade que – não houvera a intervenção da autoridade judicial – não se configuraria.²⁰

15 Via de regra, se o direito é disponível, a parte vencida pode cumprir espontaneamente o quanto contido na decisão estrangeira, ainda quando esta não seja, em tese, exequível naquele território, recomendando-se, apenas, que o devedor condenado obtenha a devida quitação decorrente de sua atitude desimpedida e franca.

16 Como salienta CAMARGO, Solano de. *Homologação de sentenças estrangeiras: ordem pública processual e jurisdições anômalas*, São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 67-68, o mecanismo de delibação está assentado na confluência de duas premissas que podem se mostrar equivocadas: “A primeira delas leva em conta a posição de que o Estado é o único ente capaz de gerar sentenças estrangeiras passíveis de homologação no foro (...). A segunda premissa equivocada baseia-se no fato de que as diversas jurisdições estatais seriam, para os efeitos do juízo de delibação, *fungíveis*”.

17 Veja-se, com algumas nuances, DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: parte geral e processo internacional*, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, pp. 619-622.

18 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Breves notas sobre jurisdição e ação”, em: ZUFELATO, Camilo; YARSHHELL, Flávio Luiz (org.), *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente, futuro*, São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 541-542.

19 BEDAQUE, op. cit., p. 544.

20 BEDAQUE, p. 546.

Sendo o procedimento, nesses casos, indispensáveis e não havendo propriamente lide, não se há falar em sucumbência e, menos ainda, em honorários sucumbenciais.²¹

É, certamente, o que acontece quando se pleiteia a homologação de uma sentença estrangeira ou de uma sentença arbitral estrangeira perante o STJ brasileiro e a parte requerida, devidamente citada, não comparece para contestar a demanda, instaurando a lide. Em tais casos, impossível a condenação de quem quer que seja ao pagamento de honorários sucumbenciais. O ordenamento jurídico brasileiro exige a homologação perante o Judiciário e, nesse sentido, a jurisdição é necessária para a concessão do *exequatur*. Não obstante, a ausência de contestação impede a formação da relação jurídico-processual e o Presidente do STJ, monocraticamente, analisará a sentença estrangeira e decidirá se a homologará ou não, tal qual faria um magistrado qualquer em situação de jurisdição voluntária, analisando os termos do acordo entre os particulares e decidindo se o chancelaria ou não. No caso, há acordo. Tácito. Decorrente da omissão da contraparte em contestar a demanda. Se não o faz, anui, concorda. Tacitamente, repita-se. E o Presidente do STJ homologa ou não a sentença estrangeira, sem condenação de quem quer que seja ao pagamento de honorários sucumbenciais, porquanto sucumbência não haja. A homologação aproveita a ambas as partes, que estão tacitamente concordes e a não homologação prejudica ambas as partes, também tacitamente concordes.

No entanto, se a parte requerida contesta o pedido de homologação, indicando razões para seu não reconhecimento, há clara lide. O requerente quer a homologação a que se opõe o requerido. Nesse caso, seja qual for a decisão do STJ, haverá sucumbência, ainda que recíproca e proporcional, nos casos de homologação parcial da sentença estrangeira em que metade da decisão poderá produzir efeitos em solo brasileiro e a outra metade não. E reconhecendo-se a sucumbência, deverá o Ministro Relator propor o *percentual* que incidirá sobre o valor dado à causa, valor esse que aproveitará aos advogados da parte a quem aproveitou a decisão.

É justamente nesse contexto que foi proferida outra decisão, de cariz monocrático, em 09 de abril de 2019, no âmbito da Execução em Sentença Estrangeira Contestada nº 866 – GB, a respeito da qual o presente

21 GOMES, Magno Federici; SOARES, Bianca Boroni. “A motivação nas decisões que fixam honorários advocatícios de sucumbência: análise sob a égide do Código de Processo Civil atual e do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010”, em: SILVA, José Anchieta da, *O novo processo civil*, São Paulo: Lex Editora, 2012, p. 548.

artigo passará a tecer considerações, vez que menciona, explicitamente, o Protocolo de Medidas Cautelares do MERCOSUL, marco normativo a partir do qual novas medidas foram adotadas.

Nesse sentido, todo o histórico acima descrito, bem como as considerações de ordem doutrinária expendidas tiveram por intuito bem delimitar as circunstâncias que autorizaram a empresa brasileira, no interesse de seus advogados, a pleitear a adoção de medidas executórias²² no bojo de um pedido de homologação de sentença estrangeira que restou frustrada, ante a inobservância de um requisito formal essencial à luz das disposições legais brasileiras e convencionais que vinculam o Brasil no plano internacional.

II. Marco normativo

Em um contexto como o acima descrito, mostra-se relevante tecer algumas considerações sobre o marco normativo mercosulino invocado pelo Tribunal brasileiro.

O Protocolo de Medidas Cautelares foi concluído pelos Estados membros do Mercado Comum do Sul aos 14 dias do mês de dezembro de 1994, na cidade de Ouro Preto. Nos *considerandos* do Protocolo, pode-se ler remissão expressa ao Tratado de Assunção, firmado em 26 de março de 1991, por meio do qual se institucionalizou o MERCOSUL. A referência específica diz respeito à determinação contida no instrumento jurídico fundador de que os Estados Partes buscassem harmonizar suas legislações internas nas áreas que considerassem pertinente fazê-lo.

E é, assim, “convencidos da importância e da necessidade de oferecer ao setor privado dos Estados Partes, um quadro de segurança jurídica que garanta soluções justas às controvérsias privadas e torne viável a cooperação cautelar entre os Estados Partes do Tratado de Assunção”, que Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai firmaram o Protocolo.

Tomando por base as obrigações de dar, fazer e não fazer que pudessem ser determinadas numa das jurisdições para produzir efeitos em

22 Para uma análise da diferença conceitual entre execução “num sentido muito amplo, [utilizado] para designar a realização das obrigações e o conceito de execução forçada, que se efetiva “através do processo e do exercício da jurisdição”, vejam-se as clássicas lições de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 99-100.

outra que, com o intuito de resguardar os interesses envolvidos e evitar a irreparabilidade de danos a pessoas e bens, que o Protocolo disciplina a forma de se dar cumprimento a medidas cautelares determinadas num Estado Parte no território de outro, consoante dispõe o art. 1º do diploma convencional.

Nesse sentido, a tutela cautelar, em suas múltiplas formas, pode ser solicitada em praticamente todos os processos em tramitação naquele Estado Parte, sejam tais processos “ordinários, de execução, especiais ou extraordinários, de natureza civil, comercial, trabalhista” e até mesmo em processos criminais, conquanto limitados a adoção de medidas cautelares atinentes a eventual reparação civil determinada em seu bojo (art. 2º). Ou seja, não se aplica o Protocolo ao cumprimento de medidas cautelares processuais penais puras, mas tão-somente para medidas cautelares processuais civis determinadas no curso de um processo que tramite perante a jurisdição criminal do Estado requerente. É isso apesar de

o ilícito penal não difer[ir] em substância do ilícito civil, sendo diferente apenas a sanção que os caracteriza; a ilicitude penal [ser], ordinariamente, mero agravamento de uma preexistente ilicitude civil, destinado a reforçar as consequências da violação de dados valores, que o Estado faz especial empenho em preservar.²³

É, assim, no interesse dos particulares, que os Estados Partes estabelecem mecanismos para fazer frente à morosidade típica das tradicionais medidas de cumprimento até então vigentes que, tramitando pela via diplomática e por meio de cartas rogatórias, significavam uma morosidade perniciososa para a efetivação de direitos que, por circunstâncias típicas do maior fluxo de direitos e deveres consequentes do estabelecimento do MERCOSUL, passavam a merecer um resguardo mais efetivo. Como pondera José Roberto dos Santos Bedaque,

A necessidade da tutela cautelar está ligada a uma normal disfunção do processo, incapaz de dar solução imediata aos problemas de direito material. Representa, na verdade, antídoto contra a demora para entrega da tutela jurisdicional.²⁴

23 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 159.

24 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 123.

Daí porque o art. 3º do Protocolo admita a concessão de medidas cautelares (i) de natureza preparatória, (ii) de natureza incidental de uma ação principal ou (iii) aquelas que garantam a execução de uma decisão proferida num Estado Parte em outro, que é a situação do caso sob análise.

O protocolo não dispensa a formação da tradicional carta rogatória, que é o meio pelo qual se realizam as comunicações entre as autoridades processuais ou para a realização ou colheita de provas no Estado rogado e em benefício do Estado rogante.²⁵ No entanto, inova relativamente ao sistema então vigente ao admitir mecanismos alternativos de envio e recepção entre os Estados Partes: a via diplomática passa a conviver com os atos de intermediação realizado pelas Autoridades Centrais designadas pelos Estados e mesmo pelas partes interessadas (art. 19.1).

Cria-se, ainda, uma distinção entre as cartas rogatórias tramitadas por canais oficiais (diplomáticos ou autoridade central) e aquelas tramitadas por impulso privado: o nº 2 e o nº 3 do mesmo art. 19 dispensam a legalização²⁶ dos documentos contidos nas cartas rogatórias encaminhadas ao Estado rogado com intervenção pública e exigem a legalização consular ou equivalente (apostila, sobretudo) quando os documentos rogantes aterram na Justiça rogada por iniciativa da parte a quem aproveitam.

Por fim, o art. 19.4 prevê mecanismo de auxílio direto entre juízes ou tribunais das zonas fronteiriças dos Estados Partes, os quais poderão transmitir uns aos outros, de forma direta, os *exhortos* ou cartas rogatórias previstos no Protocolo (que são atos equivalentes segundo o art. 18 do mesmo diploma normativo), sem necessidade de legalização. Trata-se de medida de cooperação internacional por meio de auxílio direto que se justifica porquanto, sobretudo no caso brasileiro, a autoridade central e as autoridades diplomáticas, todas sediadas em Brasília, poderiam retardar o andamento das medidas cautelares de forma indevida.

Como se trata de dispensa da concessão do *exequatur* prevista em tratado internacional, não há qualquer inconstitucionalidade subjacente e

25 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: parte geral e processo internacional*, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, pp. 610-611.

26 Diplomática ou por meio da aposição de apostila, consoante a Convenção da Haia, de 1961, sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros. A respeito, veja-se MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. "Apostila: um grande avanço para os negócios". *Valor Econômico*, São Paulo, 19/02/2016, p. E2; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Cartórios aumentam em 80% a emissão de apostilamentos no Brasil. *Revista Cartórios com você*, São Paulo, pp. 38-42, 01/03/2017.

as medidas podem tramitar pela forma prevista,²⁷ sobretudo porquanto completo o procedimento de aprovação pelo Legislativo (Decreto Legislativo nº 192, de 15 de dezembro de 1995), aliada à ampla publicidade do conteúdo do Protocolo decorrente da publicação do Decreto Nº 2.626, de 15 de junho de 1998.

O instrumento de ratificação foi depositado pelo Brasil, nos termos do art. 31, perante o Governo da República do Paraguai, que assumiu as funções de depositário do Protocolo, no dia 18 de março de 1997, sem que se procedesse à publicação do mencionado decreto que, como visto, só ocorreu mais de um ano depois, o que gerou uma controvérsia no âmbito do direito interno brasileiro sobre saber se o Protocolo estava ou não em vigor interno,²⁸ sem se descurar sua vigência internacional, que defluiu do quanto disposto no art. 29 do Protocolo, parte integrante do Tratado de Assunção, consoante determinação do mesmo dispositivo.

Fixado assim o marco normativo em que decorreram as mencionadas novas medidas jurisdicionais no âmbito da Execução em Sentença Estrangeira Contestada nº 866 – GB perante o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, insta agora analisar os fatos do caso.

III. Os fatos do caso

A ação principal, que pleiteava a homologação da sentença arbitral britânica – afinal não concedida – teve seu trânsito em julgado certificado em maio de 2007, pelo que os patronos da empresa brasileira pleitearam a intimação da requerente, ora executada, para que efetuassem o pagamento do montante devido a título de honorários sucumbenciais que, como afirmado acima, foi fixado no montante de 3% do valor dado à causa.

Por sua vez, a executada afirmou não estar submetida à jurisdição brasileira no que se referia aos atos de execução, porquanto não possuísse domicílio nem bens no território nacional, indicando o Judiciário argentino como o *locus* adequado para a persecução eventual do interesse da empresa brasileira exequente.

27 DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado: parte geral e processo internacional*, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, pp. 622-623.

28 A respeito, veja-se, com bastante interesse, a análise de MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000, pp. 57-68.

Ato contínuo, a exequente requereu a expedição de carta rogatória para se determinasse a penhora de investimentos financeiros da executada. Cinco meses depois de iniciada a fase executória, o então presidente do STJ, de forma inopinada, determinou que a exequente indicasse bens da executada passíveis de penhora no Brasil, pelo que a empresa exequente relembrou sua Excelência de que a própria executada informara não possuir quaisquer bens no Brasil e reiterou a expedição da competente carta rogatória.

Em maio do ano seguinte, portanto, um ano após o início da pretendida execução, o novo Presidente do STJ expediu carta rogatória que tramitaria segundo as determinações do Protocolo de Medidas Cautelares do MERCOSUL. Por tal razão, o Ministério da Justiça brasileiro, ao analisar o conteúdo da carta rogatória, devolveu-a ao STJ sob o argumento da impossibilidade de seu cumprimento, porquanto não tivesse sido indicado o advogado ou advogados que, na Argentina, enquanto júízo rogado, assumisse(m) eventuais intervenções naquele júízo e se responsabilizassem pelo pagamento de eventuais custas. De fato, nos termos do art. 21, *f*, do Protocolo, tratava-se de medida que se impunha, *verbis*:

Art. 21: As cartas rogatórias conterão:

(...)

f) indicação da pessoa que no Estado requerido deverá arcar com os gastos e custas judiciais devidas, salvo as exceções previstas no Artigo 25. Será facultativa à autoridade do Estado requerido dar tramitação à carta rogatória que careça de indicação acerca da pessoa que deva atender às despesas e custas, quando ocorrerem.

Percebe-se do texto da norma transcrita acima que coube ao Estado argentino optar pela devolução da carta rogatória, posto que a norma institua faculdade em dar tramitação ou não às rogatórias que careçam da indicação da pessoa que atenderia a eventuais despesas e custas, que, ademais, poderiam ou não ocorrer.

Ato contínuo, o terceiro Presidente do STJ a intervir nos autos desde que iniciada a execução dos honorários sucumbenciais, intimou a exequente a indicar advogado apto a atuar na Argentina e que se responsabilizasse pelo pagamento de eventuais custas e despesas.

A exequente restou inerte e silente ante o despacho de maio de

2010, pelo que, em novembro de 2011, o quarto Presidente do STJ a intervir na execução reiterou o despacho anterior. A exequente, então, manifestou-se e alegou dificuldades de contato com profissionais argentinos e pleiteou a prorrogação do prazo, o que foi deferido e renovado ante nova provocação da exequente. Vencido o prazo – prorrogado por duas vezes – esse mesmo presidente voltou a intimar a exequente que, restando novamente inerte e silente, viu ser determinado o arquivamento dos autos em março de 2012.

Desarquivamento solicitado em junho de 2013 e efetivado em novembro do mesmo ano, foi levado à decisão do Ministro Presidente o pedido da exequente para que se desconsiderasse a personalidade jurídica de uma empresa constituída no Brasil para fins de importação e exportação, “sob pena de frustração do recebimento do crédito pela requerente” (fl. 1058 dos autos).

A empresa cuja desconsideração de sua personalidade se requeria foi citada e manifestou-se nos autos da execução alegando o não preenchimento dos requisitos contidos no art. 50 do Código Civil brasileiro, com o que concordou o Ministério Público Federal em sua manifestação.

A então presidente da Corte – o quinto Ministro que presidiu a Corte desde o início da execução – assinalou prazo para que tanto exequente quanto executada se manifestassem, o que fizeram.

Inopinadamente, em junho de 2018, a Presidente do STJ levantou questão processual atinente à incidência dos artigos 109, X, da Constituição Federal e 965 do Código de Processo Civil vigente, como que a sugerir às partes que pleitassem a deslocação da competência para um juízo federal de primeira instância, sem se atentar – certamente – para a circunstância de que o objeto da execução defluía não de uma decisão proferida por juízo estrangeiro, mas, sim, do próprio Superior Tribunal de Justiça que indeferira a homologação – em seara contenciosa – da sentença arbitral estrangeira e estabelecia condenação ao pagamento de honorários advocatícios, que, era, enfim, o objeto da execução.

Tanto era descabida a insinuação que o Ministério Público Federal e a exequente se insurgiram contra a possibilidade aventada pela Presidência para a deslocação do feito.

IV. A decisão judicial

E foi justamente nesse cenário que o sexto Presidente do Superior Tribunal de Justiça brasileiro a atuar no feito desde que iniciada a fase de execução decidiu monocraticamente a questão e determinou, em abril de 2019, o arquivamento dos autos. Em sua decisão, o Presidente alegou tanto a ausência de ato que configurasse abuso, desvio de finalidade, fraude ou confusão patrimonial e que justificasse, por consequência, a pleiteada desconsideração da personalidade jurídica da empresa interveniente, como, também, o desinteresse e inação da exequente em dar cumprimento a uma medida simples, e quase burocrática, poder-se-ia acrescentar, e que implicou na impossibilidade de se dar seguimento ao cumprimento da carta rogatória expedida para ser cumprida na Argentina sob o abrigo do Protocolo de Medidas Cautelares do MERCOSUL.

V. Análise do caso

1. A estratégia da exequente

Num ambiente pensado para favorecer a livre circulação de pessoas, bens e serviços – ainda que os mecanismos institucionais estejam ainda incipientes – não se compreende a dificuldade enfrentada pelos advogados da exequente em indicar um profissional habilitado a prestar serviços advocatícios no foro do Estado rogado e que pudesse, assim, assumir as funções advocatícias básicas da parte interessada.

Nesse sentido, a recalitrância da exequente, que certamente chama a atenção do leitor, merece ser explorada no presente artigo.

Antes, porém, cumpre tecer algumas considerações quanto à preferida estratégia de alegar eventual grupo econômico constituído pela empresa argentina executada e a empresa brasileira de importação e exportação que acabou, tardiamente, integrando a relação jurídico processual, com o fito de desconsiderar a personalidade jurídica e permitir a satisfação do crédito.

A estratégia subjacente era claramente a de garantir a satisfação de seu crédito no território brasileiro. Para tanto, impingia encontrar uma pessoa jurídica sujeita ao império da jurisdição brasileira a quem se pudessem dirigir eventuais atos constitutivos determinados pelos magistrados nacionais.

A pessoa jurídica, diferentemente da pessoa física, não nasce de um fato (nascimento, com a expulsão do feto do útero materno), mas de ato jurídico, em que imprescindível a atuação voluntária humana para forjar seu ato constitutivo, de natureza eminentemente negocial. Nesse sentido, “seu reconhecimento como personalidade jurídica depende do atendimento de uma série de requisitos previstos em lei, diversos de um país para outro”.²⁹

Fala-se, assim, em nacionalidade da pessoa jurídica. Nesse tema, múltiplos são os critérios que podem fazer vincular a pessoa jurídica constituída por particulares aos Estados, enquanto entes eminentemente políticos. Como salienta José Carlos de Magalhães, “a pretensão de conferir nacionalidade às pessoas jurídicas tem, como pressuposto básico, o interesse dos Estados em submetê-las a suas leis”.³⁰

No entanto, essa vinculação não é pacífica. Niboyet, autor clássico do Direito Internacional Privado francês, por exemplo, negava às pessoas jurídicas uma nacionalidade, e

Fundou sua posição principalmente em dois argumentos: primeiramente, a nacionalidade, representando uma relação política entre o indivíduo e um Estado, não é aplicável a uma pessoa jurídica que é uma simples entidade jurídica. E em segundo lugar, a pessoa jurídica é um contrato de direito privado, e um contrato não pode engendrar um ser dotado de nacionalidade.³¹

Essa posição foi suplantada pela percepção de que para as pessoas física ao vínculo jurídico soma-se outro, de natureza política, e que constitui a cidadania, ao passo que as pessoas jurídicas constituem apenas o vínculo jurídico da nacionalidade,³² que posse ser determinado por uma infinidade de critérios que podem ser aparentemente colidentes, mas que são resolvidos pela incidência de normas de direito internacional privado³³.

No Brasil, o critério de atribuição da nacionalidade é o da constituição, pelo que são consideradas pessoas jurídicas brasileiras as

29 DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado: parte geral e processo internacional*, 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 246.

30 MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito econômico internacional: tendências e perspectivas*, Curitiba: Juruá, 2006, p. 222.

31 DOLINGER; TIBURCIO, *Direito internacional privado: parte geral e processo internacional*, op. cit., p. 247.

32 DOLINGER; TIBURCIO, *Direito internacional privado: parte geral e processo internacional*, op. cit., pp. 247-248.

33 MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito econômico internacional: tendências e perspectivas*, Curitiba: Juruá, 2006, p. 225.

constituídas no Brasil, de acordo com a lei brasileira.³⁴

E como a devedora, ora exequente, fosse uma pessoa jurídica constituída na Argentina, segundo a lei brasileira ela era uma empresa não brasileira. Por outro lado, sendo a empresa de importação e exportação uma pessoa jurídica constituída no Brasil, seria possível, em tese, requerer a desconsideração de sua personalidade jurídica.

Como salienta José Carlos de Magalhães,

questão mais séria surge quando se coloca em xeque a distinção entre a pessoa jurídica e seus membros, e a constituição formal da entidade passa a ser ignorada ante a realidade dos interesses das pessoas naturais nela envolvidas e os Estados. A necessidade de se verificar a real participação e vínculos dos envolvidos na pessoa jurídica tem surgido sempre quando interesses nacionais ou de terceiros estão em jogo.³⁵

Em que pese o autor se refira a pessoas naturais como aquelas que teriam constituído a sociedade, nada impede sejam outras pessoas jurídicas as responsáveis por tal constituição. E, como efeito da personificação, um dos corolários é a completa e total independência patrimonial da nova entidade, que só deixaria de existir acaso comprovada a atuação errática, confusa e abusiva de pelo menos um dos sócios da pessoa jurídica por eles constituída.³⁶ E a estratégia da exequente foi demonstrar que tanto a empresa importadora e exportadora constituída no Brasil como a executada, empresa argentina, eram constituídas pela mesma empresa suíça, que as controlaria.

Não obstante, para que a desconsideração de ambas as personalidades jurídicas pudesse ser determinada era essencial que se comprovasse existir abuso da personalidade jurídica para atingir fins escusos ou prejudicar terceiros, além de, como o caso concreto exigia, a formação de grupo econômico entre tais empresas,³⁷ o que restou não demonstrado, ensejando o arquivamento dos autos.

34 DOLINGER; TIBURCIO, *Direito internacional privado: parte geral e processo internacional*, op. cit., pp. 260-261.

35 MAGALHÃES, op. cit., p. 225.

36 AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 417-418.

37 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*, 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 305.

2. As vantagens de se ter dado correta aplicação ao Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares

O que realmente não se compreende são as razões que levaram os advogados da exequente a pleitear a desconsideração da personalidade jurídica – com todas as dificuldades técnicas que militam em prol da segurança jurídica e do reconhecimento de que as pessoas jurídicas, enquanto construtos humanos ou de outras pessoas coletivas, têm uma personalidade jurídica própria e que só poderá ceder quando explícitos o abuso e a fraude.

In casu, bastava indicar um advogado habilitado na Argentina para submeter a decisão brasileira às engrenagens do Poder Judiciário local, a quem caberia decidir a respeito da exequibilidade ou não da medida cautelar requerida, o que poderia ser negado, segundo o art. 17 do Protocolo, sempre que estas sejam manifestamente contrárias à ordem pública do estado requerido.³⁸

Apenas uma pressuposição de que o Judiciário argentino enxergaria na determinação judicial brasileira de bloqueios de ativos financeiros uma decisão atentatória à ordem pública argentina pode justificar a estratégia adotada.³⁹ Mas justifica, ainda assim, em parte, apenas.

Com efeito, como ficou demonstrado na primeira parte do presente artigo, a causa da condenação foi a prestação dos serviços advocatícios perante o Superior Tribunal de Justiça em pleito de homologação de sentença arbitral estrangeira cujo conteúdo, favorável aos interesses da empresa argentina, foi, entretanto, obstada pela ausência de formalidades essenciais previstas não apenas na lei brasileira, mas, sobretudo, na Convenção das Nações Unidas sobre o Reconhecimento das Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958, firmada na cidade de Nova York.

38 Interessante notar que o credor de honorários poderia exercer licitamente a faculdade de escolher tanto a jurisdição argentina para tramitar a execução dos honorários, proveniente de um título executivo autônomo oriundo do STJ (local em que supostamente haveria ativos expropriáveis de propriedade do devedor), quanto a jurisdição brasileira, cujo trâmite se mostrou muito mais moroso e, no caso, inútil. Para uma análise mais profunda sobre a opção lícita do autor quanto à jurisdição que lhe pareça mais favorável, veja-se CAMARGO, Solano de. *Forum Shopping: modo lícito de escolha da jurisdição?*, Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Gustavo Ferraz de Campos Monaco. São Paulo, 2012.

39 Do ponto de vista prático, o cumprimento da carta rogatória brasileira que determinasse o arresto ou o sequestro de ativos argentinos poderia se mostrar dificultoso, como de fato se mostrou, ao invés da propositura dos atos executivos da sentença brasileira em solo argentino.

VI. Conclusões

A decisão analisada parece prosaica. Desinteressante, até. Mas permitiu a análise de uma série de institutos de direito material e processual pelo viés tanto do direito brasileiro, quanto do direito internacional privado, especialmente pelo viés da cooperação jurídica internacional.

Espera-se, com isso, ter contribuído para denunciar as dificuldades que parcela dos advogados e magistrados brasileiros têm para lidar com o direito internacional em geral, mas, sobretudo, com o direito internacional privado.

PARTE II

CONTRATOS INTERNACIONAIS E ARBITRAGEM INTERNACIONAL

ANÁLISE DO CONFLITO ENTRE JURISDIÇÕES NO MERCOSUL: PERSPECTIVAS DESDE O CASO HERING (RESP 1.633.275/SC)

Superior Tribunal de Justiça, Recurso
Especial Nº 1.633.275 - SC, 14/11/2016

*Claudia Lima Marques**

*Tatiana Cardoso Squeff***

*Thiago Paluma****

Sumário: I. Breve aproximação ao tema; II. Marco normativo; III. A decisão judicial; IV. Análise do caso; V. Conclusão.

* Professora Titular de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Professora Permanente do PPGD da mesma instituição. Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg. Mestre em Direito pela Universidade de Tübingen. Ex-Presidente da ASADIP (Asunción), do Brasilcon (Brasília). Diretora do CDEA-UFRGS-PUCRS-DAAD, Centro de Estudos Europeus e Alemães, Presidente do Comitê de Proteção Internacional do Consumidor da International Law Association (London). Pesquisadora 1 A CNPq. ORCID: 0000-0001-9548-0390.

** Professora permanente do Programa de Pós-graduação em Direito e professora Adjunta de Direito Internacional da Universidade Federal de Uberlândia – UFU/MG. Doutora em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, com período sanduíche junto à University of Ottawa. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, com bolsa CAPES e período de estudos junto à University of Toronto. Membro da ASADIP e da ILA-Brasil. ORCID: 0000-0001-9912-9047.

*** Professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito e professor Adjunto de Direito Internacional da Universidade Federal de Uberlândia – UFU/MG. Doutor em Direito pela Universidad de València, Espanha. Diretor de Inovação e Transferência de Tecnologia da Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação da UFU. Membro da ASADIP.

I. Breve aproximação ao tema

O MERCOSUL tem sido pródigo de normas sobre Processo Civil Internacional, especialmente através dos Protocolos negociados nas Reuniões de Ministros da Justiça.¹ O diálogo destas fontes do processo de Integração com as fontes nacionais e outras Convenções internacionais nem sempre é fácil.²

Daí que o estudo dos limites da jurisdição (inter)nacional brasileira desponta como uma necessidade atual, no crescente quadro de internacionalização das relações jurídicas,³ especialmente comerciais. Já o tema da jurisdição – poder de um Estado de conhecer e solucionar controvérsias, seja no Poder judiciário, seja de delegar a meios alternativos de solução de controvérsias, como a árbitros – , como ensina Carmen Tibúrcio, é permeado por normas e princípios de direito internacional público e privado, além das constitucionais.⁴ O problema principal aqui consiste em determinar, entre as jurisdições que poderiam decidir o caso, qual delas é apta e qual deve ser o critério de escolha para resolver este chamado ‘conflito de jurisdições’.⁵

O presente texto tem como objetivo geral debater o conflito de jurisdições no âmbito do MERCOSUL, em especial aquele advindo da possibilidade de as partes escolherem o foro a ser utilizado para dirimir uma eventual disputa oriunda de um contrato internacional assinado no âmbito do bloco, tal como dispõe o Protocolo de Buenos Aires –

1 Veja sobre o protocolo de Buenos Aires (Dec. CMC 1/1994), que regula tanto a jurisdição direta como a indireta, e os Protocolos de San Luis (Dec. CMC 11/96) sobre acidentes de carros; o Acordo de Ouro Preto transporte multimodal (Dec. CMC 15/1994) e de transporte internacional de cargas dos Estados Partes (Dec. CMC 11/2002 e dos Associados (Dec. CMC 12/2002), cf. FERNÁNDEZ ARROYO Diego P. *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires: Zavalia, 2003, pp. 187 a 202. E o Protocolo de Las Leñas, de 1992, para a jurisdição indireta, em vigor pelo Decreto 2.067, de 12 de novembro de 1996 e o Protocolo de Santa Maria, de 1996, que não entrou em vigor.

2 Veja sobre o tema MARQUES, Claudia Lima. *Procédure civile internationale et MERCOSUR: pour un dialogue des règles universelles et régionales*, Uniform Law Review (Milano), Rome, vol 8, pp. 465-484, 2003, p. 465 e seg.

3 Veja a obra de SARMENTO MARQUES, Sérgio André Laclau. *A Jurisdição Internacional dos Tribunais Brasileiros*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1 e seg. E o capítulo intitulado “Dos limites da Jurisdição nacional” do CPC de 2015, artigos 21 a 25. O Código de Processo Civil de 1973 preferia a expressão -mais francesa- de competência internacional, cf. TIBÚRCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 447 e ss.

4 TIBÚRCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição*, Salvador da Bahia, JusPodium, 2016, p. 15.

5 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Internacional Privado*, São Paulo, Saraiva, 2018, pp. 184-185. O autor bem esclarece que pode haver um conflito positivo de jurisdições, quando duas ou mais estão aptas a conhecer do caso, e um conflito negativo de jurisdições, face à inexistência de uma jurisdição disposta a apreciar o caso (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Internacional Privado*, São Paulo, Saraiva, 2018, p. 193).

documento firmado em 1994,⁶ que traz no seu bojo essa permissão.

Procuraremos analisar os eventuais limites da expressão da autonomia da vontade das partes quanto à escolha do foro, notadamente aquele oriundo da utilização da teoria do *forum non conveniens*,⁷ a qual permitiria ao magistrado do foro escolhido pelas partes declinar a sua jurisdição, recusando-se a apreciar determinada ação em favor da jurisdição estrangeira.⁸ E com este intuito, tomar-se-á como base um julgado do Superior Tribunal de Justiça brasileiro (REsp 1.633.275/SC),⁹ de 2016, que versa sobre uma disputa entre uma empresa situada no Brasil e outra situada na Argentina, as quais, utilizando-se da liberdade de dispor sobre o foro oriunda do Protocolo de Buenos Aires, escolheram o juízo do Blumenau, Santa Catarina – Brasil, como competente para resolver eventuais controvérsias atinentes ao contrato. Porém, o foro de eleição acaba por ser questionado, uma vez não ser o juízo mais próximo aos atos processuais, logo, trazendo ‘dificuldades’ às partes e ao processo.

Assim, após uma análise do marco normativo, da decisão judicial comentada e da explanação do caso, ponderar-se-á acerca dos desdobramentos deste que, além de reconhecer como válida a escolha feita pelas partes no contrato internacional à luz do que dispõe o Protocolo de Buenos Aires, analisa a teoria do *forum non conveniens*. O tema é de suma importância, e a pergunta sobre a aceitação ou não desta teoria de países da Common Law¹⁰ no MERCOSUL é central.¹¹ Fresnedo Aguirre relata

6 Este instrumento entrou em vigor internacionalmente em 06.06.1996. O Brasil depositou seu instrumento de ratificação em 07.05.1996, ratificando-o através do Decreto Legislativo 129, de 05.10.1996 e promulgando-o através do Decreto 2.095, de 17 de dezembro de 1996. Todos os países do MERCOSUL ratificaram este instrumento. Veja o seu texto em MARQUES, Cláudia Lima; LIXINSKI, Lucas. *Legislação dos Negócios Internacionais*, São Paulo, Ed. RT, 2014, p. 543 e ss.

7 “The United States forum non conveniens doctrine refers to the discretionary power of the court to decline jurisdiction when the convenience of the parties would be better served if the action was brought and tried in another forum”. GONSON, Donald S. Forum Non Conveniens, *Revue Québécoise de Droit International*, vol 12, n° 2, pp. 23-32, 1999, p. 23.

8 Assim explica Ramos este caso de declínio da jurisdição, comum nos países de *common law*: “Em outros termos, a fixação inicial da jurisdição (inclusive fundada nos acordos de eleição do foro – *forum-selection clause*) não obriga o julgador, que pode recusar a demanda, caso tenha razões para considerar que o julgamento nacional não seria apropriado ou justo”. Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Internacional Privado*, São Paulo, Saraiva, 2018 pp. 239-240.

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial N° 1.633.275/SC*, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 08 de novembro de 2016 e publicado no DJe em 14 de novembro de 2016. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>, acesso em 07/07/2020.

10 Cf. com posição positiva sobre a teoria, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol 323, 2006, p. 162.

11 Veja sobre a origem na *commom law*, sobre o Art. 3135 Code Civil do Quebec e o projeto argentino de 1999, que previa o *forum non conveniens*, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Derecho Internacional Privado de los*

que países latino-americanos como o Equador, Guatemala e Nicarágua tem legislação explícita proibindo o declínio para ‘foro mais conveniente’, de outro lado, relata a aceitação da teoria na Convenção de Haia de 1996 de alimentos e em caso entre Uruguai e Brasil - a favor do foro brasileiro, mais conveniente no divórcio -, concluindo que o direito latino-americano em geral não desconhece a teoria, ainda que não se possa considerar ‘princípio geral’.¹²

II. Marco normativo

A jurisdição internacional em sede de contratos internacionais é regida no âmbito do MERCOSUL pelo Protocolo de Buenos Aires, concluído em 05 de agosto de 1994 e em vigor internacional desde 06 de junho de 1996 e cuja criação teve como pressuposto fortalecer a estrutura jurídica do bloco, buscando “promover certeza, previsibilidade e segurança jurídica”¹³ necessária para “o desenvolvimento das relações econômicas entre o setor privado dos Estados Partes” cujo acirramento era esperado “em decorrência do processo de integração”¹⁴. Assim, os Estados Membros do bloco convenceram-se “da importância de adotar regras comuns sobre jurisdição internacional em matéria contratual”, com vistas a “garant[ir] justas soluções e a harmoni[zar] [...] as decisões judiciais e arbitrais vinculadas à contratação no âmbito do Tratado de Assunção”.¹⁵

Outrossim, não seriam todos os contratos abarcados pelo Protocolo. Apenas aqueles contratos que detiverem natureza civil ou comercial e que tenham sido firmados entre particulares,¹⁶ sejam esses

Estados del MERCOSUR, Buenos Aires, Zavalia, 2003, pp. 165-166.

12 FRESNEO AGUIRRE, Cecilia. Public Policy: “Common Principles in the American States”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, v. 379, 2016, pp. 367-372.

13 “Certeza, previsibilidade e segurança jurídica são fatores determinantes para as partes decidirem previamente a lei que desejam reger as disposições contratuais e prever as consequências jurídicas das suas escolhas”. VOLPON, Fernanda Torres. “Os contratos internacionais de financiamento e o centro financeiro de Nova Iorque: considerações sobre a autonomia da vontade”, *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n° 1, pp. 264-282, 2017, p. 273.

14 BRASIL. *Decreto N° 2.095 de 1996*, publicado no D.O.U em 18 de dezembro de 1996, disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-2095-17-dezembro-1996-437295-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 10 jun. 2020, preâmbulo do Anexo.

15 BRASIL. *Decreto N° 2.095 de 1996*, publicado no D.O.U em 18 de dezembro de 1996, disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-2095-17-dezembro-1996-437295-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 10 jun. 2020, preâmbulo do Anexo.

16 No caso, refere-se aqui especificamente aos contratos firmados dentro do setor privado. No entanto, há quem entenda que elas poderiam ser estendidas às Pessoas Jurídicas de Direito Público, resguardadas quaisquer

pessoas físicas ou jurídicas, estando ao menos um deles domiciliados em um Estado Parte do bloco¹⁷, é que serão cobertos pelas prescrições do documento mercosurenho, tal como prescreve o seu próprio art. 1º.¹⁸ Desta feita, estão excluídos do seu escopo: (a) as relações jurídicas entre os falidos e seus credores e demais procedimentos análogos,¹⁹ especialmente as concordatas; (b) a matéria tratada em acordos no âmbito do direito de família e das sucessões; (c) os contratos de seguridade social; (d) os contratos administrativos; (e) os contratos de trabalho; (f) os contratos de venda ao consumidor,²⁰ (g) os contratos de transporte; (h) os contratos de seguro; e (i) os direitos reais,²¹ nos termos específicos do seu art. 2º.²²

Logo, se preenchidos os requisitos formais prescritos no art. 1º e 2º supracitados, será possível a utilização do Protocolo para fins de determinação da jurisdição contenciosa competente para dirimir eventuais problemas oriundos do contrato internacional vinculado à região mercosurenha, “facilitando, assim, o reconhecimento e a execução de decisões pelas jurisdições

limitações provenientes do direito interno, como GRECO, Leonardo. “A jurisdição internacional em matéria contratual”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n° 17, pp. 143-162, jul./dez. 1999, p. 150.

17 Nos termos do art. 1º do Protocolo de Buenos Aires, não há dúvidas de que o acordo se aplica quando as partes do contrato estejam ambas domiciliadas nos Estados Partes do bloco; outrossim, na alínea ‘b’, resta estipulado que se apenas uma das partes esteja domiciliada/sediada em um Estado Parte, para que o Protocolo seja aplicável, faz-se igualmente necessário que (b) “tenha sido feita um acordo de eleição de foro em favor de um juiz de um Estado-Parte e (b) exista uma conexão razoável segundo as normas de jurisdição deste Protocolo”. Portanto, nesses casos há outros dois requisitos a serem preenchidos. Cf. BRASIL. *Decreto N° 2.095 de 1996*, publicado no D.O.U em 18 de dezembro de 1996, disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-2095-17-dezembro-1996-437295-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 10 jun. 2020, art. 1(a) e q(b).

18 Para COSTA E SANTOS, embora o Protocolo de Buenos Aires não traga uma definição de contrato internacional, os elementos constantes no art. 1º formariam o seu âmbito material de aplicação. Cf. COSTA, José Augusto Fontoura; SANTOS, Ramon Alberto. “Contratos internacionais e a eleição de foro no Novo Código de Processo Civil”, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 253, 2016 [versão eletrônica].

19 GRECO aduz que “os contratos do insolvente civil e da instituição financeira em regime de liquidação extrajudicial com seus credores, pela analogia com a falência”, estariam aqui abrangidos. Cf. GRECO, Leonardo. “A jurisdição internacional em matéria contratual”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n° 17, pp. 143-162, jul./dez. 1999, p. 151.

20 Sobre esse tema, importante avultar a Opinião Consultiva N° 01/2007 do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL (TPR) solicitada pela Corte Suprema de Justiça da República do Paraguai em 2006, que questionou o uso do Protocolo de Buenos Aires em uma ação. Como não se tratava de relação de consumo, logo, não havendo a exceção do art. 2(6), a opinião do TPR foi de que seria, sim, aplicável a cláusula de eleição de foro constante no contrato firmado, fazendo prevalecer o foro Argentino (escolhido pelas partes) em detrimento do Paraguai. Cf. MERCOSUL. *Opinião Consultiva N° 1/2007*, Asunción, 3 abr. 2007. Disponível em www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinCon_01_2007_pt.pdf, acesso em 10 jun. 2020.

21 Acerca disso, Greco entende que a “exclusão não alcança a cobrança de prestações pecuniárias ou outras, nos contratos em que essas prestações estejam garantidas por direitos reais, mas apenas a execução dos próprios direitos reais”. Cf. GRECO, Leonardo. “A jurisdição internacional em matéria contratual”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n° 17, pp. 143-162, jul./dez. 1999, p. 151.

22 BRASIL. *Decreto N° 2.095 de 1996*, publicado no D.O.U em 18 de dezembro de 1996, disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-2095-17-dezembro-1996-437295-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 10/06/2020, Art. 2.

dos demais Estados”.²³ Noutros termos, ao observar-se tais requerimentos, será o Protocolo de Buenos Aires que apontará os critérios a serem utilizados para determinar qual órgão jurisdicional assumirá a discussão, em detrimento da determinação da legislação doméstica do(s) Estado(s) Parte(s), com exceção às questões de ordem pública interna e/ou internacional.²⁴

Aliás, pode-se dizer que o art. 5, parágrafo 2º, do Protocolo assegura tal limitação quando estipula que a “validade e os efeitos de eleição de foro serão regidos pelo direito dos Estados Partes” que eventualmente tenham jurisdição sobre determinado caso em função do próprio documento,²⁵ permitindo que tal cláusula seja afastada²⁶ pela vontade do legislador ao estipular regras de jurisdição exclusiva ou mesmo de direitos fundamentais,²⁷ e pelos costumes de cada país.²⁸

E no tocante a essas regras de jurisdição, cumpre dizer que o Protocolo de Buenos Aires foi bastante inovador, especialmente em relação à legislação brasileira (mas não limitada a ela²⁹) vigente à época da sua adoção, vez que “consagra expressamente o princípio da autonomia da vontade das partes em sede contratual, permitindo a eleição do juiz competente, e, igualmente, admitindo que as partes optem pela arbitragem

23 GRECO, Op. cit., p. 148.

24 NICARETA, Flávia Carina T. *A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais nos Países do MERCOSUL*, 95f., Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, 2012, Disponível em <http://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5836/1/Flavia%20Carina%20Tulio%20Nicareta.pdf>, acesso em: 10/06/2020, pp. 45-47. Acerca da ordem pública interna e internacional, cf. DE VASCONCELOS, Raphael Carvalho, Ordem pública no direito internacional privado e a constituição, *Revista Ética e Filosofia Política*, Rio de Janeiro, v. 2, n° 12, pp. 1-20, 2010.

25 BRASIL. *Decreto N° 2.095 de 1996*, publicado no D.O.U em 18 de dezembro de 1996. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-2095-17-dezembro-1996-437295-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 10 jun. 2020, Art. 5(2).

26 Em sentido contrário, veja a supracitada Opinião Consultiva N° 01/2007 do TPR, a qual entendeu que o direito da integração prevaleceria mesmo diante do direito interno, incluindo-se as questões de ordem pública. Cf. MERCOSUL. *Opinião Consultiva N° 1/2007*, Asunción, 3 abr. 2007. Disponível em www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinCon_01_2007_pt.pdf, acesso em 10 jun. 2020, p. 9-10. E para uma crítica sobre essa visão, com a qual concordamos, cf. GOMES, Joséli Fiorin. “Estudo sobre as Opiniões Consultivas do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL”, *Cadernos de Pós-Graduação em Direito do PPGD/UFRGS*, Porto Alegre, v. 7, n° 1, pp. 1-21, 2012.

27 A ordem pública hoje, por exemplo, contempla a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Cf. JAYME, Erik. “Le Droit International Privé du Nouveau Millénaire: la Protection de la Personne Humaine face à la Globalisation”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, vol 282, pp. 09-40, 2000.

28 Para uma crítica, sustentando que “o Protocolo deveria ter avançado na elaboração de regras uniformes [...], o que asseguraria paridade de tratamento perante todas as jurisdições dos países do MERCOSUL”, cf. GRECO, Leonardo. “A jurisdição internacional em matéria contratual”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n° 17, pp. 143-162, jul./dez. 1999, p. 153.

29 Segundo Garcia Junior, nenhum dos Estados Parte originário do MERCOSUL detinha a previsão da autonomia da vontade das partes em seu ordenamento interno quanto à escolha do foro quando da aprovação pelo Conselho Mercado Comum do Protocolo de Buenos Aires. GARCIA JUNIOR, Armando. *Lei Aplicável aos Contratos Internacionais*, São Paulo, Aduaneiras, 2000, p. 97.

como meio alternativo para a solução de controvérsias”.³⁰ Isso porque, vigorava naquele momento o antigo Código de Processo Civil no país, o qual não previa expressamente que as partes pudessem escolher o foro de sua preferência nos contratos internacionais,³¹ limitando-se às regras de competência concorrente então prescritas no art. 88, o qual trazia três possibilidades de se utilizar os foros pátrios,³² muito embora não excluindo os forasteiros.³³ Além disso, foi somente ao final de 1996 que entrou em vigor a Lei de Arbitragem brasileira, permitindo a utilização da arbitragem para a resolução de eventuais litígios se as partes assim optarem.³⁴

Nesse passo, ao introduzir a possibilidade de as partes expressarem a sua vontade de maneira autônoma, decidindo acerca do foro a ser eleito para potencialmente resolver alguma disputa e a permitir o uso da arbitragem, cumpre avultar o papel importante que o Protocolo teve, notadamente, no Brasil. Isso, pois, em que pese tenha sido pouco utilizado pelo judiciário,³⁵ ele serviu como um propulsor para o aperfeiçoamento das regras de competência internacional então existentes no Estado, tal como se vislumbrou ainda em 1996, com a publicação da mencionada Lei de Arbitragem, assim como em 2015, com a introdução do art. 25

30 VIEIRA, Luciane Klein, FERNANDES, Matheus Lúcio P. “Os Acordos de Eleição de Foro nos Contratos Internacionais: perspectivas a partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil brasileiro”, *Rev. Sec. Trib. Perm. Revis.*, Asunción, ano 5, n° 9, pp. 224-243, 2017, p. 238.

31 Oportuno lembrar que “[a] jurisprudência do STF se limita a acórdãos aplicando o CPC de 1939 para tratar da eleição de foro estrangeiro. No que tange a Súmula 335 do STF, cujo texto afirma ser ‘válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato’, ela igualmente não trazia luz para o debate, pois além de ter sido editada durante a vigência do CPC de 1939, o acórdão que deu base para sua redação tratava de escolha de foro entre comarcas brasileiras”. Cf. COSTA, José Augusto Fontoura; SANTOS, Ramon Alberto. “Contratos internacionais e a eleição de foro no Novo Código de Processo Civil”, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 253, 2016 [versão eletrônica].

32 Eram elas: no caso de o domicílio do réu, independentemente da sua nacionalidade, ser no Brasil; no caso de cumprimento de obrigação ser no Brasil; e, por fim, quando fato ou ato tenha sido praticado no Brasil. Cf. BRASIL, *Lei N° 5.869 de 1973*, publicado no D.O.U em 17 de janeiro de 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impresao.htm, acesso em 10 jun. 2020, art. 88, inc. I, II e III. Ressalta-se que mesmo com a edição de um novo Código de Processo Civil no país, em 2015, essas regras mantêm-se inalteradas, em que pese agora constantes no art. 21. Cf. BRASIL, *Lei N° 13.105 de 2015*, publicado no D.O.U em 17 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046, acesso em 10/06/2020, art. 21, inc. I, II e III.

33 Logo, sendo possível, via de regra, a realização de homologação de sentença estrangeira. Esta só restaria impossibilitada nos casos de ofensa à ordem pública, soberania nacional ou bons costumes. Cf. BRASIL, *Decreto N° 4.657 de 1942*, publicado no D.O.U em 09 de setembro de 1942. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm, acesso em 10/06/2020, Art. 17.

34 BRASIL, *Decreto N° 9.307 de 1996*, publicado no D.O.U em 24 de setembro de 1996, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm, acesso em 10/06/2020, Art. 1°.

35 Segundo Araújo e Jacques, a utilização da cláusula de eleição de foro no judiciário brasileiro é mínima. ARAÚJO, Nádia de; JACQUES, Daniela Corrêa. “Contratos Internacionais no Brasil: posição atual da jurisprudência no Brasil”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, v. 34, pp. 267-280, 2008, p. 270. No mesmo sentido: GARCIA JUNIOR, Armando. *Lei Aplicável aos Contratos Internacionais*, São Paulo, Adunearias, 2000, p. 15.

no novo Código de Processo Civil,³⁶ permitindo abertamente a eleição de foro em contratos internacionais no território nacional³⁷ – ano este que também passou a vigorar na Argentina e no Paraguai, tal como já havia na Venezuela (membro do bloco desde 2012), normas que acolhem amplamente a autonomia da vontade no plano doméstico.³⁸

Especificamente quanto à eleição da jurisdição, o art. 4º do Protocolo de Buenos Aires traz que nos “conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial” serão competentes tanto os tribunais arbitrais como “os tribunais do Estado Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva”.³⁹ Com isso, como aludem Vieira e Fernandes, “a norma mercosurenha garante a prevalência da vontade das partes, desde que a mesma não tenha sido resultado de uma escolha abusiva”.⁴⁰ Afinal, o elemento central que envolve o aceite de uma cláusula estabelecendo o foro é justamente a autonomia: um ato subjetivo e personalíssimo das partes envolvidas que tem como pressuposto a

liberalidade das partes contratantes, não pode[ndo] ser imposto por questões alheias ao querer dos interessados, [os quais] podem inclusive optar por não exercerem essa prerrogativa por motivos diversos como: não terem interesse na questão, [...] por não chegarem a um acordo, impossibilidade de eleição pela proibição do ordenamento jurídico, dentre outras causas.⁴¹

36 “Art. 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação”. Cf. BRASIL. *Lei N° 13.105 de 2015*, publicado no D.O.U em 17 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046, acesso em 10/06/2020.

37 “A grande novidade é a inclusão de um relevante permissivo: agora, é incontestável a possibilidade de as partes afastarem a competência da justiça brasileira por meio da eleição de foro estrangeiro exclusivo em seus contratos”. ARAUJO, Nadia; SPTIZ, Lídia; NORONHA, Carolina. “O novo CPC nas relações internacionais”, *Jornal Valor Econômico*, São Paulo, 13/06/2015. Disponível em <https://valor.globo.com/noticia/2015/01/13/onovo-cpc-nas-relacoes-internacionais.ghtml>, acesso em 10 jun. 2020.

38 ALBORNOZ, María Mercedes. “Contratos internacionales en el MERCOSUR”, em: A. do Amaral Jr. y L. K. Vieira (Coords.), *El derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*, Bogotá, Ibañez, 2016, pp. 360-361.

39 BRASIL. *Decreto N° 2.095 de 1996*, publicado no D.O.U em 18 de dezembro de 1996. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-2095-17-dezembro-1996-437295-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 10 jun. 2020, art. 4.

40 VIEIRA, Luciane Klein, FERNANDES, Matheus Lúcio P. “Os Acordos de Eleição de Foro nos Contratos Internacionais: perspectivas a partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil brasileiro”, *Rev. Sec. Trib. Perm. Revis.*, Asunción, ano 5, n° 9, pp. 224-243, 2017, p. 238.

41 SIQUEIRA, João Paulo. “Processo de integração no MERCOSUL: atuação da autonomia da vontade nos contratos internacionais de consumo”, *Revista Jurídica*, vol 11, n° 2, pp. 110-128, 2014, p. 120.

Desta maneira, não seria razoável admitir o uso da cláusula de eleição de jurisdição quando imposta a outrem – a não ser em casos de competência prorrogada. Prevista no art. 6º do Protocolo de Buenos Aires, esta competência admite o uso de uma jurisdição que foge àquela escolhida pelas partes ou mesmo àquela apontada pela cláusula de eleição de foro quando esta for admitida voluntariamente, de maneira positiva e não ficta, depois de interposta a ação, pelo demandado.⁴² Inclusive, este é o motivo pelo qual De Nardi defende que as ações propostas em descompasso com a cláusula de eleição de foro devem ser conhecidas pelos tribunais e não extintas de plano, vez que o demandado poderá vir a aceitar a competência deste foro.⁴³ Não obstante, impende afirmar que “a possível manifestação de vontade hipotética, que acontece quando o réu é revel” deve ser afastada, vez que é necessário o aceite expresso nos casos de competência prorrogada.⁴⁴

Ademais, importa dizer que art. 5º do Protocolo não estipula um único momento para que o acordo entre as partes acerca da eleição de jurisdição seja realizado, podendo o mesmo ocorrer “no momento da celebração do contrato, durante sua vigência ou uma vez suscitado o litígio”, desde que observado “o direito mais favorável [à] validade do acordo”.⁴⁵

Outrossim, se as partes não estipularem um acordo e por ventura emergir um conflito oriundo de um contrato internacional que preencha os requisitos dos arts. 1º e 2º do Protocolo de Buenos Aires, este determina, em seu art. 7º, a aplicação da jurisdição subsidiária, a qual permite que o autor escolha o foro para ajuizar a demanda utilizando-se de qualquer um dos seguintes critérios: (a) o juízo do lugar de cumprimento do contrato, isto é, no Estado Parte onde tiver de ser cumprida a obrigação; (b) o juízo do domicílio do demandado⁴⁶ (se forem múltiplos, poderá

42 BRASIL. *Decreto Nº 2.095 de 1996*, publicado no D.O.U em 18 de dezembro de 1996. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-2095-17-dezembro-1996-437295-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 10/06/2020, Art. 6.

43 DE NARDI, Marcelo. “Eleição de Foro em Contratos Internacionais: uma visão brasileira”, em: J. G. Rodas (coord.), *Contratos Internacionais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 129.

44 SPITZ, Lídia. *Eleição de foro estrangeiro: o princípio da autonomia da vontade e seu reconhecimento no direito convencional, regional e brasileiro*, 218f., Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, 2010. Disponível em <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp141484.pdf>, acesso em: 10 jun. 2020, p. 96

45 BRASIL. *Decreto Nº 2.095 de 1996*, publicado no D.O.U em 18 de dezembro de 1996. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-2095-17-dezembro-1996-437295-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 10 jun. 2020, Art. 5(1) e (3).

46 Este pode ser, ainda, subdividido em dois tipos, nos termos do art. 9 do Protocolo: “(a) quando se tratar

ser no domicílio de qualquer um⁴⁷); ou (c) o juízo de seu domicílio ou sede social, quando demonstrar que cumpriu sua prestação, a não ser que tenham celebrado contratos em outro Estado Parte, quando poderão ser demandadas perante a jurisdição deste.^{48,49}

E em que pese não haja uma ordem, há quem diga que a primeira opção, de demandar no foro do Estado Parte em que seria cumprido o contrato, foi uma alternativa importante inserida no Protocolo, pois alinhada ao desenvolvimento do direito empresarial internacional, particularmente por considerar o “elemento distintivo do contrato internacional de compra e venda [de mercadorias]” que é justamente a sua entrega – comum a todos os contratos empresariais internacionais.⁵⁰ Não obstante, importante frisar que o cumprimento do contrato não necessariamente se limita ao local da execução da obrigação,⁵¹ posto que ele também poderá contemplar (a) o lugar onde coisas certas e individualizadas existiam ao tempo da celebração do contratos; (b) o lugar do domicílio do devedor ao tempo em que foram celebrados os contratos sobre coisas determinadas por seu gênero; (c) o lugar do domicílio do devedor ao tempo da celebração do contrato sobre coisas fungíveis; e (d) “nos contratos que versem sobre prestação de serviços, (i) se recaírem sobre coisas, o lugar onde elas existiam ao tempo de sua celebração; (ii) se sua eficácia se relacionar com algum lugar especial, daquele onde houverem de produzir seus efeitos; e (iii) fora destes casos, o lugar do

de pessoas físicas: (i) sua residência habitual, (ii) subsidiariamente, o centro principal de seus negócios; e (iii) na ausência destas circunstâncias, o lugar onde se encontrar - a simples residência; (b) quando se tratar de pessoa jurídica, a sede principal da administração” (incluindo-se nesses casos suas eventuais sucursais, estabelecimentos, agências ou qualquer espécie de representação). BRASIL, *Decreto N° 2.095 de 1996*, publicado no D.O.U em 18 de dezembro de 1996. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-2095-17-dezembro-1996-437295-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 10/06/2020, Art. 9.

47 BRASIL. *Decreto N° 2.095 de 1996*, publicado no D.O.U em 18 de dezembro de 1996. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-2095-17-dezembro-1996-437295-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 10/06/2020, Art. 12(1).

48 BRASIL. *Decreto N° 2.095 de 1996*, publicado no D.O.U em 18 de dezembro de 1996. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-2095-17-dezembro-1996-437295-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 10/06/2020, Art. 11. Esta regra “coloca o réu em franca desvantagem, pois é o domicílio do próprio autor”, cuja origem, aponta-se, seria a jurisprudência argentina. GRECO, Leonardo. “A jurisdição internacional em matéria contratual”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n° 17, pp. 143-162, jul./dez. 1999, p. 156.

49 BRASIL, *Decreto N° 2.095 de 1996*, Op. cit., Art. 7.

50 GARCIA JUNIOR, Armando. *Lei Aplicável aos Contratos Internacionais*, São Paulo, Adunearas, 2000, p. 125.

51 “A origem dessa estranha definição de lugar de cumprimento é o Tratado de Direito Civil Internacional de Montevideu, de 1940, adotado por Argentina, Uruguai e Paraguai”. GRECO, Leonardo. “A jurisdição internacional em matéria contratual”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n° 17, pp. 143-162, jul./dez. 1999, p. 155. No mesmo sentido, cf. ALBORNOZ, María Mercedes. “Contratos internacionales en el MERCOSUR”, em: A. do AMARAL Jr. y L. K. VIEIRA (coords.), *El derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*, Bogotá, Ibañez, 2016, p. 365.

domicílio do devedor ao tempo da celebração do contrato”.⁵²

Logo, segundo Noodt Taquela,⁵³ sendo o contrato internacional caracterizado nos termos estipulados no Protocolo, não haveriam outras formas de se estabelecer a jurisdição (subsidiária) de um tribunal situado em um Estado Parte senão essas, o que ressalta ainda mais a relevância da possibilidade contida nesse documento de as partes elegerem o foro autonomamente, vez que, enquanto essa cláusula é bastante permissiva, encontrando apenas as limitações contidas no art. 5º, parágrafo 2º, as formas previstas nos arts. 7 a 12, apesar de secundárias, são bastante restritivas, não permitindo muita manobra pelos contratantes.

Desta feita, examinados os termos gerais do ‘Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual’, passa-se à análise do ‘Recurso Especial Nº 1.633.275/SC’, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, para averiguar-se de que forma o mesmo está sendo utilizado/interpretado.

III. A decisão judicial

A decisão judicial que dá base para este comentário é um acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) publicado em 14 de novembro de 2016 que julgou um Recurso Especial oriundo de Santa Catarina (SC), em que se pleiteava reformar sentença proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina que manteve a jurisdição brasileira eleita pelas partes em contrato internacional enquanto foro competente para julgar uma ação envolvendo a comercialização e a distribuição de produtos, em detrimento da justiça argentina. Outrossim, para que se possa compreender os motivos que levaram à interposição deste Recurso Especial (REsp), faz-se imperioso um resgate acerca de todo o trâmite processual deste caso.

A ação, em primeira instância, foi proposta em 27 de fevereiro de 2004 por Minimex S/A em face de Companhia Hering S/A na cidade de Blumenau/SC, buscando indenização por descumprimento de contrato. A parte autora, empresa sediada em Buenos Aires, sucessora da

52 BRASIL, *Decreto Nº 2.095 de 1996*, Op. cit., Art. 8(1) e (2).

53 NOODT TAQUELA, María Blanca. “Los Acuerdos de Elección de Foro em el Protocolo de Buenos Aires de 1994”, em: H. A. Vignali et al. (coord.), *MERCOSUR: Balance y Perspectivas*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 140.

Empresa Redmont S/A, alegou que, em função de contrato internacional firmado entre esta e a Companhia Hering S/A, “ficou como distribuidora e comerciante de produtos da Companhia Hering S/A na Argentina”, porém, que esta “acabou por inviabilizar o negócio da cessionária no país vizinho prejudicando suas atividades com elevado prejuízo”, pelo qual buscava ser reparada.⁵⁴

Particularmente, as empresas teriam firmado um contrato ainda em 1993, em que a autora teria direito de “distribuição e utilização, com exclusividade, de produtos da marca ‘Hering’ no território argentino” e cujo cumprimento não gerou desavenças até 1996, quando iniciaram tratativas para constituir “uma sociedade argentina com vista a assumir a distribuição dos produtos ‘Hering’ importando em legitimação de uma associação de fato já existente e regularização das relações financeiras do empreendimento”.⁵⁵ A partir da assinatura desse acordo, consoante a parte autora, diversos problemas emergiram, “como a remessa de mercadorias não solicitadas e alteração da política de preços dos produtos, [...] dentre outros fatos, culminando na rescisão unilateral da licença e do contrato de distribuição” e levando a então Empresa Redmont S/A a reivindicar falência preventiva na Argentina.⁵⁶ Por esses fatos, somado a existência de negócio jurídico de cessão ajustado entre a Empresa Redmont S/A e a Minimex S/A,⁵⁷ é que esta reivindicou danos materiais e morais face à empresa brasileira, tendo optado por fazê-lo no Brasil em função de previsão contratual por meio da qual se elegia o Juízo de Blumenau como o competente para resolver quaisquer divergências surgidas entre as partes.⁵⁸

Outrossim, o Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Blumenau/SC, extinguiu a ação sem julgamento de mérito, tecendo que a mesma deveria “ser intentada na Argentina por regras de competência e praticidade”, particularmente porque (a) o “contrato deveria ser cumprido no país vizinho” e, logo, com base no art. 100, inc. IV, alínea ‘d’ do antigo Código de Processo Civil brasileiro, aquele seria o foro competente;⁵⁹ e (b) os atos

54 BRASIL. Comarca de Blumenau, *Ação N° 008.04.003080-3*, Juiz Emmanuel Schenkel do Amaral e Silva, 4ª Vara Cível, julgado em 09 de outubro de 2006 e publicado em 19 de outubro de 2006, p. 1.

55 BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *Apelação Cível N° 2006.049126-1*, Rel. Des. Altamiro de Oliveira, 4ª Câmara de Direito Comercial, julgado em 14 de dezembro de 2010 e publicado em 11 de janeiro de 2011, p. 2-3.

56 BRASIL, *Idem.*, p. 4.

57 BRASIL, *Idem.*, p. 11.

58 BRASIL, *Idem.*, p. 12.

59 Art. 100. É competente o foro: [...] IV - do lugar: [...] (d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento. BRASIL, *Lei N° 5.869 de 1973*, publicado no D.O.U em 17 de janeiro de

probatórios deveriam ser realizados no país vizinho através da cooperação jurídica internacional, o que seria custoso e burocrático, “termina[ndo], muito provavelmente, por inviabilizar todo o processado”.⁶⁰

Noutros termos, o magistrado de primeira instância, ignorando a cláusula de eleição de foro existente no contrato firmado entre as partes, a qual determinava este juízo como o competente, pontuou que a legislação brasileira não seria adequada por questões *legais* atreladas ao cumprimento do contrato (item ‘a’ acima) e de *conveniência* relativa à inviabilidade dos procedimentos necessários para a instrução (item ‘b’ acima) – fato este que suscitou a interposição, em 08 de novembro de 2006, de um recurso de apelação por parte da empresa autora, tendo sido os autos remetidos ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), em 18 de dezembro daquele mesmo ano.

Nesse foro, porém, em 14 de dezembro de 2010, o recurso de apelação da autora foi conhecido e julgado procedente no mérito, sustentando que, consoante disposto no ‘Protocolo de Buenos Aires sobre a Jurisdição Internacional em Matéria Contratual’, já incorporado no ordenamento brasileiro através do Decreto N° 2.095/96: (a) tratar-se-ia de contrato internacional de natureza comercial firmado entre duas pessoas jurídicas com sede social em diferentes Estados Membros do MERCOSUL, nos termos do seu art. 1°; (b) não estariam presentes nenhuma das hipóteses previstas no seu art. 2°, as quais eventualmente poderiam excluir a aplicação do documento mercosurenho; (c) incidira sobre a causa o disposto no seu art. 4°, parágrafo 1°, vez que presente cláusula de eleição de foro determinando o foro da comarca de Blumenau como competente; (d) em alusão ao que prevê o seu art. 5°, parágrafo 2°, não haveria porquê rechaçar a eleição ajustada pelas partes, haja vista se tratar de competência concorrente, de ação de reparação de danos em face de empresa situada no Brasil que, se procedente, deverá ser executada no Brasil, à luz do que previa o então vigente art. 88, inc. I, do Código de Processo Civil brasileiro; e (d) não seria este o caso de aplicar o princípio do *forum non conveniens*, posto que este princípio “pouco ou nada se amolda ao sistema processual brasileiro”.⁶¹

1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869/impresao.htm, acesso em 10/06/2020.

60 BRASIL. Comarca de Blumenau, *Ação* N° 008.04.003080-3, Juiz Emmanuel Schenkel do Amaral e Silva, 4ª Vara Cível, julgado em 09 de outubro de 2006 e publicado em 19 de outubro de 2006, p. 1-2.

61 BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *Apelação Cível* N° 2006.049126-1, Rel. Des. Altamiro de Oliveira, 4ª Câmara de Direito Comercial, julgado em 14 de dezembro de 2010 e publicado em 11 de janeiro de 2011, p. 11-15.

Assim, o TJSC decidiu pela reforma da sentença do juízo *a quo*, reconhecendo-se a jurisdição brasileira enquanto competente para julgar a reparação de danos materiais e morais requeridos pela empresa autora, impondo-se, por força disso, o retorno dos autos para o regular prosseguimento do feito. No entanto, irresignada, a empresa ré interpôs Recurso Especial (REsp) em 26 de janeiro de 2011 na tentativa de reverter essa decisão, o qual foi finalmente apreciado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 08 de novembro de 2016, restando o acórdão assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO E REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. RUPTURA UNILATERAL. JURISDIÇÃO. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO. PROTOCOLO DE BUENOS AIRES. VALIDAÇÃO. *FORUM NON CONVENIENS*. INAPLICABILIDADE. 1. Ação de indenização ajuizada por empresa sediada na República Argentina em razão de suposto descumprimento de acordo de comercialização e distribuição exclusiva dos produtos da marca “HERING” em todo o território argentino. 2. Existência de cláusula de eleição de jurisdição no contrato celebrado entre as partes. 3. Ao propor a demanda no Juízo da Comarca de Blumenau - SC, limitou-se a autora a observar a cláusula de eleição de jurisdição previamente ajustada, perfeitamente validada pelas regras do Protocolo de Buenos Aires. 4. As adversidades porventura surgidas durante a tramitação do processo no território nacional, a exemplo do cumprimento de cartas rogatórias, exame de documentos em língua estrangeira, entre outras, operar-se-ão em prejuízo da própria autora, a demonstrar que o ajuizamento da demanda no Brasil, a princípio, não lhe traz nenhuma vantagem sob o ponto de vista processual. 5. Havendo previsão contratual escrita e livremente pactuada entre as partes, elegendo a jurisdição brasileira como competente para a solução de eventuais conflitos, deve ela ser plenamente observada. 6. Restrita aceitação da doutrina do *forum non conveniens* pelos países que adotam o sistema do *civil-law*, não havendo no ordenamento jurídico brasileiro norma específica capaz de permitir tal prática. 7. Recurso especial não provido.⁶²

62 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* N° 1.633.275/SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em: 08 nov. 2016, publicado no DJe em: 14/06/2016.

Como se vislumbra da ementa, o REsp foi conhecido, porém, desprovido no mérito, logo, sustentando a decisão do TJSC que ordenava o retorno dos autos à origem para julgamento. Nesta instância, o Protocolo de Buenos Aires novamente foi objeto de debate. Primeiramente, reconheceu-se que se tratava de contrato internacional de natureza comercial firmado por duas empresas situadas em países diferentes do MERCOSUL e que, sendo o objeto da ação um pedido de indenização em decorrência de suposto rompimento contratual, não haveria que se falar na exclusão de sua aplicação.⁶³

Em segundo lugar, discutiu-se acerca da *subsidiariedade* do art. 7º do Protocolo. Apesar deste dispositivo determinar a possibilidade de utilizar-se o juízo do lugar de cumprimento do contrato, tal como estipula a sua alínea ‘a’, cuja interpretação nos termos do art. 8º, parágrafo 2º, alínea ‘c’, do Protocolo, seria, sim, a Argentina, por ser este o local do domicílio do devedor (Redmont S/A) ao tempo da celebração do contrato, o art. 7º só seria utilizado na *ausência* de foro eleito pelas partes, como o próprio *caput* exprime. Assim sendo, como no caso em apreço havia um foro eleito pelas partes – o Juízo da Comarca de Blumenau/SC –, com base no art. 4º do Protocolo, este que seria o foro a ser utilizado para discutir eventuais demandas oriundas do contrato. Afinal, o documento mercosurenho “dá por preferente a jurisdição eleita pelas partes (art. 4º)”.⁶⁴

Ato contínuo, já analisando especificamente os termos do art. 4º do Protocolo, o STJ ressaltou que a cláusula de eleição de foro foi perfeitamente validada pelas partes, as quais não suscitaram em nenhum momento uma eventual abusividade no tocante à sua adoção, sendo ela, portanto, plenamente aplicável ao caso.⁶⁵ Ademais, dessa discussão, pautando-se no entendimento do Ministro Ruy Rosado de que a abusividade restaria comprovada se a cláusula de eleição de foro impusesse qualquer dificuldade para o aderente exercer sua defesa,⁶⁶ o STJ salientou que a empresa autora, ao seu ver, integrante do “lado mais fraco da relação contratual”, é que movimentou o judiciário brasileiro, não havendo razão para a empresa ré, sediada no Brasil, sustentar a sua incompetência.⁶⁷

63 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* N° 1.633.275/SC, Op. cit., pp. 6-7.

64 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* N° 1.633.275/SC, Op. cit., p. 7.

65 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* N° 1.633.275/SC, Op. cit., p. 8.

66 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* N° 1.633.275/SC, Op. cit., p. 7.

67 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* N° 1.633.275/SC, Op. cit., pp. 8-9.

Inclusive, segundo o STJ, não haveria motivos para se pensar diferente, em especial em relação à viabilidade da demanda, vez que, por ter ajuizado a ação, é a parte autora que arcará com os gastos e “todas as [demais] adversidades porventura surgidas durante a tramitação do processo no território nacional” – e não a ré.⁶⁸ Além disso, sustentou o STJ que, muito embora seja utilizado domesticamente “para fins de deslocamento de competência dentro do próprio território”, não há no país regra alguma que determine a aplicação do princípio do *forum non conveniens*, permitindo-o, assim, afastar a cláusula de eleição de foro acordada pelas partes, suportada por tratado internacional, em favor de um juízo estrangeiro que guardasse maior proximidade com os fatos.⁶⁹ A doutrina também reafirma que o Brasil acaba por não ter regra explícita sobre o tema.⁷⁰

Em vista disso, tal como o TJSC havia concluído, entendeu o STJ por unanimidade que não seria possível rechaçar a competência do foro brasileiro, de modo que o REsp deveria ser conhecido e, quanto ao mérito, desprovido, devendo os autos retornarem ao primeiro grau para o prosseguimento do feito⁷¹ – decisão essa que enseja uma análise pormenorizada quanto ao debate acerca da teoria do *forum non conveniens*, cujo exame ocorrerá na sequência do texto.

IV. Análise do caso

Em razão da divergência encontrada nas cortes brasileiras referente à manutenção de ação perante os tribunais pátrios em detrimento do argentino, nos termos do que prevê a cláusula de eleição de foro constante em contrato internacional assinado pelas partes em litígio, mesmo quando diante de um potencial aumento de custos e prazos para a sua instrução e posterior aferição probatória pelo juízo de primeira instância, passa-se à análise pontual, a fim de verificar de que maneira a jurisprudência brasileira se posiciona em relação ao conflito de jurisdição, à interpretação conferida às disposições do Protocolo de Buenos Aires e à teoria do *forum non conveniens*.

68 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* Nº 1.633.275/SC, Op. cit., p. 8.

69 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* Nº 1.633.275/SC, Op. cit., pp. 10-11.

70 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Internacional Privado*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 240.

71 Por oportuno, cumpre salientar que ainda não houve decisão de mérito na Ação Nº 008.04.003080-3 que tramita perante a 4ª Vara Cível da Comarca de Blumenau/SC, estando atualmente o feito suspenso, aguardando o cumprimento de cartas rogatórias para fins instrutórios.

Inicialmente, cumpre analisar a jurisdição competente à luz dos elementos da lide. O conflito entre jurisdições, no caso entre a jurisdição brasileira e a argentina, possui fundamento de um lado na cláusula de eleição de foro constante no contrato assinado pelas partes, que indica como competente o foro de Blumenau/SC, e de outro lado o argumento de que haveria uma maior proximidade entre a jurisdição argentina e os elementos da lide. Sendo assim, a prevalência da jurisdição brasileira, em observância à referida cláusula, como já exposto no Item II desse artigo, contempla a aplicação da autonomia da vontade e da segurança jurídica, em estrito respeito ao preceituado no art. 4 do Protocolo de Buenos Aires.

A validade da referida cláusula verifica-se a partir dos requisitos indicados nos supracitados artigos do Protocolo de Buenos Aires, como a sua existência em forma escrita e que não se tenha obtido tal cláusula de forma abusiva. No caso em questão, como exposto, a cláusula de eleição de foro consta em contrato firmado pelas partes, e dada a natureza do negócio jurídico e o perfil das empresas litigantes, pressupõe-se que tal foro tenha sido escolhido a partir do livre exercício de suas autonomias contratuais.

Inicialmente a discussão sobre a validade da cláusula de eleição de foro, passa-se à análise dos fundamentos de fundo do voto do Ministro Relator do STJ, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Em seu voto, ao analisar a prevalência da cláusula de eleição de foro sobre as regras de competência previstas no art. 7 do Protocolo de Buenos Aires, o Ministro Relator realiza um exame, ao menos abstrato, do que a doutrina chama de conflito positivo de jurisdição.

A solução de referido conflito de jurisdição é realizada pelo art. 7 do Protocolo de Buenos Aires, que indica o “acordo de jurisdição” (previsto no art. 4) como preferente às suas disposições sobre competência judicial. Sendo assim, o autor da demanda, ao distribuir a ação perante o juízo da Comarca de Blumenau-SC, observou estritamente o pactuado entre as partes na aludida cláusula de eleição de foro. Ademais, como exposto no Item III desse artigo, a autora da ação, a empresa argentina Minimex SA, em tese, em nada se beneficia com o ajuizamento da ação no Brasil, por ser a comarca de Blumenau a sede da empresa demandada (Hering) e por ter que arcar com os custos inerentes a uma demanda em trâmite perante juízo estrangeiro.

A arguida inadequação da jurisdição brasileira, conforme

sustentado nas razões do Recurso Especial interposto, buscou fundamento na Teoria do *forum non conveniens*. Segundo essa teoria, um juiz ou Tribunal competente, a partir das regras de jurisdição internacional aplicáveis a ele, poderá declinar, para outro juiz ou Tribunal também competente, o exercício da jurisdição. Esse outro juiz ou Tribunal, segundo o de origem, possui maiores condições para julgar a demanda, por ter maior proximidade com os fatos e/ou com as partes, possibilitando um processo com melhor instrução probatória, custos menores, e, eventualmente, maior facilidade no momento da execução da sentença.⁷²

A Teoria do *forum non conveniens*, melhor aceita nos países do *common law*, tem como fundamento útil combater os conflitos entre jurisdições, quando a escolha de uma das jurisdições possíveis ocorre a partir de critérios que não tenham nenhuma relação com o litígio. Dessa maneira, a teoria do *forum non conveniens* funciona como um limitador da prerrogativa que o autor da ação possui em relação à escolha do foro onde ajuizará a demanda, nas hipóteses em que existem dois ou mais foros concorrentes e competentes (*forum shopping*).⁷³

A aplicação de referida Teoria encontra alguma resistência em países que não seguem a tradição do *common law*. No entanto, como qualquer teoria, sua viabilidade deve ser analisada a partir de situações concretas, sem a necessidade de se estabelecer um juízo antecipado de inadequação ou inaplicabilidade absoluta da teoria em questão. A aplicação da teoria do *forum non conveniens* encontra seu fundamento axiológico na limitação da má-fé processual do autor, que busca ajuizar à ação em foro que impossibilite o desenvolvimento da instrução probatória e/ou o exercício do direito de defesa pelo demandado.⁷⁴

72 PALUMA, Thiago; PAIVA, Heloisa Assis. “Regras de competência judicial internacional e análise crítica do fórum shoppin e fórum non conveniens”, em: R. Vasconcelos *et al.* (Org.), *Panorama do Direito Internacional Privado atual e outros temas contemporâneos: Festschrift ao Professor Jacob Dolinger*, Belo Horizonte, Arraes, 2015, pp. 69-78.

73 BERNARDI, Vanessa de Oliveira; CARDOSO, Tatiana de A. F. R. “O combate ao *forum shopping* pelo direito internacional privado: o princípio do foro não conveniente”, em: W. MENEZES *et al.* (coord.), *Direito Internacional no Nosso Tempo*, v. III, Belo Horizonte, Arraes 2013, pp. 69-88.

74 Guillermo Palao MORENO argumenta que não é nem favorável à máxima aplicação da teoria do *forum non conveniens* e nem é contrário à sua aplicação. Segundo as palavras do próprio jurista: “Se trataría, en definitiva, de posibilitar su juego en algunos supuestos determinados y siempre de manera restrictiva, con el objeto de que el juez valorara la posibilidad de excepcionar su competencia judicial internacional, cuando la atribución de dicha competencia se basara en un criterio escasamente vinculado con el foro (esto es, fuera realmente exorbitante) y que, fundamentalmente, condujera a resultados injustos, a situaciones de claro fraude o incluso a abusos en su determinación”. PALAO MORENO, Guillermo. “El Forum Non Conveniens es Incompatible con el Convenio de Bruselas”, *Diario La Ley*, nº 6306, año 25, pp. 1-5, 2005.

In casu, a decisão do Juízo de Blumenau/SC, que aplicou à demanda a Teoria do *forum non conveniens* e extinguiu a ação, não deveria prosperar, como de fato não prosperou a partir da decisão do TJSC confirmada pelo STJ. A existência de contrato com cláusula de eleição de foro, as características inerentes às partes litigantes e as demais características do litígio demonstram o quão acertada foi a análise do Min. Relator ao negar provimento ao Recurso Especial da empresa Hering e, por consequência, determinar o retorno dos autos à Comarca de Blumenau-SC, para sua devida instrução e julgamento, mantendo a decisão do TJSC.

Nesse tocante, o Protocolo de Buenos Aires, apesar de não possuir disposição expressa acerca da Teoria do *forum non conveniens*, resolve o conflito de jurisdição ao dar preferência ao escolhido pelas partes no “acordo de eleição de jurisdição”. Sendo assim, a decisão do STJ, que referenda a proferida pelo TJSC em instância inferior, contempla o direito mercosurenho.

Em relação à validade da cláusula de eleição de foro, o Protocolo de Buenos Aires prevê no art. 5(2) que tal análise deve ser realizada “pelo direito dos Estados Partes que teriam jurisdição” para julgar a demanda. Com isso, no caso em análise, a validade e os efeitos da cláusula de eleição de foro serão examinados a partir da legislação brasileira, tendo em vista que o foro competente, por escolha das partes, é o de Blumenau-SC. Nesse aspecto, cumpre ressaltar que o direito mercosurenho, e no caso específico o Protocolo de Buenos Aires, nada dispõe (nem permitindo e nem proibindo) sobre o *forum non conveniens*. Já o direito brasileiro, que no caso específico, por força do art. 5(2) do Protocolo de Buenos Aires, é o que verificará a validade e efeitos da cláusula de eleição de foro, nada prevê expressamente sobre o *forum non conveniens*, como o acórdão do STJ fez transparecer. Inclusive, é por isso que a análise, no plano brasileiro, deveria partir de critérios de competência concorrente e exclusiva, e não de modelos *civil law* e *common law* como ocorreu na decisão do STJ – e, mesmo assim, cumpre ainda notar que em se tratando de competência concorrente, as regras do ordenamento brasileiro (ou de qualquer outro país) tampouco resolvem taxativamente e exclusivamente sobre o conflito de jurisdição.

Além disso, no âmbito do sistema processual brasileiro, com maior carga axiológica a partir do CPC/2015, são previstos princípios que não devem ser olvidados, como o da boa-fé processual.⁷⁵ A teoria do *forum*

75 PEIXOTO, Ravi. “O *forum non conveniens* e o processo brasileiro: limites e possibilidade”, *Revista dos Tribunais on line*. vol. 279/2018. Maio/2018. Pp. 381 – 415.

non conveniens pode ser útil, na medida em que possibilita ao magistrado declinar de sua competência quando o órgão julgador, ou até mesmo toda a jurisdição de um determinado Estado, não possui nenhuma conexão com os elementos do litígio (sejam esses elementos o domicílio das partes ou mesmo outros elementos relacionados ao objeto da lide)⁷⁶. Um estudo a partir de situações concretas, e analisando-se todos os elementos que envolvam a demanda e a realidade das partes litigantes, permite a aplicação da Teoria em situações específicas e restritas, com vistas a possibilitar um desenvolvimento adequado da ação perante um juízo ou jurisdição que além de competente tenha melhores condições para realizar o julgamento. Tais condições, em regra, surgem a partir da proximidade do juízo aos elementos da demanda.

Ante à citada ausência de disposição expressa sobre a teoria do *forum non conveniens* no Protocolo de Buenos Aires, além das normativas processuais nacionais, podemos buscar elementos em estudos realizados por entidades que tem por finalidade o desenvolvimento científico do Direito Internacional Privado.⁷⁷ Nessa esteira, ainda que sem força cogente, destacam-se as disposições dos Princípios ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça (TRANSJUS),⁷⁸ que dispõe no art. 3(9) a possibilidade do tribunal invocar e aplicar a teoria do *forum non conveniens*

76 Para Elizabeth Méndez Salom, “El forum non conveniens, como tantas otras herramientas jurídicas, no es ni bueno ni malo per se, sino que depende de cómo y para qué se le utiliza. Dicha doctrina fue creada para prevenir procesos ventajosos y opresivos para los demandados y no debe ser utilizado en beneficio de una de las partes y en consecuente perjuicio de la otra. Por ejemplo, los principios de proceso civil transnacional del UNIDROIT contemplan el recurso de forum non conveniens en el principio 2.4, señalando que el mismo ‘debe ser interpretado a la luz del principio de igualdad procesal de las partes, que prohíbe todo tipo de discriminación fundada sobre la nacionalidad o la residencia’”. MÉNDEZ SALOM, Elizabeth, “El forum non conveniens y su aplicación en Venezuela”, em: GUERRA, Víctor Hugo; MARTÍNEZ, Claudia Madrid; PACHECO, Yaritza Pérez (coord.), *Estudios de Derecho Internacional Privado: Homenaje a Tatiana B. de Maekelt*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2012, p. 264.

77 Deve-se recordar que na pós-modernidade, pela complexidade das relações sociais, é notória a existência de uma pluralidade de leis ou fontes, as quais devem ser utilizadas em harmonia e de forma coordenada em prol de um fim comum, dando coesão a todo o ordenamento jurídico, sendo, portanto, não só permitindo como bem-quisito esse diálogo (de fontes). Afinal, como afirmado outrora, esta é “a denominada ‘coerência derivada ou restaurada’ (*cohérence dérivée* ou *restaurée*), que procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo. Erik Jayme alerta-nos que, nos atuais tempos pós-modernos, a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do *‘droit à la différence*’ [...] não mais permitem [...] a ‘monossolução’. A solução atual ou pós-moderna é sistemática e tópica ao mesmo tempo [...]. Hoje, a superação de paradigmas foi substituída pela convivência ou coexistência dos paradigmas”. Cf. MARQUES, Cláudia Lima. “Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002”, *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, n.º 7, pp. 15-54, 2004, p. 29. Cf., ainda, o idealizador da teoria do diálogo das fontes: JAYME, Erik, “Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, v. 251, tome II, pp. 9-267, Doordrecht, Kluwer, 1995.

78 Trata-se de um documento criado por destacados juristas e membros da *Asociación Americana de Derecho Internacional Privado* (ASADIP), com vistas a servir de orientação para pessoas e Estados, tanto como fonte quanto como orientação para processos de codificação.

quando o exercício da jurisdição for “inadequado em razão de não existir uma conexão suficiente entre a causa e o foro”.⁷⁹

O referido documento indica ainda que ao suspender o processo, o tribunal deve fundamentar a falta de conexão com os elementos da causa ou “as desvantagens comparativas da jurisdição própria sobre a estrangeira”. Deve ainda observar as condições das partes de litigarem perante outra jurisdição e se essa garante aos litigantes o acesso à justiça. Por último, os Princípios ASADIP TRANSJUS ressaltam que a teoria do *forum non conveniens* não deve ser invocada nos casos de: jurisdição exclusiva, responsabilidade extracontratual por danos ambientais, responsabilidade civil nas relações de consumo, ou nos casos que se relacionem com violações de direitos humanos.

Em definitivo, a análise do Ministro Relator é acertada, na medida em que, no caso concreto, conferiu validade à cláusula de eleição de foro, respeitando a segurança jurídica e a autonomia da vontade das partes expressada quando da assinatura do contrato. Esse é o ponto principal que leva ao afastamento da teoria do *forum non conveniens* no caso. Apenas por apego ao debate, cumpre discutir os demais argumentos levantados pela recorrente. Nessa esteira, não há, nesse caso, espaço para discussão sobre eventual abusividade da cláusula de eleição de foro, dada a natureza jurídica do contrato (natureza comercial) e as condições e características inerentes às partes. Especificamente em relação ao foro da Comarca de Blumenau-SC, deve-se observar que esse possui estreita relação com os elementos da demanda, a começar pelo domicílio da empresa demandada (Hering). Em todos as perspectivas possíveis, não há como reconhecer a aplicação da teoria do *forum non conveniens* à situação julgada em sede de REsp no STJ.

V. Conclusão

O presente escrito tinha como objetivo ponderar acerca da competência internacional no MERCOSUL à luz do ‘Protocolo de Buenos Aires’, na tentativa de explicitar as suas particularidades, em especial, quanto à possibilidade de as partes de um contrato firmado no âmbito do bloco poderem escolher o foro a ser utilizado para dirimir eventuais controvérsias surgidas durante a sua implementação, fazendo emergir um

79 VV. AA. *Princípios ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça (Transjus)*. Disponível em <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-PT-FINAL18.pdf>, acesso em 10 jun. 2020.

eventual debate quanto à competência da jurisdição escolhida.

E para examinar de maneira aplicada o tema do conflito entre jurisdições, realizou-se nesse artigo uma análise do Recurso Especial N° 1.633.275/SC. Mais especificamente, o artigo debruçou-se na apreciação das razões da peça recursal apresentada pela recorrente Hering e no voto do Ministro Relator do REsp para entender a interpretação do Protocolo de Buenos Aires e da Teoria do *forum non conveniens* pelo STJ.

A partir do referido julgado, e revisitando a doutrina que trata da Teoria do *forum non conveniens*, concluímos que no REsp 1.633.275/SC (Caso Hering) o mérito foi analisado à luz da melhor doutrina, preservando-se a segurança jurídica do contrato assinado pelos litigantes e respeitando-se a autonomia da vontade das partes, que escolheram, pela via da cláusula de eleição de foro, litigar perante o Juízo da Comarca de Blumenau/SC. Assim, o referido julgado confere eficácia à normativa mercosurena, pois aplica as disposições dos arts. 4 e 5 do Protocolo de Buenos Aires, concedendo, no que tange ao conflito de jurisdição, preferência à cláusula de eleição de foro, em detrimento ao foro do lugar de cumprimento do contrato (art. 7.a do Protocolo de Buenos Aires).

Outrossim, em relação ao ponto mais controverso do que foi debatido no Acórdão em análise, que é a aplicação ou não da Teoria do *forum non conveniens*, primeiramente, cumpre destacar que, apesar de resolver o conflito de jurisdições, o Protocolo de Buenos Aires não contempla previsão expressa sobre o *forum non conveniens*. No STJ esta já é a segunda manifestação contra a utilização da teoria do *forum non conveniens*.⁸⁰ Também a doutrina brasileira manifesta-se pela necessidade de autorização legal,⁸¹ como demonstrou o STJ no caso Hering, pois há

80 A ementa da primeira decisão é: “Processo civil. Medida cautelar visando a atribuir efeito suspensivo a recurso especial. Ação proposta pela requerente, perante justiça estrangeira. Improcedência do pedido e trânsito em julgado da decisão. Repetição do pedido, mediante ação formulada perante a Justiça Brasileira. Extinção do processo, sem resolução do mérito, pelo TJ/RJ, com fundamento na ausência de jurisdição brasileira para a causa. Impossibilidade. Pedido de medida liminar para a suspensão dos atos coercitivos a serem tomados pela parte que se sagrou vitoriosa na ação julgada perante o Tribunal estrangeiro. Indeferimento. Comportamento contraditório da parte violador do princípio da boa-fé objetiva, extensível aos atos processuais. - É condição para a eficácia de uma sentença estrangeira a sua homologação pelo STJ. Assim, não se pode declinar da competência internacional para o julgamento de uma causa com fundamento na mera existência de trânsito em julgado da mesma ação, no estrangeiro. Essa postura implicaria a aplicação dos princípios do ‘forum shopping’ e ‘forum non conveniens’ que, apesar de sua coerente formulação em países estrangeiros, não encontra respaldo nas regras processuais brasileiras [...]” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, MC 15.398/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02 abr. de 2009 e publicado no DJe em 23 de abr. de 2009, grifo nosso).

81 Cf. SARMENTO MARQUES, Sérgio André Laclau. *A Jurisdição Internacional dos Tribunais Brasileiros*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 195.

em nosso sistema o cumprimento obrigatório das regras constitucionais, do MERCOSUL e nacionais de jurisdição.⁸² Em resumo, se não há total hostilidade à teoria do *forum non conveniens*⁸³ no MERCOSUL, parece haver falta de base legal, como ocorre também no processo civil brasileiro.⁸⁴

Mencione-se, por fim, que o Protocolo de Buenos Aires é um importante instrumento, que além da questão jurídica relativa às regras de jurisdição internacional em matéria contratual, possui um componente macroeconômico e comercial, pois garante segurança jurídica aos negócios jurídicos celebrados entre particulares, incentivando os investimentos realizados no MERCOSUL e cuja relevância é vislumbrada pela internalização da autonomia da vontade das partes no que tange à escolha do foro nos diversos Estados Membros do bloco, demonstrando ser uma eficiente ferramenta de integração regional, contribuindo diretamente para o desenvolvimento institucional, jurídico e econômico do MERCOSUL, daí a importância do caso Hering.

82 Assim comentando o caso Hering como leading case, RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Internacional Privado*, São Paulo, Saraiva, 2018, p. 242: “[...] o STJ fez valer as regras de jurisdição previstas no Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição Internacional...entendeu o STJ que (i) havia cláusula de eleição de foro válida, (ii) o direito de acesso à justiça (art. 5, XXXV, da CF/88) impõe respeito à opção do demandante de provocar a jurisdição nacional, em hipóteses prevista expressamente em tratado internacional. Assim, até o momento, a falta de adequação do foro não é hipótese de derrogação de jurisdição concorrente brasileira”.

83 Veja sobre esta hostilidade, KENNETT, Wendy. “Forum Non Conveniens in Europe,” *Cambridge Law Journal* 54, no. 3 (November 1995): 552-577, p. 554.

84 Ramos destaca as opiniões de Fabrício Polido e Carmen Tibúrcio a favor da teoria, veja RAMOS, André de Carvalho, *Curso de Direito Internacional Privado*, São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 241 e 242, notas 186 e 187.

A OBSERVÂNCIA DAS CLÁUSULAS DE ELEIÇÃO DE FORO NO BRASIL: O PROTOCOLO DE BUENOS AIRES NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Agravo de Instrumento Nº 0181467-15.2013.8.24.0000, 27/08/2019

*Nádia de Araújo**

*Caio Gomes de Freitas***

Sumário: I. Introdução ao tema. A autonomia da vontade nos contratos internacionais; II. Marco normativo; III. Os fatos do caso; IV. A decisão judicial; V. Comentários sobre o caso: 1. O Protocolo de Buenos Aires e suas disposições, 2. A aplicação do Protocolo de Buenos Aires pelo TJSC; VI. Conclusões.

I. Introdução ao tema. A autonomia da vontade nos contratos internacionais

O mundo globalizado e instantâneo que se vive atualmente¹ provocou profundas transformações no estudo do direito. As barreiras, principalmente físicas, antes existentes, perderam a relevância que a elas antes era dirigida. As pessoas naturais e jurídicas não mais circunscrevem

* Professora Associada da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Brasil. Mestre em Direito Comparado pela George Washington University, USA. Advogada.

** Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e pela Alma Mater Studiorum Università di Bologna, Itália. Advogado.

1 ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, 9ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 39-40.

as suas relações às fronteiras de um único Estado² e especialmente na área civil e comercial, a maioria dos indivíduos se encontra envolvido em relações jurídicas transnacionais.

Os contratos internacionais representam o instrumento por excelência por meio do qual se viabiliza o fluxo comercial entre diferentes países. É por meio deles que as partes privadas (pessoas e empresas) assumem obrigações na esfera internacional. O conceito de contrato internacional se aplica quando uma relação jurídica obrigacional for dotada de um elemento de estraneidade, caracterizado por uma conexão, em razão dos sujeitos contratantes, do objeto negociado ou de sua forma de execução, a dois ou mais ordenamentos jurídicos nacionais.^{3,4}

Em razão de sua natureza internacional, tais contratos constituem situações jurídicas pluriconectadas, que demandam um tratamento diferente das relações jurídicas puramente domésticas. Nestes casos, cada Estado possui regras de competência judicial interna, que determinam o foro competente para decidir eventuais demandas que possam surgir a partir da interpretação e execução de um contrato. Além disso, a lei aplicável a esta relação obrigacional deverá ser buscada dentre aquelas que compõem o ordenamento jurídico daquele mesmo Estado. Não é isso, entretanto, o que ocorre com os contratos internacionais.

O elemento de estraneidade, ou de conexão, estabelece um critério, a partir do qual se buscará, nas regras de conexão do foro, a lei aplicável àquela relação jurídica.⁵ Em razão da pluralidade dessas conexões, pode-se chegar a mais de um direito aplicável, como também inúmeros os foros que podem alegar deter jurisdição para julgar demandas que eventualmente possam surgir. Esse cenário de incertezas compõe um relevante risco, que envolve as relações obrigacionais no plano internacional.

2 ARAÚJO, Nádia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 29..

3 ARAÚJO, Op. cit., p. 29.

4 Veja-se a clássica definição do Prof. Irineu Strenger, para quem os contratos internacionais se consubstanciarão em “todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável”. *Contratos internacionais do comércio*, 3ª ed., São Paulo, LTR, 1998, p. 65. Veja-se também a definição fornecida por João Grandino Rodas, para quem os contratos internacionais, além de estarem vinculados a mais de um ordenamento jurídico, deveriam “ser de interesse da economia internacional”, ultrapassando os limites da economia nacional de um Estado. “Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais”, em: RODAS, João Grandino (coord.), *Contratos internacionais*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

5 ALMEIDA RIBEIRO, Manuel de. *Introdução ao Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 28.

Em uma tentativa de reduzir as inseguranças que as situações jurídicas plurilocalizadas podem gerar, as partes, na expressão da sua autonomia da vontade, podem acordar em inserir em seus instrumentos contratuais cláusulas de eleição de lei aplicável e de eleição de foro.^{6,7,8} No primeiro caso, a autonomia da vontade funciona como verdadeiro elemento de conexão do contrato,⁹ atuando como um instrumento de aperfeiçoamento do direito, que resulta na eliminação do conflito de leis que eventualmente poderia surgir.¹⁰ A cláusula também é um indicativo da lei que as partes consideraram mais adaptada às especificidades de sua relação jurídica.¹¹

Já a cláusula de eleição de foro, objeto de análise específica deste trabalho, gera efeitos – positivos e negativos – sobre o exercício da jurisdição de um Estado.¹² No primeiro caso, tem como função a prorrogação de uma jurisdição, na medida em que as partes elegem um foro específico, que será competente para resolver suas disputas, que surjam em conexão ao objeto do contrato. No caminho contrário, o efeito negativo da cláusula se manifesta na derrogação de todas as demais jurisdições que eventualmente poderiam conhecer do litígio.¹³

6 Sobre a manifestação da autonomia da vontade e suas modalidades, veja-se SPITZ, Lídia. *Eleição de foro estrangeiro: o princípio da autonomia da vontade e seu reconhecimento no direito convencional, regional e brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, pp. 15 e ss.

7 Sobre os aspectos econômicos dos contratos internacionais, veja-se ARAÚJO, Nádia de. “Uma visão econômica do Direito Internacional Privado: contratos internacionais e autonomia da vontade”, em: TIMM, Luciano Benetti (org.), *Direito e economia no Brasil*, São Paulo, Editora Atlas S.A., 2014, vol. 1, pp. 433-444. No mesmo sentido: “A escolha do foro pelos contratantes apresenta diversas vantagens. Primeiramente, minimiza o risco de futuras discussões acerca da jurisdição que deve decidir a causa, o que representa menor custo para eventual litígio. Ademais, a certeza sobre o foro confere às partes relevantes informações acerca da confiabilidade que podem depositar no tribunal e prazo estimado para resolução do conflito. Esses dados são considerados quando da negociação dos termos e condições do contrato, inclusive estipulação do preço. Adicionalmente, a eleição pode ser feita para garantir que a causa seja apreciada por um foro que possui *expertise* na apreciação de determinada matéria ou então considerado neutro pelos contratantes, o que consiste em outra vantagem decorrente da escolha do órgão jurisdicional”. SPITZ, Lídia, Op. cit., pp. 24-25.

8 Também é de grande relevância a escolha pelos contratantes das cláusulas de ADR (Alternative Dispute Resolution), como a conciliação, mediação e arbitragem. No âmbito internacional, destaca-se o método da arbitragem, que possui amplo acolhimento pelo ordenamento pátrio. Veja-se Lei N° 9.307/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em 27 fev. 2020. Sobre a arbitragem internacional e o direito brasileiro, veja-se ARAÚJO, Nádia de. “O STJ e a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: dez anos de atuação”, em: TIBÚRCIO, Carmen; MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Rapahel (org.), *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015, pp. 155-180.

9 ARAÚJO, Nádia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais*, Op. cit., p. 24.

10 JACQUET, Jean-Michel. *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983, p. 10.

11 DAVID, René. *Le Droit du Commerce International*, Paris, Economica, 1987, p. 130.

12 DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2018, pp. 574 e ss.

13 A derrogação das demais jurisdições ocorre em razão da previsão de um foro de forma exclusiva. Esse é o

Por se tratar de uma manifestação da autonomia da vontade das partes, que resulta no afastamento do exercício da jurisdição por determinados foros, a admissibilidade e a extensão da referida cláusula pelos órgãos jurisdicionais de cada Estado podem ser diversas. Esse cenário, mais uma vez, constitui relevante risco negocial para os contratantes que almejam proceder às trocas de bens e serviços da forma mais rápida, lucrativa e segura possível.

A escolha do foro não pode ficar à mercê de interpretações que desconsiderem os seus efeitos e/ou sua força coativa, sob pena de se tornar ineficaz. Não será possível, além do mais, elidir o risco negocial, do qual pelo menos uma das partes procura se afastar com essa escolha.

Tendo em vista esse cenário, diversos instrumentos convencionais, de caráter regional e global, além da legislação interna dos países, dispõem sobre sua aplicação. No plano global, destaca-se na matéria a Convenção da Haia sobre Acordos de Eleição de Foro de 2005 (“Convenção da Haia”).¹⁴ No plano regional, encontra-se o Regulamento N° 1.215/2012 da União Europeia.¹⁵ Nas Américas, no âmbito do MERCOSUL, o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Contratual (“Protocolo de Buenos Aires” ou “PBA”)¹⁶ regulamenta a questão. E no Brasil, temos a novel regulamentação inserida no Código de Processo Civil Brasileiro (“CPC”), em 2015.¹⁷

Para fins deste estudo, buscou-se analisar a aplicação do Protocolo de Buenos Aires no Brasil, no que tange à sua relação com os demais países do MERCOSUL e, em especial, sua observância pela

posicionamento adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro (Lei N° 13.105/2015), cujo art. 25 dispõe que “Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação”. Também no mesmo sentido a Convenção da Haia sobre Acordo de Eleição de Foro de 2005 (art. 3°) e o Regulamento N° 1.215/2012 da União Europeia (art. 25°), que preveem como regra a cláusula exclusiva de foro, salvo disposição expressa em contrário. Para uma análise do tema nos instrumentos em referência, veja-se HARTLEY, Trevor C. *Choice of Court Agreements under the european and international instruments: the revised Brussels I Regulation, the Lugano Convention and the Hague Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

14 HCCH. Hague Conference on Private International Law, 2005 Convention on Choice of Court Agreements. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98>. Acesso em 27 fev.2020. A Convenção não se encontra em vigor no Brasil.

15 Regulamento (UE) N° 1.215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=EM>. Acesso em 24 mar.2020.

16 Incorporado no Direito Brasileiro pelo Decreto N° 2.095/1996.

17 Lei 13.105/2015. Veja-se, em especial, o art. 25.

jurisprudência brasileira. O marco da jurisprudência recente é o recurso de Agravo de Instrumento N° 0181467-15.2013.8.24.0000, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (“TJSC”), que seguiu posição já adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), no Recurso Especial N° 1.633.275/SC.¹⁸

II. Marco normativo

O Brasil figura como Estado Parte em diversas convenções e protocolos voltados à cooperação jurídica internacional (“CJI”). Na América Latina, destacam-se o Código de Bustamante,¹⁹ a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros – CIDIP II²⁰ (realizada no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA), o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em matéria contratual e o Protocolo de Las Leñas de Cooperação e Assistência Jurisdicional,²¹ ambos realizados no âmbito do MERCOSUL.

Além disso, o Brasil também é parte da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, uma organização intergovernamental de caráter global, atualmente com 85 membros (84 Estados e a União Europeia), cujo principal objetivo é o de elaboração de instrumentos internacionais voltados à uniformização das regras do Direito Internacional Privado.²² O Brasil é parte em diversas convenções da Conferência.²³ No

18 Veja-se nota N° 31.

19 Convenção de Direito Internacional Privado de Havana ou também conhecido como Convenção de Havana, incorporada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n° 18.871, de 13 de agosto de 1929, encontra-se ratificada por 18 Estados, dentre eles Bahamas, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru e Venezuela.

20 Incorporada por meio do Decreto n° 2.411, de 2 de dezembro de 1997, atualmente ratificada pela Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela.

21 Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, incorporado por meio do Decreto n° 6.891, de 2 de julho de 2009. Além do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai também fazem parte deste acordo a Bolívia e o Chile, por adesão bilateral.

22 Para maiores informações, veja-se: www.hcch.net. Acesso em 28 fev.2020.

23 A título de aprofundamento, veja-se ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, Op. cit., pp. 59-64. É possível dividir as convenções celebradas em três grupos, de acordo com o seu principal objetivo: o primeiro, composto pelas convenções que cuidam da proteção e cooperação, em especial na área de direito de família (convenção de sequestro de menores, de proteção à infância, proteção de adultos, de adoção internacional e de alimentos); o segundo, composto por aquelas dedicadas às questões de caráter processual (legalização de documentos – apostila, notificação, obtenção de prova, acesso à justiça, forma dos testamentos, cláusula de foro); e o terceiro, com as convenções que tratam da lei aplicável (convenção dos anos 1950 sobre compra e venda, acidentes de trânsito, regime matrimonial, entre outras). BUCHER, Andreas. “La dimension sociale du droit international privé”, em: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2009, vol. 341, pp. 32 e ss.

campo específico da eleição de foro, merece destaque a Convenção da Haia sobre Acordos de Eleição de Foro de 2005, que até o momento não foi incorporada ao direito brasileiro.

No âmbito interno, o Código de Processo Civil reconhece, por meio de dispositivo expresso, a possibilidade e a eficácia da escolha de foro realizada pelos contratantes.^{24,25} Essa disposição, incluída no CPC de 2015, inovou em relação ao de 1973, que nada dispunha a respeito.

No sistema jurídico brasileiro, tal como em tantos outros, a escolha do foro pelas partes em contratos internacionais só será considerada válida, na medida em que o objeto da relação obrigacional não se encontre dentre as matérias que a legislação nacional considera como de jurisdição exclusiva do judiciário brasileiro. Por essa razão, a cláusula de foro deve ser analisada em conjunto com os arts. 21 e 22 – jurisdição concorrente – e o art. 23 – jurisdição exclusiva – do CPC.²⁶

Como se passa a demonstrar, o TJSC invocou, no caso em comento, os dispositivos relativos à jurisdição concorrente e exclusiva do Código de Processo Civil brasileiro, além das regras referentes ao escopo de aplicação e à jurisdição em matéria contratual, previstas no Protocolo de Buenos Aires.

III. Os fatos do caso

O acórdão em referência trata do julgamento de um Agravo de Instrumento pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, interposto pela Cia Hering S.A. (“Hering” ou “Agravante”), nos autos de ação indenizatória ajuizada pela Minimex S.A. (“Minimex” ou “Agravada”).²⁷

24 Art. 25 do CPC. “Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação. § 1º. Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo. § 2º Aplica-se à hipótese do caput o art. 63, §§ 1º a 4º”.

25 O art. 25 do CPC foi incluído no ordenamento brasileiro por influência das disposições da Convenção da Haia. Veja-se ARAÚJO, Nádia de; GAMA JR, Lauro; VARGAS, Daniela. “Temas de Direito Internacional Privado no Projeto de Novo Código de Processo Civil”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2011, v. 28, pp. 147-160.

26 Art. 23 do CPC. “Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional; III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional”.

27 No ano de 2016, o STJ julgou um caso semelhante (Recurso Especial nº 1.633.275/SC, Rel. Min. Ricardo

De acordo com o relatório elaborado pelo Desembargador Relator Sérgio Izidoro Heil, a Agravante e a Redmont S.A. haviam firmado um contrato de distribuição e representação comercial, no qual a segunda sociedade se obrigava a distribuir e comercializar os produtos da Hering na Argentina. Segundo alegado pela Minimex (cessionária dos créditos de titularidade da Redmont – então em processo de falência), em determinado momento ulterior à celebração do negócio, a Agravante teria descumprido obrigações que lhe eram devidas, posto que começara a distribuir e comercializar os seus produtos por meio de filial própria, instalada na Argentina – a Hering Têxtil Argentina S.A.

O descumprimento das obrigações previstas no contrato em questão teria, alegadamente, resultado em danos a Redmont, razão pela qual se ensejava o pagamento, pela Hering, de quantia à título de indenização.

A controvérsia debatida na decisão em referência diz respeito à efetividade da cláusula de eleição de foro prevista no contrato, segundo a qual eventuais demandas surgidas em face do negócio deveriam ser dirimidas pelo Foro da Comarca de Blumenau, no Estado de Santa Catarina, Brasil.

Em sede de contestação, a Hering suscitou, preliminarmente, (i) a prescrição da demanda e ilegitimidade ativa da Minimex e, no mérito, (ii) a improcedência do pedido, em razão de alegada quitação de direitos e renúncia de eventuais indenizações procedidas pela Redmont.

IV. A decisão judicial

O juiz de 1º grau, ao analisar o caso, rejeitou a tese de ilegitimidade ativa da Minimex e, quanto às demais teses de defesa arguidas, determinou que as mesmas deveriam ser decididas pelo juiz argentino, em ação já em curso naquele país, e também onde as mesmas questões se encontram sub judice.²⁸ Na referida decisão, entretanto, o juiz não considerou a previsão

Villas Bóas Cueva, *DJe* 14.11.2016), cuja questão fazia referência a igual contrato, no qual figuravam as mesmas partes e pelo qual se discutiam semelhantes questões. Para maiores informações, vide sítio do Superior Tribunal de Justiça - STJ, www.stj.jus.br

28 “(...) o julgador decidiu ‘quanto à ilegitimidade ativa em face da nulidade da cessão, como a própria ré indica (fl. 1.600), está sendo discutida e ventilada no juízo argentino e por lá que a matéria encontrará a sua solução derradeira conforme as regras daquele direito alienígena conjugado com o internacional aplicando-se também esse raciocínio à questão da renúncia e quitação também lá conflituosas’”. pp. 3-4 do Acórdão.

de cláusula contratual de eleição de foro, pactuada entre as partes ao tempo da celebração do negócio.

Em face dessa decisão, a Hering interpôs recurso de Agravo de Instrumento. O TJSC, já nas considerações iniciais do acórdão, evidencia o equívoco do juiz de 1º grau, tendo em vista que na própria petição inicial era possível inferir que havia eleição de foro para conhecimento da causa no Brasil.²⁹ Além disso, o Tribunal ressaltou que a ré da ação e Agravante possuía domicílio no Brasil, razão pela qual seria aplicável na espécie a regra disposta no art. 12 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,³⁰ consentânea também com o disposto no art. 21, I, do CPC.³¹ De ressaltar que nem o juiz de 1º grau, nem o TJSC mencionam a impossibilidade da litispendência com relação à ação proposta na Argentina, em face de regra expressa do CPC/73, no artigo 90. No entanto, como se verá abaixo, essa questão perdeu a pertinência.

Na fundamentação do acórdão, o TJSC se utilizou do voto proferido pelo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, no julgamento do REsp. Nº 1.633.275/SC,³² que tratava de caso semelhante. Naquela oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a justiça brasileira possuía jurisdição para decidir as questões envolvendo o contrato realizado entre a Hering e a Redmont e que havendo previsão contratual escrita e livremente pactuada entre as partes, elegendo a jurisdição brasileira como competente para a solução de eventuais conflitos, deveria ela ser plenamente observada.³³

A Corte Superior também decidiu que se aplicavam ao caso as disposições do Protocolo de Buenos Aires.³⁴ Havia uma cláusula de eleição de foro, escrita e livremente pactuada entre duas partes, a Hering Têxtil S.A., com sede no Brasil, e a Redmont S.A., estabelecida na Argentina,

29 p. 4 do Acórdão.

30 Decreto-Lei Nº 4.657/1942, Art. 12. “É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação”.

31 Trata-se de hipótese de jurisdição concorrente brasileira. Art. 21 do CPC. “Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil”.

32 Vide nota Nº 22.

33 Ementa REsp. Nº 1.633.275/SC.

34 “Quando essa escolha de eleição de foro recai sobre um dos Estados-Parte da união aduaneira (MERCOSUL), obrigatoriamente incidem as regras regulatórias contempladas no Protocolo de Buenos Aires (...) Existindo um ato internacional bilateral ou multilateral, como é o caso do Protocolo de Buenos Aires, a tradicional *lex fori* deixa de ser aplicada e cede espaço à incidência das regras previstas no ato internacional”. p. 8 do Acórdão.

ambos Estados Membros do Tratado de Assunção. Além disso, tratava-se de um contrato de distribuição e representação comercial, matéria não presente no rol de objetos excluídos do PBA.³⁵

Por fim, o STJ também se pronunciou sobre a tese, segundo o qual o juízo argentino seria mais apropriado para dirimir as controvérsias que surgissem em razão do contrato em referência. Para a Corte, tal argumento se assimilava à doutrina do *forum non conveniens*, usualmente adotada pelos países da *common law*. Sobre esse ponto, o STJ se manifestou no sentido da impossibilidade de adoção da doutrina pelo ordenamento jurídico, em razão, essencialmente, do princípio da inafastabilidade da jurisdição, expresso no art. 5^a, XXXV, da Constituição Federal.³⁶

Adotando as razões oferecidas pelo STJ, o TJSC anulou a decisão proferida pelo juiz de 1^o grau e determinou que as questões suscitadas pelas partes e não julgadas, porque deferidas ao juízo argentino, fossem finalmente apreciadas.

V. Comentários sobre o caso

1. O Protocolo de Buenos Aires e suas disposições

Após a criação do MERCOSUL a partir do Tratado de Assunção, assinado em 26 de março de 1991 pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, inúmeros foram os projetos legislativos voltados à cooperação internacional entre os Estados Membros.³⁷ Em agosto de 1994, foi assinado, na cidade de Buenos Aires, um protocolo, cujo preâmbulo evidencia seu escopo, voltado à adoção de “regras comuns sobre jurisdição internacional em matéria contratual”.³⁸

Com a formação de um mercado comum, cresceram-se os negócios de caráter internacional realizados entre pessoas privadas

35 Artigo 2 do PBA.

36 Art. 5^o da CF. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

37 Sobre a CJI no MERCOSUL, veja-se ARAÚJO, Nádia de; SALLES, Carlos Alberto de. “Medidas de Cooperação Interjurisdicional no MERCOSUL”, *Revista de Processo*, 2005, vol. 123, pp. 77-114.

38 Preâmbulo do Protocolo de Buenos Aires.

domiciliadas em países de dentro e fora do bloco. Esse cenário evidenciou a necessidade de se acordar normas uniformes de jurisdição internacional na matéria de contratos, papel assumido pelo PBA.³⁹

O Protocolo de Buenos Aires, no entanto, não se aplica a toda e qualquer relação contratual pactuada com uma pessoa domiciliada em um Estado Membro do MERCOSUL. Inicialmente, é preciso verificar se se trata de um caso de jurisdição contenciosa⁴⁰ relativa a um contrato internacional que se qualifique como de natureza civil ou comercial.⁴¹ Além disso, as relações obrigacionais em questão devem ser necessariamente estabelecidas entre pessoas particulares, excluindo-se as pessoas jurídicas de direito público.⁴²

O mesmo dispositivo prevê ainda que os referidos contratos devem ser celebrados entre particulares que possuam domicílio ou sede social em diferentes Estados Membros do MERCOSUL.^{43,44} Alternativamente, possibilita-se que apenas uma das partes tenha domicílio ou sede social em um Estado Membro, desde que, adicionalmente, tenha se pactuado uma cláusula de eleição de foro e que exista uma conexão razoável entre o foro escolhido e o objeto negocial,⁴⁵ segundo as normas de jurisdição

39 NOODT TAQUELA, María Blanca. “Los acuerdos de elección de foro em el Mersosur”, p. 1. Disponível em: <https://socioip.files.wordpress.com/2013/12/los-acuerdos-de-eleccc3b3n-de-foro-en-el-mercosur-noodt-taquela.pdf>. Acesso em: 30 mar.2020.

40 Expõe Ruy Rosado de Aguiar Júnior que a “jurisdição contenciosa a que se refere o PBA se distingue da assim chamada jurisdição voluntária, que não é jurisdição, mas ‘administração pública de interesses privados’, de natureza meramente administrativa; em que não há conflito (pretensão resistida ou insatisfeita), mas uma relação que exige uma providência do Estado; não há partes, porém interessados; não há processo, mas procedimento; e não produz coisa julgada material”. “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional”, *Revista Universitas/Jus*, Brasília, nº 6, p. 98.

41 O Protocolo, tal como diversas convenções internacionais, não especifica o que compõe o campo das matérias de “direito civil e comercial”, dependendo da lei do foro tal qualificação. Entretanto, o Protocolo prevê matérias em que se acordou estarem expressamente excluídas do seu âmbito de aplicação, tal como dispõe o artigo 2 do PBA.

42 O Código Civil brasileiro (Lei Nº 10.406/2002) enumera as pessoas jurídicas de direito público interno e externo. Art. 41. “São pessoas jurídicas de direito publico interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; V - as demais entidades de caráter público criadas por lei. Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código”. Art. 42. “São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público”.

43 Artigo 1 (a) do PBA.

44 O PBA define o conceito de domicílio das pessoas físicas e jurídicas no artigo 9.

45 Sobre o requisito de “conexão razoável”, o Protocolo aduz que sua presença estará verificada sempre que a escolha dos contratantes se realizar segundo as bases diretas de jurisdição previstas nos Artigos 7 a 12 do PBA.

previstas nos arts. 7 a 12 do protocolo.^{46,47} Além disso, o Protocolo será aplicável quando o foro escolhido integrar um dos Estados Membros do MERCOSUL.⁴⁸

No âmbito de jurisdição internacional, o PBA prevê hipóteses de contratos que, embora se qualifiquem como matérias civis ou comerciais, não estão submetidos ao protocolo. São exemplos relevantes os contratos realizados no âmbito do direito de família e sucessões, os contratos de venda ao consumidor,⁴⁹ os contratos de transporte e os contratos que envolvam direitos reais.⁵⁰

O PBA considera como regra a previsão de cláusula de eleição de foro pelas partes contratantes, alçando o princípio da autonomia da vontade como principal norma de conexão. Por essa razão, estrutura as regras concernentes a esta cláusula sob o Capítulo I, “Eleição de Jurisdição”, antes dos dispositivos referentes às demais regras de jurisdição, que se encontram sob o Capítulo II, intitulado de “Jurisdição Subsidiária”.

Para aplicação do PBA, as partes devem seguir determinadas formalidades no estabelecimento da cláusula de eleição de foro, que constituem verdadeiras condições para a sua eficácia. Além do requisito subjetivo previsto no art. 1.b do protocolo, o PBA prevê (i) a necessidade de redução por escrito da cláusula de jurisdição⁵¹ e (ii) o seu estabelecimento

46 Artigo 1 (b) do PBA.

47 O dispositivo em questão foi alvo de relevante crítica realizada por María Blanca Moodt Taquela, para quem o requisito de “conexão razoável” se encontrava em desacerto com os demais requisitos previstos no Artigo 4 do Protocolo para validade e eficácia da eleição de jurisdição. Segundo a autora, o fato da previsão de “conexão razoável” estar presente no dispositivo que trata do âmbito de aplicação do PBA e não no Artigo 4, que se refere a validade e eficácia da cláusula, poderia levar a interpretação de que, quando não estiver presente a conexão razoável, a escolha não será inválida, mas tão-somente não estará no escopo de aplicação do Protocolo. Isso significaria dizer, em outras palavras, que a avaliação quanto eficácia da eleição dependeria das normas internas de jurisdição do país em que eventual demanda fosse ajuizada. Por fim, a autora defende que o simples fato de eleição de um foro de um Estado-Membro do MERCOSUL e o domicílio de uma das partes já seria suficiente para determinar o âmbito de aplicação do PBA. NOODT TAQUELA, María Blanca, *Op. cit.*, p. 8.

48 SPITZ, Lidia, *Op. cit.*, p. 94. É necessário fazer uma ressalva de que a aplicação negativa do Protocolo continua a ocorrer, uma vez que se o foro de um Estado-Membro não escolhido for acionado, deverá ele derrogar sua jurisdição, exceto se o réu a admitir voluntariamente, de forma positiva e não ficta, nos termos do Artigo 6 do PBA.

49 Por se tratar de uma hipótese de exceção à aplicação do Protocolo, Ruy Rosado de Aguiar Júnior entende que a interpretação do dispositivo deve ser realizada de forma restritiva, o que indica que em outras situações jurídicas em que participa o consumidor, como nos contratos de fornecimento de bens e/ou prestação de serviço, o PBA será aplicável. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *Op. cit.*, p. 113.

50 Artigo 2 do PBA.

51 Este requisito encontra amplo respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. A necessidade de redução em escrito da cláusula está expressa no art. 63, §1º, do CPC, para exercício da jurisdição pelos Tribunais Estaduais e no art. 4º, §1º, da Lei Nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), para os casos de jurisdição de Tribunal Arbitral.

a partir de manifestação de vontade livre, não obtida de forma abusiva.^{52,53}

A eleição de foro do protocolo não se limita à jurisdição de um Estado Membro, podendo ser estabelecida também em razão de um Tribunal Arbitral.⁵⁴ Além disso, prevê-se a possibilidade de eleição do foro tanto no momento da celebração do contrato, como durante sua vigência. É ainda possível adotá-lo quando já instaurado o conflito, hipótese que, no caso da arbitragem, assemelha-se ao do compromisso arbitral.⁵⁵

Por fim, o PBA prevê o caso de prorrogação da jurisdição em favor de um Estado Membro, na hipótese que, uma vez demandado em local diverso ao previsto contratualmente, o réu, voluntariamente, de forma positiva, e não ficta, aceita a jurisdição do foro.⁵⁶ Esse dispositivo se encontra em consonância com o artigo 22, III, do CPC sobre submissão voluntária.⁵⁷

Não havendo as partes estabelecido uma cláusula de eleição de foro, o PBA prevê hipóteses de jurisdições onde o autor pode ajuizar a demanda pretendida. Dentre elas se encontram (a) o foro do local de adimplemento do contrato;⁵⁸ (b) o foro do domicílio do réu⁵⁹ e (c) o foro do domicílio ou sede social do autor, quando demonstrar que cumpriu

52 Artigo 4.1 do PBA.

53 Por se tratar de uma convenção processual, a cláusula de eleição de foro deve ser interpretada de acordo com a lei do foro. Será a partir dessa lei, que a eventual abusividade da cláusula, bem como os vícios na manifestação de vontade dos contratantes serão analisados. O PBA prevê regra específica no assunto, delimitando, no entanto, que a lei aplicável será a do foro *que deteria jurisdição subsidiária* (Artigo 5.2) e, para os casos em que mais de um foro seja competente, é aplicado o direito mais favorável à validade do acordo (Artigo 5.3).

54 Artigo 4.2 do PBA.

55 Artigo 5.1 do PBA.

56 Artigo 6 do PBA.

57 Art. 22. “Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: III - em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional”.

58 Artigo 7 (a) do PBA. O artigo deve ser interpretado em conjunto com o disposto no Artigo 8, que prevê a forma de definição do local de cumprimento da obrigação, que dependerá do objeto do contrato, diferenciando-se quando se tratar de coisas certas e individualizadas (Artigo 8.2.a), coisas determinadas por seu gênero (Artigo 8.2.b), coisas fungíveis (Artigo 8.2.c) e, por fim, quando versar sobre a prestação de serviços (Artigo 8.2.d).

59 Artigo 7 (b) do PBA. O protocolo define o domicílio do réu, em se tratando de pessoas naturais, como o local de sua residência habitual (Artigo 9.1.a.1) e, subsidiariamente, o local onde se encontra o centro principal de seus negócios (Artigo 9.1.a.2) ou o local onde se encontrar (Artigo 9.1.a.3). No caso de pessoas jurídicas, o protocolo define o domicílio como a sede principal da administração (Artigo 9.1.b). Se houver sucursais, agências ou qualquer outra espécie de representação, o domicílio das pessoas jurídicas será considerado como o local em que funcionem, limitando-se a jurisdição do local ao conhecimento das demandas que envolvam as operações ali praticadas (Artigo 9.2). Essa segunda hipótese, no entanto, configura-se como uma opção oferecida ao autor, que pode ajuizar a demanda, que envolva as operações praticadas pelos representantes, no foro do local da sede principal da administração.

sua obrigação. A legislação processual brasileira prevê hipóteses similares de bases diretas de jurisdição, nos artigos 21, I, II e parágrafo único e art. 22, II, do CPC.^{60,61}

O Protocolo prevê outras hipóteses de jurisdição subsidiária, como a do local onde se encontra a sede principal da administração de uma sociedade, para litígios societários que surjam entre sócios.⁶² Segundo o art. 11, nos casos das pessoas jurídicas que possuam sua sede social em um Estado Membro e celebrem contratos internacionais em outro Estado Membro, possibilita-se ao autor propor a demanda tanto no local da sede da pessoa jurídica, como no local de celebração do contrato. No art. 12, prevê-se a hipótese de demandas formuladas com litisconsórcio passivo, caso em que o PBA possibilita ao autor a possibilidade de ajuizar a ação no domicílio de qualquer um dos réus.⁶³

Por fim, o art. 14 do Protocolo⁶⁴ trata da verificação da jurisdição no momento de reconhecimento e execução extraterritorial de sentenças judiciais e laudos arbitrais. Para tanto, este dispositivo faz referência ao art. 20, alínea c, do Protocolo de Las Leñas,⁶⁵ o que implica aos Estados Membros uma interpretação conjunta dos dois diplomas regionais.⁶⁶ As bases de jurisdição expostas nos arts. 7 a 12 do PBA equalizam as diversas modalidades de jurisdição dos Estados Membros e podem ser consideradas

60 Art. 21. “Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal”. Art. 22. “Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil”.

61 No Brasil, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-Lei N° 4.657/1942) estabelece no art.12 a mesma regra de competência relacionada a verificação do domicílio do réu. Art. 12. “É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação”.

62 Artigo 10 do PBA.

63 O Capítulo III, art. 13, do PBA prevê a hipótese de reconvenção pelo réu. Se a reconvenção se fundamentar em atos ou fatos que possuam ligação com a lide principal, terá jurisdição aquele juiz que deteria competência para conhecer da demanda principal.

64 “A jurisdição internacional regulada pelo artigo 10, alínea c, do Protocolo de Las Leñas sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa ficará submetida ao disposto no presente Protocolo”.

65 Artigo 20. “As sentenças e os laudos arbitrais a que se referem o artigo anterior terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes quando reunirem as seguintes condições: c) que emanem de um órgão jurisdicional ou arbitral competente, segundo as normas do Estado requerido sobre jurisdição internacional”.

66 Sobre o Protocolo de Las Leñas, veja-se GUIMARÃES LOULA, Maria Rosa. “A extraterritorialidade das sentenças no Protocolo de Las Leñas sobre cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa”, em: TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (org.), *Direito Internacional Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 651-678.

como verdadeiras normas indiretas de jurisdição. Representam um avanço na matéria, que no âmbito global ainda não havia sido atingido, o que ocorreu com a recente Convenção da Haia sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil ou Comercial,⁶⁷ finalizada em julho de 2019.^{68,69}

2. A aplicação do Protocolo de Buenos Aires pelo TJSC

Tanto o Agravo de Instrumento em referência, como também o Recurso Especial, cuja fundamentação o TJSC fez referência, foram julgados na vigência do Código de Processo Civil de 1973.⁷⁰ A lei processual atualmente revogada não possuía dispositivos que reconheçam, expressamente, (i) a validade das cláusulas de eleição de foro apostas em contratos internacionais⁷¹ e (ii) a prevalência, em face da legislação processual interna, dos tratados de Cooperação Jurídica Internacional que o Brasil seja parte.⁷²

Antes da promulgação do CPC/2015, já havia ampla utilização e aceitação da cláusula de eleição de foro para os contratos internos. Entretanto, não havendo dispositivo expresso que autorizasse a derrogação de jurisdição em contratos de natureza internacional, a utilização de tal cláusula nos negócios transnacionais sempre foi sinônimo de insegurança e incertezas, componentes que afetavam o risco comercial e, em última instância, o preço da contratação.

Em diversas oportunidades, o STJ, sob a ótica da lei anterior, entendeu pela impossibilidade de se afastar a competência internacional concorrente da autoridade judiciária brasileira por meio da previsão

67 HCCH. 2019 *Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137> . Acesso em 31 mar.2020.

68 “Al unificarse las normas de jurisdicción internacional directa por medio de un tratado, desaparece - al menos en el plano normativo - la distinción entre las normas del juez que dicto la sentencia y las del juez al que se pide el reconocimiento. Por eso el Protocolo considera aplicables las mismas normas de jurisdicción directa, para analizar la jurisdicción indirecta”. NOODT TAQUELA, María Blanca, Op. cit., p. 15.

69 Sobre a Convenção de Sentenças, veja-se ARAÚJO, Nádia de; DE NARDI, Marcelo. “22ª Sessão Diplomática da Conferência da Haia e a Convenção sobre Sentenças Estrangeiras: primeiras reflexões sobre as vantagens para o Brasil da sua adoção”, *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, nº 14, ano 7, agosto 2019, pp. 198-221.

70 Lei Nº 5.869/1973, revogada pela Lei Nº 13.105/2015.

71 Faz-se referência aqui ao art. 25 do CPC.

72 Art. 13 do CPC. “A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte”.

de cláusula de eleição de foro.⁷³ Para a Corte, deveria ser prestigiada a jurisdição brasileira, mesmo que os contratantes houvessem optado por um foro estrangeiro. Tal posicionamento, entretanto, modificou-se a partir da aplicação do art. 25 do novo código.⁷⁴

No julgamento do caso em comento, bem como do REsp em referência, os tribunais decidiram pela validade e eficácia da cláusula de eleição de foro, aplicando-se as disposições do Protocolo de Buenos Aires. O resultado dessa posição, entretanto, foi a afirmação da jurisdição do foro da cidade de Blumenau, no Brasil. Não se sabe se, sob a vigência do antigo diploma processual, o mesmo resultado seria obtido se a cláusula elegeisse o foro da cidade de Buenos Aires, na Argentina, hipótese em que o Brasil teria competência concorrente, porém subsidiária para julgar a demanda.⁷⁵ De qualquer forma, prevaleceu a manifestação de vontade das partes, que optaram, ao tempo da contratação, pelo foro brasileiro.

Adicionalmente, o CPC/2015 inovou ao dispor, expressamente, sobre a prevalência dos tratados internacionais assinados pelo Brasil na matéria de Cooperação Jurídica Internacional.⁷⁶ Por meio desse dispositivo, o legislador brasileiro deixou claro uma questão até então debatida na jurisprudência nacional, quanto à hierarquia e especialidade dos tratados.⁷⁷ O dispositivo auxiliaria a aplicação do PBA em demandas surgidas após 2015, hipótese em que, por disposição expressa da lei, a aplicação do Protocolo se sobreporia à da legislação interna.

O TJSC realizou ainda uma análise pormenorizada do próprio contrato que compunha o objeto da lide, especialmente no que concerne à verificação do atendimento aos requisitos para aplicação do Protocolo.

73 Veja-se, a título de exemplo, REsp Nº 251.438 (STJ, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 02.10.2000). Parte da ementa: “Caso em que empresas as garantas se sujeitam à jurisdição brasileira, nos termos do disposto no art. 88, inc. II, do CPC, pois no Brasil é que deveria ser cumprida a obrigação principal. Competência internacional concorrente da autoridade judiciária brasileira, que não é suscetível de ser arredada pela vontade das partes”.

74 Veja-se, a título de exemplo, o REsp 1.090.720 (STJ, 4ª Turma, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 23.08.2016), em que o art. 25 é citado nas razões de decidir. Para uma análise do caso, veja ARAÚJO, Nádia de, *Direito Internacional privado: teoria e prática*, Op. cit., p. 193.

75 O contrato havia sido concluído na cidade de São Paulo e o domicílio do réu era na cidade de Blumenau, em Santa Catarina, no Brasil. p. 4 do acórdão.

76 Sobre o tema, veja ARAÚJO, Nádia. “As Regras sobre Tratados Internacionais e Cooperação Jurídica Internacional no Novo Código de Processo Civil de 2015”, em: BAPTISTA, Luis Olavo; VISCONTE, Debora; GOMES ALVES, Mariana Cattel (coord.), *Estudos de direito: uma homenagem ao Prof. Dr. José Carlos de Magalhães*, São Paulo, Atelier Jurídico, 2017, pp. 327-343.

77 Na jurisprudência, veja Recurso Extraordinário Nº 636.331/RJ (STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 13.11.2017)

Nesse sentido, o tribunal ressaltou que se tratava de um caso de jurisdição contenciosa, que o contrato era de natureza comercial – contrato de distribuição e representação comercial – e que se tratava de uma relação jurídica formada entre pessoas jurídicas com sede em diferentes Estados Membros do bloco.⁷⁸

Embora não referido expressamente na decisão agravada, o juiz de 1º grau, ao declinar a discussão das preliminares de contestação da Hering para o juízo argentino, admitiu a existência de litispendência internacional, situação vedada pelo art. 90 do CPC/73.⁷⁹ A mesma regra foi reproduzida no CPC/2015, por meio do art. 24.⁸⁰ O TJSC não tratou especificamente do tema, embora fosse uma questão latente no mérito da decisão agravada.⁸¹

Por fim, o TJSC também enfrentou a questão da receptividade da doutrina do *forum non conveniens* pelo ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque havia a necessidade do Tribunal se manifestar quanto às teses defendidas de que o foro argentino seria mais conveniente para o julgamento da causa, especialmente em razão do contrato ser executado na Argentina. Seguindo o posicionamento já consolidado na jurisprudência do STJ,⁸² o TJSC afastou a possibilidade de aceitação da doutrina em referência, indicando que não só não há norma que a recepcione, como também a derrogação de jurisdição por conveniência representaria uma violação da garantia prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.⁸³

78 p. 6 do acórdão.

79 Art. 90. “A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas”.

80 Art. 24. “A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil. Parágrafo único. A pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil”.

81 Sobre litispendência internacional, veja-se MCLACHLAN, Campbell. “Lis Pendens in International Litigation”, em: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2009, v. 336.

82 Sobre a doutrina do *forum non conveniens* no Brasil, veja MC 15.398 (STJ, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 23.04.2009) e REsp N° 1.633.275 (STJ, 3ª Turma, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJe* 14.11.2016).

83 Art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

VI. Conclusões

A análise do acórdão do TJSC e, por referência, do Superior Tribunal de Justiça, demonstra que, mesmo na época do CPC/73, a autonomia da vontade manifestada pela escolha do foro pelos contratantes, passava a ser reconhecida pela jurisprudência. Vê-se claramente tal evolução na jurisprudência do STJ, conforme comentado. E esse novo posicionamento jurisprudencial dos últimos anos possui grande relevância econômica, uma vez que proporciona um ambiente negocial mais seguro e previsível aos contratantes internacionais. Enfrenta-se, dessa forma, o chamado *custo Brasil* presente nos negócios internacionais com o país.

A redução dos riscos negociais que se associam a possibilidade de escolher o foro que melhor representa os interesses das partes resulta, ao final, em uma redução do preço contratual e em um eventual aumento das contratações realizadas entre pessoas privadas domiciliadas ou não nos Estados Membros do MERCOSUL.

A análise do caso em comento sinaliza que a jurisprudência tem se posicionado no sentido de dar às partes maior segurança jurídica nas suas tratativas. Mas essa evolução não diz respeito somente ao MERCOSUL, como também com outros parceiros, especialmente depois da inclusão expressa da possibilidade de escolher o foro no artigo 25 do CPC. Falta apenas o Brasil adotar a Convenção da Haia de 2005, especialmente quando se verifica ser esta perfeitamente compatível com o desenvolvimento da nossa legislação e com a posição jurisprudencial dos tribunais superiores.

A COOPERAÇÃO JURÍDICA E O EXERCÍCIO ADEQUADO DA JURISDIÇÃO EM MATÉRIA CONTRATUAL NO MERCOSUL: O AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 1.0000.17.032242-2/001

**Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,
Agravo de Instrumento N° 1.000.17.032242-4/001**

*Valesca Raizer Borges Moschen**

Sumário: I. Introdução: uma breve aproximação ao tema; II. Estruturas regulatórias nacionais e regionais como marco normativo: 1. Inovações do Código de Processo Civil de 2015 e a regulamentação do direito processual civil internacional no Brasil, 2. Cooperação jurídica internacional no marco regulatório do MERCOSUL; III. Dos fatos: 1. Dos fatos da ação original; IV. Da instância recursal: Agravo de Instrumento N° 1.0000.17.032242-4/001: 1. Alegações e argumentações dos agravantes Jorvic do Brasil Ltda e Victor Mario Galliano; V. A determinação da jurisdição adequada no MERCOSUL à luz do agravo de instrumento N° 1.0000.17.032242-4/001: 1. 1. Limites da jurisdição brasileira: a busca pela jurisdição adequada; VI. Conclusão.

I. Introdução: uma breve aproximação ao tema

No final dos anos 1980, com a retomada da democracia nos Estados latino-americanos e o revigoramento do multilateralismo na esfera global, um novo movimento de cooperação política e econômica na América do Sul toma corpo. Facilitado pela aproximação das relações

* Doutora em Direito e Relações Internacionais pela Universidad de Barcelona. Professora Titular de Direito Internacional da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Grupo “Labirinto de Codificação do Direito Processual Civil Internacional” (LABCODEX). CNPq, FAPES.

entre Brasil e Argentina,¹ esse movimento resultou no Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991,² responsável por lançar as bases para a constituição de um mercado comum entre Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, o MERCOSUL.

O MERCOSUL é uma organização de integração econômica regional, constituída há 30 anos dentro de um contexto de reorganização política dos Estados sul-americanos. No transcorrer de seus primeiros anos de existência foi notório o aprimoramento institucional do bloco, em particular, por meio do Protocolo de Ouro Preto de 1994, instrumento revisional do Tratado de Assunção, que criou novos órgãos de deliberação, como a Comissão de Comércio do MERCOSUL, além de reafirmar a personalidade jurídica do MERCOSUL.³

Posteriormente, em 2004, dez anos após o Protocolo de Ouro Preto, os Estados pertencentes ao MERCOSUL chegam a um consenso em matéria de solução de conflitos e aprovam o Protocolo de Olivos.⁴ Este instrumento é um marco no avanço de um sistema institucional para dirimir controvérsias no âmbito do bloco regional, e se caracteriza por inovar em três principais direções: a) a possibilidade de eleição de foro para solução de controvérsias no MERCOSUL, quer seja a escolha do próprio sistema do MERCOSUL ou de outro sistema preferencial do comércio, como o da Organização Mundial do Comércio; b) a constituição do Tribunal Permanente de Revisão (TPR), dotando a organização de um órgão jurisdicional; e c) a faculdade de estabelecer Opiniões Consultivas entre os Tribunais Superiores dos

1 Um dos grandes legados do MERCOSUL foi a conversão das relações entre Brasil e Argentina, tradicionalmente conflitantes, em relações de estrita cooperação. Interessante análise sobre o tema em: JAGUARIBE, Hélio, “Problemas e Perspectivas do MERCOSUL”, em: BASSO, M. (coord.), *MERCOSUL-Mercosur: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*, São Paulo, Atlas, 1997, p. 3.

2 O Tratado de Assunção está composto por 24 artigos, nos quais se institui um corpo orgânico com competências específicas, inclusive deliberativas, porém, com característica intergovernamental. Texto do Tratado disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/D4982.htm, acesso em 12 de junho de 2020.

3 Protocolo adicional reformador do Tratado de Assunção sobre a estrutura institucional do MERCOSUL, o Protocolo de Ouro Preto, assinado em 17 de dezembro de 1994, na cidade de Ouro Preto/MG, foi internalizado no Brasil, por meio do Decreto N° 1.901, de 09 de maio de 1996. Esse Protocolo aprimorou a personalidade jurídica do MERCOSUL, reafirmando-a, conforme o artigo 34, que dispôs expressamente sobre a existência de personalidade jurídica de direito internacional do bloco. A inclusão de novos órgãos deliberativos, como a Comissão de Comércio do MERCOSUL, também significou um incremento substancial na institucionalização e funcionamento do MERCOSUL. Vide texto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1901.htm, acesso em 12 de junho de 2020.

4 O Protocolo de Olivos sobre o sistema de solução de controvérsias no MERCOSUL foi internalizado no Brasil através do Decreto N° 4.982, em 9 de fevereiro de 2004. Vide texto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/D4982.htm, acesso em 12 de junho de 2020.

Estados Partes do MERCOSUL e o Tribunal Permanente de Revisão (TPR).⁵

Além da consubstanciação de uma estrutura procedimental para a solução de contendas intergovernamentais, o MERCOSUL representa um foro no qual se criam regras destinadas à solução de conflitos típicos de relações *jusprivatistas* de natureza internacional, caracterizadas por sua virtualidade frente à pluralidade de sistemas jurídicos nacionais. Assim, o MERCOSUL contribui para a busca de soluções jurídicas destinadas à harmonização do direito internacional privado regional. Segundo Cecilia de Aguirre Fresnedo, “en el ámbito subregional del MERCOSUR encontramos otro foro donde se legisla sobre cuestiones de DIPr”.⁶

O assentamento de regras destinadas à harmonização do direito internacional privado no âmbito do bloco, objetivou, em última instância, a previsibilidade e segurança jurídica necessárias para o fomento da mobilidade de pessoas físicas e jurídicas, além da circulação de mercadorias e de fatores produtivos no espaço regional. Nesse sentido, e como mencionado, com o objetivo de promoção da integração econômica, o MERCOSUL desenvolveu um conjunto de instrumentos jurídicos dedicados à facilitação da livre circulação de pessoas, mercadorias e capitais intra-bloco.

Estes instrumentos são vetores de regras de direito internacional privado, em particular, de direito processual civil internacional. O direito processual civil internacional é aquele ramo da disciplina jurídica que se dedica, nos ensinamentos de Lupoi⁷, ao estudo da delimitação da função jurisdicional a partir de uma controvérsia internacional, a saber:

Il diritto processuale internazionale è una materia di frontiera tra diritto internazionale e diritto processuale civile e ha ad oggetto la disciplina delle controversie civili caratterizzate da un elemento di estraneità e quindi irriducibili all'interno di un solo ordinamento giuridico.

5 Sobre as inovações trazidas pelo Protocolo de Olivos, vide: OLIVAR J., Martha L., “El perfeccionamiento del Mercosur como condición esencial para su relacionamiento con al Unión Europea”, em: BASSO, M. (coord.), *MERCOSUL-MERCOSUL: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*, São Paulo, Atlas, 2007, pp. 339-366.

6 FRESNEDE DE AGUIRRE, Cecilia. *Curso de Derecho Internacional Privado – Parte General*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2019, p. 172.

7 LUPOI, M. À. *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Giuffrè, Milano, 2002, tomo I, p. 3.

Para Morelli,⁸ a análise proposta pelo direito processual civil internacional pode ser desenvolvida a partir de três diferentes ângulos, um primeiro, na dimensão da coletividade dos sistemas jurídicos nacionais, com foco nos limites e na extensão da jurisdição nacional. Um segundo, com o enfoque na singularidade dos atos, sobretudo jurisdicionais, o que justifica o interesse no conjunto de normas e atos destinados a promover a comunicação e cooperação entre jurisdições. E, por fim, um terceiro, propondo a análise da função jurisdicional a partir do seu resultado, como ato final, se atendo à circulação de decisões e sentenças estrangeiras, com o intuito de garantir a efetiva prestação jurisdicional.

A procura por uma proteção jurisdicional adequada no contexto das relações jurídicas transnacionais se tornou latente no movimento de harmonização do direito internacional privado, inclusive de natureza regional, como foi o caso do MERCOSUL. A dimensão do processo civil internacional passou a ser crucial para a conquista dos objetivos fundamentais do processo integracionista.

No âmbito específico dos processos de integração, e em particular da integração nos países da América do Sul, Adriana Dreyzin de Klor chama a atenção:

Si se admite que la libre circulación de personas, bienes y factores productivos es consecuencia natural de la integración, la contrapartida de la realización de dichas libertades no puede ser sino la cooperación que se prestan los órganos jurisdiccionales de los Estados y particularmente, la libre circulación de los instrumentos por lo que se resuelven las controversias que el tráfico internacional suscita.⁹

Neste contexto, o presente capítulo parte de estudo de caso – da análise do Agravo de Instrumento N° 1.000.17.032242-4/001 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – para compreender a eventual aplicação, pelo judiciário brasileiro, de instrumentos originários do movimento de harmonização em matéria processual civil internacional, consolidados pelo MERCOSUL, em tema de cooperação jurídica internacional e jurisdição em matéria contratual. Pretende-se, a partir do exemplo jurisprudencial, estudar o Protocolo de Las Leñas

8 MORELLI, G. *Derecho procesal civil internacional*, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1953, p. 53.

9 DREYZIN DE KLOR, Adriana. “La cooperación jurídica internacional en el MERCOSUR”, em: DREYZIN DE KLOR, Adriana (coord.), *Temas de Derecho Internacional Privado*, Córdoba, Advocatus, 1998, pp. 105-130.

sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa e o Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares à luz do judiciário nacional, além de abordar o tema da jurisdição adequada nos contratos internacionais no âmbito do MERCOSUL à luz do caso concreto.

Portanto, em um primeiro momento o texto desenvolve uma análise sobre o marco normativo do caso em estudo, em particular, do Código de Processo Civil brasileiro e dos Protocolos de Las Leñas e de Ouro Preto. Logo, passa a narrar os fatos, arguições e argumentos do processo original e das decisões tomadas em primeira e segunda instância. Para, finalmente, adentrar na análise das questões e desafios da determinação da jurisdição adequada em matéria contratual no MERCOSUL à luz do caso concreto.

II. Estruturas regulatórias nacionais e regionais como marco normativo

A harmonização do direito processual civil internacional se desenvolveu levando em consideração a sua interface com os instrumentos codificadores do direito internacional privado.¹⁰ Esse movimento, na atualidade, se apresenta a partir de uma forma multifacetária, caleidoscópica, em um verdadeiro labirinto codificador, com fontes regionais, como a do MERCOSUL, multilaterais, estatais e inclusive, com assunção de instrumentos de origem não estatal (*global law*).¹¹

No âmbito do MERCOSUL, entretanto, os regulamentos destinados à harmonização do direito processual civil internacional são de natureza convencional e dependem, em última instância, da atuação do Estado nacional para a sua efetividade. Embora, “la efectividad de las normas en un sistema de integración es el resultado de varios aspectos jurídicos políticos, económicos y sociales”,¹² no exame da elaboração e

10 A multiplicidade de centros de codificação do Direito Internacional Privado resultou num volume de textos convencionais, promovendo um verdadeiro labirinto codificador, que muitas vezes necessita, para a sua correlação e aplicação, da determinação precisa de seu âmbito de aplicação prévia, tanto em relação aos conflitos entre textos convencionais universais, como, na esfera dos processos de integração econômica, entre textos convencionais e aqueles oriundos do direito institucional do processo de integração, vide: ESPLUGUES MOTA, C.; BUHIGUES IGLESIAS, J. L. *Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanco, 2013, p. 83.

11 MOSCHEN, Valesca R. B. “A Conferência de Haia e a Codificação do Direito Processual Civil Internacional”, em: RAMOS, André de Carvalho; ARAUJO, Nadia de (orgs.), *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e seus Impactos na Sociedade – 125 Anos (1893-2018)*, Belo Horizonte, Arraes, 2018, pp. 136-154.

12 KLUMPP, Marianne. “La efectividad del Sistema Jurídicos del MERCOSUR”, em: BASSO, M. (coord.), *MERCOSUR-MERCOSUL: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*, São Paulo, Atlas, 2007, pp. 53-96.

tipologia das normas do MERCOSUL, os seus Estados Membros são partícipes tanto da construção, como da aplicação das normas dele derivadas, inclusive, na regulamentação de temas do direito processual civil internacional, em virtude da natureza intergovernamental do bloco.

No estudo de caso que se pretende abordar – análise do Agravo de Instrumento N° 1.0000.17.032242-2/001 –, o tema dos limites da jurisdição brasileira é observado diretamente à luz do Código de Processo Civil brasileiro, a partir da menção de seu art. 21, inciso I, o qual estabelece as bases da jurisdição concorrente no Brasil. E, indiretamente, quando da existência de cláusula de eleição de foro no instrumento contratual, objeto incidental da demanda. Em outra toada, é arguida a aplicação de instrumentos normativos do MERCOSUL no campo da cooperação jurídica regional, a fim de fazer valer uma decisão cautelar de bloqueio de valores objeto de um contrato realizado e a ser executado na Argentina. Desta forma, como marcos normativos, optou-se por enumerar as estruturas regulatórias nacionais e regionais. As primeiras, especialmente referenciadas no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, e as segundas, nos Protocolos de Las Leñas de 1992 e de Ouro Preto de Medidas Cautelares de 1994. Estruturas que serão a seguir desenvolvidas.

1. Inovações do Código de Processo Civil de 2015 e a regulamentação do direito processual civil internacional no Brasil

O Brasil aprovou, por meio da Lei N° 13.105, de 16/03/2015, um novo Código de Processo Civil (CPC)¹³ – em vigor desde 2016 –, o primeiro a ser adotado em período democrático.¹⁴ Esta aprovação não se tratou de uma mera reforma processual, mas, da concretização de um novo sistema processual civil no Brasil, com repercussões na regulamentação do direito processual civil internacional. Neste viés, inovações foram trazidas pela codificação processual brasileira, a saber:

- a) A aproximação do diálogo entre direito processual civil e direito constitucional, conforme se interpreta na leitura do primeiro artigo do CPC, no qual se afirma expressamente

13 VV.AA. *Novo código de processo civil*, São Paulo, Saraiva, 2015.

14 Em 2018, foram comemorados os 30 anos da Constituição Federal brasileira, conhecida como Constituição do Cidadão, símbolo da redemocratização do Estado brasileiro, proclamada com o fim da ditadura militar que foi estabelecida no Brasil por meio de um golpe de Estado, orquestrado em 1964. Vivencia-se o mais longo período de estabilidade democrática no Brasil.

que “o processo civil será ordenado, regulado e interpretado de acordo com os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição”¹⁵. Nesse sentido, a valorização e o reconhecimento da força normativa da Constituição, como menciona Fredie Didier Jr., “requer uma posição mais ativa e criativa do órgão jurisdicional para a solução de problemas”¹⁶. Desta forma, as regras processuais, dentre as quais aquelas destinadas à jurisdição e cooperação jurídica internacional – matérias do direito processual civil internacional – devem ser interpretadas e aplicadas à luz dos preceitos constitucionais, incluindo os princípios processuais previstos na Constituição Federal Brasileira (CF), que devem moldar a gestão da cooperação jurídica internacional e embasar os limites e a extensão do exercício da jurisdição brasileira, visto que a Constituição é “o mais importante limite do exercício da jurisdição no Brasil (...) em virtude da concepção do processo justo, prevista no art. 5, LIV”¹⁷.

- b) A inclusão, por primeira vez num Código de Processo Civil brasileiro, da possibilidade de escolha de foro como uma hipótese de limitação da jurisdição brasileira. Esta previsão marca a consolidação de um movimento em prol da autonomia privada no sistema jurídico nacional e rompe com uma tradição de pouca valorização – pelo legislativo e judiciário – da possibilidade de derrogação da jurisdição brasileira, ante uma cláusula de escolha de foro estrangeiro. A promulgação da Lei Nº 9.307 de 1996,¹⁸ junto com a internacionalização da Convenções de Nova York de 1958,¹⁹ rompeu com o ceticismo frente ao instituto da arbitragem no Brasil, permitindo um avanço da arbitragem no sistema

15 Art. 1º Lei Nº 13.105. Texto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm, acesso em 12 de junho de 2020.

16 DIDIER JR. F. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil*, parte geral e processo de conhecimento, 17ª ed., Salvador, JusPodivm, 2015, p. 153.

17 ZANETI, Graziela A., “Jurisdição adequada no Brasil (competência internacional): uma técnica de tipicidade flexível aplicável também aos processos coletivos internacionais”, em: ZANETI JR., H.; RODRIGUES, M. A. (coords.), *Cooperação Internacional*, Salvador, Jus Podivm, 2019, pp. 105-136.

18 Legislação que rompe com um histórico ceticismo acerca do instituto arbitral no Brasil. Texto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm, acesso em 12 de junho de 2020.

19 Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, promulgada pelo Brasil, em 23 de julho de 2002, por meio do Decreto Nº 4.311. Texto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm, acesso em 12 de junho de 2020.

jurídico nacional.²⁰ Não obstante a evolução do sistema arbitral no Brasil, até a promulgação do Código Processual de 2015, o exercício da autonomia privada em matéria de eleição de foro estrangeiro não era de todo tangível, em especial, quando sobreposta à hipótese de jurisdição concorrente, prevista no art. 21, inciso II do CPC, quando a obrigação deveria ser executada em parte ou totalmente no território nacional²¹. A efetividade da cláusula de eleição de foro na solução de conflitos contratuais internacionais não sofreu o mesmo desfecho positivo se comparado à admissão dos mecanismos adequados de solução de conflitos no Brasil. A jurisprudência brasileira era tradicionalmente reticente em acatar a derrogação do foro nacional em favor do internacional, mesmo nas hipóteses de competência concorrente da jurisdição brasileira e diante de cláusulas válidas de eleição.²² Com a vigência do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual de 1994²³, a escolha de foro pelas partes para a solução de conflitos nas relações comerciais no MERCOSUL passou a ser uma realidade. Finalmente, em 2015, com a promulgação do Código Processual, se abre um novo leque para a autonomia privada no sistema brasileiro, com a previsão expressa dos negócios jurídicos processuais (art.190)²⁴ e da cláusula de eleição de foro (art. 25).²⁵ Desde a vigência do Código, em 2016, o sistema jurídico brasileiro prevê, entre as suas bases de jurisdição internacional, a escolha do foro

20 Vide OLIVEIRA, Agatha B.; MOSCHEN, Valesca R. B. “Os Novos Paradigmas da Arbitragem no âmbito Societário: A Extensão da Convenção Arbitral”, *Revista Milton Campos*, v. 24, pp. 349-370, 2012.

21 Em situações envolvendo obrigações a serem cumpridas no Brasil, com eleição de foro estrangeiro, as decisões judiciais nacionais parecem ter conferido o *status* semelhante à competência exclusiva, quando a obrigação contratual tiver que ser cumprida no Brasil (art. 21, I), não produzindo efeitos a eleição de foro estrangeiro, conforme TIBÚRCIO, Carmen. *Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*, Salvador, JusPodivum, 2016, p. 49.

22 TIBÚRCIO, Carmen, “As regras sobre o exercício da jurisdição brasileira no Novo Código de Processo Civil”, em: ZANETI JR., H.; RODRIGUES, Marco A. (coords.), *Cooperação Internacional*, Salvador, JusPodivm, 2019, pp. 41-62.

23 Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, de 05/08/1994, internacionalizado no Brasil pelo Decreto Nº 2.095, de 12 de dezembro de 1996. Vide texto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2095.htm, acesso em 12 de junho de 2020.

24 “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam a auto-composição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudança no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. Texto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm, acesso em 12 de junho de 2020

25 “Art. 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento de ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo em contrato internacional (...)”. Texto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm, acesso em 12 de junho de 2020.

mediante o exercício da autonomia da vontade, além da possibilidade de submissão à jurisdição nacional, no caso dos efeitos positivos das cláusulas de eleição, conforme inciso III do artigo 22. As demais bases jurisdicionais concorrentes existentes no Código seguem, de forma geral, o já previsto na codificação anterior brasileira, datada de 1973, como a possibilidade do exercício jurisdicional pelo juiz nacional em ações judiciais com elementos de estrangeira, quando for no Brasil o domicílio do réu; no caso de ser no território brasileiro o local de cumprimento da obrigação; e, ainda, em ações, cujos fundamentos, sejam fatos ou atos ocorridos no Brasil (art. 21 do CPC). Entretanto, além da inovação da cláusula de eleição, há também de se remarcar a incorporação na codificação brasileira, de critérios adicionais facilitadores do acesso à justiça pela parte processual mais fraca, como nas ações de alimentos e nas de consumo, conforme incisos I e II do art. 22 do CPC que preveem hipóteses destinadas à proteção do direito fundamental de acesso à justiça nas relações de hipossuficiência.

- c) Uma terceira inovação do sistema processual brasileiro reside no fato de que o Código de Processo Civil de 2015 estipulou, também de forma original em um instrumento de codificação interna processual, um regime regulatório para a cooperação jurídica internacional, consolidando na lei processual princípios e regras sobre a matéria. O Código representa, assim, um novo modelo regulatório da cooperação internacional, entendendo-a como um pressuposto fundamental do acesso efetivo à justiça.²⁶ Neste sentido, considerada um princípio fundamental do processo civil internacional, a cooperação passa a ser responsável por gerenciar o acesso à justiça, especialmente no que diz respeito à articulação de atividades jurisdicionais. Essa sistemática acena, conforme Polido,²⁷ “para uma posição eclética; reúne elementos normativos criados para incorporar o direito codificado, instituições e fatos sociais”,

26 MOSCHEN, Valesca R. B; MARCELINO, Helder. “Estado Constitucional Cooperativo e a codificação do direito internacional privado: apontamentos sobre o *“judgement project”* da conferência da Haia de Direito Internacional Privado”, *Revista Argumentum*, v. 18, n. 2, pp. 291-319, 2017.

27 POLIDO, Fabrício B. P. “Fundamentos, Estruturas e Mecanismos da Cooperação Jurídica Internacional e o Código de Processo Civil Brasileiro”, em: POLIDO, Fabrício B. P. (org), *Cooperação Jurídica Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018, pp. 37-82.

continua o autor, afirmando que o CPC de 2015 afastou-se do “fetichismo cartorial”, então típico das vias tradicionais da cooperação jurídica, e da “excessiva processualização via *exequátur* de cartas rogatórias²⁸”, aproximando-se das propostas codificadoras do MERCOSUL.

- d) Outra observação quanto às inovações do CPC de 2015 refere-se à consagração, pelo modelo processual brasileiro, da aplicação prioritária do regime convencional em detrimento do sistema interno, particularmente na regulamentação da jurisdição e da cooperação jurídica internacional. Como se observa da leitura do art. 13º: “A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, exceto as disposições específicas estabelecidas em tratados, convenções ou acordos internacionais dos quais o Brasil é parte”.²⁹ Esta disposição implica em primeiro aplicar os regulamentos convencionais, incluindo os da codificação regional, frente aos nacionais, e é observada também nos arts. 26º e 960º, referentes à cooperação jurídica internacional propriamente dita e à homologação de sentenças estrangeiras, respectivamente. Em ambos os casos, o regime de preferência para os atos e medidas relativos à cooperação *stricto* ou *lato sensu* será a dos tratados internacionais, sendo subsidiariamente aplicadas as regras processuais de fonte interna. Questiona-se a permanência da exigência do requisito de reciprocidade para fins de cooperação jurídica internacional na ausência de um tratado internacional no Brasil. Esta disposição, abolida desde 1847 para as cartas rogatórias, e desde 1880 para o reconhecimento de sentenças estrangeiras, retorna no CPC de 2015, após mais de um século.³⁰

Como se observa, o marco normativo processual contemporâneo brasileiro, a partir das inovações trazidas pelo Código de 2015, se

28 POLIDO, Fabrício B. P. “Fundamentos, Estruturas e Mecanismos da Cooperação Jurídica Internacional e o Código de Processo Civil Brasileiro”, em: POLIDO, Fabrício B. P. (org.), *Cooperação Jurídica Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018, pp. 37-82..

29 Art. 1º da Lei Nº 13.105. Texto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, acesso em 12 de junho de 2020.

30 MOSCHEN, Valesca R. B. “O caleidoscópio da harmonização do direito internacional privado no campo do direito processual civil internacional”, em: FRESNEDO AGUIRRE, C.; LORENZO IDIARTE, G. (coords.), *130º Aniversário do Tratado de Montevideo de 1889. Legado e futuro de suas soluções no atual cenário internacional*, Montevideo, Instituto Uruguio de Direito Internacional Privado; Fundação de Cultura Universitária, 2019, pp. 457-478.

apresenta favorável à flexibilização do tradicional hermetismo processual característico das soluções, até então existentes, em matéria de jurisdição internacional e cooperação jurídica no Brasil. A nova dinâmica processual nacional permite a promoção de pontes entre a justiça nacional e a aplicação do direito institucional do MERCOSUL, que permitam um exercício mais adequado da jurisdição ao caso concreto no âmbito das relações jurídicas regionais.

2. Cooperação jurídica internacional no marco regulatório do MERCOSUL

No marco do sistema normativo do MERCOSUL, entre os instrumentos de codificação do direito processual civil internacional se observa o protagonismo da cooperação jurídica internacional no conjunto das regras desenvolvidas por aquele sistema.³¹ No direito institucional, os dois principais regulamentos desenvolvidos no âmbito do bloco econômico sobre a cooperação jurídica em matéria civil foram, de um lado, o Protocolo de Las Leñas e, de outro, o de Medidas Cautelares (Ouro Preto). O Agravo de Instrumento Nº 1.0000.17.032242-2/001, objeto do presente estudo, mesmo que indiretamente, cita tais Protocolos, razão para incluí-los no marco normativo da decisão em análise.

A) Protocolo de Las Leñas

Com o propósito de solidificação da estrutura jurídico-institucional do MERCOSUL, o Grupo Mercado Comum concebeu a criação de reuniões ministeriais, a fim de instrumentalizar as bases da gestão de políticas comuns destinadas à implementação dos objetivos do bloco. A proposta era a de manter contatos sistemáticos entre ministros e/ou funcionários de alto escalão dos Estados Membros do MERCOSUL, na busca de uma perenidade nas negociações de pautas comuns de desenvolvimento. Em dezembro de 1992, em Brasília, inaugura-se a Reunião de Ministros de Justiça, posteriormente institucionalizada pela decisão do Conselho Mercado Comum (MERCOSUL/CMC/DEC Nº 5/91).³² Tal foro teve um papel primordial na construção da codificação de temas de direito processual civil internacional, dentre os quais, a

31 DREYZIN DE KLOR, Adriana. “La cooperación jurídica internacional en el MERCOSUR”, em: DREYZIN DE KLOR, Adriana (coord.), *Temas de Derecho Internacional Privado*, Córdoba, Advocatus, 1998, p. 118.

32 Texto em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/normativa/>, acesso em 12 de junho de 2020.

cooperação jurídica internacional.

A partir do esforço da Reunião de Ministros de Justiça dos Estados Partes do MERCOSUL e da Comissão Técnica criada para assessorar tal foro na harmonização em matéria de justiça³³, se aprova um conjunto de instrumentos convencionais³⁴, entre os quais se localiza o Protocolo de Las Leñas sobre Cooperação e Assistência Judiciária em Material Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (MERCOSUL/CMC/DEC. N° 05/92).³⁵ Tal instrumento de harmonização jurídica buscava, conforme suas próprias considerações:

promover e intensificar a cooperação jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa, a fim de contribuir, deste modo, ao desenvolvimento de suas relações de integração com base nos princípios de respeito à soberania nacional e à igualdade de direitos e interesses recíprocos.³⁶

a) Âmbito material do Protocolo de Las Leñas

Dentre os princípios fundamentais do Protocolo de Las Leñas destacam-se o da igualdade de tratamento processual, o de livre acesso à jurisdição – com a eliminação de caução, custas ou depósito exigido a nacionais e /ou residentes em um dos Estados Partes do MERCOSUL³⁷ –, além do princípio de reconhecimento mútuo da força probatória dos instrumentos públicos emanados de qualquer um dos Estados Partes.³⁸

33 Sobre a Comissão Técnica de Reunião de Ministros de Justiça dos países do MERCOSUL, vide: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. *Curso de Derecho Internacional Privado, Parte General*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2019, tomo I, p. 173.

34 A Reunião de Ministros de Justiça foi o foro responsável pela elaboração dos principais instrumentos de harmonização do direito processual civil internacional no MERCOSUL. Além do Protocolo de Las Leñas, foram aprovados: o Protocolo de Buenos Aires, sobre jurisdição internacional em matéria contratual (MERCOSUL/CMC/DEC N° 1/94) e o Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares (MERCOSUL/CMC/DEC N° 27/94); além dos Acordos Complementares aos Protocolos de Las Leñas e de Ouro Preto, MERCOSUL/CMC/DEC N° 5/97 e MERCOSUL/CMC/DEC N° 9/97 respectivamente. Textos em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/normativa/>, acesso em 12 de junho de 2020.

35 Texto em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/normativa/>, acesso em 12 de junho de 2020.

36 Considerações do Protocolo de Las Leñas. Texto em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/normativa/>, acesso em 12 de junho de 2020.

37 Artigo 3 do Capítulo III Igualdade de Tratamento Processual, Protocolo de Las Leñas. Texto em <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/normativa/>, acesso em 12 de junho de 2020.

38 Artigo 25 do Capítulo VI Dos Instrumentos Públicos e outros Instrumentos, Protocolo de Las Leñas. Texto em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/normativa/>, acesso em 12 de junho de 2020.

Os seus trinta e seis artigos estão organizados em nove capítulos, que delimitam o seu âmbito de aplicação. Desde uma perspectiva material, o Protocolo de Las Leñas busca harmonizar as regras destinadas a regular a cooperação jurídica em atividades de assistência jurídica em medidas de simples trâmites, preparatórias ou de desenvolvimento regular do processo, como citações, intimações, notificações, recebimento e obtenção de provas (art. 5 e 8); pedidos e informação sobre o direito estrangeiro (art. 28-30), até a disposições sobre o reconhecimento e execução de sentenças e laudos estrangeiros arbitrais (arts. 18-24).

Para o sistema processual brasileiro, a grande contribuição do Protocolo de Las Leñas, além do fomento da assistência e cooperação jurídica, a partir dos princípios de igualdade e de reconhecimento mútuo documental, foi incorporar naquele sistema processual uma nova sistemática para o reconhecimento e a homologação de sentenças estrangeiras e laudos arbitrais, por meio da possibilidade de serem as sentenças estrangeiras e/ou os laudos arbitrais homologados mediante o mecanismo das cartas rogatórias (art. 19), o que contribuiu para uma nova gestão da cooperação jurídica. Esse sistema diferencial, simplificado, promoveu um mecanismo mais célere de efetividade interna de decisões judiciais e/ou arbitrais oriundas dos outros países do bloco e, vice-versa, ou seja, de garantia da efetividade de decisões brasileiras nos Estados Partes do MERCOSUL.

Neste sentido, o Protocolo prevê uma simplificação procedimental para o reconhecimento de sentenças intra-bloco, a partir de uma concepção de soberania relativizada, à luz da promoção da integração regional, conforme analisa Nádia de Araújo:

se a homologação da sentença estrangeira é, por um lado, um ato de reconhecimento da soberania do Estado de origem da sentença, e, por outro, uma afirmação da própria soberania, é justo e compreensível que em um contexto de integração regional, seja permitido um reconhecimento mais expedito e menos rigoroso da jurisdição estrangeira.³⁹

O Protocolo de Outro Preto, entretanto, não fez previsão sobre medidas cautelares no contexto da cooperação jurídica regional. Essa

39 ARAÚJO, Nádia de; SALLES, Carlos A.; ALMEIDA, Ricardo R. "Medidas de Cooperação Interjurisdicional no MERCOSUL?", em: BASSO, M. (coord.), *MERCOSUL-MERCOSUR: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*, São Paulo, Atlas, 1997, pp. 169-204.

matéria somente passa a ser objeto da harmonização jurídica no âmbito do MERCOSUL com o Protocolo de Ouro Preto de 1994.

B) Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares

O Protocolo de Ouro Preto é um marco no desenvolvimento da harmonização do direito processual civil no MERCOSUL. Aprovado em 17 de dezembro de 1994, pelo Conselho Mercado Comum (MERCOSUR/CMC/DEC N° 27/94),⁴⁰ representa a culminação do movimento de auxílio jurisdicional por parte dos Estados Membros do bloco, iniciado pelo Protocolo de Las Leñas e estendido para abranger as medidas cautelares. Tais medidas são instrumentos fundamentais para a tutela efetiva de direitos e para o consequente exercício jurisdicional adequado a um bloco econômico, que deve promover no âmbito da harmonização regional a garantia de segurança e previsibilidade jurídica para os seus atores principais, as pessoas físicas e jurídicas.

A previsão do auxílio cautelar, desde uma ótica regional, já havia sido objeto de harmonização jurídica entre Argentina, Paraguai e Uruguai, que já eram partes da Convenção Interamericana de Montevideo destinada ao Cumprimento de Medidas Cautelares de 1979,⁴¹ assim como dos Tratados de Montevideo de Direito Processual de 1889 e de 1940.⁴² O Brasil se distancia de seus vizinhos sul-americanos no movimento inicial de codificação do direito internacional privado na América Latina, tendo ratificado o Código de Bustamante de 1929, instrumento de um paralelo movimento codificador.⁴³ A aproximação brasileira à codificação do direito

40 Texto em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/normativa/>, acesso em 12 de junho de 2020.

41 O Brasil é o único estado membro do MERCOSUL que não ratificou a Convenção de Montevideo de 1979 sobre cumprimento de medidas c cautelares, vide texto e países que a ratificaram. Texto em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-42.htm#:~:text=Para%20os%20fins%20desta%20Conven%C3%A7%C3%A3o,a%20seguran%C3%A7a%20das%20pessoas%2C%20dos>, acesso em 12 de junho de 2020.

42 O Brasil, embora tenha enviado representantes diplomáticos e participado dos foros de debate e negociação, a diferença de seus parceiros do MERCOSUL, não assina e nem incorpora os Tratados de Montevideo de 1889, incluindo o Tratado de Derecho Procesal Internacional. Entre as razões da não adesão brasileira ao movimento codificador dos Tratados de Montevideo estavam, de um lado, uma discrepância quanto o critério definidor da lei aplicável em material do estatuto pessoal e, de outro, aspectos subjetivos da política interna brasileira, que se encontrava em plena mudança de governo central. Vide: MOSCHEN, Valesca, “El Caleidoscopio de la armonización del derecho internacional privado en materia procesal civil internacional”, MOSCHEN, Valesca R. B. “O caleidoscópio da harmonização do direito internacional privado no campo do direito processual civil internacional”, em: FRESNEDO AGUIRRE, C.; LORENZO IDIARTE, G. (coords.), *130º Aniversário do Tratados de Montevideo de 1889. Legado e futuro de suas soluções no atual cenário internacional*, Montevideo, Instituto Uruguaio de Direito Internacional Privado; Fundação de Cultura Universitária, 2019, pp. 457-477.

43 Código de Direito Internacional Privado, instituído pela Convenção de Direito Internacional Privado adotada em Havana, em 20 de fevereiro de 1929, incorporado no Brasil por meio do Decreto N° 18.871, de 13

internacional privado regional se aflora com a sua redemocratização, cujos marcos são a proclamação da Constituição cidadã de 1988 e a incorporação brasileira ao MERCOSUL.

a) Âmbito material do Protocolo de Medidas Cautelares

O Protocolo de Ouro Preto, ao propor a harmonização de medidas de urgência, se caracteriza como uma peça primordial para um modelo de cooperação jurídica de máximo grau, que para Hermes Zaneti significa aquela levada a diante por intermédio de previsões que estabeleçam uma harmonização destinada ao “mero trâmite e informação de um Estado a outro; matéria probatória; cooperação cautelar transnacional; e o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras”.⁴⁴

O objeto do tratado foi o de regulamentar o “cumprimento de medidas cautelares destinadas a impedir a irreparabilidade de danos em relação às pessoas, bens e obrigações de dar, de fazer e de não fazer”.⁴⁵ Possui, assim, como escopo primordial, o auxílio cautelar interjurisdicional no âmbito do MERCOSUL, visando uma maior segurança jurídica que garanta soluções justas às controvérsias privadas.⁴⁶

No âmbito da cooperação regional do MERCOSUL, o Protocolo permite a solicitação de medidas cautelares solicitadas em processos ordinários, de execução, especiais ou extraordinários, de natureza civil, comercial, trabalhista e em processos penais, quanto à reparação civil⁴⁷. Ainda assim, admite-se medidas cautelares preparatórias, incidentais de uma ação principal e aquelas que garantam uma sentença estrangeira (art. 3). Para tanto, o Protocolo promove diretrizes destinadas a regulamentar a cooperação cautelar a partir de diferentes possibilidades, como, no âmbito do cumprimento de uma sentença estrangeira, na qual exista a necessidade de determinar medidas cautelares garantidoras da execução

de agosto de 1929. Texto em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>, acesso em 12 de junho de 2020.

44 ZANETI JR., Hermes. “A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o Protocolo do MERCOSUL para cooperação jurisdicional em medidas cautelares: Perfil de um Processo Transnacional para a Efetividade”, em: MITIDIERO, D. F.; ZANETI JR., H. *Introdução do estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*, Porto Alegre, S.A. Fabris, 2004, pp. 231-272.

45 Art. 1. Objeto do Protocolo. Texto em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/normativa/>, acesso em 12 de junho de 2020.

46 Exposição de Motivos do Protocolo de Ouro Preto. Texto em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/normativa/>, acesso em 12 de junho de 2020.

47 ZANETI JR., Hermes. op. cit., p. 255.

da sentença (art. 11), e, ainda, em matéria de custódia de menores (art. 12). Em todos os casos, assume o compromisso de independência da medida cautelar em relação ao desfecho final da lide, expressamente definido pelo princípio da autonomia da medida cautelar que não implicará no compromisso de reconhecimento ou execução da sentença definitiva proferida no processo principal.⁴⁸

Embora tanto o Protocolo de Las Leñas como o de Ouro Preto não tenham sido expressamente mencionados na decisão judicial à luz do caso concreto ora estudado – o N° 1.0000.17.032242-2/001 –, ambos fazem parte do marco normativo do mesmo, ao serem referenciados pelas partes no transcurso do processo, conforme se observará a seguir.

III. Dos fatos

A decisão analisada neste capítulo refere-se ao Acórdão da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais/Brasil, que deu provimento ao recurso – Agravo de Instrumento N° 1.000.17.032242-4/001 –, movido por Victor Mario Galliano e Jorvic do Brasil Ltda, contra decisão judicial proferida nos autos do processo de indenização por danos materiais e morais – N° 5000838-36.2016.8.13.0525 – impetrado por Rafael da Silva Ribeiro, em desfavor de Jorge Nelso Galliano.

Na decisão agravada, Victor Mario Galliano e Jorvic do Brasil Ltda tornam-se réus da ação original, em virtude do descumprimento de ordem judicial para que efetuasse pagamento ao autor Rafael da Silva Ribeiro, de haveres referentes aos direitos de sócio de Jorge Nelso Galliano, conforme participação acionária na sociedade empresária Jorvic S/A, constituída e com sede na Argentina.

1. Dos fatos da ação original

Na ação indenizatória original, o Juiz da Região de Pouso Alegre/MG, em proteção de emergência, condenou Jorge Nelso Galliano a pagar o valor reivindicado pelo autor, Rafael da Silva Ribeiro, como reparação material e moral em virtude do ato que cometeu de perseguição, por mais de 20 km, na Rodovia MG 458 e subsequente colisão intencional, com o

48 Art. 10. Texto em: disponível <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/normativa/>, acesso em 12 de junho de 2020.

veículo do autor, que estava acompanhado por sua namorada, ex-parceira de Galliano.

Na decisão, os valores devidos a título indenizatório deveriam ser bloqueados da quantia que Jorge Nelso Galliano receberia de Victor Mario Galliano, como resultado da venda de 3.335 (três mil trezentas e trinta e cinco) ações nominativas, classe A, da sociedade empresária Jorvic S/A. No instrumento contratual “Contrato de compra e venda de ações”, realizado em 15/04/2015, na cidade de Villa Maria, em Córdoba, República da Argentina, Victor Mario Galliano pagaria o valor de \$1.400.625,00 (um milhão quatrocentos mil, seiscentos e vinte e cinco pesos) a Jorge Nelso Galliano, da seguinte forma:

- a) \$200.000,00 (duzentos mil pesos) no ato da realização do contrato;
- b) \$300.000,00 (trezentos mil pesos) em 30/04/2016;
- c) \$900.625,00 (novecentos mil e seiscentos e vinte e cinco pesos) em quatro imóveis, localizados na cidade de Villa Maria, Província de Córdoba, República da Argentina.

A decisão cautelar ordenou a Jorvic do Brasil Ltda, por meio de seu representante legal, Victor Mario Galindo, a depositar em juízo, em favor de Rafael da Silva Ribeiro, a primeira parcela do pagamento, conforme contrato de compra e venda de ações, equivalente a \$300.000,00 pesos.

Ao alegar que a obrigação imposta pelo juiz brasileiro seria impossível de ser executada, na medida em que deveria ser cobrada na Argentina, local onde foi realizado o contrato de compra e venda de ações, e que o eventual depósito do valor imposto ocasionaria um “verdadeiro suicídio empresarial” a Victor Mario Galliano, pois poderia caracterizar um futuro inadimplemento contratual na Argentina, por eventual violação do Contrato de Compra e venda de ações, Victor Mario Galliano e Jorvic do Brasil Ltda não cumpriram a determinação judicial.

Assim, a Jorvic do Brasil Ltda e Victor Mario Galliano solicitaram que o juiz nacional de primeira instância usasse dos instrumentos de cooperação jurídica internacional, decorrentes dos regulamentos do MERCOSUL, em particular o Protocolo de Las Leñas, para arguir judicialmente, por meio da expedição de Carta Rogatória, ao juiz argentino

da região de Villa Maria-Córdoba, a execução da sentença.

A decisão judicial desconsiderou o quadro regulamentar regional e não atendeu ao pedido de expedição de Carta Rogatória e determinou o depósito da quantia já referida. Definiu-se em nome do princípio da economia processual e da efetividade e da cooperação regional, que:

considerando que Brasil e Argentina são parte no acordo de cooperação do MERCOSUL, o cumprimento de tal determinação (de depósito de valores mobiliários no Brasil) não deve implicar qualquer quebra de obrigação contratada entre Jorge e Víctor (f. Documento único 126).

Em virtude do exposto, o juiz nacional brasileiro transformou a Jorvic do Brasil Ltda. e Víctor Mario Galliano em réus na ação original. A partir dessa decisão, Jorvic do Brasil Ltda e Víctor Mario Galliano interpuseram recurso de Agravo de Instrumento N° 1.0000.17.032242-4/001. Objeto em seguida de análise.

IV. Da instância recursal: Agravo de Instrumento N° 1.0000.17.032242-4/001

1. Alegações e argumentações dos agravantes Jorvic do Brasil Ltda. e Víctor Mario Galliano

No âmbito da instância recursal, os agravantes, para argumentar os seus requerimentos e justificar as circunstâncias pelas quais recorrem da decisão, utilizaram das seguintes previsões:

- a) Impossibilidade de cumprir o comando judicial brasileiro – bloqueio de valores objeto de obrigação a ser executada na Argentina – cuja competência, conforme inciso II do artigo 21 do CPC /2015, está limitada às “ações em que no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação”;
- b) Falta de efetividade de decisão brasileira sob objeto pactuado na Argentina, o que poderia levar a Víctor Mario Galliano a tornar-se inadimplente das obrigações estabelecidas no citado contrato de compra e venda de ações, à luz da legislação argentina;

- c) Devida utilização dos canais de cooperação jurídica internacional previstos pelo Protocolo de Cooperação e Assistência Judiciária em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa – Protocolo de Las Leñas –, com a devida expedição de Carta Rogatória dirigida ao Poder Judiciário da cidade de Villa Maria em Córdoba, para que a decisão brasileira de primeira instância possa ter efeitos na Argentina e lá ser executada;
- d) Arguição de ilegitimidade para compor o polo passivo da ação de indenização proposta por Rafael da Silva Ribeiro em face de Jorge Nelso Galliano e, conseqüentemente, suspensão da tramitação do processo Nº 5000838-26.8.13.0525.

A) Da decisão recursal

Em base aos argumentos mencionados acima a 12ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, decidiu – seguindo o voto do Desembargador Relator José Flávio de Almeida – por conhecer do recurso de Agravo de Instrumento Nº 1.0000.17.032242-4/001.

Após análise da preliminar da intempestividade, alegada pelo autor da ação original, e voto contrário pela sua manutenção, o relator passou para o desenvolvimento das questões de fundo, a saber:

- a) Ilegitimidade da sociedade Jorvic do Brasil Ltda. e Victor Mario Galliano para compor como partes réus da ação principal;
- b) Bloqueio dos direitos do requerido – Jorge Nelso Galliano – na divisão do capital da sociedade Jorvic S/A, a fim de garantir o pagamento a título de reparação moral ao requerente Rafael da Silva Ribeiro.

A decisão em segunda instância confirmou as argumentações e alegações dos agravantes, em particular, no sentido de que a sua inclusão no polo passivo na qualidade de réus da ação de indenização era irregular e não condizia com a legalidade processual. Para o colegiado, a qualificação de réus dos requerentes era desprovida e carecia de respaldo legal, visto que ambos não se configuravam como sujeitos responsáveis pelo direito material controvertido na ação original, “para a sua configuração é

necessário que aqueles que forem demandados sejam sujeitos da relação jurídica de direito material trazida à juízo”.⁴⁹

Neste sentido, e por consequência do anteriormente exposto, a obrigação de depósito da quantia pleiteada, objeto do contrato de compra e venda de ações, também não prosperou. Em decisão a nível recursal, na qual prevaleceu a tese da manifesta ilegitimidade dos agravantes, o entendimento final se desenvolveu no sentido que, ao serem ilegítimos para compor a ação, os mesmos não poderiam “ter a sua esfera jurídica atingida pela pretensão do autor/agravado,⁵⁰ por não responderem à demanda original.

Desta forma, deu-se provimento ao recurso para a reforma da decisão agravada, reconhecendo-se a ilegitimidade passiva dos agravantes e julgando extinto o processo em relação aos mesmos. Na mesma toada, a determinação do depósito em juízo dos haveres que o réu Jorge Nelso Galliano receberia, conforme contrato de compra e venda de ações, não encontrou respaldo legal, pois não respeitava os limites subjetivos da lide.

O julgamento final não chegou, entretanto, a analisar a eventual aplicação dos instrumentos de cooperação jurídica do MERCOSUL ou, ainda, a questão da jurisdição adequada às obrigações contratuais a serem executadas fora do território nacional. Ambos argumentos, levantados pelos agravantes, não foram desenvolvidos no julgado, uma vez que, ao entender pela ilegitimidade desses, não foi necessário adentrar na análise das questões de cooperação e jurisdição arguidas.

Não sendo partes legítimas os agravantes, não haveria, no caso concreto, o que trabalhar sobre a eventual aplicação dos instrumentos da cooperação jurídica do MERCOSUL e, assim mesmo, dos limites da jurisdição brasileira em matéria contratual, frente a um contrato de compra e venda de ações realizados na Argentina, com cláusula de eleição de foro argentino. Não obstante a tais fatos, o que se pretende analisar doravante, pela oportunidade do Agravo de Instrumento, e tendo em vista os argumentos trazidos à baila pelos agravantes, trata-se dos limites da adequação do regime brasileiro de jurisdição à luz do estudo de caso.

49 Agravo de Instrumento AC N° 1.000.17.032242-4/001, p. 7.

50 Agravo de Instrumento AC N° 1.000.17.032242-4/001, p. 8.

V. A determinação da jurisdição adequada no MERCOSUL à luz do agravo de instrumento Nº 1.0000.17.032242-4/001

O adequado exercício jurisdicional, entendido como aquele que valoriza as circunstâncias do caso concreto, “com efetividade e segurança jurídica como valores fundamentais”⁵¹, é atualmente um elemento fundamental do acesso qualitativo à justiça. Acesso que, também em sua vertente transacional, deve englobar o “reconhecimento e a legitimidade de garantias processuais e dos direitos fundamentais do processo”,⁵² como valores intrínsecos à busca pelo adequado exercício dos órgãos jurisdicionais dos Estados Membros do MERCOSUL.

No âmbito da aplicação e interpretação do direito institucional do MERCOSUL pelos judiciários nacionais, um grande desafio, conforme menciona Didier Operti,⁵³ é o de se construir uma “mentalidade cosmopolita”, por parte do aplicador do direito nos judiciários nacionais. Em suma, para este autor:

La integración requiere una “mentalidad cosmopolita” y una capacitación específica” de los juristas, por todo debemos trabajar unidos (...) sin desconocer las dificultades de nuestras justicias y la posibilidad – no utópica – de una jurisdicción especializada como un aporte relevante del proceso de integración.

Neste sentido, a ideia de aplicação do direito do MERCOSUL, quando adequado ao caso concreto, fomenta, em última instância, o exercício qualitativo ou adequado do acesso à justiça na sua dimensão regional.

O Agravo de Instrumento, objeto do presente estudo, como já mencionado, não chega a aplicar ou mencionar a eventual aplicação dos instrumentos de harmonização do MERCOSUL, quer seja em matéria jurisdicional ou em matéria de cooperação jurídica internacional. Nesta última situação, os requerentes arguíram, caso não fosse acatada tese da sua ilegitimidade, que se aplicasse o Protocolo de Ouro Preto para permitir

51 ZANETI JR., Hermes. *O novo processo civil brasileiro e a Constituição. O modelo constitucional da justiça brasileira e o código de processo civil de 2015*, Salvador, JusPodivm, 2016, p. 23.

52 POLIDO, Fabrício. *Fundamentos, estrutura e mecanismos da cooperação jurídica e o Código de Processo Civil Brasileiro*, São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2008, p. 40.

53 OPERTI BADÁN, Didier. “El rol del Derecho y la Justicia en el MERCOSUR”, *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, n. 10, pp. 9-22, 2018.

que a decisão cautelar surtisse efeitos na Argentina e lá fosse executada a obrigação de bloqueio de valores. Como o argumento da ilegitimidade foi atendido na via recursal, não se cogitou tal aplicação.

Nada hipótese fictícia de terem sido rejeitados os argumentos dos agravantes, Jorvic do Brasil Ltda e Victor Mario Galliano, e terem sido, hipoteticamente, incluídos como réus da ação original, ao menos duas questões deveriam ser debatidas em busca da aplicação do direito institucional regional no caso concreto. A primeira, sobre os limites de aplicação dos Protocolos de Las Leñas e Ouro Preto, tema anteriormente desenvolvido, quando da análise do marco jurídico regional em matéria de cooperação jurídica. E a segunda, a de se abordar os desafios quanto à determinação dos limites do exercício da jurisdição brasileira.

Tendo em vista que já foram abordadas as análises dos Protocolos de Las Leñas e Ouro Preto, e que ambos instrumentos, não foram objeto das decisões judiciais, se desenvolverá doravante, o tratamento judicial do tema da jurisdição adequada em material contratual à luz do exemplo do Agravo de Instrumento N° 1.0000.17.032242-4/001.

1. Limites da jurisdição brasileira: a busca pela jurisdição adequada

Ralf Michaels,⁵⁴ ao trabalhar jurisdição, afirma que é possível distinguir três níveis de sua regulação, a saber:

A first level, found primarily in higher law like international or constitutional law, lays down outer limits of jurisdiction. This higher law only constrains jurisdiction, it does not constitute a basis for jurisdiction. Such a basis can be found on a second level that provides the rules on which jurisdiction can actually be based. A third level, finally, concerns judicial discretion for the individual case, either in the application of the rules from the second level, or in special discretionary doctrines.

Em base à metodologia acima descrita, se buscará compreender os limites da jurisdição brasileira frente às estruturas normativas do MERCOSUL, ao Código de Processo Civil e ao ativismo ou

54 MICHAELS, Ralf. "Jurisdiction foundation", em: BASEDOW, Jürgen *et al.* (eds.), *Elgar Encyclopedia of Private International Law Forthcoming*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016.

discricionabilidade do juiz nacional no caso em análise.

A) Jurisdição adequada em matéria contratual no direito institucional do MERCOSUL

Desde uma perspectiva da construção normativa promovida pelo MERCOSUL, este bloco já instituiu um instrumento destinado à determinação da jurisdição competente em matéria civil e comercial, trata-se do Protocolo de Buenos Aires (MERCOSUL/CMC/DEC Nº 1/94), aprovado em 05 de agosto de 1994.⁵⁵

O Protocolo de Buenos Aires traz como objetivo primordial a proposição de um quadro de segurança jurídica que garanta soluções justas e a harmonia internacional das decisões judiciais e arbitrais no âmbito do MERCOSUL, por meio da adoção de regras comuns sobre jurisdição internacional em matéria contratual, com o objetivo de promover o desenvolvimento das relações econômicas entre os Estados Partes.⁵⁶

Neste sentido, o Protocolo constituiu um marco normativo do MERCOSUL sobre jurisdição internacional em matéria contratual, por meio do qual as partes, em contrato civil e/ou comercial, podem eleger o foro competente para conhecer de uma possível e futura demanda”.⁵⁷

Sendo assim, no âmbito da harmonização dos limites da jurisdição dos órgãos jurisdicionais regionais, em relação à solução de conflitos oriundos de contratos internacionais de natureza civil e comercial, celebrados entre particulares domiciliados ou com sede no MERCOSUL, se privilegiou o princípio da autonomia da vontade na determinação do foro competente, conforme restou pactuado no art. 4, do protocolo de Buenos Aires o qual menciona que “os conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do Estado Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito”.⁵⁸

55 Texto disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/normativa/>, acesso em 12 de junho de 2020.

56 Considerandos do Protocolo de Buenos Aires. Vide texto em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/normativa/>, acesso em 12 de junho de 2020.

57 MOSCHEN, Valesca, R. B.; ZANETI JR., Hermes; LINO, Daniela B. “A autonomia da vontade como expressão democrática do exercício jurisdicional: a cláusula de eleição de foro na harmonização jurídica multilateral e regional e no Código de Processo civil Brasileiro de 2015”, em: ZANETI JR., Hermes; RODRIGUES, Marco Antônio (coords.), *Cooperação Internacional*, Salvador, JusPodivm, 2019, pp. 457-475.

58 Art. 4, Protocolo de Buenos Aires. Texto em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/>

A autonomia ainda se observa quando da regulamentação das bases de jurisdição ante a ausência de eleição de foro, quando se define que terá jurisdição, conforme a escolha do autor, o juízo do lugar do cumprimento do contrato ou do domicílio do demandado, ou ainda o juízo de seu domicílio ou sede social, quando se demonstre que tenha sido cumprida a sua prestação.⁵⁹

Há de se mencionar, que muito embora a normativa do MERCOSUL tenha sido incorporada pelo Estado brasileiro desde 1996⁶⁰- em uma contenda entre um sociedade empresária com sede no Brasil e a outra na Argentina- essa só foi utilizado como fundamento pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro – STJ, uma única vez, no Recurso Especial 1.633.275/SC.⁶¹ Neste a justiça brasileira entendeu ser a competente, à luz da existência de cláusula de eleição, devidamente válida conforme o disposto no Protocolo de Buenos Aires. Aplicou o artigo 4 da referida normativa regional, fazendo cumprir a cláusula contratual que escolhia o Juízo da Comarca de Blumenau - SC como o foro exclusivo.

Quanto aos limites da jurisdição brasileira alegados no Agravo de Instrumento N° 1.000.17.032242-4/001, na hipótese fictícia de terem sidos incluídos como réus, Jorvic do Brasil Ltda e Victor Mario Galliano, eventual demanda entre este último, por incumprimento de obrigações pactuadas no contrato de compra e venda de ações, e Jorge Nelso Galliano, deveria ser resolvida pela Comarca de Villa Maria em Córdoba, Argentina, conforme previsão contratual, em acato à expressão da vontade das partes em cláusula de eleição existente contratualmente e ao estabelecido pela normativa do MERCOSUL.

a) Jurisdição no Código Processual Brasileiro (CPC): segundo nível de regulação

Embora o primeiro nível de regulação da jurisdição estabeleça limites de seu exercício, como visto no Protocolo de Buenos Aires de 1994,

normativa/, acesso em 12 de junho de 2020.

59 Art. 7 do Protocolo de Buenos Aires. Texto em <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/normativa/>, acesso em 12 de junho de 2020.

60 O Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, concluído em Buenos Aires, em 5 de agosto de 1994, foi incorporado no sistema brasileiro através do Decreto N° 2.095, de 17 de dezembro de 1996. Texto em: http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL_03/decreto/1996/d2095.htm, acesso em 12 de junho de 2020.

61 REsp 1633275/SC Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Dje 14/11/2016. Texto em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/114239/julgado_3.pdf, acesso em 12 de junho de 2020.

usualmente nos países do *Civil law* as bases determinadoras da jurisdição nacional, em sua extensão, estão previstas nas regras infra constitucionais dos Estados nacionais. Esta realidade regulatória, Ralf Michaels a define como a de segundo nível de regulação da jurisdição e, para ele, “In civil law countries, this second level is by far the most important level”.⁶²

No Brasil, apesar de existir uma diversidade de fontes reguladoras da jurisdição brasileira,⁶³ é, sem dúvida, no Código de Processo Civil de 2015 o local onde se encontram recopilados de forma extensiva os critérios abstratos de determinação dos limites da jurisdição nacional. Estão previstos pelo CPC no seu Capítulo I – “Dos Limites da Jurisdição Nacional” –, mais especificamente nos artigos 21 a 23, as regras que determinam os critérios abstratos de aferição da jurisdição brasileira.

As normas que limitam o exercício de jurisdição brasileira são consideradas normas unilaterais, uma vez que se referem ao limite do exercício do Poder judiciário nacional brasileiro. E são apenas obrigatórias para os juízes dos Estados que a elaboraram.⁶⁴ Assim, tais normas de conexão entre o foro do Estado brasileiro e determinadas disputas estabelecem em quais circunstâncias o Poder judiciário nacional “pode” exercer a sua jurisdição (critérios de jurisdição concorrente) ou quando esse Poder deverá exercê-la de forma “exclusiva” (critérios de jurisdição exclusiva).⁶⁵ No caso do Brasil, as normas sobre o exercício da jurisdição estão nas hipóteses de jurisdição concorrente – art. 21 e 22 do CPC – ou de jurisdição exclusiva – art. 23 do CPC.

No Agravo de Instrumento Nº 1.000.17.032242-4/001, uma das alegações dos agravantes referia-se à ausência de jurisdição do Poder judiciário brasileiro, em virtude do fato de que a obrigação a eles imposta, aludia a uma relação contratual negociada, firmada e a ser executada fora

62 MICHAELS, Ralf. “Jurisdiction foundation”, em: BASEDOW, Jürgen *et al.* (eds.), *Elgar Encyclopedia of Private International Law Forthcoming*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 7.

63 Conforme exemplificam as regras e princípios constitucionais sobre o funcionamento e competências dos órgãos judiciais nacionais, por exemplo; os tratados internacionais nos quais o Brasil seja parte, como os do MERCOSUL e, sobretudo, na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), em cujo artigo 12 se determina a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação, no âmbito da competência concorrente. Vide texto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657/compilado.htm, acesso em 12 de junho de 2020.

64 FRESNEDE DE AGUIRRE, Cecilia A. *Public Policy: Common Principles in the American States*, Leiden; Boston, Hague academy of International Law, 2016, p. 375.

65 ZANETI, Graziela A., “Jurisdição adequada no Brasil (competência internacional): uma técnica de tipicidade flexível aplicável também aos processos coletivos internacionais”, em: ZANETI JR., H.; RODRIGUES, M. A. (coords.), *Cooperação Internacional*, Salvador, Jus Podivm, 2019, p. 111.

do território nacional. Tal alegação tinha como fundamento a hipótese de jurisdição concorrente prevista no Código Processual brasileiro, inciso II do art. 21 do CPC, e no *caput* do art. 12 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), a qual determina que será de competência concorrente da autoridade judiciária brasileira as ações em que “no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação”.⁶⁶

A hipótese prevista no inciso II do art. 21 trata-se de uma base de competência especial, aplicável em matéria obrigacional⁶⁷ e não sofreu alteração com o advento do novo Código Processual Civil, em 2015, uma vez que anterior art. 88 do CPC de 1973 já utilizava tal hipótese como limitadora da jurisdição brasileira.

O local de execução da obrigação é uma base de jurisdição com previsão em instrumentos convencionais de harmonização do direito internacional privado, como no Protocolo de Buenos Aires, no qual se apresenta como base razoável e supletiva de jurisdição na ausência da eleição pelas partes do foro competente.⁶⁸

A conexão entre o local de execução da obrigação e o foro competente apresenta um duplo elemento na sua configuração, a “proximidade” e “neutralidade genérica”, características da razoabilidade de um foro. A razoabilidade ou não de um foro é aferida mediante o princípio da proximidade ou conexão substancial da causa com o foro. Significa que para o desiderato de determinar quando um Tribunal possui jurisdição mister se analisar a existência de um mínimo de contato razoável entre o caso analisado e o país sede do Tribunal.⁶⁹

Se considera que um foro é razoável quando o caso analisado apresenta uma vinculação suficiente com o Estado a que pertencem os Tribunais responsáveis pelo julgamento. Em sentido oposto, os foros exorbitantes são aqueles que se caracterizam por acumularem grande

66 Art. 21, I, da Lei Nº 13.105. Texto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm, acesso em 12 de junho de 2020.

67 TIBÚRCIO, Carmen. *Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*, Salvador, JusPodivm, 2017, p. 47.

68 Art. 7, letra a) Protocolo de Buenos Aires. Texto em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/normativa/>, acesso em 12 de junho de 2020.

69 MAGALHÃES E GUERRA, Marcel Vitor; MOSCHEN, Valesca R. B. “Processo Civil Transnacional: a caminho de uma sistematização dos princípios de competência internacional: reflexos de um novo paradigma axiológico face à crise metodológica positivista”, em: XVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, *Anais*, Florianópolis, Fundação Boiteaux, 2009, pp. 4797-4815. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/09_1442.pdf, acesso em 12 de junho de 2020.

volume de competência internacional a seus Tribunais. De modo desconectado com os elementos essenciais do caso, eles dão jurisdição a um tribunal que não possui vínculos razoáveis com o caso.⁷⁰

Desta forma, o exercício da jurisdição por autoridade judiciária brasileira, sem conexão com os critérios dos arts.º 21 e 22 do CPC, sem a manifestação da vontade das partes para tal submissão, ou ainda sem a justificativa de ser o foro brasileiro o mais adequado para a solução da lide, a partir de uma análise subjetiva do caso concreto, caracterizaria a exorbitância no exercício jurisdicional.

B) Discricionariedade na determinação da jurisdição: limites do exercício jurisdicional a nível case-by-case

O Estado Democrático Constitucional, amparado pelos pilares das garantias e liberdades e dos direitos sociais fundamentais, impõe uma necessária revisão do conceito de jurisdição, uma vez que essa, diante dos princípios constitucionais, não pode mais ser considerada como atividade substitutiva do Estado⁷¹. A concepção de jurisdição deve ser assim estabelecida por sua adequação ao caso concreto. No Brasil, a determinação da jurisdição adequada e os consequentes limites de seu exercício, tradicionalmente, são verificados maioritariamente a partir da análise abstrata da lei, jamais em base a uma observação substantiva do caso concreto.⁷²

Realidade distinta é a dos sistemas jurídicos dos países de *Common Law*, onde:

Whether or not jurisdiction exists, is, in common law systems, frequently a matter of case-by-case analysis of the individual case, which helps administer justice in the individual case but reduces predictability and certainty.⁷³

70 FRESNEDE DE AGUIRRE, Cecilia A. *Public Policy: Common Principles in the American States*, Leiden; Boston, Hague academy of International Law, 2016, p. 375, p. 343.

71 MOSCHEN, Valesca, R. B.; ZANETI JR., Hermes; LINO, Daniela B. “A autonomia da vontade como expressão democrática do exercício jurisdicional: a cláusula de eleição de foro na harmonização jurídica multilateral e regional e no Código de Processo civil Brasileiro de 2015”, em: ZANETI JR., Hermes; RODRIGUES, Marco Antônio (coords.), *Cooperação Internacional*, Salvador, JusPodivm, 2019, p. 458.

72 PEIXOTO, Ravi. “O *Forum Non Conveniens* e o Processo Civil Brasileiro: limites e possibilidade”, em: *Cooperação Jurídica*, op. cit., p. 375.

73 MICHAELS, Ralf. “Jurisdiction foundation”, em: BASEDOW, Jürgen *et al.* (eds.), *Elgar Encyclopedia of Private International Law Forthcoming*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 8.

Entretanto, e mesmo que de forma minoritária, a discricionariedade na determinação da jurisdição vem sendo identificada em países com previsões normativas rígidas de jurisdição, como são os da *Civil Law*. Desde que justificada e adequada ao caso concreto, e sem uma utilização tão ampla da discricionariedade como nos países da *Common Law*, alguns sistemas de origem civilista tem flexibilizado suas regras de jurisdição e permitido, à luz do caso concreto, a possibilidade de graus de um certo ativismo judicial na determinação dos limites do exercício jurisdicional.⁷⁴ Nesse sentido:

Even where jurisdiction is not constrained by higher law and is based on a specific rule that authorizes it, the judge may nonetheless, because of characteristics of the individual case, decline to exercise it. Such judicial discretion is more common in the common law, but it exists also in civil law systems.⁷⁵

Muito embora a possibilidade de declínio da jurisdição em base à busca pela sua adequação ao caso concreto não esteja prevista nos instrumentos convencionais do MERCOSUL, essa possibilidade pode ser observada nos Princípios da Associação Americana de Direito Internacional Privado (ASADIP) sobre o Acesso Transacional à Justiça (TRANSJUS).⁷⁶ Os princípios TRANSJUS representam um conjunto de normas de natureza processual que “establecen estándares mínimos para garantizar el acceso a la justicia de las personas naturales y jurídicas en los litigios privados de carácter transnacional”.⁷⁷ Equivalem a uma estrutura de *soft law*

que comprende reglas y enunciados orientados a regular litigios privados transnacionales. Su elemento característico más importante es que están concebidos para contribuir a garantizar los derechos fundamentales, en especial, el derecho de acceso a la justicia, desde una visión de la gobernanza global.⁷⁸

74 É o caso da Alemanha, embora nem sempre utilize o *Forum non conveniens* nos mesmos termos que os países da common law. PEIXOTO, R. “O *Forum Non Conveniens* e o Processo Civil Brasileiro: limites e possibilidade”, *op. cit.*, p. 379.

75 MICHAELS, Ralf. “Jurisdiction foundation”, em: BASEDOW, Jürgen *et al.* (eds.), *Elgar Encyclopedia of Private International Law Forthcoming*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 10.

76 Estes princípios nascem de uma proposta dos professores Javier Ochoa e Claudia Martínez, em 2013, nas VI Jornadas da Associação Americana de Direito Internacional Privado. Após a instituição de um grupo de trabalho sobre o tema e a incorporação de outros professores, chega-se a uma primeira versão, aprovada na VII Jornadas ASADIP em Buenos Aires, em 2016. Vide: MOSCHEN, Valesca R. B.; BARBOSA, Luiza N. “Hacia el acceso transnacional a la justicia: un análisis de la consonancia entre los principios TRANSJUS y el Código de Proceso Civil brasileño CPC/2015”, *Revista Jurídica*, v. 2, n. 55, pp. 77-105, 2019.

77 MICHAELS, *op. cit.*, pp. 77-105.

78 OCHOA, Javier L. M. “Acceso transnacional a la justicia y gobernanza global (comentarios introductorios a

No âmbito do declínio da jurisdição em base à sua adequação, o art. 3.9 do TRANSJUS afirma que “o tribunal, mesmo que de ofício, poderá suspender o processo quando, apesar de ter jurisdição para decidir a causa, o exercício de dita jurisdição seja, manifestamente, inadequado”.⁷⁹ No mesmo sentido, no seu art. 3.8, ao analisar o domicílio do demandado como base jurisdicional, se permite que “sendo procedente a ação, pode-se admitir a exceção do *forum non conveniens*”.⁸⁰ Denomina-se *forum non conveniens*, como se sabe, a doutrina que permite a uma Corte declinar de sua competência por considerar que os interesses da parte e da justiça estariam melhores atendidos em outro foro. Tal doutrina vem sendo amplamente utilizada.⁸¹

O judiciário brasileiro, nas oportunidades em que foi chamado a analisar a admissibilidade do *forum non conveniens* recusou a sua aplicação em casos *jusprivatistas* com conexões internacionais. Em uma recente e emblemática controvérsia – REsp 1633278/SC –, na qual se colocava em questão a aplicação do Protocolo de Buenos Aires e a validade da cláusula de eleição entre as partes – uma brasileira e outra argentina – frente à possibilidade do declínio do foro eleito, por ser menos adequado à luz do caso concreto. Entendeu-se pela não aplicação da mencionada doutrina em virtude da sua restrita “aceitação pelos países que adotam o sistema do *Civil Law*, não havendo no ordenamento jurídico brasileiro norma específica capaz de permitir tal prática”.⁸²

No caso em apreço, Agravo de Instrumento Nº 1.000.17.032242-4/001, muito embora não se tenha levantado a hipótese de declínio da jurisdição brasileira em virtude de sua inadequação ao caso concreto, do ponto de vista da efetividade processual, pedra angular do acesso à justiça, a decisão brasileira de bloqueio de valores oriundos de obrigação pactuada e a ser executada na Argentina, sem a utilização das vias e instrumentos adequados de cooperação jurídica regional, em particular dos Protocolos de Las Leñas e de Ouro Preto, aqui já analisados, seria inócua, ineficaz e, logo, inadequada ao caso concreto.

los principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia)”, *Revista de Direito Brasileira*, v. 20, n. 8, pp. 336-363, 2018.

79 TRANSJUS. Texto disponível em: <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-PT-FINAL18.pdf>, acesso em 12 de junho de 2020, Art. 3.9.

80 TRANSJUS, op. cit., Art. 3.8.

81 PEIXOTO, Ravi. “O *Forum Non Conveniens* e o Processo Civil Brasileiro: limites e possibilidade”, op. cit., p. 379.

82 REsp 1633275/SC. Ementa. Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Dje 14/11/2016. Texto em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/114239/Julgado_3.pdf, acesso em 12 de junho de 2020.

VI. Conclusão

Em 26 de março de 1991, surgia o MERCOSUL, um modelo de integração econômica derivado de um árduo caminho pela redemocratização das sociedades sul-americanas. O bloco regional, composto pelos países Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, possuía como motes do desenvolvimento econômico e social, a ampliação das dimensões do mercado regional e a busca pela inserção internacional de seus países.

No campo da promoção da segurança jurídica, o MERCOSUL representou um agente do movimento da codificação do direito internacional privado regional. Ao lado da Organização dos Estados Americanos (OEA), desde uma perspectiva continental, e da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, no âmbito universal, o MERCOSUL é para os Estados que o compõem, um espaço de cooperação na busca de soluções adequadas aos desafios das relações privatistas transnacionais.

Neste sentido, e como demonstrado pelo presente capítulo, a segurança jurídica necessária para o fomento da mobilidade dos fatores de produção, além da circulação de mercadorias e pessoas no espaço regional, foi o incentivo para harmonização de regras de direito internacional privado no espaço regional, em particular, do direito processual civil internacional.

Mediante o estudo de caso oportunizado pelo Agravo de Instrumento N° 1.0000.17.032242-2/001 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, se buscou analisar a aplicação das normas de jurisdição em matéria contratual do MERCOSUL e da cooperação jurídica – incluindo a cautelar – pelo judiciário brasileiro. O instrumento recursal, tornava sem efeito a decisão judicial de primeira instância, que condenada aos agravantes, Jorvic do Brasil Ltda e Víctor Mario Galliano, ao pagamento do valor de \$300.000,00 (trezentos mil pesos), em favor de Rafael da Silva Ribeiro, vítima de Jorge Nelso Galliano. Nesta ocasião, cogitou-se a aplicação dos instrumentos de cooperação do MERCOSUL – os Protocolos de Las Leñas e o de Ouro Preto –, que, conforme mencionado no texto, pela extinção da ação à raiz da decisão recursal, não foram aplicados ao caso concreto. Porém, demonstrou-se, no desenvolver do capítulo, os limites da eventual aplicação de ambos instrumentos e a relevância desses para a gestão da cooperação jurídica e a promoção de um exercício jurisdicional efetivo.

Quanto à determinação da jurisdição adequada, o atual estudo levou em consideração os quesitos do Estado Democrático de Direito que, ao promoverem as garantias do processo justo, impõem uma análise conjuntural dos diferentes níveis de regulação da jurisdição. Tal análise pressupõe, como visto, em um primeiro plano, a consideração dos instrumentos convencionais reguladores da jurisdição, como exemplifica no MERCOSUL o Protocolo de Buenos; em um segundo plano, do Código de Processo Civil brasileiro, o qual inaugurou uma nova dimensão da autonomia privada no sistema processual nacional, enfatizando a possibilidade de eleição de foro estrangeiro pelas partes contratuais, além de novas bases determinantes da jurisdição brasileira; e, finalmente, a relevância de um exame substantivo da jurisdição, a partir do ativismo ou da discricionariedade na definição da conveniência do exercício jurisdicional no caso concreto.

O grande legado do MERCOSUL não está apenas num balanço restrito da aplicação ou não de seus instrumentos harmonizadores pelos judiciários nacionais, mas, e sobretudo, no reconhecimento da grandeza desses instrumentos como resultados de um esforço conjunto, sul-americano, pela construção de uma cultura jurídica cosmopolita em nossos judiciários, que permita, ao fim e ao cabo, o acesso qualitativo à justiça em uma dimensão regional.

PARTE III

**RESPONSABILIDADE CIVIL
INTERNACIONAL**

O PROTOCOLO DE SÃO LUIZ E A RESPONSABILIDADE CIVIL INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE TRÂNSITO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,
Apelação Cível N° CNJ 0296120-29.2014.8.21.7000, 23/04/2015

*Raphael Carvalho de Vasconcelos**

Sumário: I. Breve introdução ao tema; II. Marco normativo; III. Os fatos do caso; IV. A decisão judicial; V. Análise dos elementos jurídicos do caso: 1. Competência concorrente internacional e forum shopping, 2. Litispendência internacional, 3. *Forum non conveniens*, 4. Conflito de competência interno a respeito de demandas fundadas em tratado – aplicação do artigo 109, III da Constituição Federal brasileira, 5. Determinação do direito aplicável, 6. Meios de prova do direito estrangeiro e qualificação, 7. Ordem pública, 8. Prequestionamento de direito estrangeiro para fins de recursos a tribunais superiores; VI. Conclusões.

I. Breve introdução ao tema

O tema central da controvérsia enseja expectativa de que o acórdão julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS – tratasse fundamentalmente da responsabilidade civil transnacional em matéria de acidente de trânsito e, especificamente, da aplicação do Protocolo de São Luiz em Matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre Estados Partes do Mercado

* Professor Titular de Direito Internacional Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Adjunto de Direito Público da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Doutor pela USP e pela UERJ, Advogado e Consultor.

Comum do Sul - MERCOSUL. O julgado, de fato, tem esse como elemento central do litígio, mas desenvolve argumentos sobre questões jurídicas caras ao direito internacional privado que ultrapassam os limites da responsabilidade civil transnacional e do protocolo do MERCOSUL.

O relator do caso, acompanhado pelos outros membros da décima segunda câmara cível do TJRS, aprecia circunstâncias jurídicas e consolida posições a respeito de temas como competência concorrente internacional e *forum shopping*; *forum non conveniens*; litispêndência internacional; conflito de competência interno a respeito de demandas fundadas em tratado; fixação de direito aplicável; conexão, qualificação e validade de prova produzida no exterior; ordem pública; prequestionamento de direito estrangeiro para fins de recursos a tribunais superiores; e outras questões.

A resolução do mérito, improcedente para o autor da demanda, não teve fundamento direto, contudo, em elementos de direito internacional privado, mas no julgamento dos fatos que motivaram a controvérsia.

II. Marco normativo

O acórdão julgado pelo TJRS foi bastante variado no marco normativo escolhido para fundamentar legalmente sua argumentação jurídica. Foram feitas referências à legislação nacional brasileira, a tratados devidamente internalizados e à legislação nacional da República Oriental do Uruguai.

Nesse sentido, sobre o acervo normativo em detalhes:

Legislação Nacional Brasileira:

1. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – Decreto-Lei N° 4.657 de 04 de setembro de 1942. Artigo 9°; Artigo 10, §1°; Artigo 12; Artigo 13; Artigo 14; Artigo 17;
2. Código de Processo Civil de 1973 – CPC – Lei N° 5.925 de 1 de outubro de 1973. Artigo 88, I; Artigo 90; Artigo 130; Artigo 210; Artigo 337;
3. Constituição Federal de 1988. Artigo 5° XXXI; Artigo 5°, LXXVIII; Artigo 109, III; Artigo 105, I, o;

4. Lei N° 1060 de 1950. Artigo 7°;

Tratados Internalizados pela República Federativa do Brasil:

5. Protocolo de São Luiz em Matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre Estados Partes do MERCOSUL – Decreto Executivo N° 3.856 de 3 de julho de 2001. Artigo 1°; Artigo 3°; Artigo 4°; Artigo 7;
6. Código Bustamante – Decreto N° 18.871 de 13 de agosto de 1929. Artigo 401; Artigo 410; Artigo 411; Artigo 412;
7. Convenção Interamericana sobre Prova e Informação Acerca do Direito Estrangeiro – Decreto Executivo N° 1.925 de 10 de junho de 1996. Artigo 3°; Artigos 4° a 7°.
8. Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre Estados Partes do MERCOSUL – Decreto Executivo N° 6.891 de 2 de julho de 2009. Artigo 3°; Artigos 20-30;
9. Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias – Decreto Executivo N° 1.899 de 9 de maio de 1996; Artigo 7°;
10. Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados Partes do MERCOSUL – Decreto Executivo N° 6.679 de 8 de dezembro de 2008; Artigos 1° a 3°;
11. Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado – Decreto Executivo 1.979 de 9 de agosto de 1996; Artigo 2°; Artigo 4°;

Legislação Nacional Uruguaia:

12. Código Civil da República Oriental do Uruguai. Artigo 1319; Artigo 1324;
13. Código General del Proceso da República Oriental do Uruguai – Ley N° 15.982. Mencionado.
14. *Ley General de Derecho Internacional Privado* da República Oriental do Uruguai. Artigos 52.1; Artigo 56.3;

III. Os fatos do caso

O autor da ação condenatória por danos materiais e morais narra, em seu pedido, acidente automotivo entre sua motocicleta CG/125 Titan e o veículo da demandada. Aduz, em suas razões, que o incidente teria ocorrido no cruzamento da Avenida Brasil com a Rua Ituzaingó, na cidade de Rivera – República Oriental do Uruguai, em 05 de dezembro de 2010. Os pedidos de indenização por danos materiais e morais se embasaram, principalmente, na alegação de que o veículo trafegava em alta velocidade, que a motorista do automóvel não estava respeitando a sinalização correspondente e no relato da situação clínica posterior do demandante.

A demandada, por sua vez, contestou indicando culpa exclusiva do condutor da moto pelo acidente e aludindo suposto histórico de trânsito desabonador da conduta do autor da demanda. Apresentou, ainda, pedido contraposto requerendo a condenação do autor pelos danos materiais suportados pela proprietária do automóvel - demandada.

Ainda no que se refere aos fatos, cumpre ressaltar a multiconexão do caso em razão da diversidade de nacionalidade e domicílio das partes, do registro dos veículos em países distintos e da concorrência natural entre ordens jurídicas em cidades fronteiriças, como é o caso de Rivera, no Uruguai, e Santana do Livramento, no Brasil.

As circunstâncias transnacionais descritas repercutiram na dúvida sobre a competência jurisdicional interna brasileira. A demanda foi inicialmente proposta perante a justiça federal sob o entendimento de que a aplicação do Protocolo de São Luiz para a indicação do direito aplicável ensejaria circunstância enquadrada no artigo 109, III da Constituição Federal brasileira. A competência jurisdicional federal foi, contudo, declinada para a justiça comum estadual do Estado do Rio Grande do Sul por meio de decisão de primeiro grau posteriormente mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em sede de agravo de instrumento.

IV. A decisão judicial

Conforme detalhado quando da análise dos fatos, o acórdão analisado neste comentário julgou recurso de apelação interposto em face de sentença que entendeu improcedente ação condenatória movida por

nacional uruguaio contra nacional brasileira requerendo danos materiais e morais relacionados a acidente de trânsito ocorrido na República Oriental do Uruguai.

O processo foi distribuído perante a subseção judiciária federal de Santana do Livramento, Rio Grande do Sul, mas a competência foi declinada à justiça estadual, que posteriormente, de fato, apreciou a controvérsia.

Os pedidos foram julgados improcedentes pela vara cível da comarca de Santana do Livramento em sentença que determinou a extinção com resolução de mérito fundada no artigo 269, I, do Código de Processo Civil vigente à época. O autor foi condenado, ainda, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da ação, mas a exigibilidade das cominações foi declarada suspensa ante o deferimento da gratuidade de justiça.

Inconformado com o julgamento, o requerente apelou da sentença buscando reverter o decidido em primeiro grau. O relator apreciou, primeiramente, a competência concorrente internacional aplicada ao caso para concluir pela possibilidade de julgamento no Brasil por opção do autor da demanda com base tanto no Protocolo de São Luiz – artigo 7º - como nos artigos 12 da LINDB, 88, I, do CPC vigente à época e nos artigos 52.1 e 56.3 da Ley General de Derecho Internacional Privado uruguaia.

Essa opção ilustra, na segunda parte do acórdão e praticamente com base na mesma fundamentação jurídica, exemplo legítimo de *forum shopping* em contexto que se descarta a aplicação da doutrina do *forum non conveniens* no Brasil. A dúvida sobre a competência federal ou comum para o ajuizamento da demanda surge no acórdão apenas para corroborar os argumentos que fundamentam o declínio de competência pelo juízo de primeiro grau confirmado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região quanto à correta interpretação do artigo 109 da Constituição.

A respeito do direito aplicável, o relator faz análise bastante detalhada da aplicação dos artigos 3º e 6º do Protocolo de São Luiz e do artigo 9º da LINDB para justificar a incidência de direito uruguaio para a solução da controvérsia. A referência expressa feita a Jacob Dolinger neste ponto do acórdão ganha contornos especiais nesta decisão que trata de sistemas jurídicos do MERCOSUL na medida em que o consagrado

jusprivatista brasileiro sustenta em doutrina argentina seus argumentos sobre a aplicação de direito estrangeiro pelo juiz nacional.¹

A decisão avança na análise da informação, da prova e do modo de aplicação do direito estrangeiro pelo magistrado nacional. Fazendo uma série de considerações sobre os artigos 14 da LINDB e dos artigos 337 e 130 do CPC de 1973, o relator conclui indicando não haver no ordenamento jurídico brasileiro marco legal que discipline como e por quem deve ser feita a apuração sobre o conteúdo do direito estrangeiro – se obrigação do magistrado ou das partes. Ele aponta, nesse sentido, que tratados sobre direito internacional privado trazem luz à discussão indicando especificamente o artigo 409 do Código Bustamante e o artigo 3º da Convenção Interamericana sobre Prova e Informação Acerca do Direito Estrangeiro.²

O acórdão passa, então, à análise da incidência da ordem pública do direito internacional privado como óbice à aplicação do direito estrangeiro ao caso com base no disposto no artigo 17 da LINDB e no artigo 5º da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado. Dentre as considerações para concluir pelo afastamento da exceção da ordem pública, o relator reconhece grande proximidade entre as regras uruguaias e brasileiras sobre responsabilidade civil aduzindo que a Suprema Corte de Justiça uruguaia se baseia em pressupostos e equaciona questões jurídicas de modo semelhante à câmara julgadora do TJRS.

Ao tratar, em seguida, do regime jurídico dos documentos de procedência estrangeira e do exame da prova sobre fatos ocorridos no exterior, a decisão de segundo grau se concentra em três argumentos centrais para reconhecer *a plena regularidade formal de todas as provas produzidas nos autos*.³ O primeiro argumento tem lugar na aplicação do princípio da

1 O relator cita expressamente duas publicações do saudoso professor Jacob Dolinger, professor titular de direito internacional privado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. Parte Geral. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 269 – na versão mais atual em DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado. Parte geral*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 367. No trecho, o professor DOLINGER faz referência expressa ao “*Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia*” de Werner GOLDSCHMIDT para concluir, “in verbis”, que “a compreensão de que em determinadas circunstâncias faz-se mister aplicar lei emanada de outra soberania. Porque assim se poderá fazer melhor justiça, e o reconhecimento de que em nada ofendemos nossa soberania, nosso sistema jurídico, pela aplicação de norma legal de outro sistema, esta tolerância, esta largueza de visão jurídica, dos objetivos da lei – em sentido lato – refletem a grandeza de nossa disciplina, a importância de sua mensagem filosófica”.

2 ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 278.

3 Transcrito *ipsis litteris* do acórdão à página 38.

instrumentalidade das formas, consagrado naquele momento nos artigos 154, 244 e 249, § do CPC de 1973, para validar as provas testemunhais produzidas no exterior por autoridade uruguaia.

O segundo ponto importante acerca das provas produzidas diz respeito àquelas de natureza documental. O relator diferencia a eficácia de obrigações constantes em documentos do uso de documentos como prova para restringir a exigência de registro no Registro de Títulos e Documentos estabelecida nos artigos 129, VI e 148 da Lei N° 6.015/73 à primeira hipótese. Esse entendimento consagra, para o caso, a validade das provas documentais estrangeiras contidas nos autos.

O terceiro e último aspecto levantado no acórdão em relação às provas aponta à falta de necessidade de tradução juramentada de documentos para o caso em julgamento com base no entendimento do Superior Tribunal de Justiça que restringe a aplicação dos artigos 224 do Código Civil e 157 do Código de Processo Civil estabelecendo critérios que justificam a dispensa da obrigação: a falta de contestação pela parte interessada e o juízo ou tribunal considerarem as provas documentais em língua estrangeira de fácil compreensão.

No mérito, a decisão de plano afasta a prescrição e avança ao elencar o direito material uruguaio aplicável à responsabilidade civil. O relator faz, contudo, importante ressalva a respeito da apreciação das provas do processo mencionando o Código Bustamante para, com base em seu artigo, 401, indicar que a lei do julgador e, portanto, a brasileira, é aplicável para o estabelecimento do valor do conjunto probatório. No caso, o modelo brasileiro de preponderância das provas prefere, neste ponto, ao uruguaio, que fixa a neutralização das presunções nos casos de demandas condenatórias por acidente de trânsito.

A partir da construção teórica descrita, o acórdão passa a analisar as alegações feitas, as provas testemunhais e documentais levadas aos autos para considerá-las, por fim, insuficientes para comprovar culpa da apelada. O relator já indica, neste momento, seu voto por negar o provimento do apelo.

Em relação ao pedido de gratuidade, o acórdão ressalta que o pedido de isenção do pagamento de custas e despesas por hipossuficiência deve ser analisado com base na *lex fori*, isto é, à luz – ao momento do julgamento - da Lei N° 1060/50. Ainda a esse respeito, a condição de

estrangeiro é afastada como óbice para a referida concessão com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na Constituição de 1988 – artigo 5º, LXXIV – e em tratados: especificamente no Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados Partes do MERCOSUL e o Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre o Governo da República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai.

Feitas as extensas considerações a respeito da gratuidade da justiça, o acórdão afasta o interesse recursal do apelante e não conhece o apelo a esse respeito porque o benefício deferido em primeiro grau não havia sido revogado.⁴

Em interessante movimento para evitar embargos de declaração exclusivamente com funções de prequestionamento, o acórdão expressamente indica uma série de dispositivos de leis brasileiras, uruguaias e da Constituição Federal ventilados nos autos e habilitados a fundamentar recursos a tribunais superiores.

Em síntese e por fim, a apelação foi julgada de forma a não conhecer pedido recursal relativo à gratuidade da justiça e a conhecer do mérito da ação, confirmando a improcedência dos pedidos.

V. Análise dos elementos jurídicos do caso

O desembargador responsável pela relatoria do caso no TJRS, acompanhado pelos outros membros da décima segunda câmara cível do tribunal, apreciou circunstâncias jurídicas e consolidou posições a respeito de temas como competência concorrente internacional e *forum shopping*; *forum non conveniens*; litispendência internacional; conflito de competência interno a respeito de demandas fundadas em tratado; fixação de direito aplicável; conexão, qualificação e validade de prova produzida no exterior; ordem pública; e prequestionamento de direito estrangeiro para fins de recursos a tribunais superiores.

Ainda que o resultado tenha sido desfavorável para o recorrente e

4 A esse respeito, cumpre ressaltar e estimar a diligência e o zelo do advogado. Ainda que descabida uma revogação seletiva recursal do benefício, advogados atualmente preferem receber pretensiosas lições por proximidade e falta de técnica do que punições descabidas por supostos esquecimentos. Rinoceronte na savana sabe que é caça.

que as questões de fato não tenham sido reconduzidas a fundamentações de direito capazes de reverter as conclusões do julgador de primeira instância, o órgão colegiado aproveitou claramente da oportunidade para fixar entendimentos relevantes para as relações multiconectadas em geral e para assentar interpretação jurídica relativa a circunstâncias muitas vezes hipotéticas e levantadas apenas pela doutrina.

A respeito de cada um dos temas de direito tratados pelos julgadores, ressaltam-se:

1. Competência concorrente internacional e *forum shopping*

O relator, ao analisar a competência concorrente entre judiciário brasileiro e o uruguaio para julgar o pedido do autor, fez referência ao *forum shopping* e entendeu pela licitude da escolha da competência do domicílio da demandada, no Brasil.

Ensina a doutrina especializada e entendem os tribunais que a eleição do foro entre concorrentes por estratégia jurídica apenas seria abusiva em caso de implicar denegação de justiça ou de provocar injustiça material.⁵ No caso analisado, a propositura da ação no foro do réu de maneira bastante improvável prejudicaria a parte demandada e representa, de fato, estratégia interessante do autor.

Em termos ilustrativos, observa-se que, em caso de procedência de pedidos na fase de conhecimento, a execução da sentença e a eventual constrição de ativos do réu perdedor da ação pode ser muito mais fácil quando evitados os trâmites de reconhecimento e execução de sentença estrangeira. Tudo isso sem que se levem em consideração os obstáculos da comunicação por cartas rogatórias, por exemplo, na fase de conhecimento anterior.

2. Litispendência internacional

Litispendência significa, em síntese, o ajuizamento de ações idênticas – com mesmas partes, causas de pedir e pedidos - em duas

5 ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, 5 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 229 admite a aplicação do princípio da jurisdição razoável para que sejam evitados abusos na aplicação do fórum shopping. Entendemos que a proposta cria alternativa entre *forum non conveniens* e seu descarte absoluto.

competências jurisdicionais distintas. O reconhecimento de litispendência e a vedação do processamento de demandas paralelas pode ser controlada e aplicada na competência territorial jurisdicional de um Estado, mas aspectos relacionados à soberania dificultam – e, em regra, impedem – o estabelecimento de vedações ao processamento de um pedido judicial levando-se em consideração a propositura de ação idêntica no exterior.

Uma série de vantagens podem ser apontadas para uma proibição genérica no ambiente interno com base no argumento de existir ação idêntica sendo processada em outra competência jurisdicional. Sistemáticas nesse sentido podem, por exemplo, evitar a mobilização desnecessária do judiciário, trazer maior segurança à sociedade e, principalmente, evitar apreciações jurídicas contraditórias de uma mesma demanda.

O Código de Processo Civil Brasileiro – atual e vigente à época do acórdão relatado – expressamente veda o reconhecimento da litispendência internacional.⁶ No MERCOSUL, por outro lado, o Brasil se submete a uma exceção a essa regra geral impeditiva. O Protocolo de Las Leñas regulamenta a impossibilidade de homologação de sentença ou laudo estrangeiro que resulte de demanda iniciada após ação idêntica proposta no Estado homologante.⁷

Feitas essas considerações importantes para situar o tema, a litispendência internacional não foi afastada por meio da aplicação da legislação referida, mas fundamentada na ausência de notícia de ação proposta no exterior.

6 À época do julgamento do acórdão, estava em vigor o Código de Processo Civil de 1973 – Lei Nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973, “*in verbis*”: “Art. 90. A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas.” O dispositivo em vigor desde março de 2015 – Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015 - estabelece, “*in verbis*”: “Art. 24. A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil. Parágrafo único. A pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil”.

7 O artigo 22 do Protocolo de *Las Leñas* - Decreto Executivo Nº 6.891 de 2 de julho de 2009 - estabelece, “*in verbis*”: “Quando se tratar de uma sentença ou de um laudo arbitral entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos, e que tenha o mesmo objeto de outro processo judicial ou arbitral no Estado requerido, seu reconhecimento e sua executoriedade dependerão de que a decisão não seja incompatível com outro pronunciamento anterior ou simultâneo proferido no Estado requerido. Do mesmo modo não se reconhecerá nem se procederá à execução, quando se houver iniciado um procedimento entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos e sobre o mesmo objeto, perante qualquer autoridade jurisdicional da Parte requerida, anteriormente à apresentação da demanda perante a autoridade jurisdicional que teria pronunciado a decisão da qual haja solicitação de reconhecimento.”

3. *Forum non conveniens*

Alguns sistemas jurídicos de direito internacional privado – mormente de *common law* – admitem que o julgador competente, ao se deparar com os detalhes do caso, abstenha-se de apreciar a controvérsia concluindo ser outro foro concorrente mais adequado.

A, talvez, mais emblemática aplicação do *forum non conveniens* por um tribunal se deu quando a *United States Federal District Court for the Southern District of New York* julgou a ação – que unificava os pedidos individuais – para a responsabilização da *Union Carbide Corporation*, sócia majoritária da *Union Carbide India Limited*, pelos danos causados por acidente com isocianato de metila na cidade de Bhopal, Índia. Estabeleceu-se, naquela oportunidade e aplicando o instituto, a conveniência da competência jurisdicional indiana em razão de sua maior proximidade com os contextos de fato e de direito. Esse entendimento foi, posteriormente, confirmado pela *Federal Circuit Court for the Second Circuit*.

Quando, contudo, um órgão jurisdicional, singular ou colegiado, se abstém de apreciar demanda considerando ser outra competência territorial mais adequada, pode estar, na verdade, negando acesso à justiça. Importa ressaltar que não se está tratando, nesse contexto, de ausência absoluta de competência objetivamente fixada, mas de declinação de competência concorrente por avaliação subjetiva de que outro órgão julgador seria mais adequado.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou em ao menos duas oportunidades afastando a possibilidade de aplicação da doutrina do *forum non conveniens* pelo judiciário brasileiro.⁸ Haveria no Brasil, em síntese, uma distribuição de competências objetiva fixada pelo legislador e ao judiciário não restaria margem de apreciação subjetiva que permitisse, em contexto de competência concorrente, análise casuística de conveniência e adequação.

No acórdão do TJRS aqui analisado, a não aplicação da doutrina do *forum non conveniens* é reafirmada em argumentação articulada com a prática do *forum shopping*, anteriormente analisada, e consolida definitivamente a legitimidade do autor para provocar o judiciário brasileiro para submeter sua controvérsia a julgamento.

8 Medida Cautelar 15.398/RJ de 2009 e REsp 1.633.275/SC de 2016.

4. Conflito de competência interno a respeito de demandas fundadas em tratado – aplicação do artigo 109, III da Constituição Federal brasileira

Ao provocar a justiça federal para apreciar a demanda, o autor buscou amparo na norma do artigo 109, III da Constituição que indica essa competência jurisdicional para processar e julgar “causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional”.

O acórdão foi bastante sucinto, mas técnico, ao indicar a prevalência da interpretação restritiva no sentido de que nesta norma *somente se enquadram os litígios nos quais houver discussão específica do (des) cumprimento de preceito constante do tratado internacional*.⁹ No caso, não há controvérsia em relação a suposto descumprimento do Protocolo de São Luiz, mas a incidência desse tratado para a fixação da concorrência entre competências jurisdicionais e a indicação do direito aplicável ao caso.

5. Determinação do direito aplicável

Para a determinação do direito aplicável, o ordenamento jurídico brasileiro toma por base fundamentalmente o artigo 9º da LINDB que estabelece que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. O relator ressalta, nesse sentido, que a doutrina jusprivatista atual ultrapassa a interpretação restritiva tradicional que limitava a aplicação desse dispositivo às obrigações decorrentes de relações contratuais – afastando a *lex loci delicti*.

O acórdão em alguns momentos deixa subentendida a relação de identificação entre a regra de conexão *lex loci delicti* com as obrigações extracontratuais em geral. Essa identificação pode ser, contudo, questionada em razão de se referir, na verdade, essencialmente às obrigações decorrentes de delitos.

Para o caso, o referido artigo 9º foi aplicado para atrair, em conjunto com o artigo 3º do Protocolo de São Luiz, o direito material da República Oriental do Uruguai para a solução da controvérsia. O relator fez no acórdão, ainda, referência expressa ao artigo 6º do Protocolo para

⁹ Transcrito *ipsis litteris* do acórdão à página 22.

ressaltar que o direito uruguaio se aplica, especialmente: “(a) as condições e a extensão da responsabilidade; (b) as causas de isenção, assim como toda delimitação de responsabilidade; (c) a existência e a natureza dos danos suscetíveis de reparação; (d) as modalidades e a extensão da reparação civil; (e) a responsabilização do proprietário do veículo, por atos ou fatos de seus dependentes, subordinados ou qualquer outro usuário a título legítimo; e (f) a prescrição e a caducidade da pretensão a ser exercida em Juízo.”¹⁰

A decisão ressalta, em meio a todos esses aspectos, a possibilidade de indicação *ex officio* observando que o autor da demanda não mencionou sua incidência no recurso de apelação e tampouco nas alegações finais. Para tanto, fez-se referência novamente à LINDB e ao seu artigo 9º como regra que vincula o magistrado sem exigir a provocação pelas partes como requisito e à obrigação expressa do artigo 2º da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado.

Nesse ponto, o relator ressalta, por fim e expressamente, que os dispositivos indicados se referem exclusivamente ao direito material aplicável à controvérsia e que as normas de direito internacional privado estariam afastadas dessa incidência, inclusive, para evitar a possibilidade de reenvio, vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

6. Meios de prova do direito estrangeiro e qualificação

Feitas as considerações a respeito das regras de conexão e de sua incidência no caso determinando o direito material aplicável, o relator também tece comentários acerca do conteúdo da normativa alienígena apontando que tanto o magistrado como as partes podem ser ativos a esse respeito durante o processo. O julgador fundamenta sua posição no artigo 14 da LINDB e nos artigos 130 e 337 do Código de Processo Civil brasileiro vigente à época denunciando não haver em nenhuma dessas regras a disciplina da forma como a apuração do direito estrangeiro deve ser feita.

Nesse sentido, o julgamento de litígio que envolva outra ordem normativa exigiria amparo de tratados e, especificamente, nos artigos 409, 410 e 411 do Código Bustamante, nos artigos 3º ao 7º da Convenção

¹⁰ Transcrito *ipsis litteris* do acórdão às páginas 24 e 25.

Interamericana sobre Prova e Informação Acerca do Direito Estrangeiro e nos artigos 28 a 30 do Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre Estados Partes do MERCOSUL.

7. Ordem pública

O princípio da ordem pública do direito internacional privado, um dos mais elásticos princípios do direito e fundamentalmente dependente do espaço e do tempo em que for aplicado, é analisado no acórdão sob o tópico dos “limites à aplicação do direito estrangeiro”. O relator faz alusão a dois dispositivos de conflito de leis – o artigo 17 da LINDB e o artigo 5º da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado – sustentando que é fundamental a aplicação da exceção para afastar direito estrangeiro que ofenda a moralidade máxima e a soberania nacionais.¹¹

Interessante observar que a proposta de aproximação da aplicação da ordem pública à forma como os direitos fundamentais são interpretados internamente para que se construa uma fórmula habilitada a garantir o mínimo de segurança para evitar excessos na atuação do juiz nacional parece ser acolhida pela câmara ao justificar no acórdão a plena aplicação da lei material uruguaia em matéria de responsabilidade civil por não existir norma constitucional análoga àquela do artigo 5º, XXXI da Constituição para a sucessão de bens.

Os direitos humanos – e definitivamente os direitos fundamentais interpretados localmente – podem, assim, servir de parâmetro bastante seguro para fundamentar a aplicação da ordem pública do direito internacional privado como barreira local ao direito material estrangeiro indicado por regra de conexão.

11 Como “moralidade máxima” endentem-se inseridos a própria ordem pública e os bons costumes referidos no artigo 17 da LINDB em ponte feita com WALZER, Michael. *Thick and thin, moral argument at home and abroad*, Notre Dame: undp, 1994 em VASCONCELOS, Raphael Carvalho. “Ordem Pública: Direito Internacional Privado, Constituição e Direitos Humanos”, em: WAGNER MENEZES. (Org.), *Estudos de Direito Internacional*, Curitiba: Juruá, 2010, v. XIX, pp. 288-298 e em VASCONCELOS, Raphael Carvalho. “Jurisprudência Nacional, Ordem Pública e Direitos Humanos”, em: MENEZES, Wagner. (Org.), *Estudos de Direito Internacional*, Curitiba: Juruá, 2011, v. XXI, pp. 52-64.

8. Prequestionamento de direito estrangeiro para fins de recursos a tribunais superiores

O relator faz, por fim, importante movimento de inclusão definitiva do direito material estrangeiro aplicado ao caso para fins de prequestionamento como requisito de recursos a tribunais superiores.

Citando o princípio da celeridade processual, os artigos 105, III da Constituição brasileira, o artigo 3º do Protocolo de Las Leñas, o artigo 412 do Código Bustamante, o artigo 4º da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais do Direito Internacional Privado e as súmulas 282 e 386 do Supremo Tribunal Federal, o acórdão dá por prequestionados para fins recursais os artigos 1319 e 1324 do Código Civil da República Oriental do Uruguai em conjunto com os artigos 5º, V e X da Constituição brasileira e com os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil brasileiro.

VI. Conclusões

A Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgou recurso de apelação interposto por nacional uruguaio domiciliado na cidade de Rivera, localizada na fronteira da República Oriental do Uruguai com a República Federativa do Brasil, que buscava reverter sentença que julgou improcedentes seus pedidos pela responsabilização civil de nacional brasileira domiciliada em Santana do Livramento, Rio Grande do Sul, por danos provocados por acidente de trânsito ocorrido em Rivera.

Não importaram, para a análise aqui empreendida, os detalhes do caso sem relação direta com a multiconexão e nem mesmo o resultado final do julgado - que confirmou a improcedência sentenciada em primeiro grau.

Sob a perspectiva do direito internacional privado, observou-se sua atração para a controvérsia em razão de várias circunstâncias de multiconexão: nacionalidade das partes; domicílio em Estados diversos; registro dos veículos em países distintos; e concorrência natural entre ordens jurídicas em cidades fronteiriças.

Essas circunstâncias implicaram na aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – Decreto-lei Nº 4.657 e do Protocolo de São Luiz em Matéria de Responsabilidade Civil Emergente

de Acidentes de Trânsito entre Estados Partes do MERCOSUL – Decreto Executivo N° 3.856 de 3 de julho de 2001.

A estabilização da controvérsia na esfera jusprivatista internacional levou à utilização de conjunto muito amplo de normativas de conflito de leis e de jurisdições: Código Bustamante – Decreto N° 18.871 de 13 de agosto de 1929; Convenção Interamericana sobre Prova e Informação Acerca do Direito Estrangeiro – Decreto Executivo N° 1.925 de 10 de junho de 1996; Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre Estados Partes do MERCOSUL – Decreto Executivo N° 6.891 de 2 de julho de 2009; Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias – Decreto Executivo N° 1.899 de 9 de maio de 1996; Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados Partes do MERCOSUL – Decreto Executivo N° 6.679 de 8 de dezembro de 2008; e Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado – Decreto Executivo 1.979 de 9 de agosto de 1996.

Sobre o direito material, foi aplicado ao caso a legislação uruguaia sobre responsabilidade civil - Código Civil da República Oriental do Uruguai – e foram feitas referências a regras processuais contidas no Código General del Proceso da República Oriental do Uruguai – Ley 15.982 e na *Ley General de Derecho Internacional Privado* da República Oriental do Uruguai. Também o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 – CPC – Lei N° 5.925 de 1 de outubro de 1973, a Constituição Federal de 1988 e a Lei N° 1060 de 1950 foram trazidos para a solução da controvérsia.

As reflexões levantadas pelo relator e a fundamentação jurídica escolhida para embasar suas conclusões parciais e sua decisão final iluminaram diversas questões de direito fundamentais para o direito internacional privado que claramente ultrapassam os limites da teoria da responsabilidade civil transnacional e do protocolo do MERCOSUL.

São consolidadas ao longo do acórdão posições a respeito de temas como competência concorrente internacional e *forum shopping*; *forum non conveniens*; litispêndência internacional; conflito de competência interno a respeito de demandas fundadas em tratado; fixação de direito aplicável; conexão, qualificação e validade de prova produzida no exterior; ordem pública; prequestionamento de direito estrangeiro para fins de recursos a tribunais superiores; e outras questões.

A resolução do mérito, improcedente para o autor da demanda e conforme já ressaltado anteriormente, não teve fundamento direto, contudo, em elementos de direito internacional privado, mas no julgamento dos elementos fáticos que motivaram a controvérsia.

PARTE IV

COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL

O ACORDO SOBRE TRANSFERÊNCIA DE PESSOAS CONDENADAS DO MERCOSUL E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Habeas
Corpus Nº 118.277 – PR, 26/09/2019

*Luciane Klein Vieira**

*Vitória Volcato Da Costa***

Sumário: I. Introdução ao tema; II. Marco normativo; III. Dos fatos do caso; IV. A decisão judicial; V. Análise do caso: 1. Os requisitos para a extradição, 2. Os requisitos para a transferência da pessoa condenada; VI. Conclusões.

I. Introdução ao tema

O presente capítulo tem como objetivo analisar como se deu a aplicação do Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), em decisão proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) do Brasil, em 26.09.2019, no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* Nº 118.277 – PR. Tal análise será feita à luz das regras e princípios de Direito Internacional Privado e Direito Penal e Processual Penal, em especial decorrentes

* Professora pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS; Doutora em Direito Internacional pela Universidad de Buenos Aires (UBA); Mestra em Direito Internacional Privado pela UBA; Mestra em Direito da Integração Econômica pela Universidad del Salvador e Université Paris 1 – Panthéon – Sorbonne.

** Mestra em Direito Público pela UNISINOS – Bolsista CAPES/PROEX; Bacharela em Direito pela PUCRS; Advogada; Integrante do Serviço de Assessoria em Direitos Humanos para Imigrantes e Refugiados (SADHIR).

do esquema de integração regional MERCOSUL, buscando verificar não somente o seu cumprimento nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário Brasileiro no caso em comento, mas também a importância da uniformização da interpretação e aplicação do Direito produzido pelo bloco nos Estados Partes.

O tema da transferência de pessoas condenadas está inserido no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria penal. No que tange à cooperação jurídica internacional de maneira geral, de acordo com André de Carvalho Ramos, esta “consiste no conjunto de regras internacionais e nacionais que rege atos de colaboração entre Estados, ou mesmo entre Estados e organizações internacionais, com o objetivo de facilitar e concretizar o acesso à justiça”.¹

Nesse sentido, é importante ressaltar que os processos de integração devem aprofundar cada vez mais os mecanismos de cooperação jurídica internacional, uma vez que estão inseridos em um mundo globalizado, e isso, especificamente tratando-se de Direito Penal, ainda que haja o princípio da territorialidade, elimina cada vez mais as fronteiras para o crime organizado, o qual tornou-se transfronteiriço em diversos casos.

O princípio da territorialidade, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt, “é a principal forma de delimitação do âmbito de vigência da lei penal. O fundamento desse princípio é a soberania política do Estado”.² Assim, ainda de acordo com Bitencourt, será aplicada a lei do país no qual o fato punível for praticado, ou seja, se considera o território nacional no qual o crime é praticado, desconsiderando-se para fins de aplicação da lei penal no espaço a nacionalidade do agente, da vítima ou do bem jurídico lesado.³

No entanto, se observa cada vez mais o crime organizado se tornar transfronteiriço, e em virtude da globalização (que faz com que a comunicação, as pessoas, o capital, etc., circulem para além das fronteiras nacionais), da união dos Estados em esquemas de integração,

1 RAMOS, André de Carvalho. “Cooperação Jurídica Internacional e o diálogo das fontes no Direito Interacional Privado Contemporâneo”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, TPR, Asunción, Paraguay, año 5, n. 10, pp. 56-72, oct. 2017. Disponível em: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/267>. Acesso em: 02 abr. 2020. p. 57.

2 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral* 1, 17 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

3 BITENCOURT, Op. cit.

assim como dos objetivos da comunidade internacional de proteção aos direitos humanos em todos os países e territórios, se faz necessário que o princípio da territorialidade no Direito Penal seja flexibilizado, a fim de passar a ser compatível com o cenário atual.

Assim, a cooperação jurídica internacional no âmbito penal servirá para fazer ser cumprida a lei penal, impedindo a impunidade de determinados atores somente por se encontrarem no território de país diverso do qual se praticou determinado crime. Mas ao mesmo tempo, servirá para contribuir na garantia e cumprimento de direitos individuais e coletivos, conferindo segurança jurídica a todo processo. Por fim, cabe mencionar que esta contribui para a harmonização de procedimentos e de legislações nacionais,⁴ o que é imprescindível em um esquema de integração.

Dito isto, a cooperação jurídica internacional em matéria penal traduz-se em um conjunto de atos judiciais, administrativos e diplomáticos, entre dois ou mais Estados, que servem, por exemplo, para facilitar a prisão e entrega de uma pessoa que praticou um crime, a comunicação de atos processuais e condenações, a produção de provas, a execução de medidas cautelares, etc.^{5,6}

De acordo com o art. 7 do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, ou Protocolo de San Luis, do MERCOSUL, em uma solicitação de assistência jurídica internacional, será aplicada a lei do Estado requerido no processamento da mesma, podendo haver determinações especiais pelo Estado requerente, as quais somente serão cumpridas se não contrariarem o direito interno daquele. Ainda, o art. 3 do Protocolo de San Luis determina que cada Estado Parte designará uma Autoridade Central, que será responsável por receber e transmitir os pedidos de assistência.⁷

4 VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth. “Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y Penal”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, TPR, Asunción, Paraguay, año 5, n. 10, pp. 98-116, oct. 2017. Disponível em: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/268>. Acesso em: 23 mar. 2020. pp. 100-101.

5 VILLALTA VIZCARRA, Op. cit., p. 101.

6 DELUCA, Santiago; DEL CARRIL, Enrique. “Cooperación Internacional en Materia Penal en el MERCOSUR: El Cibercrimen”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, TPR, Asunción, Paraguay, año 5, n. 10, pp. 13-28, oct. 2017. Disponível em: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/266>. Acesso em: 25 mar. 2020. p. 15.

7 MERCOSUL. *Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais*. San Luis, 25 jun. 1996. Disponível em: <https://www.mre.gov>. Acesso em: 31 mar. 2020.

O papel das Autoridades Centrais é enfatizado nas principais normativas do MERCOSUL sobre cooperação jurídica internacional na área penal, desde o Protocolo de San Luis, de 1996, que foi o tratado pioneiro no tema dentro do bloco. Isso porque o território formado pelos Estados Partes é vasto, e muitas vezes os juízes não têm conhecimento acerca de toda normativa do bloco ou dos procedimentos para a cooperação. Dessa forma, as Autoridades Centrais, porquanto especializadas no assunto, podem orientar os magistrados nesse sentido, bem como agilizar e harmonizar os procedimentos, conferindo maior êxito na cooperação.⁸

A Autoridade Central no Brasil para a cooperação na seara penal, inclusive na transferência de pessoas condenadas, é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça (DRCI/Senajus), vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP).⁹

Há três níveis de assistência jurídica internacional na área penal. No primeiro nível, há a cooperação de trâmite, como citações e notificações, e a cooperação para produção de provas, como apresentação de documentos, depoimentos testemunhais e perícia. No segundo nível, estão as medidas cautelares, como interceptação telefônica e quebra de sigilo bancário. Já no terceiro nível, estão os tipos de cooperação mais intensos, como prisões, apreensões, transferência de bens, etc. Somente para a assistência de segundo e terceiro nível, se exige a dupla incriminação do fato/conduita nos Estados envolvidos.^{10,11}

Especificamente no que toca o presente capítulo, necessitarão ser analisados dois institutos da cooperação jurídica internacional em matéria penal: a extradição e a transferência de pessoas condenadas. Tais

8 CERDEIRA, Juan José. “Buenas prácticas y nuevas tecnologías en la cooperación penal en el MERCOSUR”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, TPR, Asunción, Paraguay, año 5, n. 10, pp. 117-131, oct. 2017. Disponível em: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/263>. Acesso em: 01 abr. 2020. pp. 118-119.

9 BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*, Brasília DF: MJSP, 2020. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal>. Acesso em: 11 mar. 2020.

10 ÁLVAREZ COZZY, Carlos. “Asistencia Penal Internacional y Extradición en los delitos de crimen organizado transfronterizo: MERCOSUR y fuente nacional uruguaya”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, TPR, Asunción, Paraguay, año 5, n. 10, pp. 73-97, oct. 2017. Disponível em: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/257>. Acesso em: 31 mar. 2020. p. 75.

11 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Protocolo sobre Ajuda Jurídica Mútua em Assuntos Penais”, em: VENTURA, Deisy (org), *Direito Comunitário do MERCOSUL*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

modalidades de cooperação, podem ser consideradas como de terceiro nível, uma vez que exigem o reconhecimento da sentença estrangeira, a fim de que esta seja executada em outro Estado. Ademais, não se trata de uma cooperação meramente de trâmite, probatória ou cautelar.

A extradição é conceituada por André de Carvalho Ramos da seguinte maneira: “modalidade de cooperação jurídica internacional em matéria penal pela qual um Estado entrega outro indivíduo para ser processado penalmente ou para cumprir pena criminal em outro Estado”.¹² Os princípios gerais da extradição são: preferência das normas internacionais sobre as nacionais (o que já difere das demais formas de assistência penal internacional, nas quais a lei interna impera), obrigação de conceder a extradição quando preenchidos os requisitos, princípio da legalidade, princípio da jurisdição internacional (quem tem competência para solicitar a extradição ao Estado requerido é o próprio juiz do Estado requerente). Verifica-se que nos tratados internacionais relativos à extradição, sempre se busca que as garantias processuais e o devido processo legal sejam respeitados.¹³

Já em relação ao instituto da transferência de pessoas condenadas, este se refere à:

transferência de cidadãos condenados ao país de sua nacionalidade ou residência habitual, para que ali possam cumprir o resto de sua pena pendente de execução, ditada por outro Estado [...] tem como objetivo assegurar o respeito aos direitos humanos e, em especial, [...] lograr a reinserção social e a reabilitação depois do cumprimento da pena. (Tradução nossa)¹⁴

Ou seja, o tema da transferência de pessoas condenadas está

12 RAMOS, André de Carvalho. “Cooperação Jurídica Internacional e o diálogo das fontes no Direito Interacional Privado Contemporâneo”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, TPR, Asunción, Paraguay, año 5, n. 10, pp. 56-72, oct. 2017. Disponível em: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/267>. Acesso em: 02 abr. 2020.

13 ÁLVAREZ COZZY, Carlos. “Asistencia Penal Internacional y Extradición en los delitos de crimen organizado transfronterizo: MERCOSUR y fuente nacional uruguaya”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, TPR, Asunción, Paraguay, año 5, n. 10, p. 73-97, oct. 2017. Disponível em: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/257>. Acesso em: 31 mar. 2020. pp. 90 e 94.

14 No idioma original: “[...] transferencia de ciudadanos condenados al país de su nacionalidad o residencia habitual, para que allí puedan cumplir el resto de la pena pendiente de ejecución, dictada en otro Estado [...] tiene por objetivo asegurar el respeto a los derechos humanos, y en especial, [...] para lograr la reinserción social y la rehabilitación después del cumplimiento de la pena”. VIEIRA, Luciane Klein, “El Traslado de Condenados al País de Origen como una Nueva Forma de Cooperación Penal Internacional en el MERCOSUR”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 8, pp. 1351-1370, 2011.

intrinsecamente ligado com os direitos humanos, sendo em um período de maior fomento de tais direitos na região formada pelos Estados Partes do MERCOSUL que foram adotados os Acordos sobre Transferência de Pessoas Condenadas,¹⁵ a normativa objeto do presente capítulo. Registra-se que este instituto começou a ser observado entre os países em meados de 1951, e ganhou maior ênfase quando da entrada em vigor da Convenção Europeia sobre Transferência de Pessoas Condenadas, de 1983. Desde então, diversos tratados neste sentido passaram a ser firmados, a exemplo do que ocorre atualmente no âmbito interamericano, no MERCOSUL e em diversos tratados bilaterais entre os Estados.¹⁶

Uma importante característica marca a diferença entre a extradição e a transferência de pessoas condenadas. Conforme dito antes, o princípio da territorialidade guia o Direito Penal e Processual Penal, porém, a globalização tem impactado tal princípio, porquanto os efeitos de determinado crime, assim como a pessoa que o praticou, ultrapassam fronteiras, fazendo-se necessária a cooperação jurídica internacional em matéria penal. Durante muito tempo, conforme os ensinamentos de Didier Operti Badán, a única forma de cooperação admitida era a extradição, uma vez que esta se trata de uma reafirmação do territorialismo, ou seja, ela serve a este. Já o instituto da transferência de pessoas condenadas, representa justamente uma fissura ao princípio da territorialidade, uma vez que considera como critério para determinar o local da execução da sentença penal, o indivíduo que teve uma pena decretada, e não o Estado que a sentenciou.¹⁷

II. Marco normativo

Na cooperação jurídica internacional, os Estados seguem as regras de Direito Internacional Privado presentes em seu próprio ordenamento jurídico interno, bem como aquelas decorrentes de tratados internacionais, ficando vedada a prática de atos que sejam incompatíveis com as normas

15 DELUCA, Santiago; Del CARRIL, Enrique. “Cooperación Internacional en Materia Penal en el MERCOSUR: El Cibercrimen”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, TPR, Asunción, Paraguay, año 5, n. 10, pp. 13-28, oct. 2017. Disponível em: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/266>. Acesso em: 25 mar. 2020. p. 20.

16 VIEIRA, Luciane Klein. “El Traslado de Condenados al País de Origen como una Nueva Forma de Cooperación Penal Internacional en el MERCOSUR”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 8, pp. 1351-1370, 2011.

17 OPERTI BADÁN, Didier. “La Asistencia Judicial Internacional. Un enfoque general. Últimos Desarrollos en el Ámbito Penal”, em: LANDONI SOSA, Angel (dir.), *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del MERCOSUR*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997. pp. 139-140.

fundamentais do país.¹⁸

No que diz respeito à legislação nacional dos Estados Partes envolvidos no presente caso concreto, o Brasil não possui em seu direito interno nenhuma lei geral sobre cooperação jurídica penal internacional, tampouco sobre o instituto da transferência de pessoas condenadas. Assim, as regras referentes à cooperação jurídica penal internacional, encontram-se dispersas pelo ordenamento jurídico brasileiro,¹⁹ como em alguns dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e do Regimento Interno do STJ, os quais não falam sobre transferência de pessoas condenadas. No entanto, em 2017 foi aprovada a nova Lei de Migração no Brasil – Lei Nº 13.445/2017, que passou a tratar a migração sob uma perspectiva de direitos humanos, a qual contém disposições sobre transferência de pessoas condenadas, no capítulo VIII, seção III. Assim, de acordo com o previsto no art. 103 da Lei de Migração, o instituto da transferência de pessoas condenadas somente é aplicado no Brasil quando há tratado regulando o tema com determinados países, ou quando houver promessa de reciprocidade.²⁰

Situação semelhante se observa no Paraguai, que também não possui uma lei geral sobre o tema, regulamentando a cooperação jurídica penal internacional em seu direito interno através de dispositivos de seu Código de Processo Penal. Do mesmo modo, não há referência à transferência de pessoas condenadas no ordenamento jurídico paraguaio, razão pela qual o instituto só é aplicado quando há tratado celebrado.^{21,22}

Em relação ao direito produzido no MERCOSUL, o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, ou Protocolo de San Luis, foi a primeira normativa do bloco a falar sobre cooperação jurídica internacional em matéria penal. No que diz respeito à extradição, o marco regulatório no MERCOSUL se iniciou com os Acordos sobre Extradição entre os Estados Partes do MERCOSUL e entre os Estados Partes do MERCOSUL, Bolívia e Chile, ambos de 1998. Registra-se que

18 RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*, 20 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, pp. 326-327.

19 VIEIRA, Luciane Klein. “El Traslado de Condenados al País de Origen como una Nueva Forma de Cooperación Penal Internacional en el MERCOSUR”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 8, pp. 1351-1370, 2011.

20 BRASIL. *Lei Nº 13.445, de 24 de maio de 2017*, Brasília DF, 24 maio 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 22 maio 2020.

21 VIEIRA, Op. cit., pp. 1351-1370.

22 PARAGUAY. Congreso de La Nación, *Leyes Paraguayas*, Asunción, 2020. Disponível em: <https://www.bacn.gov.py/buscar/buscar?s=traslado+de+personas+condenadas>. Acesso em: 22 maio 2020.

não há tratado bilateral entre Brasil e Paraguai em relação ao instituto da extradição.

No que tange à transferência de pessoas condenadas, foi a partir da década de 90 que os Estados Partes do MERCOSUL começaram a firmar acordos bilaterais sobre o tema. Assim, foi firmado o Tratado sobre Transferência de Pessoas Condenadas e de Menores sob Tratamento Especial entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Paraguai, em 2002.²³ Já em 2004 o MERCOSUL criou sua primeira normativa a respeito, o Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas, e, em 2005, foi firmado o Protocolo sobre Transferência de Pessoas Sujeitas a Regimes Especiais Complementar ao Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas.

Conforme dito antes, a transferência de pessoas condenadas é um tema que tem relação direta com a proteção dos direitos humanos, justamente um dos motivos para que os Estados Partes assinassem tais acordos à época, pois foi um momento no qual o bloco estava adotando diversas normativas e promovendo ações em prol dos direitos humanos, com líderes políticos que estavam alinhados na construção de uma agenda social no MERCOSUL. Em razão de tal cenário, não se pode deixar de mencionar como marco normativo o direito produzido pelo MERCOSUL a respeito dos direitos humanos, merecendo destaque o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos no MERCOSUL, de 2005.

Diante do marco normativo apresentado, é importante registrar que há um problema em relação à cooperação jurídica internacional, que é o da sobreposição de legislações internacionais. Ou seja, em muitos casos há mais de um tratado internacional dispondo sobre o mesmo tema entre os mesmos Estados, tanto multilaterais quanto bilaterais como é o caso do Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas do MERCOSUL e do Tratado sobre Transferência de Pessoas Condenadas e de Menores sob Tratamento Especial entre Brasil e Paraguai.

A fim de resolver tal questão, alguns tratados preveem a preferência pela aplicação do anterior, outros do posterior, quando há colisão. O tratado bilateral entre Brasil e Paraguai no tema sob análise, não dispõe

23 BRASIL. *Tratado sobre Transferência de Pessoas Condenadas e de Menores sob Tratamento Especial entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Paraguai*, Brasília D.F., 28 out. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4443.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

sobre o critério de aplicação em caso de conflito.²⁴ Porém, o Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas do MERCOSUL, estabelece no art. 16, que este prevalecerá sobre os demais tratados no assunto, mas sem prejuízo de aplicar-se previsões mais favoráveis.²⁵ As sugestões que vêm sendo dadas por alguns Estados para solucionar o problema são realizar uma sistematização dos tratados já existentes sobre o assunto e emitir orientações técnicas a respeito da aplicação destes. Adicionalmente, sugere-se a inserção da informação a respeito da vigência dos tratados anteriores quando da aprovação de um novo, fazendo com que o mais recente tenha preponderância sobre o mais antigo.²⁶

III. Dos fatos do caso

O caso concreto a ser analisado no presente capítulo se originou de um desmembramento da ação penal N° 2008.70.00.026656-0, que tramita na 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. Esta é decorrente da chamada “Operação Fênix”, em que entre os acusados se encontra Nestor Concepción Baez Alvarenga, o qual estaria participando de atividades de um grupo criminoso operante e procedente do Brasil, ligado ao tráfico de drogas. A ação penal individual contra este acusado, que ensejou o acórdão que se analisa no presente capítulo, tramitou no Brasil sob o N° 5021681-79.2016.404.7000, também na 13ª Vara Federal de Curitiba/PR.²⁷

O réu Nestor Concepción Baez Alvarenga, nacional e residente do Paraguai, teve sua prisão preventiva decretada ainda nos autos da ação principal da Operação Fênix, momento no qual também foi encaminhado pedido de extradição instrutória à Autoridade Central brasileira, a fim de que o Brasil solicitasse a extradição ao Paraguai. O réu permaneceu

24 Brasil. *Tratado sobre Transferência de Pessoas Condenadas e de Menores sob Tratamento Especial entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Paraguai*, Brasília D.F., 28 out. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4443.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

25 MERCOSUL. *Acordo sobre transferência de pessoas condenadas entre os Estados Partes do MERCOSUL*, Belo Horizonte, 16 dez. 2004. Disponível em: <https://www.mre.gov.py>. Acesso em: 25 mar. 2020.

26 CERDEIRA, Juan José. “Buenas prácticas y nuevas tecnologías en la cooperación penal en el MERCOSUR”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, TPR, Asunción, Paraguay, año 5, n. 10, pp. 117-131, oct. 2017. Disponível em: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/263>. Acesso em: 01 abr. 2020. pp. 124-125 e 128.

27 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso em Habeas Corpus N° 118.277 – PR*, Brasília D.F.: STJ, 26 set. 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=101422448&tipo_documento=documento&num_registro=201902866760&data=20190927&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 10 mar. 2020. pp. 1-2.

foragido durante a instrução criminal, não se efetivando a prisão nem a extradição.²⁸

O juízo de primeira instância condenou o réu pelos crimes de tráfico internacional de drogas (art. 12 c/c art. 18, inciso I, da Lei Nº 6.368/76), de associação para o tráfico de drogas (artigo 35 da Lei 11.343/2006), e de tráfico internacional de arma de fogo (art. 18 da Lei Nº 10.826/03), com o cumprimento de pena em regime inicial fechado. Ainda, na sentença foi mantida a decretação de sua prisão cautelar. Por sua vez, o réu apresentou Recurso de Apelação ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), cujo acórdão confirmou a sentença, mantendo a condenação, estipulando uma pena de 25 anos e 10 dias de reclusão, bem como determinando a execução provisória da pena.²⁹

Assim, o réu foi preso no Paraguai em 09.11.2018, e neste país restou aguardando o processo de extradição, solicitado pelo juízo de primeiro grau ao Poder Executivo brasileiro. Diante disso, a defesa impetrou *Habeas Corpus* no TRF4, processo Nº 5035296-82.2019.4.04.0000, no qual o acusado requer seja afastado o pedido de extradição do juízo de primeiro grau, a fim de que o cumprimento de sua prisão preventiva ou execução provisória da pena ocorra no Paraguai, até o trânsito em julgado da sentença, bem como posteriormente seja cumprida sua pena definitiva naquele país, em caso de não haver absolvição, evitando-se sua extradição para o Brasil.^{30,31}

No entanto, a ordem foi denegada, o que ensejou a interposição de Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* para o STJ, com pedido liminar, processo Nº 118.277/PR. O Ministro Relator Antônio Saldanha Palheiro,

28 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso em Habeas Corpus Nº 118.277 – PR*, Brasília D.F.: STJ, 26 set. 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=101422448&tipo_documento=documento&num_registro=201902866760&data=20190927&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 10 mar. 2020. pp. 1-3.

29 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO (TRF4). *Apelação Criminal Nº 5021681-79.2016.4.04.7000/PR*, Porto Alegre: TRF4, 21 maio 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000788815&versao_gproc=4&crc_gproc=9436007d&termosPesquisados=1G5lc3RvciBjb25jZXBjaW9uIGJhZXQyYXJlbmdhIA==. Acesso em: 10 mar. 2020.

30 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso em Habeas Corpus Nº 118.277 – PR*, Op. cit., p. 1.

31 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO (TRF4). *Apelação Criminal Nº 5021681-79.2016.4.04.7000/PR*, Porto Alegre. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO (TRF4). *Habeas Corpus Nº 5035296-82.2019.4.04.0000/PR*, Porto Alegre: TRF4, 27 ago. 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40001307319&versao_gproc=3&crc_gproc=03f03ad7&termosPesquisados=1G5lc3RvciBjb25jZXBjaW9uIGJhZXQyYXJlbmdhIA==. Acesso em: 10 mar. 2020.

do STJ, indeferiu a liminar, decisão judicial que constitui o objeto de análise do presente capítulo.³²

IV. A decisão judicial

Ao decidir acerca do *Habeas Corpus* N° 5035296-82.2019.4.04.0000, no qual o réu postula o afastamento da extradição e o cumprimento de sua pena preventiva ou execução provisória no Paraguai, ou seja, que seja aplicada a hipótese de transferência de pessoa condenada, o TRF4 entendeu pela não concessão da ordem, apresentando um conjunto de argumentos que, em síntese, se apresenta a seguir.^{33,34}

Primeiramente, o Tribunal aduz que pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 104, inciso II, da Lei de Migração), pelo Tratado sobre Transferência de Pessoas Condenadas e de Menores sob Tratamento Especial entre Brasil e Paraguai (art. 3, *d*, Decreto N° 4.443/2002), bem como pelo Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do MERCOSUL (art. 1º, item 3, Decreto N° 8.315/2014), somente será possível a transferência da pessoa condenada após o trânsito em julgado da sentença, o que no momento ainda não teria ocorrido. Assim, afirmam que não é possível cumprimento de pena provisória em país estrangeiro.^{35,36}

Ainda, afirmam que não há óbice para que se efetive a extradição do réu ao Brasil, a fim de que cumpra sua pena provisória em território brasileiro, estando preenchidos os requisitos legais. Ademais, o Tribunal argumenta que, nos termos do art. 88 da Lei de Migração, a autoridade judiciária brasileira deverá encaminhar o pedido de extradição ao Poder Executivo, conforme feito no presente caso, sendo este último o responsável por analisar e decidir pela procedência da extradição. Assim,

32 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso em Habeas Corpus N° 118.277 – PR*, Brasília D.F.: STJ, 26 set. 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=101422448&tipo_documento=documento&numero_registro=201902866760&data=20190927&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 10 mar. 2020, pp. 1 e 5.

33 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso em Habeas Corpus N° 118.277 – PR*, Op. cit., p. 2.

34 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO (TRF4). *Habeas Corpus N° 5035296-82.2019.4.04.0000/PR*, Porto Alegre: TRF4, 27 ago. 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40001307319&verso_gproc=3&crc_gproc=03f03ad7&termosPesquisados=IG5lc3RvcjBjb25jZXBjaW9uIGJhZG9yYXZlYXJlbnRlIA==. Acesso em: 10 mar. 2020.

35 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso em Habeas Corpus N° 118.277 – PR*, Op. cit., p. 2.

36 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO (TRF4), *Habeas Corpus N° 5035296-82.2019.4.04.0000/PR*, Op. cit.

não se trata de questão passível de ser questionada ao Poder Judiciário, pois de competência do Poder Executivo, o qual decidirá com base em diretrizes de relações exteriores e tratados e acordos internacionais, tratando-se de questão referente à soberania do Estado brasileiro.^{37,38}

Por fim, em relação ao cumprimento da pena definitiva, o TRF4 manifestou que também seria questão de soberania nacional, sendo necessário o consentimento do Brasil e do Paraguai, pois relativa à matéria de transferência de pessoas condenadas.^{39,40}

Diante de tal decisão do TRF4, o réu ingressou com Recurso Ordinário no STJ, processo N° 118.277/PR, postulando liminarmente a suspensão do trâmite da extradição até o trânsito em julgado do processo, a fim de cumprir a execução provisória da pena no Paraguai, onde já se encontra preso. Ao final, requer seja afastada a extradição do mesmo para o Brasil, permitindo-lhe cumprir a pena definitiva no Paraguai.⁴¹

Em relação aos argumentos apresentados pelo réu, primeiramente está a ausência de razão para este cumprir prisão preventiva no Brasil, devendo ser afastado o pedido de extradição instrutória, uma vez que este perdeu suas premissas cautelares, originadas durante a instrução criminal, a fim de viabilizar a investigação. Assim, tendo em vista que já há sentença e acórdão condenatórios, não haveria mais necessidade de garantir a execução dos atos instrutórios, uma vez que a prova já foi toda colhida e analisada, tratando-se a manutenção da prisão de verdadeira execução provisória da pena, havendo operado o trânsito em julgado formal.⁴²

Outro argumento apresentado pelo réu foi o de que a exigência de trânsito em julgado para transferência de pessoas condenadas prevista no Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados

37 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso em Habeas Corpus N° 118.277 – PR*, Brasília DF: STJ, 26 set. 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=101422448&tipo_documento=documento&num_registro=201902866760&data=20190927&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 10 mar. 2020. pp. 2-3.

38 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO (TRF4). *Habeas Corpus N° 5035296-82.2019.4.04.0000/PR*, Porto Alegre: TRF4, 27 ago. 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40001307319&versao_gproc=3&crc_gproc=03f03ad7&termosPesquisados=1G5lc3RvcjBjb25jZXBjaW9uLGlhZXRxOGYxY2YXJlbnRlIA==. Acesso em: 10 mar. 2020.

39 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso em Habeas Corpus N° 118.277 – PR*, Op. cit., p. 3.

40 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO (TRF4). *Habeas Corpus N° 5035296-82.2019.4.04.0000/PR*, Op. cit.

41 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso em Habeas Corpus N° 118.277 – PR*, Op. cit., pp. 3-5.

42 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso em Habeas Corpus N° 118.277 – PR*, Op. cit., pp. 3-4.

Partes do MERCOSUL, sofreu desequilíbrio no momento em que o Brasil passou a admitir execução provisória da pena. Ainda, afirma que a execução provisória da pena não é instituto permitido no Paraguai.⁴³

Por fim, tendo em vista que o réu é nacional do Paraguai e neste país residiu sua vida toda, este também fundamenta seu pedido no sentido de que deve cumprir pena em território paraguaio, a fim de manter o convívio com sua família e amigos, bem como de estar inserido em sua realidade social e cultural.⁴⁴

Em relação à decisão do Ministro Relator Antônio Saldanha Palheiro, do STJ, este não vislumbrou em sede de cognição sumária a existência de ilegalidade na decisão do TRF4, afirmando que o caso ensejaria análise mais aprofundada dos elementos dos autos, bem como entendendo que o pedido liminar se confundia com o mérito, devendo ser aguardado o julgamento definitivo do feito.⁴⁵ Ou seja, não concedeu o pedido liminar para suspender o trâmite do processo de extradição.

O réu ainda apresentou pedido de reconsideração da referida decisão que negou o pedido liminar. Em tal petição, reforçou as alegações anteriores, acrescentando que a concessão da liminar não iria acarretar prejuízo à aplicação da lei penal, tampouco adiantar matéria de mérito, uma vez que somente suspenderia o trâmite da extradição até o julgamento final do Recurso Ordinário, permanecendo o réu preso no Paraguai. O pedido de reconsideração foi indeferido pelo Ministro Relator, sob os mesmos fundamentos da decisão monocrática que não acolheu o pedido liminar.⁴⁶

V. Análise do caso

A partir da apresentação do caso sob análise e dos fundamentos utilizados pelo Poder Judiciário brasileiro, bem como da introdução ao tema da cooperação jurídica internacional em matéria penal e do marco normativo sobre o tema, cabe agora analisar a decisão judicial em comento à luz das regras e princípios constantes nas normas do MERCOSUL e no

43 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso em Habeas Corpus* N° 118.277 – PR, Op. cit., p. 4.

44 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso em Habeas Corpus* N° 118.277 – PR, Op. cit., p. 3.

45 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso em Habeas Corpus* N° 118.277 – PR, Op. cit., p. 5.

46 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso em Habeas Corpus* N° 118.277 – PR, Op. cit.

direito interno dos Estados envolvidos.

Verifica-se que no presente caso concreto, há um pedido de extradição em tramitação, a fim de que o réu nacional do Paraguai, Estado requerido, venha a cumprir pena no Brasil, Estado requerente. Tal pedido entra em choque com aquele referente à transferência da pessoa condenada, que é feito em um momento no qual a extradição ainda não teve sua tramitação decidida/encerrada. Isso porque a transferência da pessoa condenada representaria o procedimento oposto ao da extradição, permitindo que o réu cumpra a pena no Paraguai, que seria o Estado receptor, e não no Brasil, Estado sentenciador.

Desta forma, primeiramente será analisado se os requisitos para que ocorra a extradição no presente caso concreto, estão preenchidos, tendo como base legal o Acordo sobre Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL, assim como as disposições referentes ao tema no ordenamento jurídico interno do Brasil e do Paraguai.

Após, será feita a análise acerca do preenchimento dos requisitos para a transferência da pessoa condenada, tendo como base o Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do MERCOSUL e o Tratado sobre Transferência de Pessoas Condenadas e de Menores sob Tratamento Especial entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Paraguai. Assim, traçando um paralelo entre a possibilidade de aplicação da extradição ou da transferência da pessoa condenada, será possível concluir se a decisão do STJ e as demais envolvidas no caso, como as do TRF4 e do juiz de primeiro grau, foram assertivas ou não em cumprir a normativa do MERCOSUL sobre o tema.

1. Os requisitos para a extradição

Conforme visto quando da introdução ao tema no presente capítulo, uma vez estando preenchidos os requisitos para a extradição, esta obrigatoriamente deve ser aplicada, pelo princípio da legalidade. Assim, o Acordo sobre Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL prevê em seu art. 2 os seguintes requisitos: (i.) que o ato seja tipificado como crime em ambos os Estados, assim como a pena privativa de liberdade prevista não seja inferior a dois anos (caso a condenação seja sobre mais de um crime, basta que somente um deles preencha os requisitos); (ii.) que

a pena restante a ser cumprida não seja inferior a seis meses; (iii.) que a pena não esteja prescrita pela legislação de ambos os Estados; (iv.) que a pessoa a ser extraditada seja maior de 18 anos; (v.) que não haja outra ação penal sobre o mesmo fato contra a mesma pessoa no Estado requerido.

Em relação ao item “i”, se verifica que o crime de tráfico internacional de drogas e seus crimes conexos, pelos quais o réu no presente caso concreto foi condenado, possuem dupla incriminação, estando o crime de tráfico internacional de drogas previsto no art. 33 da Lei Nº 11.343/2006 no Brasil, e no art. 37 da Lei Nº 1.340/1988 no Paraguai, sendo que nos dois Estados a pena prevista é maior que dois anos.^{47,48}

No que tange ao item “ii”, verificou-se que o acórdão do TRF4 condenou o réu a 25 anos e 10 dias de reclusão em regime inicial fechado. Tendo em vista que o réu foi preso cautelarmente em 09.11.2018, ainda resta um tempo de pena muito superior a 6 meses. Já em relação ao item “iii”, não será feita a análise neste capítulo, uma vez que se trata de investigação mais profunda, demandando conhecimento das regras de prescrição existentes no direito interno do Paraguai, e a questão não apresenta controvérsia no caso concreto em comento, uma vez que não foi uma arguição levantada pela defesa do réu em nenhum momento.

Referente ao item “iv”, conforme consulta aos dados do réu no Sistema Eproc (processo eletrônico) da Justiça Federal do Paraná, verificou-se que este é maior de 18 anos, com data de nascimento em 18.05.1961. Por fim, quanto ao item “v”, também não foi levantada a existência de litispendência pela defesa do réu, razão pela qual presume-se suprido o requisito para os fins da análise do presente capítulo.

Diante do relato até o momento realizado, é possível concluir que estão preenchidos os requisitos legais para a extradição no presente caso concreto. No entanto, outras questões foram objeto da fundamentação apresentada pelo TRF4 na decisão que denegou o *Habeas Corpus* do réu, assim como foram levantadas algumas arguições pela defesa no Recurso Ordinário ao STJ, que também são interessantes de serem destacadas.

47 BRASIL. *Lei Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*, Brasília D.F., 23 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 26 maio 2020.

48 PARAGUAY. *Ley Nº 1.340/88*, Asunción, 22 nov. 1988. Disponível em: https://www.imolin.org/doc/amlid/Paraguay/Paraguay_Ley_1340_enmendada_por_Ley_1881_Drogas1.pdf. Acesso em: 26 maio 2020.

O TRF4 trouxe como fundamento para não afastar o pedido de extradição, além do preenchimento dos requisitos legais, a incompetência do Poder Judiciário para decidir tal questão, pois trata-se de atribuição do Poder Executivo, com base no art. 88 da Lei de Migração. O Acordo sobre Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL não prevê a autoridade competente para decidir sobre a extradição no âmbito interno dos Estados, limitando-se a dizer em seu art. 18 que o pedido ao Estado requerido deverá ser feito por via diplomática.⁴⁹ Assim, a questão fica a cargo do direito interno de cada Estado Parte, razão pela qual cabe citar o que diz o art. 88 da Lei de Migração:

Art. 88. Todo pedido que possa originar processo de extradição em face de Estado estrangeiro deverá ser encaminhado ao órgão competente do Poder Executivo diretamente pelo órgão do Poder Judiciário responsável pela decisão ou pelo processo penal que a fundamenta.

§ 1º *Compete a órgão do Poder Executivo o papel de orientação, de informação e de avaliação dos elementos formais de admissibilidade dos processos preparatórios para encaminhamento ao Estado requerido.*

§ 2º *Compete aos órgãos do sistema de Justiça vinculados ao processo penal gerador de pedido de extradição a apresentação de todos os documentos, manifestações e demais elementos necessários para o processamento do pedido, inclusive suas traduções oficiais. (Grifo nosso)*⁵⁰

Portanto, verifica-se que a competência de apresentar o pedido de extradição e sua fundamentação é do Poder Judiciário, mas quem decide sua admissibilidade é o Poder Executivo, razão pela qual, por ora, não se vislumbra dissonância da decisão do TRF4 com as previsões legais.

Em seu Recurso Ordinário ao STJ, o réu trouxe as seguintes alegações: (i.) o pedido de extradição era para garantir os atos de instrução processual, que já findaram, não havendo mais a necessidade da medida; (ii.) a execução provisória da pena não é instituto permitido no Paraguai,

49 MERCOSUL. *Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL*, Rio de Janeiro, 10 dez. 1998. Disponível em: <https://www.mre.gov.py>. Acesso em: 25 mar. 2020.

50 BRASIL. *Lei N° 13.445, de 24 de maio de 2017*, Brasília D.F., 24 maio 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 22 maio 2020.

razão pela qual não poderia ser extraditado ao Brasil para tanto.

No que tange ao item “i”, foi determinada a prisão preventiva do réu quando o processo se encontrava em fase de instrução, por meio de comunicação à Organização Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL), e encaminhado pedido de extradição instrutória ao Paraguai. No entanto, a prisão somente veio a ser efetivada em 09.11.2018, no Paraguai, quase 10 anos depois e quando a instrução processual já havia encerrado.

Nesse sentido, o pedido de extradição instrutória perdeu seu objeto, uma vez que estava fundado na necessidade de proceder aos atos instrutórios processuais que já findaram, havendo sentença e acórdão penal condenatórios. Ademais, a aceitação do pedido de prisão e consequente extradição, deverá obedecer a legislação do Estado requerido, conforme art. 18 do Acordo sobre Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL.⁵¹ Nesse sentido, de acordo com as alegações da defesa no presente caso, o Paraguai, Estado requerido, não admite execução provisória da pena. Assim, estaria em desacordo com o princípio da legalidade a extradição no presente caso, mas tal questão, de fato, não é competência do Poder Judiciário brasileiro decidir neste momento, mas, sim, do Estado paraguaio.

Por fim, conforme visto, o Ministro Relator do Recurso Ordinário no STJ indeferiu a suspensão do pedido de extradição, por ser matéria de mérito e porque o caso exigia análise mais aprofundada, razão pela qual encerra-se a análise relativa à extradição, concluindo-se que o Poder Judiciário, neste ponto, decidiu de acordo com a normativa do MERCOSUL sobre o tema.

2. Os requisitos para a transferência da pessoa condenada

Uma vez identificada a potencial existência de ilegalidade na extradição do réu ao Brasil, porém, que tal questão não era de competência do Poder Judiciário brasileiro decidir, cabe agora analisar se a decisão judicial que não acolheu o pedido de transferência da pessoa condenada, qual seja, o réu cumprir a execução provisória da pena no Paraguai, assim como neste país cumprir sua pena definitiva, está de acordo com a regras

51 MERCOSUL. *Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL*, Rio de Janeiro, 10 dez. 1998. Disponível em: <https://www.mre.gov.py>. Acesso em: 25 mar. 2020.

e princípios inerentes ao tema, previstos na normativa do MERCOSUL.

O primeiro pedido do réu nesse sentido veio no *Habeas Corpus* impetrado no TRF4, e este tribunal denegou a ordem com base, em síntese, nos seguintes fundamentos: (i.) o pedido de cumprimento da pena definitiva no Paraguai é matéria de transferência de pessoas condenadas, razão qual o Poder Judiciário é incompetente para apreciá-lo, sendo competência do Poder Executivo; (ii.) em relação à execução provisória da pena, tanto o tratado bilateral no tema entre Brasil e Paraguai, quanto o Acordo do MERCOSUL, exigem que para ocorrer a transferência da pessoa condenada deve haver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Sobre o ponto “i”, deve se atentar para o procedimento legal previsto para que ocorra a transferência da pessoa condenada, com base no Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas no MERCOSUL, que está em seu art. 5. O trâmite pode iniciar com pedido tanto do Estado sentenciador, quanto do Estado receptor, a pedido da pessoa condenada ou de um terceiro em seu nome. Não há previsão no Acordo do MERCOSUL, tampouco no tratado bilateral entre Brasil e Paraguai, de que a solicitação da pessoa condenada deva ser feita diretamente perante a Autoridade Central, mas o Acordo do bloco dispõe que esta é a competente para transmitir o pedido ao outro Estado, conforme art. 5.2.^{52,53} Assim, deve se buscar o que diz o direito interno brasileiro sobre o assunto. O Decreto N° 9.199/2017, que regulamenta a Lei de Migração, prevê em seu art. 285, §3° que “Compete ao Ministério da Justiça e Segurança Pública o processamento e a autorização das transferências de pessoas condenadas”.⁵⁴ Conforme já dito, no Brasil a Autoridade Central para tanto é o DRCI/Senajus do MJSP. Portanto, o pedido do réu deveria ter sido apresentado ao Poder Executivo, autoridade competente para tanto, e não ao Poder Judiciário.

Ainda que se conclua pela incompetência do Poder Judiciário para apreciar o pedido de transferência da pessoa condenada, se faz importante analisar os demais fundamentos dos magistrados e arguições trazidas pela

52 MERCOSUL. Acordo sobre transferência de pessoas condenadas entre os Estados Partes do MERCOSUL, Belo Horizonte, 16 dez. 2004. Disponível em: <https://www.mre.gov.py>. Acesso em: 25 mar. 2020.

53 BRASIL. *Tratado sobre Transferência de Pessoas Condenadas e de Menores sob Tratamento Especial entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Paraguai*, Brasília D.F., 28 out. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4443.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

54 BRASIL. *Decreto N° 9.199, de 20 de novembro de 2017*, Brasília D.F., 20 nov. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

defesa do réu. Quanto ao fundamento “ii” do TRF4, de exigência do trânsito em julgado, necessário dissertar sobre os requisitos para que seja autorizada a transferência da pessoa condenada.

Assim, a fim de que seja concedida a transferência da pessoa condenada, devem ser preenchidos os seguintes requisitos: (i.) a pessoa condenada deve ser nacional ou residente permanente no Estado receptor; (ii.) a sentença condenatória deve ter transitado em julgado; (iii.) deve haver tempo razoável restante de cumprimento de pena, que no Acordo do MERCOSUL e no tratado bilateral entre Brasil e Paraguai é de 1 (um) ano; (iv.) concordância expressa, por escrito, da pessoa condenada; (v.) dupla incriminação do fato/conduita no Estado sentenciador e no Estado receptor; (vi.) a condenação e a pena imposta não podem infringir a ordem pública do Estado receptor; (vii.) deve haver a concordância de ambos os Estados envolvidos com a transferência.^{55,56} Registra-se que o tratado bilateral entre Brasil e Paraguai prevê um requisito a mais, qual seja, a ausência de ação por indenização civil à vítima ou vítimas do crime pendente/em tramitação, conforme art. 3, f, do Tratado.⁵⁷

Quanto aos requisitos dos itens “i”, “iii” e “v”, por todo o exposto no capítulo até o momento, verifica-se que estão cumpridos. Já em relação ao requisito do item “iv”, não foi possível confirmar seu cumprimento, pois não se tem acesso aos documentos juntados nos processos, encontrando-se em sigilo. No que tange aos requisitos dos itens “vi” e “vii”, somente se poderia verificar o preenchimento, quando do envio da solicitação de transferência pelo Brasil ao Paraguai. Por fim, a questão da ação por indenização civil à vítima do crime não foi levantada pela defesa, nem pelas decisões judiciais, assim como pela natureza dos crimes pelos quais o réu foi condenado no presente caso, não há vítimas diretas.

Assim, do que se pode averiguar no presente caso concreto, não foi cumprido o requisito do item “ii”, uma vez que no momento em que foi apreciado o *Habeas Corpus* no TRF4, não havia transitado em julgado a sentença penal condenatória. No entanto, em seu Recurso Ordinário

55 VIEIRA, Luciane Klein. “El Traslado de Condenados al País de Origen como una Nueva Forma de Cooperación Penal Internacional en el MERCOSUR”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 8, pp. 1351-1370, 2011.

56 MERCOSUL. *Acordo sobre transferência de pessoas condenadas entre os Estados Partes do MERCOSUL*, Belo Horizonte, 16 dez. 2004. Disponível em: <https://www.mre.gov.py>. Acesso em: 25 mar. 2020.

57 BRASIL. *Tratado sobre Transferência de Pessoas Condenadas e de Menores sob Tratamento Especial entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Paraguai*, Brasília D.F., 28 out. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4443.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

ao STJ, a defesa do réu apresentou as seguintes alegações: (i.) ocorreu o trânsito em julgado formal, uma vez que já há sentença e acórdão condenatórios e o Brasil passou a admitir a execução provisória da pena; (ii.) o réu é nacional e residente no Paraguai, devendo estar próximo de sua família e amigos, assim como inserido no seu âmbito social e cultural.

No que diz respeito ao item “i”, primeiramente não é admitida a hipótese de transferência da pessoa condenada em execução provisória de pena, em virtude de ambos os tratados exigirem o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ainda, a lei aplicável quanto à execução da pena é a do Estado receptor, ou seja, no presente caso é a do Paraguai, que não admite a possibilidade de execução provisória em seu direito interno, conforme trazido pela defesa do réu. Nesse sentido, além da concordância do condenado e do Estado sentenciador, é necessário um trâmite no Estado receptor, de análise e reconhecimento da sentença estrangeira, a fim de verificar a possibilidade de executá-la em seu território. Os Estados Partes do MERCOSUL, incluindo Brasil e Paraguai, exigem este trâmite.⁵⁸

Porém, a arguição trazida no item “ii” pela defesa, é de extrema importância, representando os objetivos pelos quais foi criado o instituto da transferência de pessoas condenadas. Assim, no presente caso concreto a pena definitiva pode ser cumprida no Paraguai, porquanto, uma vez operando-se o trânsito em julgado da sentença condenatória, todos os requisitos para o Brasil aceitar o pedido e apresentá-lo ao Paraguai estão preenchidos.

Assim, se não for permitido o cumprimento da execução provisória da pena no Paraguai, como levantado pela defesa, tanto a extradição quanto a transferência da pessoa condenada não poderão ocorrer enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença condenatória. Neste ponto, é importante ressaltar que efetivar a extradição em um momento no qual somente há um recurso pendente na última instância no presente caso concreto, poderá acarretar em procedimentos desnecessários e custosos de transferência do réu ao Brasil, para depois transferi-lo de volta ao Paraguai, indo contra os objetivos do instituto.

Isso porque o instituto da transferência da pessoa condenada se fundamenta no princípio da humanidade, pois seu objetivo é justamente

58 VIEIRA, Luciane Klein. “El Traslado de Condenados al País de Origen como una Nueva Forma de Cooperación Penal Internacional en el MERCOSUR”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 8, pp. 1351-1370, 2011.

se sobrepor aos requisitos da extradição, apresentando-se como uma exceção ao princípio da territorialidade, ao passo que a extradição é a afirmação deste, conforme antes visto. Assim, aqui se demonstra a importância de seu estudo e conhecimento pelos profissionais do direito, a fim de ser utilizado, por meio dos procedimentos corretos e de forma harmonizada, nos Estados Partes do MERCOSUL.

Nesse sentido, conforme já antes dito, a transferência da pessoa condenada está diretamente ligada ao tema dos direitos humanos, uma vez que se mostra de suma importância para atingir uma importante finalidade da pena, surgida após um movimento de humanização do Direito Penal, que é a reinserção social do condenado. Assim, a transferência de pessoas condenadas cumpre com o princípio da humanidade, o qual determina que a pena privativa de liberdade não pode ferir a dignidade humana do condenado, tampouco prejudicar o seu ser social, o que chama a atenção para que seja mantida a integridade psicológica e física do mesmo, uma vez que se objetiva sua reinserção social após o cumprimento da pena.⁵⁹ Nesse sentido, dispõe o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu art. 10:

1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana. [...]
3. O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros. [...].⁶⁰

Corroborando com isso, a Convenção Americana de Direitos Humanos também dispõe em seu art. 5º, 6, que “As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”, entre outras questões, como o direito a ter sua integridade física e psíquica preservada.⁶¹ Ainda, o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos

59 BITENCOURT, César R.; REGIS PRADO, Luiz. “Princípios Fundamentais do Direito Penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 5, São Paulo, RT, 1996.

60 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, Nova Iorque, 16 dez. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 18 maio 2020.

61 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, San José, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 18 maio 2020.

do MERCOSUL, além de reafirmar os princípios e normas contidas nos tratados internacionais de direitos humanos acima mencionados, também prevê, em seu art. 2 que “As Partes cooperarão mutuamente para a promoção e proteção efetiva dos direitos humanos e liberdades fundamentais através dos mecanismos institucionais estabelecidos no MERCOSUL”.⁶²

Assim, deve se levar em conta que cumprir a pena no país de nacionalidade ou residência, proporcionará, via de regra, maior apoio emocional e material ao condenado, pois estará próximo de familiares e amigos. Ademais, também fará com que a pessoa condenada esteja inserida em seu ambiente social e cultural. Outra questão que deve ser ressaltada, é o isolamento do indivíduo que cumpre pena em Estado que não o seu de nacionalidade ou residência. Ou seja, por ser estrangeiro, enfrentará barreiras de idioma e/ou culturais em relação aos demais durante o cumprimento de sua pena, podendo restar em situação de isolamento não somente em relação à sociedade, mas dentro do próprio ambiente prisional.⁶³

Por fim, quanto à questão de soberania nacional, é importante ressaltar que há anos vem se debatendo o problema acerca das cláusulas de preservação da soberania nacional ou da ordem pública, as quais são utilizadas pelos Estados para afastar uma solicitação de cooperação jurídica internacional. A fim de afastar alegações como essa, que prejudicam o êxito da cooperação, se deve levar em conta os direitos humanos e princípios fundamentais aceitos por todos os Estados do bloco,⁶⁴ representados pelo Protocolo de Assunção e demais normativas do MERCOSUL.

VI. Conclusões

No presente capítulo se buscou analisar, a partir de um caso concreto específico, a aplicação do Acordo de Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do MERCOSUL, no Poder Judiciário

62 MERCOSUL. *Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do MERCOSUL*, Assunção, 20 jun. 2005. Disponível em: <https://www.mre.gov.py>. Acesso em: 27 maio 2020.

63 VIEIRA, Luciane Klein. “El Traslado de Condenados al País de Origen como una Nueva Forma de Cooperación Penal Internacional en el MERCOSUR”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 8, pp. 1351-1370, 2011.

64 CERDEIRA, Juan José. “Buenas prácticas y nuevas tecnologías en la cooperación penal en el MERCOSUR”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, TPR, Asunción, Paraguay, año 5, n. 10, pp. 117-131, oct. 2017. Disponível em: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/263>. Acesso em: 01 abr. 2020. pp. 119-120 e 129.

brasileiro, a fim de investigar como os magistrados e os advogados no país se utilizam dos institutos de cooperação jurídica internacional e da normativa do bloco. Isso porque se faz cada vez mais importante o uso de mecanismos para a cooperação jurídica internacional na área penal, em virtude do contexto recente de globalização, que torna um caso criminal com atores e efeitos transfronteiriços. Do mesmo modo, é importante a uniformização da aplicação e interpretação do direito produzido pelo MERCOSUL, a fim de conferir maior segurança jurídica a normativas que se mostram de suma importância para os cidadãos do bloco.

Neste ponto, o instituto da transferência de pessoas condenadas trata-se de um importante instrumento para garantia e proteção de direitos humanos, pois se apresenta como uma exceção ao princípio da territorialidade, que historicamente rege o Direito Penal e Processual Penal. Assim, o fundamento da transferência de pessoas condenadas é o princípio da humanidade, visando a reinserção social do condenado, importante finalidade da pena. Nesse sentido, se destacou as previsões contidas no art. 2 do Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do MERCOSUL, art. 5º, 6, da Convenção Americana de Direitos Humanos, e art. 10.1 e 10.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Assim, o caso concreto analisado vem de decisão monocrática em sede de pedido liminar, no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* N° 118.277 – PR, interposto perante o STJ. No entanto, as decisões judiciais que antecederam a principal também foram objeto de análise, em especial a decisão do TRF4 no *Habeas Corpus* N° 5035296-82.2019.4.04.0000. Em virtude de o caso versar sobre um pedido de afastamento de extradição, ao mesmo tempo em que se solicita a transferência da pessoa condenada, foram analisados estes dois institutos, tendo como base o Acordo sobre Extradicação do MERCOSUL e o Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas do MERCOSUL, assim como a legislação interna do Brasil e do Paraguai, Estados Partes envolvidos na controvérsia.

Quanto à extradição, verificou-se que no presente caso concreto foram preenchidos os requisitos para a mesma, previstos no art. 2 do Acordo sobre Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL. No entanto, o pedido de extradição perdeu seu objeto, uma vez que seu fundamento era a garantia dos atos instrutórios, e no momento em que o réu ingressou com os pedidos de afastamento, já havia findado a instrução processual, existindo sentença e acórdão penal condenatórios.

Por sua vez, se o direito interno do Paraguai, Estado requerido, não admite execução provisória da pena, conforme levantado pela defesa do réu, não há possibilidade de ser concedida a extradição, pois esta não atenderia ao princípio da legalidade. No entanto, importante fundamento utilizado pelos magistrados para negar o pedido do réu, foi que não é competência do Poder Judiciário brasileiro decidir sobre a questão neste momento, mas, sim, do Poder Executivo. Conforme análise realizada da normativa do MERCOSUL sobre extradição e do direito interno dos Estados envolvidos, a competência seria das Autoridades Centrais do Brasil e do Paraguai.

Em relação à transferência da pessoa condenada, a questão da incompetência do Poder Judiciário também foi levantada e confirmada. Assim, o pedido do réu deveria ter sido encaminhado à Autoridade Central brasileira, que é vinculada ao Poder Executivo, conforme dispõem os dispositivos legais analisados, quais sejam, o art. 5.2 do Acordo sobre Extradição do MERCOSUL e o art. 285, §3º, do Decreto 9.199/2017. Ainda, quanto à análise se cabe ou não a transferência no presente caso concreto, verificou-se que somente um dos requisitos não foi preenchido, que é previsto tanto no tratado bilateral entre Brasil e Paraguai sobre transferência de pessoas condenadas, quanto no Acordo do MERCOSUL, que é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim, o argumento principal da defesa do réu foi sustentar que houve o trânsito em julgado formal, já que o Brasil admite a execução provisória da pena. No entanto, conforme levantado pela própria defesa, o Paraguai não admite execução provisória de pena, razão pela qual não somente este país poderá negar o pedido de extradição, como também poderá negar o pedido de transferência da pessoa condenada, ocasionando a soltura do réu enquanto não houver trânsito em julgado. Isso porque tanto a extradição quanto a transferência da pessoa condenada exigem um procedimento de reconhecimento da sentença estrangeira no Estado receptor, a fim de averiguar se há possibilidade de executar determinada decisão naquele país, de acordo com seu direito interno.

Portanto, se verificou no presente capítulo que foram corretas as aplicações das normas do MERCOSUL para os institutos da extradição e da transferência de pessoas condenadas pelos magistrados, e, em especial, que o pedido deveria ter sido encaminhado à Autoridade Central brasileira, vinculada ao Poder Executivo, e não ao Poder Judiciário (o que foi feito por duas ocasiões pela defesa do réu, perante dois tribunais).

Isso demonstra a importância de os profissionais do direito conhecerem as normativas e mecanismos do MERCOSUL e da cooperação jurídica internacional de maneira geral, razão pela qual a atuação no Direito Penal ou em outras áreas do direito, precisa contar cada vez mais com o estudo também do Direito Internacional Privado do bloco, em especial para o cumprimento de direitos humanos dos nacionais dos Estados Partes.

A APLICAÇÃO DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO DO MERCOSUL PELOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO BRASIL: O CASO DO HABEAS CORPUS Nº 97.535 – RS

Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Habeas Corpus Nº 97.535-RS, 01/08/2018

*Jamile Bergamaschine Mata Diz**

*Hélio Eduardo de Paiva Araújo***

Sumário: I. A cooperação internacional em matéria de extradição: 1. Acordos de extradição, 2. Tratado de Extradição entre os Estados Partes do MERCOSUL; II. O caso em análise e a descrição dos fatos relativos ao *habeas corpus* Nº 97.535 – RS: 1. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça; III. A compatibilidade do Acórdão do STJ e do STF com a normativa do MERCOSUL; IV. Conclusões.

I. A cooperação internacional em matéria de extradição

Os infratores frequentemente cometem crimes em territórios de mais de um Estado e tentam escapar e evitar as sanções legais por expedientes diversos, inclusive, utilizando-se da mobilidade internacional

* Catedrática Jean Monnet Direito UFMG. Coordenadora do Centro de Excelência Europeu da UFMG. Doutora em Direito Público/Direito Comunitário pela Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Mestre em Direito pela UAH, Madrid Master en Instituciones y Políticas de la UE - UCJC/Madrid. Professora da FDMC/MG e da ESDHC. Professora do PPGD da Universidade de Itaúna. Coordenadora da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”.

** Doutorando em European Studies na Faculdade de Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Internacional pelo Graduate Institute of International and Development Studies (IHEID), Genebra, Suíça. Conselheiro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Mestre em Administração de Empresas – MBA pelo Bernard M. Baruch College (CUNY), Nova Iorque, Estados Unidos.

e da circulação entre territórios estatais. Portanto, particularmente ao lidar com o direito penal e o limite (extra)territorial de aplicação das leis penais, uma das principais preocupações é impedir a impunidade e a “inércia” do aparato repressivo estatal, principalmente aqueles de natureza mais graves, mesmo que as ofensas sejam cometidas em diferentes jurisdições. Para atingir esse objetivo, é necessário reduzir ou eliminar as lacunas jurisdicionais que possibilitam aos fugitivos encontrarem refúgios seguros. Jurisdição considera-se como sendo uma vinculação a uma autoridade legal pré-definida para administrar a justiça sobre uma determinada área geográfica, certos indivíduos ou determinados temas e/ou matérias.

Para atingir esse objetivo de combate à impunidade, faz-se necessário que a comunidade internacional adote uma postura colaborativa entre seus membros. A cooperação internacional em questões judiciais penais se traduz em acordos entre Estados que surgem da necessidade de comunicação, seja para obter material probatório e informações, ou para solicitar e obter a entrega de indivíduos localizados fora de seus territórios a fim de sujeitá-los ao devido processo penal ou para o cumprimento de uma sentença.¹

A assistência jurídica mútua (*Mutual Legal Assistance – MLA*) em questões criminais é um processo pelo qual os Estados buscam e prestam assistência a outros Estados no atendimento de documentos judiciais e na coleta de evidências para uso em casos criminais.

A ferramenta tradicional de MLA tem sido as cartas rogatórias – uma solicitação formal da autoridade judicial de um Estado à uma autoridade judicial de outro Estado, na qual a autoridade solicitada é demandada a executar uma ou mais ações, conforme devidamente especificadas no corpo da própria carta, geralmente coletando provas e inquirindo testemunhas, em nome da autoridade solicitante. Esses pedidos são transmitidos convencionalmente por canais diplomáticos. Depois que o promotor realiza a solicitação, ela é autenticada pelo tribunal nacional competente do Estado solicitante para, posteriormente, ser entregue, pelo Ministério das Relações Exteriores desse Estado, à embaixada do Estado solicitado.² O órgão diplomático competente envia o pedido às autoridades judiciais do Estado solicitado e, somente após tal trâmite, a

1 DELUCA, S.; DEL CARRIL, E., “Cooperación internacional en materia penal en el MERCOSUR: el cibercrimen”, *Rev. ser. Trib. perm. revís.*, v. 5, n° 10, pp. 13–28, 2017.

2 EFRAT, Asif; NEWMAN, Abraham L. “Divulging data: Domestic determinants of international information sharing”, *The Review of International Organizations*, v. 13, n° 3, pp. 395-419, 2018.

solicitação considera-se concluída, invertendo-se a sequência ao devolver-se o expediente judicial constante da carta ao Estado solicitante, com o respectivo cumprimento da diligência, medida e/ou ato probatório processual.

Os tratados, em contrapartida, criaram uma base mais sólida e efetiva para fortalecer a cooperação internacional. O processo de cartas rogatórias é claramente mais demorado e imprevisível quando se compara com a existência e aplicação de Tratados de Assistência Jurídica Mútua (Tratados de MLA). Isso ocorre em grande parte porque a aplicação de cartas rogatórias é uma questão de “cortesia” entre os tribunais, baseada na ideia da reciprocidade entre entes soberanos e que dialogam em igualdade, não havendo, contudo, uma validade intrínseca que lhes caracterize como instrumentos vinculantes, quer no direito internacional, quer no direito doméstico. Por esses motivos, as autoridades responsáveis pela persecução penal consideram as cartas rogatórias uma opção menos efetiva, sendo utilizada em último recurso, para obter material probatório no exterior, a ser exercida somente quando os Tratados de MLA não estiverem vigentes.

Tratados bilaterais (entre dois países) podem ser negociados, conferindo, assim, maior grau de certeza em relação às obrigações e expectativas de ambas as partes contratantes. Mas negociar, redigir e concordar com as disposições a constarem de tratados bilaterais pode representar um “custo” político, além de consumir tempo e recursos. A crescente globalização, com o conseqüente incremento do fluxo de bens e serviços e de pessoas, é um fato incontestado, mas tal fato também traz consigo um efeito deletério, dentre os quais, a “globalização” ou “transnacionalização” da prática de atos criminosos. Tal fato exige que os Estados adotem métodos de cooperação internacional com Partes da mesma região (instrumentos regionais) e com entes e organizações de diferentes regiões do mundo (instrumentos multilaterais).

Além da facilitação gerada pela existência e aplicação dos tratados – em substituição às cartas rogatórias – e de outros instrumentos mais abrangentes (regionais ou multilaterais) também é crucial para a *persecutio criminis* a devida harmonização das estruturas legais, tanto no âmbito nacional como internacional. A previsão formal e material de procedimentos e legislação similares torna a cooperação mais eficiente e rápida. Os tratados multilaterais e regionais atendem a esse propósito.

O Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL (Acordo de Extradicação) se encaixa nesse contexto de MLA e cooperação regional, bem como de harmonização da legislação dos países do Cone Sul. Tanto assim o é que o preâmbulo do referido Acordo preceitua que os Estados estão convencidos da necessidade de simplificar e agilizar a cooperação internacional a fim de possibilitar a harmonização e a compatibilização das normas que regulam o exercício da função jurisdicional entre si; o que demonstra a importância da harmonização dos procedimentos legais.

A despeito de todos esses esforços, diferentes países (com suas respectivas tradições jurídicas) geralmente apresentam diferenças substanciais em relação à coleta de provas – o que não ocorre no caso dos países do MERCOSUL, haja vista todos adotarem a tradição civilista franco-germânica. Por exemplo, em muitos sistemas de direito civil, um magistrado supervisiona o processo, enquanto em sistemas de direito comum os investigadores geralmente têm poderes mais amplos. As provas coletadas sem respeitar os procedimentos e formalidades do país solicitante podem não ser admissíveis em seus tribunais, dificultando, portanto, o processo de cooperação. Neste sentido, tratados ou acordos internacionais que versem sobre MLAs devem, preferencialmente, fornecer orientação aos Estados sobre como tratar o procedimento relativo às solicitações recebidas e enviadas, a fim de reduzir o risco de questões de admissibilidade das provas e de material probatório coletados, prejudicando, assim, o devido andamento da instrução processual penal.

Cada vez mais, os Tratados de MLA exigem que os Estados Partes designem uma autoridade central (geralmente o Ministério da Justiça) a quem as solicitações possam ser enviadas, fornecendo assim uma alternativa aos canais diplomáticos. As autoridades judiciais do Estado solicitante podem, então, se comunicar diretamente com a referida autoridade central. Atualmente, e de forma cada vez mais constante, estão sendo utilizados canais ainda mais diretos, em que um funcionário do Estado solicitante pode enviar o pedido diretamente ao funcionário apropriado do outro Estado (instrumento chamado de auxílio direto). Essa tendência demonstra a importância de uma autoridade central nacional como pré-requisito para tornar mais eficaz a MLA. Dada a ampla e crescente gama de instrumentos internacionais, com as respectivas obrigações constantes nos acordos firmados a implicarem para os Estados que ofereçam reciprocamente meios de MLA eficientes e ágeis, devem os Estados garantir que suas autoridades centrais concentrem-

se em um único órgão ou uma entidade, a fim de facilitar uma maior consistência da MLA para diferentes tipos de crimes e de eliminar o potencial de fragmentação de esforços nessa área. No caso do Brasil, tem-se a Secretaria Nacional de Justiça, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, por meio do Departamento de Estrangeiros, como responsável por desempenhar as funções de Autoridade Central.

No mesmo sentido, preocupada com a escalada da criminalidade internacional, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou, no mês de dezembro de 2000, a Convenção de Palermo sobre o Crime Transnacional Organizado, incorporada no Brasil através do Decreto N° 5.015/2004.³ Ademais, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – UNODC desenvolveu ferramentas para facilitar a cooperação internacional. O Tratado Modelo do UNODC sobre Assistência Mútua em Matéria Penal⁴ inclui disposições relevantes e condizentes com a mobilidade internacional que podem ser utilizadas pelos Estados como base para desenvolver seus próprios acordos bilaterais e/ou regionais.

Igualmente, de modo a facilitar a redação da legislação nacional de eventuais países interessados, o UNODC desenvolveu a Lei Modelo sobre Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal.⁵ O modelo inclui disposições que visam ajudar os Estados a fornecer assistência de forma mais eficiente em casos criminais com implicações transnacionais.

1. Acordos de extradição

Dentre os mecanismos de MLA abordados no item anterior, a extradição tem grande importância ao simbolizar esse esforço da comunidade internacional em combater os crimes transnacionais e a impunidade. De acordo com o Ministério da Justiça do Brasil, a extradição pode reduzir os custos das operações de combate ao crime, amenizar as dificuldades burocráticas, financeiras e logísticas para a aplicação da Justiça, historicamente representadas pelas fronteiras nacionais, tendo como referência fundamental o respeito à soberania de cada nação.

3 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm . Acesso em: 22 jun. 2020.

4 Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf . Acesso em: 22 jun. 2020.

5 Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/legal_advisory/Model%20Law%20on%20MLA%202007.pdf . Acesso em: 22 jun. 2020.

Assim, a extradição apresenta-se como um dos mais eficientes e eficazes meios de MLA, eis que permite a entrega à jurisdição de outro Estado de determinadas pessoas em razão de serem partes de processos-crime ou para efeito do cumprimento de pena.⁶

Nas palavras de Francisco Rezek, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), a extradição pode ser definida como a

entrega, por um Estado a outro, e a pedido deste, de pessoa que em seu território deva responder a processo penal ou cumprir pena (...). A extradição pressupõe sempre um processo penal: ela não serve para a recuperação forçada do devedor relapso ou do chefe de família que emigra para desertar dos seus deveres de sustento da prole.⁷

Como já dito no tópico anterior, a extradição pode ser formulada com base na promessa de reciprocidade de tratamento entre os Estados⁸, através de cartas rogatórias, ou estar amparada por tratado. Via de regra, esses tratados internacionais de extradição compartilham um conjunto de disposições que descrevem crimes extraditáveis, ofensas não-extraditáveis, limites jurisdicionais, regras para a extradição de nacionais e limitações processuais. Na maioria dos casos, a extradição é limitada a crimes especificamente listados em um tratado internacional. Até o final do século XX, esses crimes eram listados taxativamente (por exemplo, homicídio, homicídio qualificado, estupro, sequestro, furto, apropriação indébita, suborno, fraude etc.).⁹ No entanto, atualmente, é comum que os tratados simplesmente declarem todos os crimes como sendo passíveis de extradição, salvo exceções expressamente previstas no próprio texto.

De toda sorte, todos os crimes e ofensas extraditáveis devem atender ao Princípio da Dupla Tipicidade, também conhecido como Princípio da Identidade ou da Dupla Incriminação do Fato ou Incriminação Recíproca. Ou seja, ambos ou todos os Estados devem reconhecer a ofensa como crime e demonstrá-la como tal, fazendo referência aos códigos ou regulamentos criminais nacionais nos documentos de extradição

6 BRASIL (Ed.), *Manual de extradição*. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

7 REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*, 10ª ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2005.

8 Os pedidos de extradição com base em promessa de reciprocidade de tratamento retiram seu fundamento jurídico da Lei Nº 6.815/1980, bem como em outros documentos internacionais que visam combater a impunidade.

9 POWERS, A. "Justice Denied? The Adjudication of Extradition Applications", *Pace Law Faculty Publications*, 2002.

apresentados à respectiva contraparte.¹⁰

Também é comum os tratados de extradição delinarem especificamente crimes não extraditáveis. Historicamente, os tipos de crimes listados em tratados internacionais de extradição excluía ofensas militares e políticas. No entanto, mais recentemente, em resposta aos ataques ocorridos nos Estados Unidos e a necessidade de combate ao terrorismo, começou-se a haver uma distinção entre processos judiciais motivados por interesses políticos ou discriminatórios, daqueles destinados a punir atos criminosos ou outros crimes violentos, que podem ter natureza política, mas que são especificados nos tratados como delitos extraditáveis – o terrorismo, por exemplo. Além disso, vários países negam extradição quando o suspeito enfrenta pena de morte e/ou prisão perpétua.¹¹ Nesses casos, os tratados especificam que a extradição será recusada, a menos que o país remetente receba garantia de que o suspeito não será executado e que a sentença máxima solicitada não se aproximará de um tempo similar à prisão perpétua, condicionando-a um período máximo de detenção.

Geralmente, os países buscam a transferência de suspeitos que são considerados culpados de cometerem crimes em seu território. No entanto, as Constituições de alguns países permitem que eles processem crimes cometidos por seus nacionais em qualquer lugar do mundo (extraterritorialidade subjetiva irrestrita em matéria penal). Portanto, as disposições que definem a persecução territorial e extraterritorial são elemento crucial na maioria dos tratados de extradição. Da mesma forma, muitas vezes os países discordam se seria apropriado (ou não) extraditar seus próprios nacionais; assim, muitos tratados também contêm uma declaração que esclarece se os países podem ou não entregar seus próprios cidadãos para serem julgados ou para cumprirem penas em outros países.

Limitações processuais, como a proibição do *non bis in idem* (duplo risco ou *double jeopardy*) e o respeito ao instituto da prescrição, são outras características comuns dos tratados de extradição. O primeiro preceito que não será concedida a extradição quando já existir sentença transitada em julgado pelo mesmo fato em que se baseia o pedido de extradição no Estado solicitante. Destaque-se, aqui, o termo “fato”, já que poderá ser

10 BLAKESLEY, C. L. “The Practice of Extradition from Antiquity to Modern France and the United States: A Brief History”, *COMPARATIVE LAW REVIEW*, pp. 23, 1981.

11 Esse é o caso do Brasil, conforme se verifica na Lei N° 6.815/1980 – Estatuto do Estrangeiro e no próprio Acordo de Extradição.

solicitada a extradição de um indivíduo por um determinado crime em relação ao qual já tenha sido condenado, mas não em relação ao mesmo fato delitivo.^{12,13} Além disso, alguns tratados privilegiam as disposições relativas aos prazos prescricionais do Estado solicitante, enquanto outros privilegiam esses mesmos prazos do Estado solicitado. Por fim, há ainda aqueles que as regras sobre a prescrição de nenhum dos países podem impedir a extradição.¹⁴

Quanto aos tipos de extradição, esta divide-se em ativa e passiva. A extradição ativa é configurada em relação ao país que solicita a extradição, assim, no caso brasileiro, dar-se-ia quando um criminoso se evade da justiça e busca refúgio em outro país, cabendo ao governo brasileiro solicitar a sua extradição. Já a extradição passiva, é a aquela da perspectiva do Estado que venha a ser demandado, ou seja, quando um país estrangeiro solicita à justiça brasileira a extradição de indivíduo (foragido) que se encontra em território nacional.¹⁵ A extradição poderá ser solicitada tanto para fins de instrução de processo penal (instrutória), como para cumprimento de pena já imposta (executória).

No tocante aos pedidos de extradição passiva, o Brasil segue o Sistema de Contenciosidade Limitada. De acordo com este sistema, a ação para julgamento do pedido de extradição, de competência originária e exclusiva do STF, não comporta a reanálise do mérito da ação penal que lhe dá causa, ficando a Corte Suprema impedida de reexaminar as provas e o mérito da decisão emanada pela autoridade competente do Estado estrangeiro. Dessa forma, não se constituindo em meio para análise de provas, ou seja, não sendo nela (re)avaliado o mérito da ação penal, a extradição deve, apenas, se certificar quanto aos requisitos da persecução penal e quanto às salvaguardas que obrigatoriamente deveriam ter sido observadas. Contudo, não há nada que impeça o STF a conduzir uma

12 BRASIL, nota supra n° 8, p. 17.

13 “Obstáculo ao deferimento do pedido extradicional, quando fundado nos mesmos fatos delituosos objeto da persecução penal instaurada pelo Estado brasileiro. A extradição não será concedida, se, pelo mesmo fato em que se fundar o pedido extradicional, o súdito estrangeiro estiver sendo submetido a procedimento penal no Brasil, ou, então, já houver sido condenado ou absolvido pelas autoridades judiciárias brasileiras. Ninguém pode expor-se, em tema de liberdade individual, à situação de duplo risco. Essa é a razão pela qual a existência de situação configuradora de *double jeopardy* atua como insuperável obstáculo ao atendimento do pedido extradicional. Trata-se de garantia que tem por objetivo conferir efetividade ao postulado que veda o bis in idem.” (STF. *Extradição N° 890*, Relator: Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 05 ago. 2004).

14 EDMONDS-POLI, E.; SHIRK, D. *Extradition as a Tool for International Cooperation: Lessons from the U.S.-Mexico Relationship*, v. 33, p. 30, 2018. Disponível em: <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/mjil/vol33/iss1/10>. Acesso em: 18 jun. 2020.

15 FREIRE JÚNIOR, A. B. *A Extradição no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58783/a-extradicao-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 22 jun. 2020.

análise quanto aos aspectos formais do processo criminal que embasa o pedido de extradição.¹⁶

Quanto aos requisitos, são consagrados aqueles que preveem ter sido o crime praticado no território do Estado solicitante e serem aplicáveis ao extraditando as leis penais daquele Estado, além de existir sentença privativa de liberdade transitada em julgado ou estar a prisão cautelar do extraditando autorizada pela autoridade competente do referido Estado. Essas são as condições fundamentais para a extradição. Quanto às salvaguardas, no Brasil, estão previstas no art. 77 da Lei N° 6.815/80, onde se estabelecem de forma taxativa.

Um processo de extradição passiva pode durar até dois anos¹⁷, permanecendo o extraditando na prisão, à disposição do STF, até o julgamento final da ação, nos termos dos artigos 208 e 213 do Regimento Interno do STF, ainda que a esse tempo de prisão se aplique a detração penal. No que se refere à extradição ativa, há casos em que o Brasil espera pelo seu deferimento há mais de três anos.¹⁸ Ocorre que, com a velocidade dos tempos modernos, não é mais factível contar com um instrumento tão moroso para o cumprimento de decisões judiciais internacionais.

Nesse diapasão, novos instrumentos, mais eficientes e céleres, precisam e devem ser implementados. Não foi por outro motivo que a Comunidade Europeia implantou a Decisão-Quadro 2002/584/JAI,¹⁹ aprovando o Mandado de Detenção Europeu e os procedimentos de entrega de um indivíduo foragido entre os Estados Membros. O funcionamento do Mandado de Detenção Europeu é muito semelhante

16 Nada impede o STF de analisar os aspectos formais do processo criminal que embasa o pedido de extradição: “O Supremo Tribunal Federal, na ação de extradição passiva, não dispõe de qualquer poder de investigação probatória sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente. A defesa do extraditando sofre, no processo extradicional, limitações de ordem material, eis que – não podendo ingressar na análise dos pressupostos da *persecutio criminis* instaurada no Estado requerente – somente poderá versar os temas concernentes à identidade da pessoa reclamada, à existência de vícios formais nos documentos apresentados ou à ilegalidade da própria extradição.” (STF. *Extradição* N° 549, Relator: Ministro Celso de Mello. Data de julgamento: 28 maio 1992)

17 BARRETO, L. P. T. F. “A Extradição no MERCOSUL e o Mandado de Detenção Europeu.”, em: *VI Encontro de Cortes Supremas do MERCOSUL*, Brasília, 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Expositores/A_EXTRADICAO_NO_MERCOSUL_E_O_MANDADO_DE_DETENCAO_EUROPEU_Luiz_Paulo_Teles_Ferreira_Barreto.pdf. Acesso em: 22 jun. 2020.

18 BARRETO, op. cit..

19 CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *DECISÃO-QUADRO DO CONSELHO de 13 de Junho de 2000 relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros (2002/584/JAI)*, 13 jun. 2002. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02002F0584-20090328&from=EN>. Acesso em: 22 jun. 2020.

ao de uma extradição, sendo, todavia, mais célere.²⁰ Os procedimentos têm uma média de 13 a 90 dias, considerando sua tramitação completa.

2. Tratado de Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL

Em 2 de fevereiro de 2004, foi publicado o Acordo de Extradicação. Tendo o Brasil depositado o instrumento de ratificação em 2 de dezembro de 2003, o Acordo em questão entrou em vigor, para o Brasil, em 1º de janeiro de 2004, revogando os tratados de extradição firmados com a Argentina, Paraguai e Uruguai, em 1968, 1925 e 1919, respectivamente.

Os Estados Partes, com vistas ao processo de integração, acordaram soluções jurídicas comuns como a cooperação jurídica e a extradição, além de possibilitar a harmonização e a compatibilização das normas que regulam o exercício da função jurisdicional.

Pelo citado Acordo de Extradicação, os Estados Partes se obrigam, reciprocamente, a entregar

as pessoas que se encontrem em seus respectivos territórios e que sejam procurados pelas autoridades competentes de outro Estado Parte, para serem processadas pela prática presumida de algum delito, respondam a processo já em curso ou para a execução de uma pena privativa de liberdade.

Para que o pedido de extradição seja concedido pelo STF, deve ser observado o princípio da dupla tipicidade – já tratado acima - e que o crime seja punível com pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a dois anos, ou seja, excetuam-se os crimes considerados como sendo de menor potencial ofensivo.²¹ Tal fato encontra guarida na melhor doutrina internacional²² para quem a extradição somente se

20 Sobre a cooperação penal na União Europeia vide MATA DIZ, J. B.; MOURÃO, L. T., “Cooperação judicial penal e integração regional: tratamento normativo e institucional na União Europeia e no MERCOSUL”, *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, v. 13, nº 17, p. 302, 2016.

21 A Lei Nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que instituiu os Juizados Especiais em âmbito federal, passou a considerar crimes de menor potencial ofensivo aqueles cuja pena máxima não seja superior a dois anos, o que se aplica a considerável parte dos crimes previstos no Código Penal e na legislação correlata. Tal dispositivo, por força da aplicação do princípio da lei mais benéfica em matéria penal, passou a ser aplicado a todos os crimes, inclusive os de competência das justiças estaduais.

22 “[...] the offence must be punishable by a certain penalty in both the requested and requesting country must also be fulfilled. Extradition is thus further limited, but this is justifiable if it is desired to exclude certain

justifica para crimes envolvendo um mínimo de gravidade. Fica afastada, assim, para os fins do Acordo, a possibilidade de extradição por crimes de menor potencial ofensivo, os quais, também pela prática internacional, via de regra, não estão sujeitos à penas privativas de liberdade, mas a penas alternativas, especialmente as restritivas de direitos ou de prestação de serviços à comunidade.

Ademais, além de impossibilitar a extradição dos crimes considerados como sendo de menor potencial ofensivo, o Acordo também o fez em relação aos crimes de natureza exclusivamente militar (previstos no Brasil no Código Penal Militar) e aos crimes considerados, pelo Estado solicitante, como políticos ou relacionados a outros delitos de natureza política. Tal previsão já encontrava guarida nas legislações específicas, inclusive na Constituição Federal de 1988 (CF 1988), e nos tratados anteriormente firmados. No entanto, o Acordo inovou ao identificar expressamente os crimes que não poderão ser considerados como crimes políticos, pacificando a matéria e evitando a judicialização do tema no que tange à natureza política ou não do crime²³ – o que traria grande complexidade no momento de sua efetiva aplicação.

Portanto, nos termos do Acordo de Extradicação não serão considerados delitos políticos, em nenhuma circunstância, as seguintes condutas: a) atentar contra a vida ou causar a morte de um Chefe de Estado ou de Governo ou de outras autoridades nacionais ou locais ou de seus familiares; b) genocídio, crimes de guerra ou delitos contra a humanidade, em violação às normas do Direito Internacional, c) atos de natureza terrorista.

Cumpra também observar que os tratados de extradição, em geral, impedem que nacionais sejam objeto de extradição. Nesse sentido, o inciso LI, do artigo 5º, da CF 1988, prevê que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”. Ou seja, a CF 1988 veda expressamente a extradição de brasileiro nato ou naturalizado,²⁴

minor offences.”, em: EUROPEAN COMMISSION. “European Committee on Crime Problems (CDPC) Committee of Experts on the Operation of European Conventions in the Penal Field (PC-OC) European Convention on Extradition Explanatory notes”, 1998, p. 17.

23 ARAGÃO, C. N. *Do acordo de extradição entre os Estados Partes do MERCOSUL*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/4496/do-acordo-de-extradicao-entre-os-estados-partes-do-mercosul>. Acesso em: 22 jun. 2020.

24 “[...] a Extraditanda não ostenta nacionalidade brasileira por ter adquirido nacionalidade secundária norte-

salvo, em caso de crimes comum, que tenham sido praticados antes da naturalização ou a qualquer tempo, independentemente da data de aquisição da nacionalidade brasileira, por comprovado envolvimento com tráfico ilícito de entorpecentes.

No Acordo de Extradicação tem-se que a condição de nacional será determinada pela legislação do Estado Parte solicitado, determinada quando do momento da apresentação do pedido, devendo-se atentar para os casos em que a nacionalidade é adquirida com o propósito fraudulento de impedir a extradicação. Nas hipóteses em que a extradicação não puder ser processada por força da “exceção de nacionalidade”, deverá o Estado que a invocou promover o julgamento do extraditando, mantendo o Estado solicitante informado do andamento do caso, inclusive ficando obrigado a, quando da finalização do processo, remeter uma cópia da sentença condenatória ou absolutória. Deve-se entender por “sentença” a decisão final transitada em julgado. Vale destacar que não há, no Acordo de Extradicação, qualquer disposição quanto à execução de tal decisão.

Quanto aos outros requisitos e salvaguardas versadas no tópico anterior, o Acordo de Extradicação deles não se distancia, uma vez que reconhece e garante a impossibilidade de se extraditar caso os crimes estejam prescritos – tanto em conformidade com a legislação do Estado solicitante, quanto pela do Estado solicitado; se a condenação se deu por tribunal *ad hoc* ou para que a condenação seja conduzida por tais tribunais de exceção; e sem que seja concedido o benefício da detração (subtração do período de detenção cumprido pelo extraditando durante o processo de extradicação). Por fim, em caso de penas perpétuas ou de morte, deverá o Estado solicitante garantir que não será aplicada pena superior àquela máxima admitida na lei penal do Estado solicitado (no caso do Brasil, 30 anos).²⁵

americana, em situação que não se subsume às exceções previstas no § 4º, do art. 12, para a regra de perda da nacionalidade brasileira como decorrência da aquisição de nacionalidade estrangeira por naturalização. 2. Encontram-se atendidos os requisitos formais e legais previstos na Lei N° 6.815/1980 e no Tratado de Extradicação Brasil-Estados Unidos, presentes os pressupostos materiais: a dupla tipicidade e punibilidade de crime comum praticado por estrangeiro. 3. Extradicação deferida, devendo o Estado requerente assumir os compromissos de: (i) não executar pena vedada pelo ordenamento brasileiro, pena de morte ou de prisão perpétua (art. 5º, XLVII, a e b, da CF); (ii) observar o tempo máximo de cumprimento de pena possível no Brasil, 30 (trinta) anos (art. 75, do CP); e (iii) detrair do cumprimento de pena eventualmente imposta o tempo de prisão para fins de extradicação por força deste processo. (STF. Extradicação 1.462, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 16 jun. 2017. Data de Publicação: 29 jun. 2017.

25 ARAGÃO, C. N. *Do acordo de extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/4496/do-acordo-de-extradicao-entre-os-estados-partes-do-mercosul>. Acesso em: 22 jun. 2020.

Conclui-se, pois, que o Acordo de Extradicação representou um avanço nas normas que regem a matéria, por estar atualizado e em consonância com a legislação penal brasileira e os conceitos mais modernos do direito penal internacional. Ocorre que, a despeito dos avanços e do acordo significar um importante elemento no combate à impunidade e ao crime transfronteiriço, ele desconsidera questões fundamentais para o julgamento de uma pessoa, especialmente quanto à competência para julgar o extraditando (princípio do juiz natural) e à legislação processual e material a ser aplicada.

Foi essa ausência de detalhamento da competência para processar e julgar que levou a judicialização da questão do juízo competente, objeto do Habeas Corpus N^o 97.535 – RS,²⁶ que será analisado no tópico seguinte.

II. O caso em análise e a descrição dos fatos relativos ao *habeas corpus* N^o 97.535 – RS

O Ministério Público Federal (MPF) ofereceu denúncia contra Flávio Acosta Riveros, nacional tanto do Brasil quanto do Paraguai, imputando-lhe prática de homicídio, previsto no art. 121 do Código Penal brasileiro, agravado por motivo torpe (incisos I), emboscada (inciso IV) e cometido com a finalidade de garantir a impunidade (inciso V).

Em síntese, segundo a denúncia, no dia 16 de outubro de 2014, por volta das 14h30min, na estrada rural que liga a cidade de Villa Ygatimi à Colônia Ko'e Porá, localizadas no Departamento de Canindeyú, República do Paraguai, o acusado e seu tio, por livre e espontânea vontade e consciente do ato a ser praticado – matar com emprego de armas de fogo –, efetuaram disparos contra o jornalista investigativo paraguaio Pablo Medina Velázquez, bem como em sua assistente Antônia Maribel Almada Chamorro, causando-lhes a conseqüente morte.

A vítima, Pablo Medina, conduzia um veículo com outros dois ocupantes, a já citada Antonia Chamorro, então com 19 anos, e sua irmã Juana Ruth Almada Chamorro. A primeira ocupava o banco dianteiro, enquanto a outra no banco traseiro, não tendo sido esta última atingida pelos disparos desferidos por Flávio e seu tio. Segundo a acusação, os acusados planejaram e executaram as mortes por ordem de um terceiro.

26 STJ – RHC: 97535 RS 2018/0097317-0, Relator: Ministro Felix Fisher, Data de Julgamento: 26 jun. 2018, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 01 ago. 2018.

Ademais, os crimes foram claramente perpetrados em concurso de pessoas, mediante recurso que impossibilitou a defesa das vítimas (emboscada), por motivo torpe, consistente em vingança contra o jornalista Pablo Medina, e com o objetivo de garantir a impunidade de outros crimes (cessação de matérias jornalísticas denunciando delitos do mandante e dos acusados).

Pablo Medina Velázquez era, como dito, um jornalista investigativo, dedicando-se a denunciar, em jornais e outras mídias, o comércio ilegal de maconha, tendo, inclusive, recebido inúmeras ameaças em virtude de tais investigações. Após as ameaças, a polícia paraguaia havia lhe fornecido proteção especial, através da disponibilização de um guarda-costas, contudo, ele não estava protegido no momento de sua morte. Importante salientar que a morte do jornalista e sua jovem assistente, então com 19 anos, gerou forte reação da comunidade internacional e da mídia especializada, tendo, inclusive, a Diretora-Geral da UNESCO, Irina Bokova, manifestado profunda preocupação com o incidente.

Em suas próprias palavras, Bokova expressou:

Eu condeno o assassinato de Pablo Medina Velázquez e Antonia Maribel Almada Chamorro”, disse o diretor-geral. É essencial que as pessoas que contrataram e executaram esses crimes sejam levadas à justiça para impedir futuros atos que custam as vidas de jornalistas e prejudicam nosso direito de sermos informados.²⁷

A prisão preventiva de Flávio Acosta Riveros foi efetuada em de 14 de janeiro de 2016 por ordem do STF nos autos de Prisão Preventiva para Extradicação Nº 778. Entretanto, posteriormente, o próprio STF negou a sua extradicação, uma vez que possuía documento de identidade brasileiro, sendo, portanto, brasileiro nato, o que, por força constitucional, impede a extradicação. Diante de tal impossibilidade, o MPF requereu a prisão preventiva do acusado, com intuito de proceder à persecução penal em território nacional, com fundamento no artigo 7º, inciso II, do Código Penal.

Em sua defesa, a Defensoria Pública da União (DPU), requereu, em apartada síntese, o reconhecimento da incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, com a consequente remessa do

27 UNESCO. *Director-General denounces killing of Paraguayan journalist Pablo Medina Velázquez and his assistant Antonia Maribel Almada Chamorro*. Disponível em: <https://en.unesco.org/news/director-general-denounces-killing-paraguayan-journalist-pablo-medina-velazquez-and-his>. Acesso em: 22 jun. 2020.

mesmo para a vara competente da Justiça Estadual, uma vez que o artigo 88 do Código de Processo Penal estabelece que, em caso de crimes praticados fora do território nacional, será competente o juízo da Capital do Estado onde houver por último residido o acusado. Considerando que o Flávio Riveros foi preso em Pato Branco/PR, sendo residente do interior do Estado do Paraná, a competência seria do Tribunal do Júri da comarca de Curitiba, capital do Estado do Paraná.

No entendimento da DPU, o crime praticado por brasileiro no exterior não se enquadra validamente em nenhuma das hipóteses constitucionais que, de forma exaustiva, delimitam a competência da Justiça Federal. Aduziu, ainda, que a circunstância do caso concreto não ofenderia a bens, serviços ou interesses da União (artigo 109, IV, da CF 1988), nem a nenhuma das hipóteses contidas no artigo 109 da Carta Magna que versa sobre a competência dos juízes federais. Por fim, sustentava que não se estaria diante de causa fundada em tratado entre a União com Estado estrangeiro, pois eventual necessidade de cooperação jurídica internacional para o processamento do feito não é justificativa idônea, por si só, para atrair o processo e julgamento da ação penal para a justiça federal.

A Justiça Federal, discordando dos argumentos da DPU, entendeu pela sua competência, com fundamento nos incisos III, IV e X do art. 109 da CF 1988, posto que se tratava de tema afeito à cooperação internacional, que sempre é versado por juízes federais, a partir da lógica do art. 105, inciso I, também da CF 1988. Assim, o Juízo de 1ª instância viu como estando presente o interesse da União na persecução, já que envolvia uma relação entre o Estado brasileiro com o paraguaio.

O indeferimento da exceção de incompetência por parte do juízo federal de 1º Grau, gerou a impetração de *Habeas Corpus* em favor do réu. Ao julgar referido HC, o TRF-4,²⁸ mesmo ciente da existência de divergência jurisprudencial quanto ao tema, também entendeu haver interesse da União na solução do crime cometido por brasileiro em solo estrangeiro, na medida em que caberia ao Brasil responder perante a comunidade internacional pelos ilícitos cometidos por seus nacionais, surgindo aí a figura expressa no inciso IV do artigo 109 da CF 1988. Outrossim, no entendimento do TRF-4, a cooperação internacional para fins de efetivação judiciária é totalmente feita pela via da Justiça Federal

28 TRF-4 – *Habeas Corpus* N° 5007775-02.2018.4.04.0000, Relator: Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus, Data de Julgamento: 11 abr. 2018, T8 – Oitava Turma, Data de Publicação: DJe 19 abr. 2018.

(artigo 109, inciso X, da CF 1988), como se percebe na coleta probatória e de execução penal requeridas ao Brasil, de sorte que seria razoável que a persecução penal se desse sob a jurisdição federal. Em suma, o TRF-4 entendeu, por unanimidade, que, nos crimes praticados por brasileiros no exterior, deve ser considerado o artigo 109, inciso III, da CF 1988, segundo o qual seriam da competência da Justiça Federal as causas fundadas em tratado da União com Estado estrangeiro.

Isto mostraria que, havendo tratado ou convenção sobre extradição ou MLA, as investigações e causas transferidas ao Brasil com base nesses documentos internacionais deveriam ser conduzidas pela Polícia Federal e pelo MPF perante os juízes federais. Ou seja, como a regra que impõe ao Estado brasileiro a persecução criminal de delito cometido no exterior viria inscrita em tratados bilaterais ou convenções multilaterais, o inciso III do artigo 109 da CF 1988 remeteria tal atuação processual ao MPF e à Justiça Federal.

Inconformada com a decisão do órgão colegiado de 2ª Instância – TRF-4 – a DPU impetrou Recurso Ordinário em HC ao Superior Tribunal de Justiça (STJ),²⁹ decisão objeto deste artigo.

1. Análise do tratamento judicial

A extradição, conforme analisado anteriormente, demanda um exame acurado em virtude de tratados internacionais firmados pelo Brasil que supõe determinadas obrigações que não podem ser desconsideradas pelos Tribunais nacionais, seja de primeira instância, de apelação ou em tribunais superiores. Neste sentido, além das disposições materiais contidas nas cláusulas dos mencionados acordos, deve-se também atentar para as questões de natureza processual que podem afetar a aplicação efetiva destes, tornando-os instrumentos inválidos e, por conseguinte, afastando as referidas obrigações assumidas pelo Estado brasileiro.

Sob esta ótica, será feita uma análise específica do Acórdão do STJ em sede de Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* N° 97.535 – RS (2018/0097317-0), o qual, justamente, deflagra a discussão sobre a existência de lei interna prevista no Código Penal que sopesaria a aplicação do Acordo de Extradicação firmado pelos Estados Partes do MERCOSUL.

29 TRF-4 – *Habeas Corpus* N° 5007775-02.2018.4.04.0000, Relator: Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus, Data de Julgamento: 11 abr. 2018, T8 – Oitava Turma, Data de Publicação: DJe 19 abr. 2018.

2. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça

Ao julgar o Recurso Ordinário, a 5ª Turma do STJ, ciente da existência de divergência jurisprudencial dentro do próprio STJ (precedentes em sentido diverso da 3ª Turma), entendeu que cabe à União, segundo dispõem os artigos 21, I³⁰, e 84, VII e VIII³¹, da CF 1988, manter relações com estados estrangeiros e cumprir os tratados firmados, fixando-se à União a responsabilidade pela *persecutio criminis* nas hipóteses de crimes praticados por brasileiros no exterior, nas quais se observa a presença da extraterritorialidade da norma penal brasileira e quando não for possível a extradição. Ademais, entendeu o STJ que, no caso específico, aplicar-se-ia o Decreto N° 4.975/2004, que incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro o Acordo de Extradição, o qual estabelece que, na impossibilidade de extradição do nacional da parte requerida, aciona-se a obrigação de “promover o julgamento do indivíduo” (artigo 11, numeral 3) do Acordo de Extradição.

O Ministro Relator do acórdão em questão, também trouxe à colação os ensinamentos do Prof. Vladimir Aras, *verbis*:

5. *Mutatis mutandi*, a mesma vinculação processual deve ocorrer em razão da vedação de extradição de nacionais. Quando o Brasil é o Estado requerido, cabe ao STF autorizar ou não a extradição de tal trânsito, pois é evidente o interesse nacional (da União) na manutenção de boas relações internacionais. Outro forte indício do interesse da União está na delegação de atos instrutórios da extradição passiva a juízes federais, com fundamento no artigo 211 do Regimento Interno do STF: “É facultado ao Relator delegar o interrogatório do extraditando a juiz do local onde estiver preso”. Por “juiz do local” tem-se entendido o juiz federal. É o que se deu, por exemplo, na Extradição 835, requerida pela República Argentina e julgada pelo STF em 2002. Idem nas Extradições 1122 (Israel), 1114 (China) e 1165 (Espanha). Quase sempre é assim, salvo nas hipóteses em que o extraditando está preso em localidade distante da sede da Justiça Federal naquela região.

30 “Art. 21. Compete à União: I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; [...]”

31 “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.”

6. O processo penal contra um cidadão brasileiro que não tenha sido extraditado em função de sua nacionalidade (art. 5º, LI, CF) é uma “causa referente à nacionalidade”, o que faz valer a competência da Justiça Federal, com base no art. 109, X, da CF.

7. Além disso, a competência federal também resulta do fato de que se tem, em muitos casos, uma causa fundada em tratado internacional (artigo 109, inciso III, CF). Há hoje 27 tratados de extradição de que o Brasil é parte e outros tantos acordos multilaterais gerais (como as Convenções de Mérida e Palermo) ou específicos de extradição (como os acordos do MERCOSUL e da CPLP). Ademais, o instituto da transferência de procedimentos criminais também é objeto de vários outros tratados, como já demonstramos. Observe-se que a cláusula do inciso III do art. 109 da CF não costuma ser invocada para firmar a competência criminal federal, mas este é exatamente o caso aqui porque a causa (penal) a ser proposta perante o Poder Judiciário brasileiro se viabiliza em razão dos tratados que o País firmou neste campo. Logo, a ação penal a ser proposta se funda em tratado internacional que faculta a transferência de procedimentos criminais.³²

Diante desse contexto doutrinário, concluiu a 5ª Turma do STJ como sendo de competência da Justiça Federal o julgamento da ação penal instaurada para apurar crime praticado no exterior, no qual tenha sido negada a extradição do seu autor, transferindo-se a responsabilidade por sua apuração para a Justiça brasileira, nos termos do art. 109, IV, da CF/88.

Esse poderia ser o deslinde da história, mas como o fundamento da decisão tem natureza constitucional, ainda caberia Recurso Extraordinário ao STF, oportunidade não desperdiçada pela diligente DPU. Assim, em primeiro plano, adotou-se Decisão Monocrática,³³ da lavra do Ministro Marco Aurélio Mello, sendo depois tal decisão discutida e convertida em acórdão em sede de Agravo Regimental.³⁴ Assim, a 1ª Turma do STF

32 ARAS, V. *Jurisdição extraterritorial e competência criminal federal*, Blog do Vlad, 5 nov. 2013. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2013/11/05/jurisdicao-extraterritorial-e-competencia-criminal-federal/>. Acesso em: 22 jun. 2020.

33 STF. *Recurso Extraordinário Nº 1.175.638 – PR*, Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Data de Julgamento: 02 abr. 2019. Data da Publicação: DJe 28 nov. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339117931&ext=.pdf>.

34 STF. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Nº 1.175.638 – PR*, Relator: Ministro Marco Aurélio Mello.

decidiu no sentido de que o Acordo de Extradicação, por si só, não tem o condão de atrair a competência da Justiça Federal vez que a persecução penal não é fundada no acordo de extradicação *per se*, mas no art. 7º do Código Penal brasileiro. Ademais, no entendimento do Ministro Relator, tendo sido acompanhado pela maioria dos seus pares, o simples fato de o delito ter sido cometido por brasileiro no exterior torna sua aplicação inválida para estabelecer a competência da Justiça Federal, porquanto não ofende bens, serviço ou interesse da União.

Em suma, o STF entendeu que a extraterritorialidade da lei penal brasileira, no caso de crimes cometidos por brasileiros no exterior, se fundamenta no art. 7º do Código Penal, não tendo os tratados, por si, força para atrair a competência da Justiça Federal. *Mutatis mutandi*, a decisão do STF declina-se pela aplicação da lei nacional em detrimento de acordo internacional por entender tratar-se de questão de extraterritorialidade já contemplada pelo Código Penal interno, desconsiderando-se a existência de Acordo que regula a matéria em âmbito regional.

III. A compatibilidade do Acórdão do STJ e do STF com a normativa do MERCOSUL

A jurisprudência do STF é pacífica, taxativa e exaustiva no sentido de negar a extradicação de brasileiro nato e naturalizado (estes com algumas exceções já tratadas acima), por força de direito fundamental inserido no art. 5º da CF 1988, uma vez que a Carta veda tal extradicação. Em contrapartida, a mesma Corte Constitucional indica que “estando impossibilitado de atender o pedido de cooperação internacional, deve o Brasil, nesses casos, assumir a obrigação de proceder contra o extraditando de modo a evitar a impunidade do nacional que delinuiu alhures.”³⁵ Tal orientação reflete o aforismo *aut dedere aut judicare*, segundo o qual, nas palavras de Luís Roberto Salles Souza, “o Estado onde se encontra o autor do crime praticado no exterior tem o dever de entregá-lo a quem o reclama ou promover a persecução penal contra o mesmo, para se evitar a impunidade”³⁶.

Data de Julgamento: 22 nov. 2018. Data da Publicação: DJe 26 abr. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339994710&text=.pdf> .

35 STF. *Extradicação Nº 916/AT – Argentina*, Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Data de Julgamento: 19 maio 2005. Data de Publicação: DJ Nº 206 de 21 out. 2005.

36 SOUZA, L. R. S., *Competência internacional do juiz nacional: estudo da extraterritorialidade da lei penal à luz do direito processual penal*, Doutorado em Direito Processual – São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

Nesse sentido, basta que o Estado onde tal prática delitiva tenha ocorrido solicite ao Brasil a instauração da persecução criminal, juntando para tal fim os documentos pertinentes, incluindo os meios de prova utilizados.³⁷ Porquanto, ainda que em matéria penal, nosso ordenamento tenha adotado o critério territorial, ou seja, a lei penal brasileira vale dentro do território nacional, há hipóteses em que se admite a extraterritorialidade em matéria penal. Trata-se do Princípio da Extraterritorialidade, conforme disposto no artigo 7º, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 7º. Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I – [...]

II – os crimes:

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
- b) praticados por brasileiro;
- c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

§1º. [...]

§2º. Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

- a) entrar o agente no território nacional;
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;

³⁷ Cabe ressaltar que a referida persecução deverá ser formalmente requisitada pelo Estado requerente, uma vez que a autoridade requerida, não pode, *ex officio*, transformar o pedido de extradição em persecução. Ou seja, na hipótese de um pedido de extradição ser indeferido por qualquer motivo, por exemplo no caso de nacionais brasileiros, por expressa vedação constitucional, o Estado requerente deverá solicitar que o crime praticado em seu território seja julgado no Brasil

e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

Os casos do inciso I, suprimidos do excerto acima, tratam da extraterritorialidade incondicionada, enquanto o inciso II versa sobre os casos de extraterritorialidade condicionada, haja vista que os requisitos constantes do parágrafo 2º devem ser observados a fim de possibilitar a aplicação da lei penal brasileira. Assim, seja da espécie ou categoria legalmente admitida – incondicionada ou condicionada – a competência do juiz brasileiro para processar e julgar crimes cometidos integralmente no exterior encontra fundamento no art. 7º do Código Penal. Ademais, o Acordo de Extradicação prevê que, em caso de recusa do Estado requerido, com base no critério nacionalidade, este deve processar o seu nacional que se encontra no seu território. Tem-se assim, que tanto o Código Penal quanto o Acordo de Extradicação versam sobre o tema e, a depender de qual deles tenha primazia, será determinante na aferição da competência em razão da matéria. Esse é o dilema que foi enfrentado no caso objeto deste artigo.

Nesse contexto, a questão do juiz natural permanece sem uma resposta conclusiva. Quanto à competência territorial, a matéria não apresenta maiores dificuldades. O artigo 88³⁸ do Código de Processo Penal define a competência territorial da Justiça brasileira para os crimes cometidos no exterior, estabelecendo que será uma das capitais de um dos Estados da Federação ou Brasília.³⁹ Já quanto à competência material, o objeto padece de clareza e harmonização. Senão, vejamos.

Nas hipóteses do art. 109, incisos IV (bens, serviços ou interesse da União),⁴⁰ V (crimes à distância)⁴¹ e IX (navios e aeronaves)⁴² da CF

38 “Art. 88. No processo por crimes praticados fora do território brasileiro, será competente o juízo da Capital do Estado onde houver por último residido o acusado. Se este nunca tiver residido no Brasil, será competente o juízo da Capital da República”.

39 ARAS, V. *Jurisdição extraterritorial e competência criminal federal*, Blog do Vlad, 5 nov. 2013. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2013/11/05/jurisdicao-extraterritorial-e-competencia-criminal-federal/>. Acesso em: 22 jun. 2020.

40 “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral [...]”.

41 “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] V – os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; [...]”.

42 “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] IX – os crimes cometidos a bordo de navios

1988, a competência é da Justiça Federal. Porém, como no caso do *Habeas Corpus* Nº 97.535 – RS aqui analisado, onde a *persecutio criminis* teve que se dar diante de um dos tribunais brasileiros, a quem caberia a competência material?

Importa salientar que o entendimento da mais alta corte foi no sentido de que a competência é da Justiça Estadual, salvo as hipóteses dos incisos do art. 109 citados acima, porém tal decisão não se deu sob o regime da repercussão geral e não tem validade *erga omnis*.

Data venia, a decisão do STF não parece observar que, diante da estrutura federativa adotada pelo Brasil, o Estado nacional brasileiro não tem poder de controle sobre as Justiças Estaduais, dada a independência estrutural e funcional existente na organização constitucional interna. Logo, o reconhecimento da jurisdição, em casos onde a União assume a obrigação de proceder com a persecução de modo a evitar a impunidade em matéria penal, o *aut dedere aut judicare* pode gerar hipóteses de responsabilização internacional do Estado Brasileiro, por ato atribuído à terceiros – os Estados Federados – e sobre os quais não se tem controle.⁴³ Se a União tem a obrigação de punir, por força da aplicação dos tratados (ou, até mesmo, do direito internacional consuetudinário), seria do interesse desta a persecução criminal.

Além disso, a competência da Justiça Federal, em contraposição ao *decisum* do STF, também resulta do fato de que se tem, em muitos casos, uma causa fundada em tratado internacional, por força da aplicação do artigo 109, inciso III⁴⁴ da CF 1988, tal como o Acordo de Extradicação do MERCOSUL. De acordo com a opinião de Aras, ainda que tal inciso não seja costumeiramente invocado para firmar a competência da justiça federal, este é exatamente o caso uma vez que a persecução penal a ser proposta perante o Judiciário brasileiro se viabiliza em razão dos tratados firmados, logo, a ação penal proposta se fundamenta na vigência e efetiva aplicação de tratado internacional, considerado como uma obrigação internacional a assumir-se pelo Estado brasileiro.

ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; [...]”.

43 ARAS, V. *Jurisdição extraterritorial e competência criminal federal*, Blog do Vlad, 5 nov. 2013. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2013/11/05/jurisdicao-extraterritorial-e-competencia-criminal-federal/>. Acesso em: 22 jun. 2020.

44 “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; [...]”.

IV. Conclusões

A extradição, medida específica destinada a evitar a impunidade em virtude de ato praticado por infrator em território nacional ou estrangeiro, ostenta atualmente um vasto repertório de natureza convencional, dada a existência de instrumentos internacionais (acordos, tratados, entre outros) feitos de forma bi ou multilateral e que estabelecem direitos e deveres a serem observados entre as Partes.

A análise do caso em apreço demonstra justamente que, em matéria de competência processual para resolução de caso envolvendo ato cometido no estrangeiro por brasileiro, há questionamento suscitado pela previsão do artigo 7º do Código Penal nacional e a aplicação do Acordo de Extradição do MERCOSUL, entendendo-se que a extraterritorialidade prevista no mencionado artigo sopesaria os efeitos já previstos no Acordo.

Contudo, deve-se compreender que, uma vez firmado e incorporado o ato internacional, há uma obrigação de natureza vinculante e inderrogável a ser cumprida pelo Estado (obviamente, até que o acordo esteja em vigor, ou seja, não haja sido objeto de denúncia ou derrogação) que não deveria ser substituída pela aplicação de lei nacional, a não ser que o próprio acordo assim permitisse. Esgrimir questionamentos de natureza processual para afastar a aplicação de acordo internacional viola, em maior ou menor grau, o princípio geral do *pacta sunt servanda*, além de desconsiderar a responsabilidade que tal medida pode acarretar para o Estado e, também, para os particulares.

Finalmente, nota-se que a crescente utilização dos instrumentos internacionais pelos tribunais nacionais ainda não obteve o reconhecimento necessário para que se possa estabelecer a correlação entre cumprimento de obrigações internacionalmente aceitas pelos Estados – por via convencional no caso – e a necessária determinação da competência judicial para julgamento de atos que estejam sob a égide de acordos vigentes, tal e como estudado no presente artigo.

A EXTRADIÇÃO ENTRE PAÍSES DO MERCOSUL: UMA ANÁLISE DOS REQUISITOS E EFEITOS DAS SOLICITAÇÕES DE EXTENSÃO A PARTIR DO RHC 59.666/RS

Superior Tribunal de Justiça, Recurso em
Habeas Corpus Nº 97.535-RS, 01/08/2018

*Tatiana Cardoso Squeff**

Sumário: I. Breve aproximação ao tema; II. Marco normativo; III. A decisão judicial; IV. Análise do caso: 1. O princípio da especialidade e a necessidade de prisão cautelar para fins de extradição suplementar, 2. A atuação do Poder Judiciário Brasileiro no caso de José Paulo Vieira de Mello; V. Conclusão.

I. Breve aproximação ao tema

A extradição é uma ferramenta central para assegurar que a internacionalização das relações privadas não se reverta na inaplicabilidade da justiça, conferindo a segurança e previsibilidade necessárias para a sua perfectibilização em um mundo cada vez mais interconectado.¹ Isso porque, a extradição permite que se alcance uma solução para um caso

* Professora permanente do Programa de Pós-graduação em Direito e professora Adjunta de Direito Internacional da Universidade Federal de Uberlândia - UFU/MG. Doutora em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, com período sanduíche junto à University of Ottawa. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, com bolsa CAPES e período de estudos junto à University of Toronto.

1 SAADI, Ricardi Andrade; BEZERRA, Camila Colares. “A autoridade central no exercício da cooperação jurídica internacional”, em: BRASIL, Secretaria Nacional de Justiça – DRCI, *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: cooperação em matéria penal*, 3ª ed., Brasília, Ministério da Justiça, 2013, p. 22. Sobre a globalização do crime e o seu impacto no instituto da extradição, cf. MIRANDA, Neemias Carvalho, *Extradição: decisões contraditórias no Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2010, pp. 77-78.

de Direito Penal em situações em que os indivíduos, ao serem acusados ou condenados por um delito em determinado país, abrigam-se em outra nação na tentativa de evadir-se à justiça.²

Ao contemplar a transferência compulsória³ de certo indivíduo acusado/condenado à outra jurisdição, a extradição permite que o Estado requerente proceda com o seu julgamento (casos em que será chamada de extradição processual, instrutória ou cognitiva) ou com o cumprimento de sentença já proferida contra ele (casos em que será chamada de extradição executória ou executiva),⁴ evitando-se a impunidade. Portanto, ao se basear na comunicação entre os Estados em matéria penal, ela garante que os Estados não só efetivamente exerçam a sua jurisdição em casos delitivos, mas igualmente articulem-se em prol do combate à criminalidade – especialmente quando se trata de um ambiente de integração regional, como o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), em que se trabalha “para a progressiva implantação de políticas que permitam a livre circulação de pessoas”.⁵

Nesse passo, considerando a facilidade de circulação de indivíduos nesse ambiente, o presente escrito tem como objetivo geral debater o instituto da extradição no plano do MERCOSUL, notadamente a partir do Acordo sobre o tema firmado entre os Estados Partes do bloco em 1998. Em especial, procura-se analisar os requisitos da especialidade e da necessidade de prisão cautelar para fins de extradição complementar intrabloco e os seus efeitos. E com este intuito, tomar-se-á como base um julgado do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, de 2016, que versa sobre a extradição do Uruguai de cidadão brasileiro condenado por tráfico de drogas no Brasil, que aborda justamente tais particularidades, buscando

2 JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo; ARBUET VIGNALI, Heber; y PUCEIRO RIPOLL, Roberto. *Derecho Internacional Público*, vol. 4, 2ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitária, 1996, p. 27.

3 Mello discorre que, diferentemente da extradição *compulsória*, em que o Estado procede com a retirada do indivíduo do território nacional em função da existência de um pedido formal realizado por outro Estado, a extradição *espontânea* seria uma forma imprópria do instituto, vez que não contemplaria os elementos básicos dessa ferramenta comunicativa que é justamente a solicitação - ativa - de um Estado a outro para que este lhe envie aquele que é buscado pela justiça, não podendo ser considerada uma extradição propriamente dita (MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, Vol. 2, 11ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 860). No caso, a extradição espontânea não pode ser confundida com a extradição *voluntária*, também chamada de simplificada, constante no artigo 27 do ‘Acordo de Extradição entre os Estados Partes do MERCOSUL, na qual o extraditando anui em se entregar ao Estado requerente, após a realização do pedido pelo Estado requerente e de tomar conhecimento de todos os direitos que se encerrarão quando abrir mão do procedimento formal de extradição (*compulsório*).

4 DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradição no Alvorecer do Século XXI*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 48.

5 BRASIL. MERCOSUL, *Perguntas Frequentes*, Brasília, s./d. Disponível em www.mercosul.gov.br/perguntas-frequentes, acesso em 20 mai. 2020.

verificar se as autoridades judiciárias brasileiras interpretaram de maneira correta o documento mercosulino.

Assim, após uma análise dos aspectos legais constantes no Acordo e da explanação do caso, ponderar-se-á acerca dos desdobramentos deste, demonstrando como o Direito do MERCOSUL em sede de cooperação jurídica em matéria penal é aplicado no Brasil. Para tanto, esta pesquisa de natureza aplicada seguirá o método indutivo-dedutivo, sendo realizada através dos procedimentos bibliográfico e documental, selecionados qualitativamente, e cujos objetivos serão analisados desde os modelos descritivo e exploratório.

II. Marco normativo

A extradição no âmbito do MERCOSUL tem como marco normativo o ‘Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL’ (doravante ‘Acordo’), concluído no Rio de Janeiro em 10 de dezembro de 1998⁶ – documento internalizado no Brasil por intermédio do Decreto N° 4.975 de 2004, o qual está em vigor internacional para todos membros do bloco desde 1° de janeiro de 2004.⁷ Neste documento é que são encontradas as condições formais para a entrega a um Estado Parte de “indivíduo acusado de haver cometido crime de certa gravidade ou que já se ache condenado por ele”.⁸

Em seu artigo 1°, o Acordo cria uma obrigação entre os Estados Partes do bloco para que entreguem às autoridades competentes de seus pares todo e qualquer indivíduo que for buscado pela justiça e que se encontre em seu território, a fim de que o mesmo possa ser devidamente processado ou tenha a sua pena privativa de liberdade devidamente executada. Acerca disso, importa dizer que se, em geral, o instituto da extradição é fundado em promessa de reciprocidade entre os Estados ou em obrigação internacional assumida pelos mesmos, o artigo primeiro deixa claro que se trata de um compromisso formal cujo pleito não pode ser rejeitado quando realizado pelas autoridades competentes de outro

6 MERCOSUL, Conselho Mercado Comum. Decisão N° 14/98 – Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL, em: R. Seitenfus (Org.), *Legislação Internacional*, 2ª ed., Barueri, Manole, 2009, pp. 1110-1116.

7 BRASIL, Presidência da República. *Decreto N° 4.975 de 2004*, publicado no D.O.U em 2 de fevereiro de 2004. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/D4975.htm, acesso em 20 mai. 2020.

8 ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 422.

Estado Parte segundo os termos do Acordo, tal como poderia ocorrer quando fundado em ato de natureza política soberano – como a promessa – a ser adotado pelo Poder Executivo de maneira pontual, caso a caso.⁹

Já o artigo 2º trata dos delitos que dão causa à extradição no âmbito do bloco, guardando, em razão disso, relação com os artigos 4º e 9º deste mesmo diploma legal. Assim, cumpre dizer que o Acordo estipula a necessidade de que o crime seja (a) tipificado em ambos os países, independentemente da denominação específica que o mesmo por ventura possa receber no direito interno de cada Estado; (b) que a pena prevista seja a privativa de liberdade,¹⁰ (c) com duração máxima de ao menos dois anos em casos cujo processo não tenha iniciado ou ainda esteja em curso, ou de seis meses nos casos em que já houver condenação e se busque a extradição para fins de execução da pena, e (d) que ela não esteja prescrita em nenhum dos Estados (requerente e requerido). Outrossim, note-se que nos casos em que a qualificação do fato constitutivo do delito for modificada no Estado requerente no curso do processo,¹¹ a ação somente poderá prosseguir nesse país se a nova qualificação permitir a extradição e todos os demais requisitos forem preenchidos.

Ao seu turno, nos artigos 5º, 6º e 30º encontram-se algumas limitações quanto à possibilidade de se proceder com a extradição no âmbito do MERCOSUL. Em primeiro lugar, de maneira excepcional e devidamente fundamentada, o Estado requerido poderá denegar o pedido de extradição quando o seu cumprimento for considerado contrário à segurança, à ordem pública ou a outros interesses essenciais do Estado. Já tratando especificamente do tipo de delito, o Acordo dispõe que não se procederá com a extradição à nível do bloco quando os crimes tiverem natureza exclusivamente militar ou sejam considerados políticos ou conexos a estes por parte do Estado requerido, cabendo, neste caso, às autoridades competentes deste país procederem com uma análise

9 DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradição no Alvorecer do Século XXI*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 31-32.

10 Importante alertar que o artigo 1º do Acordo determina a possibilidade de extradição para fins de *execução* de pena já aplicada ao extraditando quando esta for privativa de liberdade, logo, referindo-se expressamente aos casos em que o extraditando já fora condenado. Outrossim, o artigo 2º, ao listar os requisitos mínimos, traz que a pena *prevista* para determinado crime cometido pelo extraditando, deve ser, em ambas as nações, a privativa de liberdade, por conseguinte, referindo-se aos casos em que ainda não há condenação. Alerta-se, porém, que não necessariamente a pena no Estado requerente ao final do processo penal será a privativa de liberdade, vez que esta depende da previsão normativa doméstica acerca da execução das penas.

11 A *definição* jurídica é irrelevante; o que importa é justamente a conduta (qualificação do fato) do agente. Se esta ainda for considerada antijurídica em ambos os países, recebendo, apenas, uma alteração em sua qualificação *jurídica* (acepção/conceito), pode-se prosseguir com a acusação do extraditando. Cf. ARAÚJO JÚNIOR, João M. “Extradição: alguns aspectos fundamentais”, *Revista Forense*, ano 90, vol 326, pp. 61-77, abr./jun. 1994, p. 68.

completa e minuciosa dos fatos que conduziram ao pedido extradicional¹², não bastando a mera alegação de que os motivos ou os fins eram políticos para que se tenha caracterizado o delito.¹³

Todavia, diferentemente do que ocorre no plano interno brasileiro,¹⁴ restam explicitamente excluídas das hipóteses de configuração de crime político, independentemente da análise do Estado requerido, as seguintes condutas: atos que atentem contra a vida de Chefe de Estado, de Governo, de outras autoridades nacionais/locais ou de seus familiares; atos que atentem contra a vida, integridade física ou liberdade de pessoas que tenham direito à proteção diplomática; crimes puníveis pelo Tribunal Penal Internacional; atos de pirataria marítima e atos terroristas, incluindo-se aqui o uso de bombas, armas de fogo, granadas ou qualquer outro artefato ou mecanismo que possa causar perigo generalizado à população ou comoção pública, ou, ainda, que atentem contra a economia do país, seu patrimônio cultural ou ecológico.

Ato contínuo, nos artigos 7º, 8º, 10º, 11º e 12º, abordam-se outras limitações – estas relativas à pessoa. De início, cabe dizer que a pessoa não poderá ser extraditada do país de que for nacional (nato ou naturalizado), seja por limitações constitucionais, seja pela previsão do próprio Acordo. No entanto, nesses casos, poderá o Estado requerido proceder com o julgamento de seu nacional, na sua própria jurisdição, bastando que o Estado requerente apresente o pedido extradicional para que assim possa-se proceder. Situação semelhante ocorre quando se trata de pessoa reclamada menor de 18 anos à época dos fatos, posto que, nesse caso, não se procederá com a extradição, mas caberá ao Estado requerido tomar as medidas corretivas previstas no seu ordenamento jurídico interno para tais fatos, tal como se estes tivessem sido praticados em seu território.

12 RUSSOMANO, Gilda. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*, 3ª ed, São Paulo, RT, 1981, p. 96.

13 Consoante a doutrina “os crimes políticos são conjecturados como aqueles que ofendem diretamente a vida do Estado, com apelo a violência, na intenção de lesar ou gerar um grave risco à organização política para desestabilizá-la, atingindo bens estatais (próprios) – os quais podem vir a afetar também interesses privados (impróprios). [...] Exemplos de crimes políticos “são encontrados em leis nacionais esparsas [...]; no Brasil eles estão presentes na Lei Nº 6.683/79 (Lei da Anistia) e na Lei Nº 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional)” (CARDOSO, Tatiana de A. F. R., “As Arbitrariedades do caso Cesare Batisti no STF: uma crítica à luz da Hermenêutica Jurídica”, *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa, a. 2, n 6, pp. 4743-4781, 2013, p. 4765).

14 De acordo com a Lei de Migrações brasileira, art. 82§4º, algumas das hipóteses listadas no Acordo *poderiam ser* consideradas crimes políticos, estando sujeitas a análise do Supremo Tribunal Federal, autoridade competente para analisar os pedidos de extradição no país, tais como o atentado contra chefe de Estado ou quaisquer autoridades, bem como crime contra a humanidade, crime de guerra, crime de genocídio e terrorismo. Cf. BRASIL, *Lei Federal Nº 13.445 de 2017*, publicado no D.O.U em 25 de maio de 2017. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm, acesso em 20 mai. 2020.

Além disso, não se procederá com a extradição quando a pessoa possa vir a ser ou tenha sido julgado por tribunal de exceção ou *ad hoc*. Ademais, quando o extraditando já tenha sido julgado, indultado, anistiado ou tenha obtido graça pelo Estado requerido com respeito aos atos que fundamentam o pedido do Estado requerente, ele não poderá ser extraditado. Por fim, é possível denegar-se a extradição quando a pessoa esteja sendo julgada no Estado requerido pelos mesmos fatos que ensejaram o pleito extradicional por parte do Estado requerente.^{15,16}

E para além destes pressupostos de admissibilidade, o Acordo prevê outros limites, os quais igualmente deverão ser analisados pelo Estado requerido quando do processamento de um pedido de extradição feito por outro país do MERCOSUL, previstos nos artigos 13º, 16º e 17º, acerca do tipo de pena, da detração do período de encarceramento já cumprido e do direito de defesa. Assim, impende dizer que não será possível aos Estados Partes do bloco aplicarem pena de morte ou de prisão perpétua privativa de liberdade,¹⁷ sendo ainda necessário que a pena aplicada no Estado requerente não seja superior à pena máxima admitida na legislação penal do Estado requerido e que o período em que a pessoa restou detida na origem para fins de extradição seja computado na pena a ser cumprida no Estado requerente. E justamente para garantir que estes requisitos sejam seguidos ao lado das demais condições expressas no Acordo, é que nele igualmente se garante a assecuração de todos os direitos e garantias de defesa ao extraditando, incluindo-se a assistência por defensor público e intérprete, se necessário.¹⁸

15 Caso sejam diferentes, nos termos do artigo 23 do Acordo é possível que a extradição ocorra, sem prejuízo da prescrição punitiva, apenas quando da conclusão do processo penal ou do próprio cumprimento de pena no Estado requerido, caso esta seja superior àquela que ele poderia receber/recebera no país requerente. Isso porque, se a pena for inferior, “proceder-se-á à entrega sem demora”.

16 É possível que existam pedidos concorrentes entre outros Estados Partes do bloco pelo mesmo delito, de maneira que o Estado requerido, conforme o artigo 25 do Acordo, irá dar preferência: “(a) ao Estado em cujo território se houver cometido o delito; (b) ao Estado em cujo território tenha residência habitual a pessoa reclamada; (c) ao Estado que primeiro apresentou o pedido”. E no caso de “os pedidos se referirem a delitos distintos, o Estado Parte requerido, segundo sua legislação, dará preferência ao Estado que tenha jurisdição relativamente ao delito mais grave [consoante o que prescreve a legislação do Estado requerido]. Havendo igual gravidade, dar-se-á preferência ao Estado que primeiro apresentou o pedido”.

17 Nos termos do artigo 18(5) do Acordo, quando da realização do envio do pedido de extradição, o Estado requerente enviará concomitantemente uma declaração na qual assume o compromisso de não aplicar a pena de morte ou a pena de prisão perpétua privativa de liberdade.

18 Essa previsão está de acordo com a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à qual todos os signatários do tratado em comento estão vinculados, na medida em que ela assegura a todos os cidadãos situados nesses países as garantias e proteções judiciais mínimas. Inclusive, pode-se dizer que ela vai ao encontro com a determinação da Corte de que os Estados “*tom[em] las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz; en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención [Americana de Derechos Humanos]*” (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos vs. Peru*, sentença de mérito publicada em 14 de março de 2001, para. 42. Disponível em <http://www>

No que tange ao procedimento a ser seguido, este vem descrito no artigo 18º do Acordo. Segundo tal dispositivo, o pedido de extradição será encaminhado por via diplomática,¹⁹ não havendo menção expressa sobre o seu eventual diligenciamento por autoridades centrais²⁰ específicas.²¹ O pedido de extradição, portanto, deverá ser instruído ou pelo original ou cópia do mandado de prisão ou de ato equivalente emanado por autoridade competente nos casos de ‘extradição processual’; ou pelo original ou cópia da sentença condenatória, somado à certidão de que a mesma não foi cumprida no todo ou em parte, nos casos de ‘extradição executória’.

Ainda nos termos do supracitado artigo 18º, em ambos os casos, porém, ainda se faz necessário que sejam incluídos documentos que (a) descrevam os fatos pelos quais se requer a extradição, com indicações precisas sobre local, data, natureza e qualificação delituosa; (b) permitam a identificação total do extraditando, desde a identidade, nacionalidade,

corteidh.or.cr/casos.cfm, acesso em 23 mai. 2020).

19 Refere-se aqui ao trâmite realizado através do Ministério das Relações Exteriores – entidade do Poder Executivo encarregado de colocar o Estado em contato com os outros. CAHALI, Yussef Saïd, *Estatuto do estrangeiro*, São Paulo, Saraiva, 1983, p. 362.

20 Apesar disso, essa possibilidade é prevista no art. 81§1º da Lei de Migrações brasileira. Cf. BRASIL, *Lei Federal Nº 13.445 de 2017*, publicado no D.O.U em 25 de maio de 2017. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm, acesso em 20 mai. 2020. Aliás, desde a criação do ‘Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça’ (DRCI), atrelado ao Ministério da Justiça (MJ) brasileiro, entende-se que esta é a autoridade a ser utilizada para fins de contato com outras nações para a realização da cooperação jurídica internacional, inclusive penal – exceto quando houver designação específica de outra entidade nacional em tratado. Além disso, cumpre dizer que com a entrada em vigor do Decreto Nº 8.668 de 2016, substituído pelo Decreto Nº 9.662 de 2019, o trâmite das medidas de cunho compulsório relativos à extradição no Brasil serão realizadas pelo DRCI, em detrimento do Ministério das Relações Exteriores. Cf. BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública, *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*, Brasília, s./d. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal>, acesso em 23 mai. 2020.

21 Na atual estrutura mercosulina, o ‘Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais’, assinado em San Luis, Argentina, em 25 de junho de 1996, prevê a designação de autoridades centrais para fins de cooperação jurisdicional. Apesar disso, não está compreendido no âmbito deste tratado a cooperação para fins extradiçãoais. Cf. o texto deste documento em: BRASIL, Presidência da República, *Decreto Nº 3.468 de 2000*, publicado no D.O.U em 18 de maio de 2000. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3468.htm, acesso em 25 mai. 2020. Por oportuno, cumpre lembrar a aprovação no âmbito do bloco, em 2010, na cidade de Foz do Iguaçu, Brasil, do ‘Acordo sobre Mandado MERCOSUL de Captura e Procedimentos de Entrega entre os Estados Partes do MERCOSUL e Estados Associados’, que prevê a possibilidade de utilização de autoridades centrais para fins de assistência jurídica voltada à captura de pessoas procuradas pelas jurisdições parceiras, o qual ainda não está em vigor. Cf. o texto deste documento em: BRASIL, Câmara dos Deputados, *Decreto Legislativo Nº 138 de 2018*. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declleg/2018/decretolegislativo-138-9-agosto-2018-787060-acordo-156145-pl.html>, acesso em 25 mai. 2020. Sobre o ‘Mandado MERCOSUL de Captura’, cf. também: RIBEIRO, Roberto Rubem. “Mandado de Captura do MERCOSUL”. *Cadernos da Academia Nacional de Polícia*, Brasília, nº 16, pp. 1-74, 2012; e RUSSOWSKY, Iris Saraiva. *O mandado de detenção na União Europeia: um modelo para o MERCOSUL*, 217f., Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, 2011. Disponível em <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/39528>, acesso em: 26 mai. 2020, pp. 96-100.

domicílio/residência a, se possível, fotografia e impressões digitais; e (c) apresentem os textos legais do país solicitante que tipificam e sancionam o delito que motiva o pedido extradicional, assim como as informações acerca de sua prescrição – detalhes esses que se mostram essenciais para determinar os limites da própria ação do Estado requerente caso venha a ser outorgado o pleito extradicional, uma vez que a pessoa a ele entregue não será detida, julgada nem condenada por outros delitos cometidos senão aqueles devidamente descritos no pedido, consoante o artigo 14º do Acordo.²² Em tempo, frisa-se que esta documentação deve vir acompanhada de versão traduzida para o idioma do Estado requerido, prescindindo, outrossim, de legalização, nos termos dos artigos 20º e 19º do Acordo, respectivamente.

Ao mesmo tempo em que solicitam a extradição da pessoa reclamada,²³ as autoridades competentes do Estado requerente também poderão encaminhar, por via diplomática ou através da Organização Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL), um pedido de prisão preventiva da mesma para assegurar o procedimento extradicional. Neste, consoante o prescrito pelo artigo 29º do Acordo, deverá ser assinalada a data e os atos que motivaram o pedido, bem como o tempo e o local de sua ocorrência, além de dados de filiação e outros que permitam a identificação da pessoa cuja prisão se requer.

Caso seja necessário o envio de documentos adicionais em razão de os mesmos serem insuficientes ou defeituosos, uma vez notificado pelo Estado requerido, o país solicitante terá o prazo de 45 dias corridos para saná-los, passíveis de prorrogação por mais 20 dias corridos quando devidamente justificado, consoante o prescrito pelo artigo 21º do Acordo, sob pena de arquivamento do pedido. No entanto, se não forem necessários ajustes, o pedido será analisado sem demora pelo Estado requerido, o qual, após os trâmites domésticos, informará por via diplomática a sua decisão.

22 As únicas possibilidades de contornar essas limitações seriam através de um ‘pedido de extensão de extradição’ solicitado pelas autoridades competentes do Estado requerente ao país onde se encontra o extraditando, nos termos do artigo 14(1)(b) e 14(2); ou se pessoa extraditada, podendo abandonar o território do país requerente ao qual foi entregue, nele permanecer voluntariamente por mais de 45 dias corridos ou a ele regressar após tê-lo abandonado legalmente, com fulcro no artigo 14(1)(a) do Acordo.

23 O pedido de prisão preventiva poderá, inclusive, anteceder o pedido de extradição, como se absorve da leitura do artigo 29(4). Contudo, nesse caso, se a pessoa reclamada for presa e não for formalizado o pedido de extradição em até 40 dias corridos a contar da data de notificação da sua prisão no Estado requerido, ela será posta imediatamente em liberdade. Um eventual novo pedido de prisão preventiva não será obstado; porém, ele só poderá ser feito mediante pedido formal de extradição por parte do Estado requerente, nos termos do artigo 29(5) do Acordo.

Com fulcro no artigo 22º do Acordo, a decisão poderá ser denegatória, no todo ou em parte, sendo necessário, em ambos os casos, que o seu teor seja devidamente fundamentado. De outra banda, no caso de concessão da extradição, o Ministério das Relações Exteriores ficará incumbido de comunicar essa decisão à Missão Diplomática do Estado solicitante, informando-a da duração da detenção já cumprida pelo extraditando quando da análise do procedimento extradicional no âmbito doméstico, assim como do local e da data para a entrega do indivíduo.

Se o Estado requerente, porém, não retirá-lo em até 30 dias corridos da data da notificação dos trâmites, o extraditando será posto em liberdade, podendo ser este um motivo para denegar-se um eventual novo pedido de extradição, haja vista ser ele o encarregado pelo custeio das despesas ocasionadas em seu território em consequência da detenção do extraditando, como prevê o artigo 28º – salvo em caso de força maior ou de enfermidade grave, devidamente comprovada, quando será possível acordar uma nova data para a realização da entrega do extraditando.

Desta feita, examinados os termos gerais do ‘Acordo de Extradição entre os Estados Partes do MERCOSUL’, passa-se à análise do ‘Recurso em *Habeas Corpus* N° 59.666/RS’, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, a fim de que, ao problematizar-se o tema, explicitem-se ainda mais as pormenoridades dessa normativa mercosulina.

III. A decisão judicial

A decisão judicial que dá base para este comentário é um acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) publicado em 15 de março de 2016 que julgou um Recurso em *Habeas Corpus* oriundo do Rio Grande do Sul (RS), em que se pleiteava o relaxamento de prisão preventiva de uma pessoa que ainda aguardava julgamento por crime de lavagem de dinheiro, em função da demora excessiva do trâmite do pedido de extensão de extradição solicitado pelas autoridades brasileiras à República Oriental do Uruguai (doravante ‘Uruguai’). Outrossim, para que se possa compreender os motivos que levaram à interposição deste Recurso Ordinário Constitucional (ROC), faz-se imperioso um resgate acerca de todo o trâmite processual deste caso.

Essa situação tem como origem a Ação Penal de N° 2054827-27.2013.4.04.7100/RS, de autoria do Ministério Público Federal em face

de José Paulo Vieira de Mello, apresentada em meados de 2012 perante à Justiça Federal de Porto Alegre/RS, referente à suposta prática de lavagem de dinheiro proveniente de tráfico internacional de entorpecentes realizado na fronteira entre o Brasil e o Paraguai pelo réu e outros cinco acusados.²⁴ Quando da distribuição da referida Ação Penal, José Paulo encontrava-se preso em Montevidéu, Uruguai, desde junho de 2010, forte na sua captura ante a existência de um mandado internacional de prisão expedido contra ele (processo MJ N° 08001.007868/2004-74).²⁵

Tal mandado de prisão, porém, tinha como origem outro processo criminal – a Ação Penal N° 2006.71.04.003648-6/RS de autoria do Ministério Público Federal também em face de José Paulo Vieira de Mello, apresentada nos anos 2000 perante à Justiça Federal de Passo Fundo/RS, referente à suposta prática de tráfico internacional de entorpecentes e associação para tais fins. Nessa ação, José Paulo fora condenado em 2007 pela prática de ambos os crimes, tendo sido essa decisão confirmada, em parte, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) em 2009.²⁶

A única reforma realizada pelo TRF4 fora no sentido de substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, devendo o mesmo, quando capturado, cumprir uma pena de 03 anos, 10 meses e 20 dias no regime aberto. Forte nisso, o mandado de prisão preventiva contra ele expedido fora revogado,²⁷ mantendo-se, porém, o mandado de prisão para cumprimento da sentença, o qual fora efetivado pelas autoridades uruguaias, dando início ao processo de extradição de José Paulo ao Brasil, cuja formalização ocorrera em 20 de novembro de 2013,²⁸ tendo o extraditando chegado ao Brasil em 20 de dezembro de 2013.²⁹

24 BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DE PORTO ALEGRE. *Ação Penal N° 5024827-27.2013.4.04.7100/RS*, Juiz Guilherme Beltrami, 7ª Vara Federal, Julgado e publicado em 16 de junho de 2017

25 BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DE PORTO ALEGRE. *Ação Penal N° 2006.71.04.003648-6*, Juiz Rodrigo Becker Pinto, 3ª Vara Federal, Julgado em 20 de abril de 2007, Publicado no Boletim JF 39/2007 em 27 de abril 2007, eventos ns. 155 e 161; BOLÍVIA e Paraguai também investigavam traficante gaúcho preso no Uruguai, *Jornal O Pioneiro*, notícia veiculada em 07 jun. 2010. Disponível em: pioneiro.clicrbs.com.br/rs/noticia/2010/06/bolivia-e-paraguai-tambem-investigavam-trafficante-gaucha-preso-no-uruguai-2929639.html, acesso em 25 mai. 2020.

26 BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DE PASSO FUNDO. *Ação Penal N° 2006.71.04.003648-6*, Op. cit.

27 Isso advém da manutenção por parte do magistrado que, na sentença de primeira instância, manteve o mandado de prisão preventiva contra o réu em função de o mesmo não ter sido localizado desde a fase inquisitorial para que o mesmo pudesse apelar da decisão, o que não feriria o entendimento vigente à época de que a prisão apenas se daria após o trânsito em julgado dos recursos nas instâncias superiores à luz do princípio de presunção de inocência. Cf. BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DE PASSO FUNDO, *Ação Penal N° 2006.71.04.003648-6*, Juiz Rodrigo Becker Pinto, 3ª Vara Federal, Julgado em 20 de abril de 2007, publicado no Boletim JF 39/2007 em 27 de abril 2007, evento N° 100 (sentença, p. 16-17).

28 BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DE PORTO ALEGRE. *Ação Penal N° 5024827-27.2013.4.04.7100/RS*, Op. cit., p. 4.

29 BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso em Habeas Corpus N° 59.666/RS*, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 08 de março de 2016, Publicado no DJe em 15 de março de 2016, evento

No entanto, no âmbito da Ação Penal que ainda tramitava perante 7ª Vara de Porto Alegre, foi decretada *nova* prisão cautelar de José Paulo em 28 de novembro de 2013, de maneira que o mesmo foi conduzido do Uruguai à Penitenciária Estadual de Charqueadas/RS. Essa prisão cautelar teve como pressuposto a solicitação de extensão de extradição realizada pelo DRCI (pedido MJ N° 08018.006816/2010-40) a pedido da Justiça Federal de Passo Fundo/RS às autoridades uruguaias, com base no Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL, para que José Paulo pudesse ser julgado pelo Juízo Federal de Porto Alegre por *outros* crimes, diferentes daqueles em que já fora condenado em Passo Fundo e que foram cometidos antes do pedido de extradição originário ter sido apresentado. Afinal,

O Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL (Decreto N° 4.975/04) prevê a impossibilidade de julgamento do extraditando *por outros delitos cometidos previamente à data de solicitação da extradição, e não contidos nesta*, salvo se as autoridades competentes do Estado Parte Requerido *consentirem na extensão da extradição* (artigo 14, item 1, letra *b*), daí por que se fez necessária a formalização, neste processo [de Porto Alegre], do pedido de extensão da extradição requerida pela Vara Federal Criminal de Passo Fundo/RS. Além disso, referido Acordo exige, como condição para a extradição de *indivíduo não condenado*, a remessa do original ou da cópia do *mandado de prisão ou de ato de processo criminal equivalente, conforme a legislação do Estado Parte requerido, emanado de autoridade competente* (artigo 18, item 2) – grifos no original.³⁰

Portanto, baseando-se no fato de que ainda não havia sido proferida sentença na Ação Penal que tramitava perante a 7ª Vara Federal de Porto Alegre/RS, entendeu-se que era necessário, nos termos do Acordo, decretar (novamente) a prisão preventiva do réu, suprimindo, com isso os requisitos formais do tratado. Todavia, este fato ensejou a suspensão da Ação Penal até que o Uruguai respondesse ao pleito do judiciário brasileiro, restando o réu preso até segunda ordem.³¹ Transcorridos mais de um ano e meio, não havia ainda nenhum posicionamento concreto por

N° 48 (acórdão, p. 3).

30 BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DE PORTO ALEGRE. *Ação Penal* N° 5024827-27.2013.4.04.7100/RS, Juiz Guilherme Beltrami, 7ª Vara Federal, Julgado e publicado em 16 de junho de 2017, evento N° 48 (despacho, p. 3).

31 BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DE PORTO ALEGRE. *Ação Penal* N° 5024827-27.2013.4.04.7100/RS, Juiz Guilherme Beltrami, 7ª Vara Federal, Julgado e publicado em 16 de junho de 2017, evento N° 370 (sentença, p. 5).

parte do Uruguai quanto ao pedido de extensão realizado.³²

Em função disso é que a defesa do acusado impetrou *habeas corpus* perante o TRF4, alegando que não teriam sido “atendidos os requisitos do art. 312 do Código Processual Penal [brasileiro], visto que a prisão preventiva se base[ar]ia em conclusão vaga e abstrata acerca da real necessidade de garantir a aplicação da lei penal, sem vínculo com a situação fática concreta”.³³ Não só isso, sustentaram os advogados do réu que havia um excesso de prazo na instrução criminal, de maneira que não poderia o mesmo “esperar indefinidamente pela apreciação do pedido de extensão da extradição”, exigindo o relaxamento da prisão do acusado, inclusive, para que o mesmo possa usufruir da progressão de regime já deferida execução da pena proferida no âmbito da Ação Penal de Passo Fundo/RS.³⁴

O processo foi autuado sob o N° 5005472-20.2015.404.0000 e a ordem foi denegada pelo TRF4,³⁵ motivando a defesa a interpor um ROC perante o STJ contra a decisão denegatória de *habeas corpus* proferida em segunda instância³⁶ – sendo este o acórdão sob análise neste comentário. Especificamente, o ROC foi autuado como ‘Recurso em *Habeas Corpus* N° 59.666/RS’, tendo como Relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, o qual monocraticamente indeferiu a limitar requisitada pela defesa do réu pautada na existência de um “manifesto constrangimento ilegal” em 30 de junho de 2015.³⁷

Outrossim, em 08 de março de 2016, a Sexta Turma do STJ deu provimento ao pleito da defesa de José Paulo, garantindo o relaxamento da prisão preventiva em função do sobrestamento da Ação Penal de N° 2054827-27.2013.4.04.7100/RS, que tramita em Porto Alegre/RS, cuja demora configura em excesso de prazo não provocada pelo acusado.³⁸

32 BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DE PORTO ALEGRE. *Ação Penal* N° 5024827-27.2013.4.04.7100/RS, Op. cit., p. 5.

33 BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DE PORTO ALEGRE. *Recurso em Habeas Corpus* N° 59.666/RS, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 08 de março de 2016, Publicado no DJe em 15 de março de 2016, evento n° 48 (acórdão, p. 3).

34 BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DE PORTO ALEGRE, *Recurso em Habeas Corpus* N° 59.666/RS, Op. cit., p. 5.

35 BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª REGIÃO. *Habeas Corpus* N° 5005472-20.2015.404.0000, Relator Des. Leandro Paulsen, 8ª Turma, julgado em 25 de março de 2015, publicado em 31 de março de 2015, eventos N° 21 e 25.

36 MOUGENOT, Edson. *Curso de Processo Penal*, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2019, cap. XL [versão eletrônica].

37 BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso em Habeas Corpus* N° 59.666/RS, Op. cit. (decisão, p. 2).

38 BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso em Habeas Corpus* N° 59.666/RS, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 08 de março de 2016, Publicado no DJe em 15 de março de 2016, evento N° 48 (acórdão, p. 12-13).

Ademais, os ministros, por unanimidade, entenderam que os magistrados de primeira e segunda instância se equivocaram ao compreender que o decreto de prisão preventiva seria necessário para viabilizar o pedido de extensão da extradição, afirmando que os itens indispensáveis seriam apenas aqueles constantes no artigo 18(4) do Acordo, não se somando a estes o previsto no artigo 18(2), que trata do envio do original ou cópia do mandado de prisão ou ato equivalente.³⁹

Restou assim ementado o acórdão em comento:

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO. PEDIDO DE EXTENSÃO DE EXTRADIÇÃO. DOCUMENTOS NECESSÁRIOS. DECRETO PREVENTIVO. NÃO OBRIGATORIEDADE. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. ART. 312 DO CPP. FATO NOVO. SUPERVENIÊNCIA DE EXTRADIÇÃO. EXECUÇÃO DE PENA POR OUTRO PROCESSO. EXCESSO DE PRAZO. DOCUMENTAÇÃO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA. INADMISSIBILIDADE. PROVIMENTO PARA RELAXAR A PRISÃO. 1. Decreto preventivo não é documento necessário para instruir o pedido de extensão de extradição, conforme se depreende do art. 18, item 4, do Acordo de Extradicação entre Estados Partes do MERCOSUL (Decreto N° 4.975/2004). 2. O Juiz de primeira instância apontou concretamente a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, indicando motivação suficiente para justificar a necessidade de colocar o paciente cautelarmente privado de sua liberdade, pois ressaltou o alto risco de o recorrente evadir-se, bem como a necessidade do decreto preventivo para viabilizar a extensão da extradição. 3. A superveniência de extradição para o território nacional e cumprimento de pena por outro processo alteram o contexto fático, de modo a suprimir, no caso, o *periculum libertatis*, consistente no risco de evasão. 4. Em que pese a complexidade do feito, a prisão preventiva foi decretada em 28/11/2013 e, desde então, a ação penal não teve andamento, pois aguarda o trâmite do procedimento de extensão de extradição, cuja mora configura excesso de prazo. 5. Não pode ser utilizado como prova documento em língua estrangeira desacompanhado de tradução juramentada. 6. Recurso ordinário provido para relaxar a prisão do recorrente.⁴⁰

39 BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso em Habeas Corpus* N° 59.666/RS, Op. cit., p. 9.

40 BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso em Habeas Corpus* N° 59.666/RS, Op. cit.

Assim sendo, foi concedida liberdade provisória a José Paulo, não obstante terem sido impostos alguns requisitos, tais como o seu “comparecimento trimestral em Juízo para informar e justificar suas atividades e residência, bem como a todos os atos processuais em que fo[sse] solicitada sua presença, além da proibição de ausentar-se da Subseção Judiciária de Porto Alegre/RS sem autorização”.⁴¹

Após essa “vitória” nas cortes superiores brasileiras, a defesa voltou a sustentar a interpretação equivocada por parte do judiciário brasileiro do ‘Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL’, tecendo na resposta à acusação, dentre outros argumentos, que a ação não poderia prosseguir em virtude da inexistência de resposta por parte do governo uruguaio do pedido de extensão de extradicação, sendo esta uma violação do artigo 14(1) do citado documento, o qual impede que o extraditando seja julgado por delitos cometidos previamente à data de solicitação da extradicação⁴² – fundamento este que fora rejeitado pelo magistrado ao proferir sua sentença em 16 de junho de 2017.

Na sentença da Ação Penal que tramitava em Porto Alegre/RS, o magistrado compreendeu que seriam aplicáveis os artigos 14(1)(a) e 27 do Acordo. No que tange ao primeiro, o qual diz respeito ao acusado que estiver a mais de 45 dias no Brasil desde a sua libertação, poder ser julgado por crimes para além do pleito extradicional, entendeu o juiz de primeira instância que José Paulo poderia ser julgado pelos atos pretéritos a tal pedido constantes nessa Ação por já estar em liberdade há mais de um ano; já em relação ao segundo dispositivo legal, o qual trata da extradicação simplificada, em que o acusado expressa anuência em se entregar ao Estado requerente sem o procedimento formal extradicional, entendeu o magistrado que o acusado teria expressamente anuído com o seu processamento por este Juízo quando requereu o seu relaxamento de prisão, acatando as imposições feitas pelo Judiciário, de maneira que não haveria que se falar em ausência de condição para o exercício da Ação Penal.⁴³

Portanto, excluída essa preliminar, mesmo diante do não recebimento de resposta do pedido de extensão de extradicação formulado junto às autoridades uruguaias, as quais capturaram José Paulo em 2010, o acusado foi condenado pela prática de lavagem de dinheiro, tendo sido

41 BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DE PORTO ALEGRE. *Ação Penal* N° 5024827-27.2013.4.04.7100/RS, Juiz Guilherme Beltrami, 7ª Vara Federal, Julgado e publicado em 16 de junho de 2017, evento N° 370 (sentença, p. 6).

42 BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DE PORTO ALEGRE. *Ação Penal* N° 5024827-27.2013.4.04.7100/RS, Op. cit., p. 3.

43 BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DE PORTO ALEGRE. *Ação Penal* N° 5024827-27.2013.4.04.7100/RS, Op. cit. p. 7-8.

atribuída a ele uma pena de 04 anos e 08 meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, já considerando a parcial reforma do *decisum* por parte do TRF4, em 17 de dezembro de 2018⁴⁴ – fatos estes que ensejam uma análise pormenorizada dos requisitos da especialidade e da necessidade de prisão cautelar para fins de extradição suplementar e os seus efeitos, pois aparentemente controversos, cujo exame ocorrerá na sequência do texto.

IV. Análise do caso

Em razão da divergência encontrada nas cortes brasileiras referente ao caso de José Paulo acerca da correta interpretação do ‘Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL’, em especial, acerca do pedido de extensão de extradição, notadamente sobre o princípio da especialidade, constante no artigo 14 do tratado, e a necessidade de prisão cautelar, nos termos do artigo 18(2) do mesmo documento, e os seus efeitos, passa-se à análise pontual destes itens, a fim de verificar se as autoridades judiciárias brasileiras agiram corretamente.

1. O princípio da especialidade e a necessidade de prisão cautelar para fins de extradição suplementar

O princípio da especialidade é um requisito indispensável do procedimento extradicional, o qual deve ser preenchido em todo e qualquer caso⁴⁵. Ele tem como objetivo limitar os efeitos da extradição, impondo parâmetros intransponíveis ao Estado requerente para que este possa receber o extraditando, de maneira a assegurar os seus direitos fundamentais,⁴⁶ tal como seriam os mesmos preservados no país solicitado. Especificamente, ele diz respeito à impossibilidade de o extraditando ser processado ou condenado por delitos que não estejam contemplados no pedido de extradição formulado pelo Estado requerente.

Trata-se de uma regra comum, constante no Tratado Modelo de

44 BRASIL, Justiça Federal de Porto Alegre. *Ação Penal* N° 5024827-27.2013.4.04.7100/RS, Juiz Guilherme Beltrami, 7ª Vara Federal, Julgado e publicado em 16 de junho de 2017, evento N° 385.

45 Além da especialidade, há outros requisitos que devem ser preenchidos, os quais não apenas são encontrados no Acordo em comento, como apontamos no item II deste texto, mas em diversos tratados extradicionais. Para uma pesquisa completa acerca destes, em que pese antiga, cf. RUSSOMANO, Gilda, *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*, 3ª ed, São Paulo, RT, 1981, p. 66-115.

46 DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradicação no Alvorecer do Século XXI*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 26.

Extradição das Nações Unidas,⁴⁷ como também na legislação migratória brasileira.⁴⁸ No Acordo mercosulino em apreço, ela está presente pontualmente no artigo 14, cuja redação é a que segue:

ARTIGO 14 – Do Princípio da Especialidade

1. A pessoa entregue não será detida, julgada nem condenada, no território do Estado Parte requerente, por outros delitos cometidos previamente à data de solicitação da extradição, e não contidos nesta, salvo nos seguintes casos: (a) quando a pessoa extraditada, podendo abandonar o território do Estado Parte ao qual foi entregue, nele permanecer voluntariamente por mais de 45 dias corridos após sua libertação definitiva ou a ele regressar depois de tê-lo abandonado; (b) quando as autoridades competentes do Estado Parte requerido consentirem na extensão da extradição para fins de detenção, julgamento ou condenação da referida pessoa em função de qualquer outro delito.

2. Para tal efeito, o Estado Parte requerente deverá encaminhar ao Estado Parte requerido pedido formal de extensão da extradição, cabendo ao Estado Parte requerido decidir se a concede. O referido pedido deverá ser acompanhado dos documentos previstos no parágrafo 4 do Artigo 18 deste Acordo e de declaração judicial sobre os fatos que motivaram o pedido de extensão, prestada pelo extraditado com a devida assistência jurídica.⁴⁹

47 “Art. 14.1. Uma pessoa extraditada nos termos do presente tratado não deverá ser processada, condenada, detida, extraditada para um terceiro Estado, nem estar sujeita a qualquer restrição de liberdade pessoal no território do Estado requerente por qualquer crime cometido antes da rendição, exceto: (a) por um crime pelo qual a extradição tenha sido concedida; (b) por qualquer outro crime, autorizado pelo Estado requerido, autorização será concedida se o crime pela qual ela for requerida estiver sujeito a extradição de acordo com o presente Tratado. 2. Um pedido de autorização do Estado requerido nos termos do presente artigo deverá ser acompanhado dos documentos mencionados no artigo (sic) 5º do presente Tratado e de um registro legal de qualquer declaração feita pelo extraditado com relação ao crime. 3. O parágrafo 1º do presente artigo não se aplicará se a pessoa tiver (sic) oportunidade de deixar o Estado requerente, e não o tiver feito dentro dos (30/45) dias da dispensa final em relação ao crime pelo qual o indivíduo tiver sido extraditado ou se a pessoa voluntariamente tiver retornado para o território do Estado requerente após deixá-lo” (NAÇÕES UNIDAS, Assembleia Geral. Resolução 45/116 de 1990, “Tratado Modelo de Extradição”, em: Brasil, Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, *Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal*, Brasília, 2009. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf, acesso em: 28 mai. 2020).

48 “Art. 96. Não será efetivada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assumo o compromisso de: 1 - não submeter o extraditando a prisão ou processo por fato anterior ao pedido de extradição” (BRASIL, *Lei Federal Nº 13.445 de 2017*, publicado no D.O.U em 25 de maio de 2017. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm, acesso em 20 mai. 2020).

49 MERCOSUL, Conselho Mercado Comum. “Decisão Nº 14/98 – Acordo de Extradição entre os Estados Partes do MERCOSUL”, em: R. SEITENFUS (Org.), *Legislação Internacional*, 2ª ed., Barueri, Manole, 2009, pp.

Logo, o que se vislumbra é uma regra clara que permite o julgamento ou o cumprimento de pena por parte do extraditando apenas pelo delito descrito no pleito extradicional. Todavia, tal como ocorre nos demais documentos,⁵⁰ esse princípio admite exceções, de maneira que a “sua função limitadora pode ser superada através da chamada extradição supletiva ou complementar”,⁵¹ como se absorve da leitura do artigo 14(2) do Acordo. Ou seja, faz-se necessário obter uma permissão do Estado requerido para que se possa proceder com a persecução penal do acusado por crimes diversos daqueles constantes no pedido, sob pena de violação dos termos do tratado e, logo, do cometimento de ilícito internacional.⁵²

No âmbito do MERCOSUL, o pedido de ‘extensão de extradição’ (ou extradição suplementar⁵³) deve ser submetido pelo Estado ora requerente ao país onde o então extraditando foi capturado, por intermédio da via diplomática, acompanhado por uma declaração judicial sobre os fatos que motivaram o pedido de extensão, a ser prestada pelo indivíduo que fora extraditado, com a devida assistência jurídica, e pelos documentos previstos no artigo 18(4) do Acordo, quais sejam:

ARTIGO 18 – Do Pedido

[...] 4. Nas hipóteses referidas nos parágrafos 2 e 3, deverão, ainda, acompanhar o pedido: (i) descrição dos fatos pelos quais se requer a extradição, indicando-se o lugar e a data de sua ocorrência, sua qualificação legal e fazendo-se referência às disposições legais aplicáveis; (ii) todos os dados conhecidos quanto à identidade, nacionalidade, domicílio ou residência

1110-1116.

50 Deve-se pontuar que no Brasil, a exceção não consta na Lei de Migrações, mas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual advém desde a legislação migratória anterior – o Estatuto do Estrangeiro ou Lei Federal N° 6.815 de 1980 – que também a previa em seu artigo 91, parágrafo I, tendo como acórdão-paradigma: BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradição N° 571 – Governo da Suíça e Wermer Dubs*, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 07 de junho de 1995, publicado no DJ de 4 de agosto de 1995, p. 22440 *apud* GORAIEB, Elizabeth. *A Extradição no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Mauab, 1999, p. 56.

51 GORAIEB, Elizabeth. *A Extradição no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Mauab, 1999, p. 54.

52 “Art. 2. *Elements of an internationally wrongful act of a State* There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State” (NAÇÕES UNIDAS, International Law Commission. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf, acesso em: 26 mai. 2020)

53 Florisbal de Souza Del’Olmo identifica o uso dos dois termos na doutrina brasileira: enquanto o internacionalista Roberto Luiz Silva, professor da Universidade Federal de Minas Gerais prefere o termo ‘extradição suplementar’, o constitucionalista e hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, opta por ‘pedido de extensão’, tal como elegeu o MERCOSUL. Cf. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradição no Alvorecer do Século XXI*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, pp. 27-28.

da pessoa reclamada e, se possível, fotografia, impressões digitais e outros meios que permitam sua identificação; e, (iii) cópia ou transcrição autêntica dos textos legais que tipificam e sancionam o delito, identificando a pena aplicável, os textos que estabelecem a jurisdição do Estado Parte requerente para deles tomar conhecimento, assim como uma declaração de que a ação e a pena não estejam prescritas de acordo com sua legislação.⁵⁴

Assim sendo, note-se que dentre os documentos previstos nas alíneas do artigo 18(4), nenhuma menção é feita ao envio de original ou cópia do mandado de prisão para a solicitação da ‘extradição suplementar’; porém, deve-se ressaltar que o parágrafo quarto, em si, se dirige às hipóteses dos parágrafos segundo e terceiro do artigo 18, os quais se referem, respectivamente, à extradição de pessoa acusada e de pessoa condenada, sendo que no caso de extradição processual, faz-se necessário o original ou a cópia do mandado de prisão.

Noutros termos, o artigo 14(2) não traz a necessidade de se enviarem apenas os documentos previstos nas alíneas do artigo 18(4), senão indica a necessidade de seguir-se esse dispositivo legal como um todo, contemplando também os documentos constantes nos artigos 18(2) e 18(3), a depender do tipo de extradição – se processual ou executória. Nesse passo, se ainda não houver decisão condenatória em relação à pessoa reclamada, deverá ser remetido para fins de ‘extensão de extradição’ a cópia ou o original do mandado de prisão – ou ato equivalente consoante a legislação do país solicitante – para o Estado requerente.

Por fim, vale dizer que a legislação mercosulina não faz nenhuma exigência de que o indivíduo (extraditado/extraditando) reste preso cautelarmente ao longo do procedimento extradicional regular ou suplementar, de modo que a extensão da prisão será determinada conforme o direito interno do Estado onde o indivíduo se encontrar. Isto é, nos casos de extradição regular, seja ela processual ou executória, a prisão preventiva seguirá a legislação doméstica do Estado requerido, nos termos do artigo 18(1) do Acordo, que versa sobre o diligenciamento do pedido extradicional; já nos casos de extradição suplementar, a prisão preventiva seguirá a legislação doméstica do Estado Requerente se a pessoa reclamada já se encontrar em seu território.

54 MERCOSUL, Conselho Mercado Comum. “Decisão N° 14/98 – Acordo de Extradição entre os Estados Partes do MERCOSUL”, em: R. Seitenfus (Org.), *Legislação Internacional*, 2ª ed., Barueri, Manole, 2009, pp. 1110-1116.

Feitas essas ponderações, passa-se à análise da atuação do Poder Judiciário brasileiro no que tange ao caso específico de José Paulo, extraditado pelo Uruguai ao Brasil, haja vista ter sido condenado neste país por prática delitiva e ainda responder por outros crimes, muito embora estes não tenham motivado o pedido de extradição, demandando a realização da extradição suplementar por parte das autoridades brasileiras.

2. A atuação do Poder Judiciário Brasileiro no caso de José Paulo Vieira de Mello

O caso de José Paulo Vieira de Mello é extremamente interessante por ter havido não só um pedido de extradição fulcrado na normativa mercosulina, como também um pedido de extensão de extradição, o qual, muito embora já bastante usual na prática brasileira, ensejou alguns questionamentos interessantes, em particular, dos requisitos da extradição suplementar consoante o Acordo e dos seus efeitos, especialmente quando ainda não analisada pelo país requerido.

Nesse passo, acerca da necessidade de a pessoa reclamada estar presa cautelarmente, em função dos documentos exigidos para o processamento deste pedido junto às autoridades estrangeiras, tem-se que o STJ interpretou de maneira *parcialmente* correta o Acordo. Explica-se: o pedido de relaxamento de prisão preventiva deveria, sim, prosperar; porém, os motivos pelos quais José Paulo deveria perceber liberdade condicional estão equivocados no que tange à interpretação do Acordo.

O STJ entendeu que “o rol do item 4 do art. 18 não menciona o decreto preventivo entre os documentos necessários para instruir o processo de extensão da extradição”, de maneira que, “se esse documento não é obrigatório para tal finalidade e se não houver outros motivos para a prisão, então está configurado coação à liberdade de locomoção autorizadora da concessão da ordem”.⁵⁵ Todavia, como discutido acima, não é possível desassociar o mandamento das alíneas (i), (ii) e (iii) do artigo 18(4) com o que prescreve o parágrafo 4º em si, sendo imperioso, sim, o envio do original ou cópia do mandado de prisão para o processamento do pedido de extradição suplementar, tal como foi realizado pelas autoridades pátrias nos autos do processo que corria perante o Juízo de

55 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus N° 59.666/RS*, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 08 de março de 2016, Publicado no DJe em 15 de março de 2016, evento N° 48 (acórdão, p. 10).

Passo Fundo/RS (pedido MJ N° 08018.006816/2010-40),⁵⁶ onde havia sido feito o pedido original.

O mandado de prisão é parte essencial do pedido de extensão de extradição, seja no âmbito do MERCOSUL, seja fora dele. Por exemplo, ele é encontrado no supracitado Tratado Modelo de Extradição das Nações Unidas,⁵⁷ nos termos do artigo 14(2), concomitante ao artigo 5(2)(b), que traz a necessidade de cópia do mandado de prisão no caso de extradição processual. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro também lista o mandado de prisão enquanto requisito nos pedidos de extensão de extradição ativa.^{58,59} Logo, não só permitir parâmetros diametralmente diferentes na extradição ativa e na passiva mostra-se incoerente, mas permitir uma leitura parcial do próprio artigo, excluindo-se parcela do seu comando sem a expressa previsão viola os termos do tratado mercosulino.

Sabe-se que o STF já defendeu na década de 1990 a posição de que a requisição de mandado de prisão para fins de extradição complementar ativa seria um contrassenso na medida em que a legislação estipulava a necessidade de consentimento (prévio) do Estado Requerido para fins de *detenção*, julgamento ou condenação do indivíduo por parte do país solicitante com base no princípio da especialidade, sustentando, assim, que “a lei não pode[ria] exigir o que ela mesmo proíbe”.⁶⁰ Contudo, mesmo

56 BRASIL, Justiça Federal de Porto Alegre. *Ação Penal N° 5024827-27.2013.4.04.7100/RS*, Juiz Guilherme Beltrami, 7ª Vara Federal, Julgado e publicado em 16 de junho de 2017, evento N° 48 (despacho, p. 3).

57 NAÇÕES UNIDAS, Assembleia Geral. Resolução 45/116 de 1990, “Tratado Modelo de Extradição”, em: Brasil, Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, *Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal*, Brasília, 2009. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf, acesso em: 28 mai. 2020.

58 “Existência de título penal condenatório ou de mandado de prisão emanados de juiz, tribunal ou autoridade competente do Estado estrangeiro. A presente hipótese contempla pedido de extensão em extradição; para estes novos delitos na modalidade instrutória. Faz-se necessária a remessa de cópia da decisão que determinou a prisão do requerido expedida por autoridade competente do Estado acreditante” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Extensão na Extradição N° 1.363 – Governo da Alemanha e Dennis Alfred Grell*, Relator Min. Alexandre de Moraes, julgado em 14 de dezembro de 2018, p. 2. Disponível em redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749267794, acesso em: 29 mai. 2020).

59 Cabe pontuar, por oportuno, que a Lei de Migrações brasileira determina em seu artigo 84, que compete ao Estado interessado na extradição requerer a prisão cautelar do extraditando *no Brasil* com o objetivo de assegurar a executoriedade da medida; porém, essa faculdade não pode ser confundida com o requisito formal de *processamento* do pleito extradição no Brasil que é a existência de mandado de prisão oriundo do *Estado requerente*. Cf. BRASIL, *Lei Federal N° 13.445 de 2017*, publicado no D.O.U em 25 de maio de 2017. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm, acesso em 20 mai. 2020.

60 BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradição 646-1 - República Eslovaca e Frantisek Totb*, Relator Min. Maurício Corrêa, julgado em 02 de setembro de 1998, publicado no DJ em 02 de outubro de 1998, p. 8. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=359718, acesso em 29 mai. 2020

que o Acordo aqui em apreço preveja essa mesma tríade – detenção, julgamento ou condenação – em seu artigo 14(1)(b), onde prescreve os limites da persecução penal do Estado requerente ao extraditando, é o nosso posicionamento que a detenção prescrita pelo documento mercosulino não pode ser confundida com a prisão cautelar exigida nos casos de extradição processual, incluindo-se aqui os pedidos de extensão para esse fim.

Imperioso dizer que a prisão para fins de extradição (regular ou suplementar) é um tipo de prisão cautelar.⁶¹ Segundo Jayme W. de Freitas,⁶² “a prisão cautelar, também denominada *carcer ad custodiam*, provisória ou processual, é aquela que acomete o cidadão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, a qual “destina-se a auxiliar a investigação policial, possibilitar a regular instrução probatória ou assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada”, sendo considerada uma “tutela aos meios aos fins do processo de conhecimento”, concedida apenas quando “atender aos pressupostos, requisitos legais e condições de admissibilidade”, previstos na legislação interna dos Estados, como no artigo 312 do Código de Processo Penal brasileiro.⁶³

Logo, a prisão cautelar não pode ser confundida com a prisão decorrente de sentença penal condenatória, a qual, no Brasil, pode ser de *detenção* (aplicada para condenações mais leves), de reclusão (aplicada a condenações mais severas) e simples (aplicáveis às contravenções

61 LIMA, Renato B de. *Manual de Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2014, p. 810. Não obstante seja cautelar, há quem diga que a prisão para fins de extradição (regular ou suplementar) não deveria ser chamada de ‘prisão preventiva’ no Brasil, em função dos elementos do artigo 313 do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro igualmente terem de ser preenchidos, o que não é plenamente possível nos casos de extradição, à exemplo da pena, a qual, para o CPP deveria ser igual ou superior à quatro anos, enquanto na extradição no âmbito do MERCOSUL, ela deve ter duração máxima não inferior a dois anos. Cf. o debate em: SANTOS, Cleopas Isaías dos. “Prisão Extradicional”, *Canal Ciências Criminais*, 24 abr. 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/prisao-extradicional-por-cleopas-isaias-santos/>, acesso em 29 mai. 2020

62 FREITAS, Jayme W. de. *Prisão Cautelar no Direito Brasileiro*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, cap. 3.3 [versão eletrônica].

63 “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado” (BRASIL. *Decreto-Lei N° 3.689 de 1941*, publicado no D.O.U. em 13 de outubro de 1941, retificado em 24 de outubro de 1941. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, acesso em: 29 mai. 2020 – com redação dada por BRASIL, *Lei Federal N° 13.964 de 2019*, publicada no D.O.U. em 24 de dezembro de 2019. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3, acesso em: 29 mai. 2020).

penais).⁶⁴ Ao menos não no Brasil, onde essa diferença é clara.⁶⁵

Por outra banda, com relação à possibilidade de relaxamento da prisão de José Paulo em razão do *periculum libertatis* – elemento que ao lado do *fumus comissi delicti* sustenta a prisão cautelar no Brasil – não estar mais presente quando do julgamento do ROC pelo STJ, esta, sim, estaria coerente com a legislação mercosulina. Afinal, o Acordo demanda que seja enviado ao Estado requerido o original ou cópia do mandado de prisão ao lado dos demais documentos constantes no artigo 18(4) para que seja viabilizado o pedido de extensão de extradição; porém, uma vez expedido o mandado e apresentado o pedido, a *manutenção* desta prisão em si, quando efetivada, está sujeita ao que prevê o direito interno do país onde a pessoa reclamada esteja situada, que, neste caso é o Brasil.

Assim, se o acusado não mais apresentar o risco de evasão que sustentaria a manutenção da prisão cautelar no Brasil,⁶⁶ não haveria motivos para denegar o relaxamento buscado por meio do *habeas corpus*. Inclusive, indo ao encontro dessa tese, impende pontuar que o artigo 86 da Lei de Migrações brasileira⁶⁷ passou a autorizar a imposição de custódia domiciliar, bem como a concessão de liberdade, inclusive com adoção de medidas cautelares diversas da prisão, como a liberdade vigiada com tornozeleira eletrônica ou pagamento de fiança, aos extraditandos que aguardam o processamento por parte do Brasil de sua retirada do Estado – o que poderia ser utilizado de maneira subsidiária à essa questão.⁶⁸

64 Cf. a diferença em: BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. *Reclusão x Detenção x Prisão Simples*, Brasília, s./d. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/reclusao-x-detencao-x-prisao-simples>, acesso em: 29 mais. 2020.

65 Inclusive, insta lembrar que no MERCOSUL, em relação ao novo do ‘Acordo sobre Mandado de Captura e Procedimentos de Entrega entre os Estados Partes do MERCOSUL e Estados Associados’, preferiu-se o uso do termo ‘captura’ em detrimento de ‘detenção’ como ocorre no modelo europeu, de maneira que esta, talvez, seja outra indicação da impossibilidade de confundir a ‘detenção’ prevista no artigo 14(1)(b) do ‘Acordo de Extradição entre os Estados Partes do MERCOSUL’ com a prisão cautelar, que é a base do mandado de prisão citado no artigo 18(2) deste mesmo documento.

66 “Estando a Ação Penal originária suspensa, enquanto pendente de decisão o pedido de extensão da extradição, não se poderia permitir a liberação indeterminada do paciente para se ausentar do país, tendo em vista o risco iminente de fuga, já experimentado em momento anterior, em razão da sua dupla cidadania” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* N° 252.289/RJ, Relatora Min° Marilza Maynard, Sexta Turma, Julgado em 17 de dezembro de 2013, publicado no DJe em 13 de fevereiro de 2014).

67 BRASIL. *Lei Federal N° 13.445 de 2017*, publicado no D.O.U em 25 de maio de 2017. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm, acesso em 20 mai. 2020.

68 A prisão cautelar do extraditando teve a sua constitucionalidade questionada por intermédio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N° 425, ajuizada no STF em 08 de novembro de 2016 pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), o qual entendia que a prisão cautelar “retirava do extraditando a garantia básica de ser privado de sua liberdade apenas em situações excepcionais, além de expô-lo a tratamento desigual e prejudicial em relação aos nacionais” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, “Partido questiona normas que obrigam prisão preventiva para tramitação de processo de extradição”, *Notícias STF*, Brasília, 08 nov. 2016).

Ademais, caso o réu aguardasse indefinidamente a resposta do governo uruguaio, essa conduta poderia configurar em violação ao seu direito constitucionalmente assegurado de ser privado de sua liberdade apenas em casos excepcionais, especialmente quando ele já podia progredir de regime prisional ao observar-se os critérios de execução da pena proferida em outra Ação Penal, e não deu azo para tal excesso de prazo⁶⁹ – razões essas que foram arguidas pelo STJ e que não se mostram incorretas.⁷⁰

Outrossim, esse lapso temporal entre o pedido de extensão de extradição e a sua resposta conduz a outro problema que igualmente deriva do princípio da especialidade e, logo, da extradição suplementar, qual seja, a possibilidade de realizar-se o julgamento do acusado sem que se tenha o retorno formal do pedido. Afinal, foi exatamente o que ocorreu no caso de José Paulo ao ser julgado na Ação Penal de N° 2054827-27.2013.4.04.7100/RS que tramitava perante à Justiça Federal de Porto Alegre/RS sem que se tivesse resposta do pedido de extensão de extradição realizado junto às autoridades uruguaias.

Acerca disso, cumpre lembrar novamente que a legislação mercosulina estipula em seu artigo 14(1)(b) os limites da persecução penal do Estado requerente em relação à pessoa reclamada, tecendo que não será possível proceder com a detenção, *juízo* ou condenação deste sem a resposta do pedido de extensão. Não se trata de ausência de jurisdição do Estado brasileiro para julgar eventual ação,⁷¹ mas sim da impossibilidade de fazê-lo sem violar o Acordo mercosulino.

No caso, a citada Ação Penal restou sobrestada em sua fase

Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329015, acesso em: 10 nov. 2016). A mesma foi julgada prejudicada pelo Supremo em função da perda de objeto, uma vez que o preceito que fundamentava a ação do PSB era o Estatuto do Estrangeiro, revogado pela entrada em vigor da Lei de Migrações, que solucionava o problema exposto através da introdução do artigo 86, citado no texto (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N° 425*, Relator Min. Edson Fachin, Plenário, Julgado em 10 de outubro de 2018, Publicado no DJe em 29 de outubro de 2018).

69 “Não constitui constrangimento o excesso de prazo decorrente da fuga do acusado que, capturado após alguns anos em país vizinho, deu azo à instauração de processo de extradição, procedimento que se aguarda para dar seguimento à ação penal, não havendo, no caso, desídia do julgador unitário que pudesse levar ao reconhecimento da aludida coação” (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus N° 122.634/RS*, Relator Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, publicado no DJe em 5 de abril de 2010).

70 BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso em Habeas Corpus N° 59.666/RS*, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 08 de março de 2016, Publicado no DJe em 15 de março de 2016, evento N° 48 (acórdão, p. 13).

71 Cf. BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus N° 252.289/RJ*, Relatora Min. Marilza Maynard, Sexta Turma, Julgado em 17 de dezembro de 2013, publicado no DJe em 13 de fevereiro de 2014.

instrutória por diversos anos justamente pela falta de resposta do governo uruguaio – tendo essa demora, inclusive, consubstanciado o pedido de *habeas corpus* impetrado contra a autoridade judiciária federal de Porto Alegre/RS⁷² que culminou no ROC interposto perante o STJ. Ocorre que, ainda sem notícia do pedido, o citado Juízo de primeira instância procedeu com o julgamento do feito, alegando em suas razões que não haveria impedimento para o exercício da Ação Penal,⁷³ o que julgamos ser incorreto à luz da leitura do próprio Acordo, no artigo supracitado, assim como da jurisprudência do STF.

Este Tribunal, em acórdão da década de 1990, envolvendo brasileiro que havia sido extraditado pela Argentina ao país, acusado por corrupção ativa em Ação Penal diversa daquela que motivara o pleito extradicional, originando, por conseguinte, extradição suplementar, entendeu que “enquanto não houve[sse] o atendimento, pela República argentina, ao pedido de extensão da extradição, não ser[ia] possível prosseguir no procedimento criminal contra o referido co-denunciado”.⁷⁴ Logo, foi sobrestado o processo até que se obtivesse resposta do país requerido sobre o pedido formulado pelas autoridades pátrias,⁷⁵ a fim de não gerar prejuízo ao reclamado.

Efeito este que deveria ter sido considerado no processo que tramitava no Juízo de Porto Alegre/RS pela autoridade judiciária, diferentemente do que ocorrera. Aliás, não poderiam ter prosperado os argumentos do magistrado quanto ao uso do artigo 14(1)(a) ou do artigo 27 do Acordo mercosulino em apreço para fundamentar a continuidade do procedimento penal, vez que inaplicáveis no caso de José Paulo. Afinal, enquanto o primeiro diz respeito a indivíduo que, uma vez extraditado, tenha sido inocentado (extradição processual) ou já tenha cumprido a sua pena (extradição executória), não tenha deixado o país,

72 BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª REGIÃO. *Habeas Corpus* N° 5005472-20.2015.404.0000, Relator Des. Leandro Paulsen, 8ª Turma, julgado em 25 de março de 2015, publicado em 31 de março de 2015, eventos N° 21 e 25

73 BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DE PORTO ALEGRE. *Ação Penal* N° 5024827-27.2013.4.04.7100/RS, Juiz Guilherme Beltrami, 7ª Vara Federal, julgado e publicado em 16 de junho de 2017, evento N° 370 (sentença, p. 7-8).

74 BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Questão de Ordem no Inquérito* N° 731, Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 28 de junho de 1995, publicado no DJ em 20 de outubro de 1995, p. 35255.

75 Não apenas isso, dialogando diretamente com a questão envolvendo a diferença entre prisão cautelar e a detenção debatida anteriormente neste escrito, o Supremo manteve a prisão preventiva (cautelar) contra o acusado para fins de cumprimento dos requisitos de extensão constantes no tratado bilateral de extradição existente entre os Estados(), muito embora tenha determinado, ao mesmo tempo, a suspensão de seus efeitos e a soltura do denunciado até que se obtivesse resposta da Argentina acerca do pedido formulado pelas autoridades brasileiras. Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Questão de Ordem no Inquérito* N° 731, Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 28 de junho de 1995, publicado no DJ em 20 de outubro de 1995, p. 35255.

mesmo após o transcurso de prazo superior a 45 dias – hipóteses que não ocorreram uma vez que ele ainda não estava, de fato, livre; o segundo trata da possibilidade de o extraditando abrir mão, ainda no país em que o capturou, do procedimento extradicional formal, optando por ser entregue às autoridades solicitantes de maneira imediata, que tampouco é o caso, haja vista ter havido um processo extradicional.

Por conseguinte, há nesta situação uma clara violação por parte do Estado brasileiro do ‘Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL’. Não obstante o país tenha requisitado a extensão de extradicação nos termos do documento mercosulino, as autoridades brasileiras não souberam interpretá-lo de maneira correta, terminando por transgredi-lo na medida em que procederam com o julgamento do acusado, infringindo abertamente o princípio da especialidade.

V. Conclusão

O presente escrito tinha como objetivo ponderar acerca da extradicação no MERCOSUL à luz do ‘Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL’, na tentativa de explicitar os requisitos que possibilitam a transferência de um indivíduo acusado/condenado à outra jurisdição do bloco, para que o mesmo não fuja à justiça. Para tanto, discorreu-se sobre os elementos e regras básicas constantes no Acordo, sendo possível identificar a existência de requisitos mínimos sem os quais a transferência de uma pessoa não poderia ocorrer, sob pena de estar-se cometendo um ilícito internacional e, ainda, uma possível violação de direitos fundamentais do extraditando.

E este é justamente o caso de José Paulo Vieira de Mello, acusado pelo crime de tráfico de drogas que fora encontrado no Uruguai e teve a sua extradicação requerida pelo Brasil. Outrossim, ele não era réu em apenas uma Ação Penal em Passo Fundo/RS, mas em diversas outras ações, sendo, inclusive, acusado no Juízo Federal de Porto Alegre/RS por crime de lavagem de dinheiro cuja prática antecedia a formalização do pedido de extradicação, demandando, assim, a formulação de pedido de extensão de extradicação, com o intuito de permitir o seu julgamento por tal delito.

Logo, o Brasil realizou formalmente essa solicitação junto às autoridades uruguaias, o que ensejou a expedição de mandado de prisão

cautelar contra ele para esse fim. Ocorre que justamente pela demora das autoridades uruguaias em responderem ao pedido de extradição suplementar é que José Paulo, o qual já preenchia os requisitos para a progressão de regime, mas encontrava-se preso preventivamente em função da solicitação brasileira, impetrou *Habeas Corpus* perante o TRF4 e, posteriormente, um ROC no STJ, buscando o relaxamento de sua prisão – fato este que ensejou uma série de discussões cuja análise foi objeto deste estudo.

Particularmente quanto à prisão, entendeu-se que o STJ agira de modo parcialmente correto, uma vez que, mesmo tendo perfeitamente relaxado a prisão de José Paulo nos termos da legislação brasileira, aplicável ao caso pelo fato de o reclamado aqui se encontrar e segundo a qual não estando mais presentes os requisitos da prisão cautelar ela não mais se sustentaria, os fundamentos em relação ao documento mercosulino foram equivocados. Isso porque, não se pode afastar a exigência do mandado de prisão cautelar (que não se confunde com prisão para fins de detenção), notadamente a sua expedição e o seu envio ao Estado requerido, nos termos dos artigos 14(2) e 18(4) do Acordo, em especial, o último, que faz menção indireta a ele no seu comando.

Não só isso, reafirmou-se que sem a anuência do Estado uruguaio não seria possível prosseguir com o julgamento de José Paulo na Ação Penal de Porto Alegre/RS, forte no princípio da especialidade, sendo imperioso, portanto, que a extensão de extradição fosse concedida. No entanto, discorreu-se que, enquanto a resposta não fosse enviada pelo Estado requerido, a Ação Penal deveria restar sobrestada para não gerar prejuízo ao reclamado, fazendo com que a sentença proferida pelo Juízo federal da capital gaúcha claramente violasse os termos do Acordo, notadamente o artigo 14(1)(b) que traz no seu bojo a impossibilidade de julgamento sem a devida autorização do país solicitado.

Por isso, ao cabo, sustenta-se que as autoridades brasileiras não aplicaram de maneira correta o Direito do MERCOSUL neste caso concreto, demonstrando dificuldade na sua interpretação e incorrendo em uma violação de direito internacional, nomeadamente, na transgressão dos termos do ‘Acordo de Extradição entre os Estados Partes do MERCOSUL’.

**COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL
BRASILEIRA PARA JULGAR CRIMES PRATICADOS
POR BRASILEIRO NATO EM TERRITÓRIO
ESTRANGEIRO: COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO DO
RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 97.535-RS**

**Superior Tribunal de Justiça, Recurso em
Habeas Corpus Nº 97.535 - RS, 26/06/2018**

*Valerio De Oliveira Mazzuoli**

*Gabriella Boger Prado***

Sumário: I. Introdução; II. Da divergência jurisprudencial existente acerca da competência *ratione materiae* em casos de crimes praticados no exterior por brasileiro nato: 1. Uma suposta “divergência” existente no STJ: entre a competência da Justiça Federal e Estadual, 2. Uma teoria contrária adotada pelo STF e uma “divergência” interna: a competência da Justiça Estadual; III. Dos fundamentos adotados pelo acórdão do STJ (2018) para justificar a competência da justiça federal: 1. A existência de tratado internacional e a competência constitucional da União para manter relações com Estados estrangeiros e cumprir tratados, 2. Do interesse da União e da nacionalidade em casos de impossibilidade de extradição de brasileiros natos que cometam crimes no exterior; IV. Conclusão.

* Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Membro efetivo da Sociedade Brasileira de Direito Internacional – SBDI. Advogado e membro-consultor da Comissão Especial de Direito Internacional do Conselho Federal da OAB.

** Doutoranda em Direito Internacional Privado na Université Panthéon-Assas, Paris II. Mestre em Direito Internacional Privado e do Comércio Internacional pela mesma Universidade. Advogada no Brasil e em Portugal.

I. Introdução

A questão da competência *ratione materiae* para o julgamento de crimes praticados por brasileiros em território estrangeiro é tema de alta relevância, que tem ganhado contornos jurisprudenciais importantes nos últimos tempos. A questão não é nova, mas apresenta sutilezas que a jurisprudência pátria tem tentado dirimir no Brasil, a exemplo do que fez o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* N° 97.353-RS, de 26 de junho de 2018, de que foi relator o Min. Félix Fischer. Sobre este julgamento, a presente investigação pretende lançar luzes em forma de comentário ao Acórdão, para o fim de esclarecer a questão no Brasil.

No julgamento do RHC referido, o STJ foi instado a resolver a seguinte questão: é da Justiça *Estatual* ou da Justiça *Federal* a competência para julgar crimes praticados por brasileiros natos em território estrangeiro, à luz da legislação pátria?

Naquele caso concreto, um brasileiro nato (com nacionalidade também paraguaia) foi denunciado no Brasil pela prática de homicídio de cidadão paraguaio ocorrido no Paraguai. O governo Paraguai requereu sua extradição, a qual foi recusada pelo Supremo Tribunal Federal em razão de ser, o acusado, brasileiro *nato*. A denúncia foi recebida por juízo federal brasileiro, que se declarou competente, por se tratar de matéria de cooperação internacional, fundamentada nas disposições do art. 109, III, IV e X da Carta Magna. Discordando da competência assumida, a defesa do acusado impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal Regional Federal de origem, a fim de que fosse declarada a incompetência do juízo federal em questão, e que, como consequência, fosse a ação penal remetida à Justiça Estadual. Tendo sido denegada a ordem no Tribunal de origem, a defesa apresentou recurso ao STJ, com os mesmos objetivos. A 5ª Turma da Corte Superior, por meio do voto do ministro relator, seguido à unanimidade, confirmou a decisão do tribunal de origem, negando provimento ao recurso. Confirmou, assim, a Corte Superior, a competência da Justiça Federal brasileira para julgar as ações penais que cumpram as seguintes condições cumulativas: (i) tratem de crimes praticados por brasileiros no exterior; (ii) nos quais não seja possível realizar extradição; e, (iii) em razão dessa impossibilidade de extradição, que o Brasil se obrigue a julgar o crime, com base em tratado internacional existente entre os dois países. O Acórdão do tribunal ficou assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME PRATICADO POR BRASILEIRO NATO EM TERRITÓRIO ESTRANGEIRO. HOMICÍDIO. EXTRADIÇÃO REQUERIDA PELO PARAGUAÍ. INDEFERIMENTO PELO STF. COMPETÊNCIA PARA A AÇÃO PENAL NO BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. INTERESSE JURÍDICO DA UNIÃO. RELAÇÕES COM ESTADOS ESTRANGEIROS E CUMPRIMENTO DE TRATADOS FIRMADOS (CF/88, ARTS. 21, I, E 84, VII E VIII). COMPETÊNCIA DA UNIÃO. TRATADO DE EXTRADIÇÃO ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E OS ESTADOS PARTES DO MERCOSUL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL FIRMADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS DESPROVIDO.

I – “Compete à Justiça Federal o processamento e o julgamento da ação penal que versa sobre crime praticado no exterior, a qual tenha sido transferida para a jurisdição brasileira, por negativa de extradição, aplicável o art. 109, IV, da CF.” (CC 154.656/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Ribeiro Dantas DJe 03/05/2018, grifei).

II – *In casu*, o v. acórdão fixou a competência da Justiça Federal para o julgamento da ação penal em que o recorrente, que é brasileiro nato, foi denunciado pela prática de homicídio de cidadão paraguaio, ocorrido no Paraguai, e teve o pedido de extradição indeferido pelo Supremo Tribunal Federal, em razão de sua condição de nacional.

III – Aplicável ao caso, o Decreto Nº 4.975/2004, que incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro o Tratado de Extradição entre o Governo da República Federativa do Brasil e os Estados Partes do MERCOSUL, no qual estabelece que, na impossibilidade de extradição do acusado por ser nacional da parte requerida, há obrigação de “promover o julgamento do indivíduo” (art. 11.3, do Tratado de Extradição). A competência da Justiça Federal para processar o feito se extrai da matéria – cooperação internacional, com esteio no art. 109, III, IV e X, da Constituição Federal.

IV – Compete à União manter relações com estados estrangeiros e cumprir os tratados firmados, fixando-se a sua responsabilidade na *persecutio criminis* nas hipóteses de crimes praticados por brasileiros no exterior, na qual haja incidência da norma interna, e não seja possível a extradição, segundo dispõem os arts, 21, I, e 84, VII e VIII, da Constituição Federal.

Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.

A fundamentação apresentada pelo STJ partiu da observância, em primeira análise, do Tratado de Extradicação em vigor entre o Governo da República Federativa do Brasil e os Estados Partes do MERCOSUL. Tal Tratado dispõe, em seu art. 11.3, que é obrigação do Estado que denega a extradição promover o julgamento do acusado. Assim, sendo, tendo o Brasil indeferido o pedido de extradição requerido pelo Paraguai, caberia a ele processar e julgar o homicida. Em um segundo momento, para justificar a competência dos Tribunais Federais brasileiros (e, portanto, declarar a Justiça Estadual incompetente), a Corte Superior se fundou no art. 109, incisos III, IV e X da Constituição Federal de 1988, declarando tratar-se de matéria de cooperação internacional. Por fim, para justificar a competência federal, afirmou ser da competência da União a manutenção de relações com Estados estrangeiros e o cumprimento dos tratados firmados pelo Brasil, com base nos arts. 21, I e 84, VII e VIII da nossa Carta Magna.

A matéria não é pacífica, como bem lembrou o Ministro Relator no Acórdão que ora se analisa. Além de uma suposta divergência interna no próprio STJ, certo é que o Supremo Tribunal Federal tem posição contrária à adotada pelo STJ – que também não é aceita por todos os seus componentes.

Analisaremos, de início, a atual divergência existente sobre a competência *ratione materiae* em casos de crimes praticados no exterior por brasileiros natos; e, em um segundo momento, os fundamentos adotados no Acórdão do STJ para justificar a competência da Justiça Federal nos casos de crimes praticados no exterior por brasileiros natos, e que, por essa razão, não são passíveis de extradição.

II. Da divergência jurisprudencial existente acerca da competência *ratione materiae* em casos de crimes praticados no exterior por brasileiro nato

A questão da competência interna *ratione materiae* em casos de crimes praticados no exterior por brasileiros natos (e que, portanto, não podem ser extraditados em razão de norma constitucional imperativa) é uma discussão que não vem de hoje. No direito brasileiro, não há norma expressa sobre o tema, razão pela qual, tanto a doutrina como a jurisprudência têm se dividido, ora decidindo pela competência da Justiça Estadual para julgar e processar tais casos, ora afirmando ser da Justiça Federal essa competência. Se há uma suposta divergência interna no próprio STJ (1), o STF é firme em sustentar que o simples fato de o crime ser perpetrado por brasileiro nato no exterior não atrai a competência da Justiça Federal, devendo, por isso, ser a Justiça Estadual declarada como competente em casos assemelhados ao ora analisado (2).

1. Uma suposta “divergência” existente no STJ: entre a competência da Justiça Federal e Estadual

O Acórdão ora comentado é originário da Terceira Seção, Quinta Turma, do STJ, cujo julgamento ocorreu em 26 de junho de 2018. Antes de adentrar no mérito da decisão, o Ministro Relator lembrou a contrariedade da matéria mencionando dois precedentes igualmente da Terceira Seção: um de 2012 e outro de 2013. Em ambos, foi declarada a competência da Justiça Estadual para processar ações penais praticadas por brasileiros no exterior, com fundamento na regra de competência do art. 88 do Código de Processo Penal e do princípio da extraterritorialidade, preconizado no art. 7º, II, “a” e § 2º do mesmo Código.¹ Interessante observar uma particularidade, que difere substancialmente os dois julgados mencionados do ora analisado: a questão da impossibilidade de extradição por se tratar de brasileiro nato – a qual aparece somente no Acórdão de 2018, ora analisado.

O primeiro Acórdão mencionado, julgado em 2012, de relatoria da Min. Laurita Vaz, com base no art. 88 do Código de Processo Penal, reconheceu a competência da Justiça Estadual, do último domicílio do

1 STJ. *Conflito de Competência n. 115.375-SP*, Terceira Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 29.02.2012; STJ. CC 120.887-DF, Terceira Seção, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira - Desembargadora convocada do TJ/PE, *DJe* 20.02.2013.

investigado. O caso versava sobre um crime de furto ocorrido no Japão, perpetrado por brasileiro. Referido cidadão brasileiro teria furtado moeda corrente japonesa de outro brasileiro, que também residia em território japonês, e que teria, posteriormente, retornado ao Brasil. Para fundamentar a competência da Justiça Estadual, a ministra relatora asseverou a aplicação do princípio da extraterritorialidade das leis brasileiras. Relevou, entre outros argumentos, que “a lei brasileira não impede a extradição por esse crime (furto), nos termos do art. 76 *et seq.*, do Estatuto do Estrangeiro (Lei N° 6.815/80).” Todavia, nada discorreu sobre o fato de ser ou não o acusado brasileiro nato e, portanto, poder ou não ser extraditado. O Acórdão também trouxe à tona o fato de não existir tratado ou convenção internacional a respeito do delito de furto com o Japão, e conclui pelo afastamento da competência da Justiça Federal, tendo em vista a inexistência de qualquer hipótese prevista no art. 109 da Carta da República.²

O segundo Acórdão, julgado em 2013, dessa vez de relatoria da Min. Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), apesar de ter sido mencionado pelo Acórdão analisado como um caso que decidiu pela competência da Justiça Estadual, é contraditório e não versou exatamente sobre o tema ora abordado. Na realidade, o Acórdão analisa crime de estupro praticado por cidadão boliviano, em território boliviano (apesar de ter sido mencionado, por uma vez, a qualidade de brasileiro pela relatora na fl. 4 – o que os autores acreditaram tratar-se de erro material). O réu teria posteriormente ingressado em território nacional. A Ministra relatora se posicionou pela aplicação extraterritorial da lei brasileira, conforme disposição do art. 7º do Código Penal, e, aplicando o art. 88 do CPP, decidiu pela competência do Juízo da Capital da República. Tal jurisdição foi declarada competente em razão de nunca ter o acusado residido no Brasil. Importante observar que, apesar de o juízo designado como competente – TJDFT – ser órgão integrante do Poder Judiciário Federal, nada foi discutido sobre a competência *ratione materiae*, se da jurisdição Federal ou Estadual. Apenas se observou uma aplicação direta e literal do disposto do art. 88 do Código de Processo Penal.

Analisando ainda a jurisprudência do STJ, podemos mencionar um outro julgado, também da Terceira Seção (anterior aos supramencionados) e igualmente da relatoria da Min. Laurita Vaz, em que se reconheceu a

2 STJ. *Conflito de Competência n. 115.375-SP*, Terceira Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 29.02.2012.

competência da Justiça Estadual para julgar crime de homicídio praticado por brasileiro, juntamente com uruguaios, no território da República Oriental do Uruguai. Aplicando o princípio da extraterritorialidade em conjunto com o art. 88 do Código de Processo Civil, ficou assegurada a competência do tribunal estadual do último domicílio do réu. O Acórdão ainda ressaltou que o simples fato de o crime ter ocorrido no exterior não atrairia, *per se*, a competência da Justiça Federal brasileira. Ademais, fundamentou-se no fato de o *iter criminis* ter ocorrido em totalidade no estrangeiro, e que tampouco havia tratado internacional a respeito entre os dois países. Portanto, não estariam presentes quaisquer dos requisitos do art. 109 da Constituição Federal, que define as matérias de competência da Justiça Federal.³

Se o julgado ora analisado decidiu em sentido oposto, optando pela competência da Justiça Federal, é preciso observar que dos outros três julgados anteriores da Terceira Seção do STJ, nada se discutiu sobre o fato dos acusados serem brasileiros *natos*, e ser, portanto, impossível a extradição, para além de haver tratado internacional ratificado com Brasil. Tal argumento foi essencial para justificar a decisão adotada pela Corte no julgado de junho de 2018. Uma das decisões mencionadas, analisa, inclusive, caso de crime cometido no exterior por estrangeiro, diferindo, pois, totalmente do caso que ora se analisa. Se todos os casos tratam de crimes realizados em totalidade em território estrangeiro, um dos requisitos justificadores da competência da Corte Federal no Acórdão ora analisado não estava presente nos outros julgados: o exame da possibilidade de extradição do acusado. Nada foi mencionado a respeito naqueles casos. Logo, não se pode saber se, nos referidos casos, eram os acusados brasileiros natos ou naturalizados e, portanto, passíveis ou não de extradição. Ademais, os três julgados apresentam uma diferença essencial se comparados ao Acórdão objeto do presente estudo: a presença de tratado internacional entre os Estados em causa. A existência de tratado internacional foi um dos fundamentos adotados para atrair a competência da Justiça Federal no Acórdão ora discutido.

Outro julgado mais recente, de abril de 2018, de relatoria do Min. Ribeiro Dantas, também da Terceira Seção do STJ, já havia decidido pela competência da Justiça Federal para julgamento de ação penal de crime praticado no exterior, mas transferida para a jurisdição brasileira por

3 STJ. *Conflito de Competência n. 104342-SP*, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 26.08.2009.

negativa de extradição.⁴ Naquela ocasião, apurava-se eventual prática de crime de falsificação de documentos de identidade portugueses, efetuado em território estrangeiro, em possível esquema de imigração ilegal. Tratava-se, igualmente, de brasileiro nato e havia incidência de um tratado de extradição com Portugal. Os fundamentos foram idênticos: (i) papel da União em manter relações com Estados estrangeiros e cumprir tratados firmados (arts. 21, I, e 84, VII e VIII da Constituição Federal), e (ii) impossibilidade de extradição de brasileiro nato, baseada na Constituição e em tratado internacional que submete o caso de impossibilidade de extradição ao dever de julgamento no Brasil. Assim estabeleceu a Ementa: “Compete à Justiça Federal o processamento e o julgamento da ação penal que versa sobre crime praticado no exterior, a qual tenha sido transferida para a jurisdição brasileira, por negativa de extradição, aplicável o art. 109, IV, da CF”. Tal julgado foi, inclusive, objeto de *Informativo de Jurisprudência* do STJ, no qual se destacou: “Compete à Justiça Federal o processamento e o julgamento da ação penal que versa sobre crime praticado no exterior que tenha sido transferida para a jurisdição brasileira, por negativa de extradição”.⁵

Logo, seja pela diferença nos fatos e direitos das decisões precedentes, ou ainda pela existência de julgado anterior praticamente idêntico na fundamentação, não se pode afirmar que o presente Acórdão representa uma *mudança* jurisprudencial da Corte Superior, ou que seja *inovador* ou “de princípio”, em referência aos ditos “*arrêts de principe*”, de tradição francesa. Trata-se, na realidade, de uma confirmação de jurisprudência anterior do Superior Tribunal de Justiça, que, por sua vez, apresenta contradições com a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, que passaremos a analisar.

2. Uma teoria contrária adotada pelo STF e uma “divergência” interna: a competência da Justiça Estadual

O STF – tribunal que dá a última palavra em matéria constitucional no Brasil – tem discordado da jurisprudência mantida pelo STJ relativamente ao tema decidido no Acórdão que se está a analisar neste estudo. Em decisão de 2 de abril de 2019, a 1ª Turma do STF, por maioria, assim se manifestou:

4 STJ. *Conflito de Competência n. 154.656-MG*, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, DJe 25.04.2018.

5 STJ. *Informativo N° 0625*, Publicação: 1° de junho de 2018.

Improcede a pretensão do agravante. A aplicabilidade extraterritorial da lei penal pátria surge inquestionável. Trata-se de crime de homicídio, punível no Paraguai, cujo agente, cidadão brasileiro, não está sujeito à extradição. O Decreto Nº 4.975/2004, por si só, não atrai a competência da Justiça Federal uma vez que a persecução penal não é fundada no acordo de extradição, mas no Código Penal brasileiro. Ainda, o simples fato de o delito ter sido cometido por brasileiro no exterior é neutro para estabelecer a competência da Justiça Federal, porquanto deixa de ofender bens, serviço ou interesse da União. No mais, é ausente o questionamento a respeito da nacionalidade do réu – artigo 109, incisos III, IV e X, da Constituição Federal.⁶

Interessante observar que qualquer semelhança dos fatos com o Acórdão do STJ ora estudado não é mera coincidência. A decisão do STF citada é, na realidade, resultado de Recurso Extraordinário contra o Acórdão do STJ em análise. Nessa ocasião, a Suprema Corte, com apenas um voto contrário do Min. Alexandre de Moraes, discordou do fundamento confirmado pela Corte Superior, negando, assim, a competência da Justiça Federal naquele caso concreto. O posicionamento do STF foi, assim, frontalmente oposto ao do STJ para o caso em estudo, restando assim ementado:

COMPETÊNCIA – HOMICÍDIO – EXTERIOR –
BRASILEIRO NATO – JUSTIÇA ESTADUAL. A prática do
crime de homicídio por brasileiro nato no exterior não ofende
bens, serviços ou interesses da União, sendo da Justiça estadual
a competência para processar e julgar.

Segundo se extrai da decisão do STF, o julgador asseverou que a mera existência de tratado internacional (no caso, o Tratado de Extradicação em vigor) não atrai, por si só, a competência da Justiça Federal para os casos de crimes cometidos por brasileiros natos no exterior. A Corte também justificou seu raciocínio no fato de que o simples cometimento de crime no exterior, por cidadão brasileiro, não é suficiente para ofender a bens, serviços ou interesse da União, capazes de atrair a competência da Justiça Federal para o caso. A Corte concluiu que o julgamento de tais crimes somente será de competência da Justiça Federal se o caso se enquadrar em alguma das hipóteses do art. 109 da CF/88, o que não se

6 STF. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 1.175.638-PR*, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 26.04.2019.

vislumbrou naquele caso concreto.

A jurisprudência anterior do STF vai no mesmo sentido. Em um outro julgado, também de relatoria do Min. Marco Aurélio, dessa vez analisando um *habeas corpus* fundado em fato (homicídio) praticado por brasileiro no exterior, assentou-se o mesmo entendimento de que “[o] simples fato de o delito ter sido cometido por brasileiro no exterior é, por si só, neutro para estabelecer a competência da Justiça Federal, porquanto não ofende bens, serviço ou interesse da União”. Ademais, foi ressaltado que se deve dar interpretação restritiva ao art. 109 da Constituição Federal. Como o crime foi inteiramente praticado no exterior, não ficou satisfeita a condição do inciso V, do art. 109, para atrair a competência para a Justiça Federal (quando, “iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro”).⁷

Todavia, ressalte-se que em decisão monocrática recente da lavra do Min. Alexandre de Moraes verificou-se o entendimento contrário, qual seja, o de que é *competente* a Justiça Federal para o julgamento de ação sobre crime de homicídio praticado por brasileiro em Portugal. O fundamento se fez com base no Tratado de Extradicação existente entre Brasil e Portugal e no princípio da cooperação internacional, confirmando, assim, o entendimento anterior do STJ. Assim se manifestou o Ministro na decisão monocrática:

Diante desse cenário, faz-se imperiosa a incidência do art. 5º, 1, da Convenção de Extradicação entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, promulgada pelo Decreto N° 7.935/2013. (...) Assim, em se tratando de cooperação internacional em que o Estado Brasileiro se compromete a promover o julgamento criminal de indivíduo cuja extradicação é inviável em função de sua nacionalidade, exsurge a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento da ação penal, conforme preceitua o art. 109, III, da Constituição Federal.⁸

Logo, se o entendimento do STF é pela não incidência direta da competência da Justiça Federal, dado o simples fato – que é neutro – do crime ser praticado por brasileiro no exterior, certo é que existe uma divergência na visão estrita de um dos seus ministros, que entende pela

7 STF, *Habeas Corpus* 105.461-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 29.03.2016.

8 STF, *Recurso Extraordinário* 1270585-MG, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 17.06.2020.

atração da competência federal baseada tanto na cooperação internacional quanto na existência de tratado internacional firmado com Estado estrangeiro.

O tribunal, contudo, enquanto Corte Suprema dotada de poder para interpretar definitivamente a Constituição, tem o firme entendimento de que é neutro o fato de o cometido crime ter sido cometido por brasileiro no exterior, para o fim de atrair a competência da Justiça Federal para a causa.

III. Dos fundamentos adotados pelo acórdão do STJ (2018) para justificar a competência da justiça federal

Primeiramente, necessário fazer uma precisão: o Acórdão do STJ de 2018 será analisado sob o ângulo do direito internacional e não puramente do direito penal e processual penal brasileiro, tendo em vista que se está diante de uma situação que apresenta pontos de conexão com mais de uma ordem jurídica. Feita essa precisão, pode-se passar à análise do mérito do Acórdão. Mas, antes de adentrar aos fundamentos adotados pela Corte Superior, é preciso analisar com cautela os fatos, por suas peculiaridades, que podem levar a conclusões divergentes se uma das variantes for diferente. Os fatos são os seguintes: (i) crime praticado *inteiramente* em território estrangeiro;⁹ (ii) por brasileiro nato, que, por tal característica, não pode ser extraditado; e, (iii) existência de tratado internacional em vigor obrigando a República Federativa do Brasil a julgar o acusado em caso de impossibilidade de extradição. Diante da ocorrência desses três fatores concretos cumulativos, qual seria a jurisdição competente, no Brasil, para o julgamento de tais delitos cometidos no exterior: a Justiça Federal ou Estadual?

O STJ responde ser da Justiça Federal a competência para tais casos. E, de forma resumida, pode-se afirmar que, para justificar sua decisão, o Tribunal Superior traz quatro ensinamentos:

- i. A competência federal resulta do fato que a causa é fundada em tratado internacional, fazendo incidir o inciso III do art. 109 da Constituição de 1988;

⁹ O art. 109, V, da Constituição Federal, estabelece que compete à Justiça Federal processar e julgar “os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”. O caso em análise ocorreu inteiramente em território estrangeiro, razão pela qual a incidência desse dispositivo sequer foi aventada.

- ii. A competência federal resulta do fato de ser impossível a extradição, e, portanto, seria interesse da União a manutenção de boas relações internacionais, incidindo, pois, o inciso IV do art. 109 da Constituição;
- iii. A competência federal resulta do fato de que o crime de homicídio perpetrado por brasileiro no exterior – que não pode ser extraditado em razão da sua qualidade de brasileiro nato – é uma “causa referente à nacionalidade”, o que faz valer a competência da Justiça Federal, com base no inciso X, do art. 109 da Constituição;
- iv. A União é competente, segundo a Constituição, para manter relações com Estados estrangeiros e cumprir os tratados com eles firmados, fixando-se a sua responsabilidade, sendo então aplicáveis os arts. 21, I, e 84, VII e VIII, da Constituição.

Por uma questão de ordem lógica, analisaremos os itens “i” e “iv” acima de forma conjunta, em uma primeira parte; e os itens “ii” e “iii”, em uma segunda parte. Assim sendo, os fundamentos utilizados no Acórdão para atrair a competência da Justiça Federal, podem ser resumidos em dois pontos principais, que passaremos agora a analisar: a existência de tratado internacional e a competência constitucional da União para manter relações com Estados estrangeiros e cumprir tratados (1), e, a questão do interesse da União e o tema referente à nacionalidade em casos de impossibilidade de extradição de brasileiros natos que cometam crimes no exterior (2).

1. A existência de tratado internacional e a competência constitucional da União para manter relações com Estados estrangeiros e cumprir tratados

No atual mundo globalizado, em que há grandes relações entre indivíduos e Nações, a efetividade da Justiça demanda uma cooperação cada vez mais acentuada entre Estados. As relações jurídicas contemporâneas têm sido marcadas pelo traço da transnacionalidade, pois não se processam unicamente dentro de um único Estado soberano, senão no seio de vários deles concomitantemente. Por essa razão é que a cooperação internacional se torna completamente necessária para

satisfazer a justiça material em um dado caso concreto.

No âmbito jurídico, há diversas regras a respeito da cooperação internacional, desde tratados internacionais, resoluções dos tribunais superiores, disposições da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB) e da Constituição Federal, além de todo um capítulo no Código de Processo Civil, versando com profundidade o tema.¹⁰

O julgado se fundou, assim, baseado no princípio internacional da cooperação, na existência de tratado internacional de extradição que estabelece a obrigação de promover o julgamento do acusado em caso de impossibilidade de extradição. Diante disso, restou ementado que “[a] competência da Justiça Federal para processar o feito se extrai da matéria – cooperação internacional, com esteio no art. 109, III, IV e X, da Constituição Federal.” Ademais, um pouco mais adiante, o julgado fundamentou a atração da Justiça Federal na competência da União para manter relações com Estados estrangeiros e cumprir os tratados firmados, aplicando-se, assim, os arts. 21, I, e 84, VII e VIII, da Carta Magna de 1988.

Vejamos, com mais detalhes, o que dispõem os dispositivos acima mencionados, utilizados como fundamento para atrair a competência para a Justiça Federal no caso em análise.

Primeiramente, o Acordo de Extradição entre os Estados Partes do MERCOSUL, promulgado pelo Decreto Nº 4.975, de 30 de Janeiro de 2004, dispõe, em seu art. 11.3, que, “nas hipóteses dos parágrafos anteriores, o *Estado Parte* que denegar a extradição deverá promover o julgamento do indivíduo, mantendo o outro Estado Parte informado do andamento do processo, devendo ainda remeter, finalizado o juízo, cópia da sentença”.

Por sua vez, a Constituição de 1988 dispõe, em seu art. 109, ser *de competência dos juízes federais* processar e julgar, entre outros: (a) as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (inc. III); (b) os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça

10 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*, 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 254 e ss.

Eleitoral (inc. IV); e (c) os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o *exequatur*, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização (inc. X).

Por fim, o art. 21 da Carta Magna, assevera ser de *competência da União* “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”. E, em seu art. 84, VII e VIII, estabelece ser da *competência privativa do Presidente da República* “manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos”, além de “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

Da análise desses dispositivos, podemos notar algumas diferenças. O Acordo de Extradicação menciona a obrigação do *Estado Parte* para julgar indivíduo que se negou a extraditar. O art. 109 da Constituição da República trata de *competência dos juízes federais*. De outro lado, o art. 21 do instrumento constitucional trata da *competência da União*, e o art. 84 da *competência do Presidente da República*. Existe alguma diferença entre esses termos utilizados pela Constituição e pelo Acordo de Extradicação?

Primeiro, quanto ao Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL, um dos fundamentos “*clê*” da decisão: o que se há de entender por *Estado Parte*? Em sua concepção jurídica moderna, pode-se definir o Estado como um ente jurídico, dotado de personalidade internacional, formado de uma reunião (comunidade) de indivíduos estabelecidos de maneira permanente em um território determinado, sob a autoridade de um governo independente e com a finalidade precípua de zelar pelo bem comum daqueles que o habitam.¹¹ Esses sujeitos clássicos do ordenamento jurídico internacional podem se apresentar de diversas formas. Entre elas, o Estado Federal, tal como a República Federativa do Brasil. Relembremos que, no Estado Federal, somente o poder central tem personalidade jurídica internacional, não tendo as suas subdivisões territoriais capacidade internacional para o exercício de direitos ou para a assunção de obrigações, salvo raríssimas exceções constitucionais. A soberania externa, na Federação, é exercida pelo governo federal, ao qual compete participar diretamente das relações e dos negócios exteriores do Estado, manter relações com Estados estrangeiros, concluir tratados e

11 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 378.

convenções internacionais, entre outros.¹²

Ocorre que, uma coisa é a representação internacional de um Estado por meio do Estado Federal, e outra a divisão interna entre competência processual federal (da Justiça Federal) e competência processual estadual (da Justiça dos Estados Federados). Perceba-se que a *República Federativa do Brasil é formada* pela “*união* indissolúvel [a Constituição utiliza a palavra “união”, neste caso, em minúscula, mas o sentido é o mesmo da *União* em maiúscula] dos Estados e Municípios e do Distrito Federal...” (art. 1º, *caput*). Assim, a República é pessoa jurídica de direito público externo, enquanto a União é pessoa jurídica de direito público interno. É equívoco dizer que “a União celebra ou firma tratados internacionais”, pois o ente responsável para tanto é a *República Federativa do Brasil*, da qual a União não é mais que *um de seus componentes*, ao lado dos Municípios e do Distrito Federal.

Portanto, a representação externa da Nação é única e não fracionada, razão pela qual a Constituição não atribuiu aos componentes da Federação personalidade jurídica externa. Quando o Presidente da República celebra um tratado internacional (à luz do art. 84, inc. VIII, da Constituição) o faz não como Chefe de Governo (figura de Direito interno), senão como Chefe de Estado (figura de Direito Internacional Público) dotado de competência para disciplinar interesses exteriores do Estado, sejam do conjunto federativo (interesses da União) ou de cada um dos componentes da Federação (interesses dos Estados e dos Municípios).¹³

Logo, quando o tratado de extradição existente menciona as obrigações *do Estado Parte*, o que está a fazer é apenas referência à representação *externa* da Nação, que é única e da qual o Presidente da República é o representante máximo. Portanto, a obrigação descrita no Acordo de Extradição de julgar o indivíduo não extraditado não se refere, por uma razão lógica, à competência interna, *ratione materiae*, entre a Justiça Federal e a Estadual, senão apenas à obrigação que a *República Federativa do Brasil* têm – como ente dotado de capacidade internacional

12 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 378. p. 409 e ss.

13 Assim (com total razão) a doutrina do direito internacional tributário, entre eles: ROCHA, Valdir de Oliveira. “Tratados internacionais e vigência das isenções por eles concedidas, em face da Constituição de 1988”, *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, nº 5/91, Cad. 1, mar./1991, pp. 83-84; Grupenmacher, Betina Treiger. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*, São Paulo: Dialética, 1999, pp. 124-129; e XAVIER, Alberto, *Direito tributário internacional do Brasil*, 6. ed. reform. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 152-153.

e agente representativo de Direito Internacional Público – de proceder ao julgamento de indivíduos que não podem ser extraditados em razão do seu direito interno.

Esse raciocínio leva diretamente a um *segundo* raciocínio: em razão do tratado não versar sobre competência *ratione materiae*, não se pode afirmar que a causa é fundada em tratado internacional. O fundamento, como afirma a jurisprudência do STF, com a qual concordamos, é do direito interno (Código Penal e de Processo Penal) e não do direito internacional (com base em tratado internacional, que seria o Acordo de Extradicação existente entre o Brasil e MERCOSUL).

Ademais, o mesmo raciocínio serve para a competência da União – segundo o texto Constitucional – de manter relações com Estados estrangeiros e cumprir os tratados firmados. O cumprimento do tratado e sua normativa, *in casu*, nada diz sobre a competência interna das jurisdições brasileiras – se federal, estadual ou, ainda, sobre qual *locus* do território brasileiro – para julgar o autor de crime cometido no exterior. Logo, sob qualquer ângulo que se analise a questão, verifica-se que o julgamento de indivíduo não extraditado é obrigação da *República Federativa do Brasil*, como pessoa jurídica de direito público externo, e estará cumprida independentemente de tramitar o processo na Justiça Federal ou na Estadual – questão meramente processual interna, que não adentra no âmbito do Direito Internacional Público ou Privado.

2. Do interesse da União e da nacionalidade em casos de impossibilidade de extradição de brasileiros natos que cometam crimes no exterior

Outros dois argumentos foram utilizados pelo STJ para justificar a competência da Justiça Federal: (a) a impossibilidade de extradição, que afetaria o interesse da União, que tem por competência a manutenção de boas relações internacionais, fazendo incidir o inciso IV do art. 109 da Constituição Federal; e (b) a questão da nacionalidade, que, segundo a Corte, por versar a ação de uma causa assemelhada à “causa referente à nacionalidade”, incidiria o inciso X do mesmo artigo.

Antes de adentrar no exame da subsunção da norma legal ao caso em espécie, pode-se analisar brevemente esses dois institutos típicos do Direito Internacional Público. A extradição pode ser definida como o

ato pelo qual um Estado entrega à justiça repressiva de outro, a pedido deste, indivíduo nesse último processado ou condenado criminalmente e lá refugiado, para que possa aí ser julgado ou cumprir a pena que já lhe foi imposta.¹⁴ Tal instituto se justifica no próprio princípio da justiça, segundo o qual a ninguém é lícito subtrair-se às consequências das infrações penais que comete.¹⁵ Além do meio mais antigo e tradicional de cooperação internacional para a repressão de crimes, a extradição é também um dos mais eficazes e eficientes.¹⁶ A extradição é, na verdade, um dos institutos mais importantes da cooperação penal entre os países para a repressão internacional de crimes. Não se trata de pena, mas de medida de cooperação internacional na repressão ao delito, que visa a boa administração da justiça criminal.¹⁷

Os pedidos de extradição podem, ademais, se basear tanto em tratados internacionais como exclusivamente no Direito interno, no caso de a legislação interna permitir a concessão da extradição baseada em promessa de reciprocidade. Da mesma forma, a existência de tratado prevendo os delitos suscetíveis de extradição não prejudica a faculdade que assiste às partes de conceder, uma à outra, com base na reciprocidade, a extradição de pessoas acusadas ou condenadas por outros fatos criminosos, caso a isso também não se oponha a legislação do Estado requerido.¹⁸

Como ramo do Direito Processual Criminal Internacional, o instituto visa à realização de assistência jurídica mútua, em matéria penal, por meio da cooperação entre os Estados (princípio do *punire aut dedere*) e da aplicação judicial internacional do princípio da territorialidade. Diferente das sentenças internacionais cíveis, no direito penal é impossível realizar o *exequatur* de sentenças penais no estrangeiro. Tais sentenças sequer podem ser homologadas em país estrangeiro pelo órgão competente para a homologação de sentenças estrangeiras – salvo se o que se homologa

14 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 665.

15 MAZZUOLI, Op.cit., p. 665.

16 Para um estudo da evolução histórica do instituto da extradição, v. VIEIRA, Manuel Adolfo, “L'évolution récente de l'extradition dans le continent américain”, *Recueil des Cours*, vol. 185 (1984-II), pp. 170-176. Entre nós, v. RUSSOMANO, Gilda Maciel Correa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1981, pp. 14-22.

17 Cf. SIBERT, Marcel. *Traité de droit international public: le droit de la paix*, vol. I. Paris: Dalloz, 1951, p. 629; FRAGA, Mino, *O novo estatuto do estrangeiro comentado, O novo estatuto do estrangeiro comentado*, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 290.

18 MAZZUOLI, Op.cit., p. 668.

visa apenas surtir efeitos *civis* no território alienígena.¹⁹ Trata-se de verdadeira matéria de cooperação internacional e de auxílio mútuo entre Estados, de fundamento inclusive moral, com a finalidade de reprimir os crimes daqueles acusados ou já condenados em um país e que buscam refúgio em território de outro, a fim de escapar da reprimenda penal.²⁰ Como destaca Bevilaqua, a “extradição não interessa, especialmente, à sociedade internacional dos indivíduos, mas, sim, aos Estados, por ser meio de tornar possível a eficácia de suas leis penais”.²¹

É certo que a extradição é matéria de interesse da União, fazendo incidir o inciso IV do art. 109 da Constituição. Ademais, o próprio texto constitucional define ser atribuição do STF processar e julgar originalmente a extradição solicitada por Estado estrangeiro (art. 102, I, g). Ocorre que, no presente caso, não se está a discutir a extradição do acusado – que, inclusive já havia sido analisada em processo próprio e foi denegada. No caso em análise, trata-se da ação penal para apurar crime de homicídio praticado no exterior, à qual se aplica a lei brasileira (Código Penal e Código de Processo Penal). O recurso interposto perante o STJ (objeto do Acórdão analisado) discute tão somente a competência interna dentro das fronteiras do território brasileiro. Assim, nesse ponto, discordamos, mais uma vez, do raciocínio adotado pela Superior Tribunal de Justiça. O interesse da União não seria, assim, discutido toda vez que analisássemos qualquer tipo de crime praticado por brasileiros natos no exterior. Compartilhamos, portanto, o entendimento do STF, segundo o qual a interpretação do art. 109 da Constituição Federal, que define a competência dos juízes federais, deve ser realizada de forma restritiva.

Quanto ao segundo argumento adotado pelo STJ, de que a matéria seria análoga à “causa referente à nacionalidade”, também divergimos. Explica-se. Como se sabe, os Estados soberanos são livres para legislar sobre matéria de nacionalidade (corolário do princípio da atribuição estatal da nacionalidade).²² No Brasil, a nacionalidade é matéria constitucional, disciplinada no art. 12 da Constituição Federal de 1988. As hipóteses constitucionais de atribuição da condição de brasileiro

19 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 668.

20 RUSSOMANO, Gilda Maciel Correa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1981, p. 2.

21 BEVILAQUA, Clóvis. *Direito público internacional: a síntese dos princípios e a contribuição do Brasil*, t. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1910, p. 129.

22 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Op. cit., p. 621.

nato são *numerus clausus*, fora das quais não existe a possibilidade de sua configuração, seja para ampliar ou restringir os casos estabelecidos pelo texto magno. Segundo o mencionado dispositivo, são considerados como brasileiros *natos* aqueles indivíduos que, ao nascer – seja na República Federativa do Brasil ou, eventualmente, no exterior –, viram-se atribuir a nacionalidade brasileira ou, quando tal não se dá de maneira automática, têm a perspectiva de um dia virem a ser brasileiros mediante opção, com efeitos retroativos.²³

O Brasil adotou o entendimento segundo o qual não é permitida a extradição de brasileiros natos. O art. 5º, inc. LI, a esse propósito, estabelece que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”. Tal não significa, contudo, que os brasileiros natos não possam ser processados no Brasil, pelo(s) crime(s) cometido(s) no exterior. Pelo contrário, o Brasil tem a obrigação de processar e julgar esses nacionais, para que não fiquem impunes dos crimes perpetrados alhures. Tal obrigação é prevista, inclusive, nos inúmeros tratados de extradição firmados pelo Brasil (como é o caso do adotado com os países membros do MERCOSUL).²⁴

A regra da proibição de extradição de nacionais pela Constituição brasileira está fundada no fato de a justiça estrangeira poder ser injusta com o nacional do outro Estado, processando-o e julgando-o sem qualquer imparcialidade. Mesmo que tal regra apresente alguns inconvenientes, a doutrina majoritária concorda que o princípio da não extradição de nacionais não pode servir para deixar impunes pessoas criminosas, devendo os seus Estados de origem comprometer-se a julgá-las em seus territórios nesses casos.²⁵ Frise-se que a Convenção de Direito Internacional Privado de 1928 (Código Bustamante) – em vigor no Brasil

23 Para uma análise completa sobre a nacionalidade, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 601 e ss.

24 Nesse sentido, assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Se a extradição não puder ser concedida, por inadmissível, em face de a pessoa reclamada ostentar a condição de brasileira nata, legitimar-se-á a possibilidade de o Estado brasileiro, mediante aplicação extraterritorial de sua própria lei penal (CP, art. 7º, II, b, e respectivo § 2º) - e considerando, ainda, o que dispõe o Tratado de Extradição Brasil/Portugal (Artigo IV) -, fazer instaurar, perante órgão judiciário nacional competente (CPP, art. 88), a concernente *persecutio criminis*, em ordem a impedir, por razões de caráter ético – jurídico, que práticas delituosas, supostamente cometidas, no exterior, por brasileiros (natos ou naturalizados), fiquem impunes” (HC83.113-DF, Questão de Ordem, rei. Min. Celso de Mello, Df/29.08.03).

25 Para uma análise completa sobre o tema, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 681 e ss.

e em outros 15 Estados Latino-americanos – estabelece, no seu art. 345, que os Estados contratantes “não estão obrigados a entregar os seus nacionais”, complementando que a “nação que se negue a entregar um de seus cidadãos fica obrigada a julgá-lo”.²⁶ Portanto, mais uma norma internacional que impõe a obrigação de julgamento de nacionais não extraditados.

Se é certo que a questão da impossibilidade de se extraditar brasileiros natos se revela como uma causa relativa à nacionalidade, tal não significa que seja esse argumento apto a justificar a competência do juízo federal para a análise da questão de crimes cometidos por brasileiros natos no exterior. Aqui, mais uma vez, repetimos o entendimento de que, no caso em apreço, não se analisa a nacionalidade do acusado ou sua impossibilidade de extradição em razão dessa nacionalidade, senão apenas a *competência* para processar ação penal de apuração de crime de homicídio cometido no exterior, em que se aplica a lei brasileira. Não se discute, como se nota, a *qualidade de brasileiro nato* do acusado e, tampouco, a possibilidade de sua extradição. Por isso, nos parece certo que tal fundamento não há de servir de base para atrair a competência da justiça federal no caso analisado. Se assim fosse, estaríamos fazendo uma interpretação ampla do art. 109, o que viria de encontro à jurisprudência do STF a respeito, como já se viu.

IV. Conclusão

Como vimos ao longo deste estudo, a questão da competência *ratione materiae* em casos de crimes praticados por brasileiros natos no exterior não é pacífica, havendo divergência entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal e, inclusive, divergência interna (em menor grau, por entendimento de um de seus ministros) na própria Corte Suprema.

O Acórdão do STJ ora analisado reafirmou a jurisprudência anterior da Corte, mas sem qualquer inovação. Se fundou – para justificar a competência da Justiça Federal – no art. 109, incisos III, IV e X da Constituição Federal (existência de tratado internacional, impossibilidade de extradição e causa análoga à nacionalidade) e, igualmente, no princípio

26 O Código Bustamante se encontra atualmente em vigor nos seguintes Estados: Bahamas, Bolívia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana e Venezuela.

de cooperação internacional e na competência da União para manter relações com Estados estrangeiros e cumprir os tratados firmados (arts. 21, I, e 84, VII e VIII, da CF).

Todavia, como se viu no decorrer da presente análise, não parece possível justificar a competência da Justiça Federal nas normas supramencionadas, pois uma coisa é a obrigação da República Federativa do Brasil – como Estado dotado de capacidade internacional e agente de Direito Internacional Público – de processar e julgar os indivíduos que não podem ser extraditados em razão de seu direito interno e, outra, a competência interna processual, *ratione materiae*, entre a Justiça Federal e Estadual, que se funda em legislação doméstica, mais especificamente no Código de Processo Penal.

Ademais, não se pode afirmar que o julgado do STJ analisado funda-se *propriamente* em tratado internacional: esse apenas menciona a obrigação *do Estado* de julgar os seus nacionais não extraditados. A competência processual é fundada não na norma internacional, mas na norma *interna* de índole criminal. Ainda, mesmo que se reconheça que casos relativos à nacionalidade ou à extradição atraem a competência dos juízes federais, o caso ora analisado não tem como objeto a questão da nacionalidade ou da possibilidade de extradição – que foram analisados em ação própria. O objeto do caso em estudo versa simplesmente sobre a atribuição de competência interna *ratione materiae* – se cabe à Justiça Federal ou à Estadual – para processar brasileiro nato que cometeu crime no exterior. Discorda-se, pois, também nesses pontos, do julgamento estudado da lavra do STJ.

Por tudo o que foi aqui analisado, parece estar correto o STF no sentido de não ser possível atrair a competência para a Justiça Federal pelo simples fato de ter sido o crime praticado no exterior por brasileiro nato, que não pode ser extraditado, com base na Constituição Federal e em tratado internacional existente. O fato de existir uma relação de cooperação internacional entre os países, como já afirmamos, também não é suficiente para fixar a competência da Justiça Federal, se não houve no caso concreto nenhuma violação direta a interesse da União ou a um dos incisos do art. 109 da Constituição Federal, os quais se devem ser interpretados restritivamente.

SECCIÓN PARAGUAY

COORDINACIÓN

Luciana Scotti

Luciane Klein Vieira

Vitória Volcato da Costa



EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO DEL MERCOSUR EN PARAGUAY

*Roberto Ruiz Díaz Labrano**

Sumario: I. El Derecho Internacional Privado y la Integración; II. La cooperación jurídica internacional; III. Los protocolos de cooperación jurídica en el MERCOSUR; IV. El Protocolo de Las Leñas; V. La aplicación jurisprudencial; VI. Conclusión.

I. El Derecho Internacional Privado y la Integración

El Derecho Internacional Privado es probablemente la disciplina que más ha evolucionado en los últimos tiempos; diversos factores han contribuido a que así sea, el desarrollo de los procesos de integración es uno de ellos pues contribuye a resolver cuestiones y situaciones propias de esta materia, por la aplicación de fuentes convencionales adoptadas por los Estados e incorporadas al ordenamiento jurídico interno.

En el MERCOSUR, la base institucional de armonización ha sido la Reunión Especial de los Ministros de Justicia de los países miembros,¹ iniciativa que tuvo lugar con la entrada misma en vigencia del Tratado de Asunción a instancia del Ministro de Justicia Argentino, quien convocó en Buenos Aires a un Encuentro para abordar el tema de Cooperación

* Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción. Ha sido Miembro y Presidente del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Es Profesor Titular de Derecho Internacional Privado y Profesor Titular de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro de la Academia Paraguaya de Derecho del Paraguay y Miembro Honorario de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

¹ La reunión de Ministros de Justicia fue creada oficialmente por la Decisión N° 7/91 del Consejo del Mercado Común y ha tenido una importantísima labor en materia de cooperación jurídica y armonización.

Jurídica Internacional en el espacio integrado.²

Las reuniones fueron concebidas como un mecanismo dinamizador del proceso de integración y de apoyo para las actividades del Grupo Mercado Común. En la práctica, estas reuniones han adquirido enorme relevancia y prestigio a raíz de que las comisiones técnicas estaban representadas por especialistas de alto nivel. Tellechea Bergman apunta que las reuniones han atendido especialmente el desarrollo del Derecho Internacional Privado y dentro de éste, específicamente la Cooperación Jurídica Internacional.³

En cuanto al proceso de armonización en la región, luego de las tradicionales fuentes de los Tratados Internacionales de Montevideo de 1989⁴ y los de 1940,⁵ surgieron otras, emanadas de las Conferencias

2 “A su turno, nuestro Ministerio de Justicia decidió convocar a sus pares de los Estados miembros a una reunión de trabajo, que se celebró entre el 23 y el 25 de octubre de 1991. En dicha oportunidad, los representantes de los ministerios de justicia concluyeron que el mecanismo idóneo para el cumplimiento de las incumbencias propias en el ámbito del MERCOSUR era el de que sus Ministros debían celebrar encuentros periódicos con el objeto de lograr la armonización del Derecho, e impulsar la cooperación jurídica como instrumentos para la mejor realización de la justicia en el área. Asimismo, se acordó la conveniencia de la constitución de una Comisión Técnica para establecer un régimen permanente de trabajo entre los distintos Ministerios competentes para asegurar la continuidad de los objetivos previstos en el Tratado de Asunción. Finalmente, por Decisión N° 08/91 del Consejo del Mercado Común (CMC) se creó la Reunión de Ministros de Justicia, que tiene como finalidad proponer las medidas tendientes al desenvolvimiento de un marco común para la cooperación jurídica entre los Estados Partes. En consecuencia, en cada uno de los Estados se designaron representantes de los Ministerios de Justicia y de Relaciones Exteriores para integrarla”. SCOTTI, Luciana Beatriz. “Diálogo de Fuentes: Las Normas Regionales del MERCOSUR y las Nuevas Disposiciones del Derecho Internacional Privado Argentino”, *Rev. secr. Trib. perm. revis.*, Año 4, n. 7, Mayo 2016, pp. 152-184.

3 TELECHEA BERGMAN, Eduardo. “La Cooperación Jurídica Internacional en el MERCOSUR”, ponencia presentada en el IV Encuentro de Derecho Internacional en Montevideo, publicado en *MERCOSUR, Balances y Perspectivas*, Edit. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Año 1996, pp. 111-133.

4 “En el ámbito de las regulaciones convencionales, el Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1889, el 11.11.1889, aprueba el Tratado de Derecho Procesal Internacional -ratificado por Uruguay, Argentina, Bolivia, Paraguay y Perú y al que Colombia luego adhiriera- texto que abarca: Título I, “Principios generales” -regulación del proceso y la prueba-; “De las legalizaciones”, Título II; y “Del cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales”, Título III; y en el Protocolo Adicional a los Tratados, arts. 2 y 3, consagra asimismo la aplicación de oficio del Derecho extranjero y la recurribilidad de las sentencias dictadas en error del mismo. Los Tratados de Montevideo tuvieron como antecedente el Tratado de Lima de 1878, “para establecer reglas uniformes en materia de Derecho Internacional Privado”, que en diversos títulos ya se había ocupado de la materia procesal internacional”. TELECHEA BERGMAN, Eduardo. “Dimensión Judicial del Caso Privado Internacional. Análisis en Especial de la Cooperación Judicial Internacional de Mero Trámite, Probatoria y Cautelar en el Ámbito Interamericano y del MERCOSUR”. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIV_curso_derecho_internacional_2007_Eduardo_Tellechea_Bergman.pdf. Consultado en: 03 dic. 2020.

5 “El Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1939-1940, aprueba el 19.3.1940 un nuevo Tratado de Derecho Procesal Internacional -ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay- que legisla sobre: “Principios generales”, Título I; “De las Legalizaciones”, Título II; “Del cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales”, Título III; “Del Concurso civil de acreedores”, Título IV; y trata acerca de la aplicación del Derecho extranjero en los artículos 2 y 3 del Protocolo Adicional. Corresponde agregar que la obra de los Congresos de Montevideo ha legislado además sobre la jurisdicción internacional a través de las soluciones consagradas por los Títulos XIV de los Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, así como por diversas disposiciones del Tratado de Derecho Comercial

Especializadas de Derecho Internacional Privado que por medio de diversas convenciones “CIDIP”, han estructurado un sistema de derecho internacional privado, no completo, pero que tiende a armonizar su aplicación.

Las convenciones han buscado facilitar y a veces sustituir normas de conflictos por medio de normas de solución materiales. El objeto ha sido evitar los obstáculos prácticos que representan la diversidad de las instituciones legislativas nacionales y simplificar la ubicación de la ley aplicable y la jurisdicción competente.

En esta línea, se han gestado los Protocolos de Cooperación Jurídica en el MERCOSUR, tomando en cuenta que ya existían entre tres de los Estados Partes, Argentina, Paraguay y Uruguay bases convencionales comunes en las CIDIP, pero de las cuales Brasil no era Estado Parte, razón por la cual era necesario que adhiriera a las convenciones ya existentes o se elaboraran fuentes especiales en el MERCOSUR.

La primera cuestión analizada ha sido el marco jurídico dentro del cual encarar la armonización legislativa en el MERCOSUR, se optó por un sistema que aprovechara la rica experiencia de las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado y el respaldo doctrinal a las Convenciones Interamericanas por medio de la creación de normas especiales a través de Protocolos de Cooperación.

Se optó así, conforme los propios miembros de la Comisión Técnica⁶ por buscar un ordenamiento propio, pero tomando en consideración la amplitud y multilateralidad de los instrumentos emanados de las CIDIP. Las Convenciones, por lo demás, no se oponen a la posibilidad de armonización regional al contemplar que los Estados que pertenezcan a sistemas de integración podrían acordar directamente entre sí, procedimientos y trámites particulares más expeditivos.⁷

Internacional de 1889 y de los Tratados de 1940 sobre Navegación Comercial Internacional y Derecho Comercial Terrestre.” TELECHEA BERGMAN Eduardo. “Dimensión Judicial del Caso Privado Internacional. Análisis en Especial de la Cooperación Judicial Internacional de Mero Trámite, Probatoria y Cautelar en el Ámbito Interamericano y del MERCOSUR”, Opus cit.

6 Ver: TELECHEA BERGMAN, Eduardo. “Panorama de los Protocolos del MERCOSUR sobre Derecho Internacional Privado, con especial referencia a aquellos relativos a la cooperación jurídica internacional”, en: CALDANI, Miguel Angel Ciuro (coord.), *Del MERCOSUR*, Ediciones Ciudad Argentina, año 1996, pp. 187 y ss.

7 Como por ejemplo se encuentra en el Art. 14 de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias de 1975, citado por TELECHEA BERGMAN.

De este modo, fueron adoptados los Protocolos de Cooperación Jurídica internacional, instrumentos del DIPr con ropaje regional. Los Protocolos conforman por su importancia un ordenamiento jurídico procesal regional y establecen soluciones al Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable y la jurisdicción competente en diversas áreas.

Sobre su impacto, Didier Operti Badán lo expresa “Ese DIPr que han ido elaborando los órganos del MERCOSUR se va introduciendo en los ordenamientos nacionales, acentuando así los rasgos de homogeneidad que el desarrollo histórico y el trabajo común han ido generando a través de los tiempos”.⁸

Como fuentes adoptadas en procesos de integración son instrumentos comunes de armonización con la finalidad de facilitar la interpretación y aplicación común del derecho. En el MERCOSUR los Protocolos han puesto el acento en la cooperación jurídica, no así en las normas materiales por lo que está pendiente una armonización más profunda.⁹

II. La cooperación jurídica internacional

La expresión cooperación jurídica internacional, tiene hoy una connotación más amplia que la mera colaboración y asistencia entre los Estados sobre cuestiones y requerimientos de naturaleza procesal. Es comprensiva de los esfuerzos de armonización bilaterales y multilaterales.

El fundamento de esta cooperación obedece, entre otras razones, a la internacionalización de la vida de las personas, tal como lo señala Diego Fernández Arroyo

hace que los Estados deban ponerse de acuerdo para alcanzar mecanismos que permitan la protección de los intereses de aquellas frente a las situaciones privadas internacionales. El Derecho de los particulares a ser tutelados judicialmente de manera efectiva, va transformando en obligatorias las actitudes

8 OPERTTI BADAN, Didier. “Prólogo”, en: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Ed.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Editorial Zavallá, Buenos Aires, 2003.

9 Para una mejor comprensión de las fuentes en el Derecho Internacional Privado, la doctrina los clasifica en fuentes internas, fuentes convencionales, fuentes institucionales o de integración y fuentes universales. Las primeras, las internas, son reconocidas como fuentes autónomas de Derecho Internacional Privado y son aquellas emanadas del propio sistema del ordenamiento jurídico interno, se conforman con las disposiciones constitucionales y legales que delinear en su conjunto el sistema propio de DIPr.

Estatales otrora realizadas con cierta espontaneidad.¹⁰

Para facilitar la aplicación de los instrumentos de cooperación jurídica ha sido propuesto una estratificación según el grado de colaboración, en los de primer grado estarían cuestiones de mero trámite tal como notificaciones, emplazamientos y producción de pruebas. En los de segundo grado aquellas en las cuales la pretensión posee consecuencias más relevantes, como medidas de seguridad o cautelares y en los de último grado los que desde el punto de vista procesal son los más importantes, como el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras.¹¹

Feldstein de Cárdenas apunta que

El auxilio o la cooperación jurídica internacional puede ser entendida como, la actividad de naturaleza procesal desarrollada en un Estado, al servicio de un proceso incoado o a incoarse ante extraña jurisdicción. Asistencia, auxilio o cooperación que puede desplegarse en distintos niveles, relativos a: 1. Actos de mero trámite, probatoria y de información del derecho de un Estado en otro. 2. Medidas cautelares o precautorias. 3. Reconocimiento y ejecución de sentencias o laudos arbitrales extranjeros.¹²

Podríamos bien decir que la cooperación jurídica internacional ha desarrollado el Derecho Procesal Internacional, es en este campo en que se manifiesta, facilitando el acceso a la justicia y transformando la mera cooperación en obligación fundamental de acceso a la justicia.

De tal manera, que el Derecho Procesal Internacional se ha convertido en una parte del Derecho Internacional Privado que resuelve conflicto de leyes procesales. En este sentido, el profesor José Luis Siqueiros ha definido la Cooperación Procesal Internacional de la siguiente manera: “Es una parte del Derecho Procesal Internacional, que a su vez es una rama importante y complementaria del Derecho Internacional Privado, su contenido comprende las reglas de jurisdicción y de competencia, así como la solidaridad y el auxilio que recíprocamente se presten los tribunales de diferentes países para la administración de la justicia.

10 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *Derecho Internacional Privado. Una mirada actual sobre sus elementos esenciales*, Editorial Advocatus, Córdoba, 1998, p. 63.

11 DREYZIN DE KLOR, Adriana. “La cooperación jurídica internacional en el MERCOSUR”, en *Temas de Derecho de la Integración*, p. 113.

12 FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia. *Panorama del Sistema de Derecho Internacional Privado Argentino en Materia de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*. Disponible en: <https://www.academia.edu/7613363/>. Consultado en: 04 dic. 2020.

Hoy en día, a la Cooperación Judicial Internacional, suele denominársele: Cooperación Procesal Internacional, Cooperación Jurídica y Judicial Internacional, Cooperación Judicial Internacional, Asistencia Jurídica Internacional, Asistencia Judicial Mutua, entre otros, en el marco del presente artículo la llamaremos Cooperación Judicial Internacional y Cooperación Judicial Interamericana”.¹³

III. Los protocolos de cooperación jurídica en el MERCOSUR

En el MERCOSUR, han sido dictados diversos Protocolos que interesan de forma directa o indirecta al Derecho Internacional Privado,¹⁴ entre los más importantes podemos citar: El Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, firmado en el Valle de las Leñas, 27 de junio de 1992.¹⁵ El Protocolo sobre Medidas Cautelares del MERCOSUR (Protocolo de Ouro Preto II), firmado en Ouro Preto, Brasil, el 16 de diciembre de 1994.¹⁶ El Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, firmado en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994; el Protocolo sobre Medidas Cautelares¹⁷ (Ouro Preto el 16 de Diciembre de 1994. El Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el MERCOSUR,

13 VIZCARRA, Ana Elizabeth Villalta. *El La Cooperación Judicial Internacional*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XL_curso_derecho_internacional_2013_Ana_Elizabeth_Villalta_Vizcarras.pdf. Consultado en: 04 dic. 2020.

14 Consultar en https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMERCOSUR.aspx. Consultado en: 04 dic. 2020.

15 El Protocolo de Cooperación Jurídica fue aprobado por Decisión del CMC N° 5/92, firmado en el Valle de las Leñas, el 27 de junio de 1992, entró en vigor de conformidad al Art. 33 el 17 marzo de 1996. Fue ratificado por Argentina según Ley N° 24.578 del 25.10.1995 (B.O. de 27.11.1995) depósito de ratificación el 3.7.1996, por Brasil según Decreto Legislativo N° 55 del 19.4.1995, (D.O.U. de 28.4.1995), Decreto Presidencial N° 2.067 del 12.11.1996 (D.O.U. del 13.11.1996) el depósito de ratificación se efectuó el 16.2.1996; por Paraguay según Ley N° 270 del 10 de diciembre de 1993 (G.O. de 16.3.1993) y el depósito de ratificación se efectuó el 12.9.1995 y Uruguay por Ley N° 16.971 del 15.6.1998 (D.O. de 2.7.1998).

16 Aprobado a nivel MERCOSUR por Dec CMC 27/94. Argentina; ley 24.579, 25.10.1995 (BO 27.11.95); depósito del instrumento de ratificación el 14 de marzo de 1996. Brasil: aprobado por decreto legislativo 192/95, 15.12.1995 (DOU 18.12.95), promulgado por decreto 2.626/98, 15.06.1998 (DOU 16.06.98 pg. 1); depósito del instrumento de ratificación el 18 de marzo de 1997. Paraguay: aprobado por ley 619/95, 06.07.1995; depósito del instrumento de ratificación el 12 de septiembre de 1995. Uruguay: aprobado por ley 16.930, 20.04.1998 (DO 29.04.98); depósito del instrumento de ratificación el 10 de agosto de 1998. El Protocolo entró en vigor el 13 de abril de 1996 (art. 29).

17 El Protocolo de Medidas Cautelares del MERCOSUR fue firmado en Ouro Preto, Brasil, el 16 de diciembre de 1994 y aprobado a nivel MERCOSUR por Decisión CMC N° 27/94. Fue aprobado por Argentina según Ley N° 24.579 del 25.10.1995 (BO 27.11.95), el depósito del instrumento de ratificación fue efectuado el 14 de marzo de 1996. El Brasil lo aprobó por Decreto Legislativo 192/95 del 15.12.1995 (DOU 18.12.95), promulgado por Decreto N° 2.626 de fecha 15.06.1998 (DOU 16.06.98 pág. 1), depositando el instrumento de ratificación en fecha 18 de marzo de 1997. El Paraguay lo aprobó por Ley N° 619/1995 de fecha 6 de Julio de 1995, depositando el instrumento de ratificación en fecha 12 de septiembre de 1995. El Uruguay lo aprobó por Ley N° 16.930 de fecha 20.04.1998 (DO 29.04.98) depositando el instrumento de ratificación el 10 de agosto de 1998. El Protocolo entró en vigor el 13 de abril de 1996 (Art. 29).

en materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen, firmado en Asunción, 5 de agosto de 1995.¹⁸ El Protocolo sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, firmado en San Luis el 25 de junio de 1996. El Protocolo sobre “Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito” firmado en San Luis el 25 de junio de 1996.¹⁹ El Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de relaciones de consumo.²⁰ El Acuerdo Complementario al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa. (Asunción).²¹ El Acuerdo Complementario al Protocolo de Medidas Cautelares. (Asunción).²² El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR.²³ El Acuerdo de Asistencia Jurídica mutua en asuntos penales entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile.²⁴ El Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile.²⁵ La Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del MERCOSUR.²⁶ El Acuerdo Complementario al Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR.²⁷ El Acuerdo entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados sobre Cooperación Regional para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en situación de vulnerabilidad.²⁸

18 Aprobado por Ley N° 912 del 01/08/1996 por Paraguay y por Ley N° 17052 de fecha 14/12/1998 por Uruguay.

19 Aprobado por Ley N° 1.204 de fecha 23/12/1997 por Paraguay; por Ley N° 25.095 por Argentina; por Ley N° 17.145 de fecha 09/08/1999 por Uruguay y por Decreto Legislativo N° 3 del 26/01/2000 por Brasil.

20 Fue suscrito en Santa María y fue adoptado conforme a la Decisión N°1/95 del CMC y del Acuerdo N° 8/96 de la Reunión de Ministerios de Justicia.

21 DEC 5/97, aprobado por Ley N° 1209 de fecha 13/01/1998 por Paraguay; por Ley N° 25222 por Argentina; por la Ley N° 17574 de fecha 21/02/2002 por Uruguay.

22 DEC N° 09/97 aprobado por Ley N° 3468 por Paraguay.

23 DEC N° 03/98 aprobado por Decreto Legislativo N° 265 de fecha 29/12/2000 por el Brasil; por Ley N° 17834 de fecha 23/09/2004 por Uruguay; por Ley N° 25223 por Argentina y por Ley N° 3303 por Paraguay.

24 DEC N° 12/01 aprobada por Paraguay por Ley N° 2048 de fecha 16/01/2003, aprobado por Ley N° 26004 por Argentina, ratificado por Chile el 09/01/2009 y Acta de Adhesión de Ecuador del 30/06/2008.

25 DEC N°8/02 aprobada por Ley N° 25935 por Argentina; por Decreto Legislativo N° 1021 por Brasil, por Ley N° 3036 de Paraguay y con Acta de Adhesión por la República de Ecuador el 30/06/2008 y Acta de Adhesión del Perú 06/12/2012.

26 DEC N° 07/02 aprobada por Decreto Legislativo N° 970 del Brasil, por Ley N° 25934 de Argentina, por Ley N° 3451 de Paraguay.

27 DEC N° 27/02 aprobada por Ley N° 26250 de Argentina.

28 DEC N° 25/08 aprobado por Decreto Ejecutivo N° 1761 del 04/06/2009 de Ecuador y por Decreto

IV. El Protocolo de Las Leñas

El instrumento más referido en las resoluciones de los órganos judiciales paraguayos ha sido el Protocolo de Las Leñas, de su Art. 1° se extrae que los Estados Partes se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, incluso lo extiende a los procedimientos administrativos que admiten recurso ante los tribunales.

A su vez, el Art. 3° consagra el principio de igualdad de trato procesal: “Los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Parte gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses”.

El Protocolo de Las Leñas, ha producido un cambio importante en las relaciones de cooperación jurídica entre los Estados del MERCOSUR, si bien en un principio, la aplicación de éste y otros protocolos tropezaban con obstáculos por el desconocimiento, interpretación y la burocracia que entorpecía su aplicación, terminó finalmente con una amplia aceptación y una efectiva cooperación entre órganos jurisdiccionales.

Su invocación y aplicación fue casi inmediata, especialmente en lo que se refiere a la excepción de arraigo, institución que en el derecho interno de Paraguay está prevista en Código Procesal Civil en el Art. 224 que entre las excepciones previas admisibles menciona el arraigo (inc. i).

Con relación a la procedencia de la excepción, el Art. 225 del Código Procesal Civil establece que, si el demandante no tuviere domicilio en la República, deberá prestar una caución que será determinada prudencialmente por el juez y establecerá el plazo en que deberá ser prestada, si no lo hiciere se tendrá por no presentada la demanda, en tanto que el Art. 226 del CPC se ocupa de las situaciones en que resulta innecesario.²⁹

Suprema N° 072-2011 de Perú. Instrumento de ratificación por Venezuela de fecha 15/11/2016.

29 Art. 226 del Código Procesal Civil. Improcedencia de la excepción de arraigo. “No procederá la excepción de arraigo: a) si el actor tuviere en la República bienes registrados, casa de comercio o establecimiento industrial, de valor suficiente como para cubrir las costas del juicio, según la apreciación del juez; b) si la demanda fuere deducida como reconvenición, o por demandado vencido en juicio que autorice la promoción del proceso de conocimiento ordinario; c) si la competencia de los jueces de la República procediere exclusivamente en virtud del fuero de atracción de los juicios universales; d) si se hubiere pactado la competencia de los jueces de la República; y, e) si el actor nacional ejerciere una función oficial en el extranjero”.

El planteamiento de esta excepción respecto al que no tuviera arraigo en el territorio ha sido pacífica en la región hasta el Protocolo de Las Leñas, cuyo Art. 4° dispuso “ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser impuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte”, en el párrafo segundo indica que se aplica “a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes”.

La oposición o solicitud de rechazo de la excepción de arraigo en base al Art. 4° del Protocolo de Las Leñas, fue una novedad, su aplicación y resultado jurisprudencial permitieron visualizar en el ámbito procesal, el funcionamiento y aplicación de las normas del MERCOSUR.

A partir del Protocolo de Cooperación Jurídica de Las Leñas ya no era aplicable la excepción o exigencia de caución o *caucio judicatum solvi* a cualquier demanda de personas domiciliadas en el territorio del MERCOSUR, aunque no poseyera bienes situados en el lugar en que se radicara la demanda, se la contestara o reconviniera.

El Protocolo establece un principio fundamental el de “igualdad de trato procesal”, al disponer en su artículo 3° que “Los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanente de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses”. Es decir, su vocación es la de facilitar la justicia.

Prevé la designación de una Autoridad Central designada por cada Estado Parte, que se encargará de recibir y tramitar los pedidos de asistencia jurisdiccional,³⁰ facilitando el acceso a la justicia ante los órganos jurisdiccionales de la región integrada.

Regula el reconocimiento y ejecución de las resoluciones y sentencias recaídas en otro Estado Parte y de los laudos arbitrales en el ámbito de competencia del protocolo (civil, comercial, laboral y administrativo), con excepción de la materia penal, el cumplimiento de sentencias de reparación de daños y de la restitución de bienes como consecuencia de acciones penales.

30 Ver Art. 2 del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional.

Se ocupa de la cooperación y asistencia al facilitar la tramitación de los exhortos, por medio de diligencias de auxilio judicial o de mero trámite, el diligenciamiento de citaciones, intimaciones, emplazamientos, notificaciones y toda medida de cooperación que no riña contra disposiciones de orden público internacional. La cooperación puede consistir también en la recepción o producción de pruebas.

Refiere las formalidades que deben llenar los exhortos y el modo en que deben ser diligenciados para asegurar la eficacia del procedimiento y asegurar la eficacia y los principios de autenticidad, celeridad y eficacia. El primero de estos principios se cumple a través de la eliminación del trámite de legalización cuando el documento sea encaminado a través de la autoridad central respectiva; el de celeridad porque existe una obligación de conducir o reconducir el exhorto para que satisfaga efectivamente la finalidad jurídica del requerimiento, y tercero, porque la autoridad central designada debe asegurar la comunicación de la respuesta o el resultado de la diligencia al Estado requirente.³¹

El protocolo dota de plena eficacia extraterritorial a las sentencias y laudos arbitrales recaídos en otro Estado Parte, siempre y cuando se observen ciertas formalidades, como la traducción al idioma en que fueran a ser ejecutados o que se hayan cumplido los requisitos para que la sentencia o el laudo reúna los esenciales para su cumplimiento. Concretamente que no se haya distorsionado la jurisdicción internacional, el debido proceso, asegurando la intervención u oportunidad de intervención a las partes y que no exista litispendencia. Las sentencias y laudos arbitrales no deben afectar el orden público internacional del Estado en que se pretende hacer surtir efectos.

Se innova facilitando la tramitación de las acciones planteadas al eliminar todo tipo de caución o depósito, cualquiera sea su denominación y debido a la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte.³²

En el Protocolo son regladas las condiciones de fondo y forma para que las sentencias recaídas en otro Estado Parte surtan efecto en el territorio de otro Estado Parte, así como el procedimiento para la prueba e información del derecho extranjero, procedimiento o asistencia cuya

31 Véase LABRANO, Roberto Ruiz Díaz. *Derecho Internacional Privado*, Editorial Thomson Reuter – La Ley Paraguaya, Asunción, 2010.

32 Ver Art. 4 del Protocolo de Las Leñas.

tramitación no implicará reconocimiento automático del resultado de la sentencia por parte del Estado que brindó el auxilio o la información.

V. Aplicación jurisprudencial

En lo que se refiere a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales paraguayos que han aplicado normativa MERCOSUR, podemos citar algunos antecedentes jurisprudenciales, varios de los cuales han sido citados por un investigador de la integración regional, Alejandro Daniel Perotti.³³

Protocolo de Las Leñas. Exoneración del arraigo o caución: En el juicio “Antonio López de Oliveira Neto c/ Chacomer SAECA y ERREDE Producciones S.R.L. s/ Indemnización de daños y perjuicios”, tramitado ante el Juzgado en lo Civil y Comercial del 7º Turno. Por A.I. N° 1505 de fecha 26 de setiembre de 2001, el juzgado en lo Civil y Comercial del 7º Turno, acogió favorablemente el pedido de rechazo de la excepción de arraigo efectuado por la parte demandada una empresa paraguaya ante una demanda de indemnización promovida por un ciudadano brasileño por uso indebido de imagen.

El fundamento se remitió al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional que (Art. Art. 3º) los ciudadanos de cualquiera de los Estados Partes gozarán del libre acceso a la jurisdicción y en el Art. 4º prescribe que “ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser opuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte”.

Esta resolución fue confirmada por el Auto Interlocutorio N° 493 de fecha 4 de setiembre de 2002 por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial del Tercer Turno en los siguientes términos:

En cuanto a la excepción de Arraigo, el Art. 4º del Protocolo de Las Leñas, aprobado por Ley N° 270/95 vigente en el ámbito del MERCOSUR exime de toda caución *judicatum solvi*, vale decir, se excluye la necesidad de arraigar que imponen las normas procesales de los países signatarios del Tratado en el ámbito del MERCOSUR.

33 PEROTTI, Alejandro Daniel. “Protocolo de Las Leñas. La excepción de arraigo en la jurisprudencia de los estados del MERCOSUR”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, 3 de setiembre de 2003, III, fascículo 10, p. 71, Lexis Nexis Id SAIJ: DACF030078.

También en Paraguay y del primer informe elaborado por la Secretaría del MERCOSUR se cita una resolución de la 3ª Sala del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial en los autos “Andrés García Galeano c/ Mateo Dichirico Palacios y otros s/acción autónoma de nulidad”, que reconoce la prohibición de excepción de arraigo dispuesta en el citado Art. 4º del Protocolo de Las Leñas.³⁴

En su momento, el actor – domiciliado en Buenos Aires y sin bienes inmuebles registrados en el Paraguay –, en su carácter de tercero extraño al proceso de ejecución llevado a cabo en autos “Mateo Dichirico Palacios c/María Genara González de García”, en el cual se subastó en su totalidad un inmueble – adjudicado a Mateo Dichirico Palacios –, interpuso acción autónoma de nulidad, alegando que en razón de su matrimonio con María Genara González Bento – ocurrido en 1977 – la propiedad ejecutada – adquirida en 1983 – revestía la calidad de bien ganancial de la pareja, teniendo por ello derecho indiviso sobre la misma. En su escrito de contestación el demandado invocó, entre otras defensas, la excepción de arraigo sobre la base del Art. 225 Código Procesal Civil.

En primera instancia, el Juzgado en lo Civil y Comercial del 11º turno, por auto interlocutorio N° 2514 del 5 de diciembre de 2001, hizo lugar a la exigencia de caución suficiente (arraigo) en los términos del Art. 225 CPC. Contra dicho pronunciamiento, el actor interpuso los recursos de nulidad y de apelación, alegando – en cuanto al primero – que la carencia de bienes de su propiedad radicados en el Paraguay ponía en peligro la defensa de sus legítimos intereses.

El Tribunal de Apelación, al declarar procedente el recurso de apelación, aplicó de manera prevalente el Art. 4º del Protocolo de Las Leñas, frente al Art. 225 CPCP, destacando que la mencionada norma del Derecho del MERCOSUR “modifica el Art. 225 del Código Procesal Civil, en cuanto establece la procedencia de la excepción de arraigo, por las responsabilidades inherentes a la demanda, si el demandante no tuviere domicilio en la República con la sanción de no tenerse por presentada la demanda si el mismo no diere cumplimiento a la resolución que establezca el arraigo”. El Tribunal agregó que “el citado Art. 4º del Protocolo exime de toda *cautio judicatum solvi* a las personas allí contempladas. Así se excluye la necesidad de arraigar que impone la norma establecida en el mencionado

34 TACC, 3ª sala, A.I. N° 648/2003, juicio “Andrés García Galeano c/Mateo Dichirico Palacios y otros s/ acción autónoma de nulidad”, 30/09/2003.

Art. 225 del Código Procesal Civil en los términos del Protocolo”.³⁵ El Tribunal de Apelación revocó el auto apelado. El Tribunal de Apelación aplicó de oficio el Protocolo de Las Leñas, como lo hiciera también la Corte Suprema de Justicia del Paraguay (CSJ).³⁶

Siempre en base al primer informe, en otro caso resuelto en Paraguay, el Tribunal de Apelación de Encarnación Primera Sala en el expediente Juicio: “Jorge Daniel Acuña c/ Teotismo Maidana y Empresa Trociuk Cía. A.C.I.S.A. s/ Indemnización de daños y perjuicios», por Auto Interlocutorio N° 0242 del 2 de marzo de 2003, confirmó la resolución de primera instancia en los términos siguientes:

Que, mediante el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativo, suscripto entre los Estados Partes del MERCOSUR en el Valle de Las Leñas, República Argentina, el 27 de junio de 1992 y la Enmienda al mismo en los arts. 1, 3, 4, 5, 10, 14, 19 y 35 hecha en la ciudad de Buenos Aires, República Argentina, el 5 de julio del año de 2002, a objeto de fortalecer el proceso de integración de los Estados Partes, se procedió a acordar entre los mismos, la igualdad del trato procesal al establecer en el Art. 3 que: “Los nacionales, ciudadanos y residentes permanentes o habituales de uno de los estados partes gozarán, en las mismas condiciones que los nacionales, ciudadanos y residentes permanentes o habituales de otro estado parte, del libre acceso a la jurisdicción de dicho estado para la defensa de sus derechos o intereses...” (1° parte). Y con el fin de hacer viable esa igualdad de trato procesal, dispone en el Art. 4 que: “Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser impuesta en razón de la calidad de nacional, ciudadano o residente permanente o habitual de otro estado (1° parte).

Entre otros casos relevantes que abrieron el camino a una pacífica aceptación de la normativa MERCOSUR que eliminaba la caución y el arraigo como posibilidad de excepción, tenemos la acción planteada por la Souza Cruz, domiciliada en el Brasil contra una empresa domiciliada en Paraguay que opuso la excepción de arraigo prevista en el Art. 225

35 228TACC, “García Galeano c/Palacios”, cit. (considerando en cuanto al recurso de apelación, párrs. 5° y 6°)..

36 Ver CSJ, Sentencia N° 268/2001, sala Constitucional, Acción de Inconstitucionalidad en el juicio “Souza Cruz S.A. c/La Vencedora S.A. s/nulidad de la marca Hollywood”, N° 326/1999, 30.05.2001; Ministro Preopinante, Sapena Brugada; §3° del voto del Min. preopinante al que adhiere el resto de la sala).

del CPC. La excepción fue acogida favorablemente en primera instancia por A.I. N° 1735 del 2 de diciembre de 1988, recurrida la resolución el Tribunal de Apelación la revocó.

La parte demandada planteó contra la resolución de segunda instancia una acción de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la que fue rechazada por Acuerdo y Sentencia N° 268 de fecha 30 de mayo de 2001.

La resolución de la máxima instancia expresó:

otro aspecto importante señalado en la resolución hace alusión al hecho de que nuestro país, como miembro del MERCOSUR, ha ratificado el Protocolo de Las Leñas, Ley N° 270/93, el cual en su art. 4 dispone: “Ninguna caución o depósito (...)”. El análisis realizado por los jueces se ajusta a la legislación interna sin que pueda inferirse del fallo vulneración de norma constitucional alguna. En estas condiciones corresponde el rechazo de la presente acción.

Protocolo de San Luis. El Tribunal de Apelación Civil, Comercial, Laboral, Criminal, Penal, y Tutelar del Menor, Circunscripción Judicial de Itapúa en los autos *Jacquet, Rafael c. Empresa de Transporte Crucero del Norte S.R.L.* expresó que el juzgado ante el que se promovió la demanda de indemnización de daños, es el competente, desde que el Protocolo de San Luis -en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito entre Estados Partes del MERCOSUR - art. 7 declara la competencia a elección del actor, a más de que la resolución recurrida no ha acarreado dificultad como tampoco es una cuestión compleja, ya que los términos del citado protocolo son los suficientemente claros.³⁷

Protocolo sobre Medidas Cautelares. El Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial 3ª Sala en el juicio Armando Horacio Cervone contra Mussi Carisimo, Sara Carmen por A.I. N° 330 de fecha 29 de mayo de 2000 revocó el A.I. N° 701 de fecha 26 de mayo de 1999 dictado por el juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno que hiciera lugar al levantamiento de una medida cautelar solicitada por la parte accionada.

La apelación argumentó que el inferior no tenía competencia para

37 LLP, 2005 (junio), 706.

levantar el embargo trabado por no ser juez de la causa principal dispuesto preventivamente por medio de un exhorto librado en la República Argentina. El citado exhorto fue diligenciado en el Paraguay a través del juez de primera Instancia en lo Civ. y Com. Del Décimo Turno quien libró el mandamiento de embargo y ejecutó el exhorto. Posteriormente en el juzgado del 6° Turno se inicia la ejecución de la sentencia en el cual no se diligencia ninguna medida cautelar.

El Tribunal señaló que independientemente de las consideraciones esbozadas, la cuestión se encuentra sometida al imperio del Protocolo de Medidas Cautelares del MERCOSUR, que es ley vigente en nuestro país con N° 619 y que fuera puesta en vigencia el 6 de julio de 1995. De conformidad con el Protocolo, la admisibilidad de la medida cautelar será regulada por las leyes y resuelta por los Jueces o Tribunales del Estado requirente (Art. 5°). La ejecución de la medida cautelar y sus modificaciones se someten a las leyes y a la jurisdicción del estado requerido (Art. 6° y 7°). El juez requerido puede rechazar el cumplimiento de la medida o disponer su levantamiento, se verifica su absoluta improcedencia, de conformidad con el Protocolo (Art. 8°).

Esto es, debe analizar el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el Protocolo, y referidos al procedimiento de diligenciamiento del exhorto, pues en cuanto a los requisitos de fondo, para la procedencia de la medida cautelar es el juez requirente el que decide, según sus propias leyes, de conformidad con el art. 5° del Protocolo.

El afectado por la medida puede oponerse a ella, como en el presente caso, pero y sin perjuicio del mantenimiento de la medida cautelar, el Juez requerido debe restituir el procedimiento al Juez o Tribunal de origen para que decida sobre la oposición según sus leyes (art. 9°). Entonces, existiendo un embargo vía exhorto, el Juez requerido controla el cumplimiento de los requisitos extrínsecos del exhorto y del Tratado, vale decir las cuestiones formales, si proviene de un país en el cual rige el Protocolo, etc. Pero el juzgamiento sobre la admisibilidad de la medida y su mantenimiento es competencia del juez requirente.

En este caso el Juez que ordena el levantamiento no es ni el requerido ni el requirente, sino el juez de un juicio de ejecución de sentencia que se realiza con posterioridad al juicio, original, tramitado en el extranjero. En todo caso, se debió haber pedido o tramitado la acumulación de los autos o el fenecimiento de una de las dos causas por

la vía de *litispendencia* o de la caducidad, si fuere el caso.

En las condiciones expresadas y atendiendo que el Protocolo de Medidas Cautelares del MERCOSUR es una norma vigente en nuestro país, y con rango de prelación superior a las leyes nacionales, por su carácter de tratado Internacional debidamente ratificado, concluimos que el levantamiento del embargo es improcedente. En consecuencia, el auto apelado debe ser revocado.

Protocolo de Las Leñas. Otra interesante cuestión surge del Acuerdo y Sentencia N° 116 de fecha 23 de agosto de 2016 recaído en la Acción de Inconstitucionalidad en el juicio “Amorin Pedrosa Moleirinho s/ Sucesión”, año 2005 N° 1931, dictado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, uno de los votos se refirió también a la aplicación del Protocolo de Las Leñas.

En el punto 5.2. la Dra. Bareiro de Modica expresa “La Ley N° 270/1993 “Que aprueba el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa”, suscripto entre los Gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, en el Valle de Las Leñas, Departamento de Malargüe, Provincia de Mendoza, República Argentina, le ha dado a los instrumentos públicos emanados de los Estados Partes del Tratado la misma fuerza probatoria que sus propios instrumentos públicos (Art. 25), con las condiciones exigidas expresamente en los Arts. 26 y 27 del Protocolo citado, que no fueron tenidos en cuenta por el Ad-quem al tiempo de resolver la cuestión sometida a su consideración”.

El punto 6). expresa “Nos encontramos en presencia de una resolución inconstitucional por incurrir en la causal de arbitrariedad *contra legem*, que consiste “en que el juez, sin dar razón alguna y fundado en su exclusiva opinión personal, ha fallado apartándose de los extremos fácticos y legales del caso, arribando a una conclusión jurídicamente inaceptable”, que causa perjuicio.³⁸ En consecuencia, corresponde dejar sin efecto la resolución dictada por el *Ad-quem*, atendiendo a que ha tenido en cuenta elementos de juicio que no son suficientes para la solución del litigio y, mucho menos, para crear la convicción necesaria que le permita esclarecer la cuestión sometida a su consideración.

38 BISANGHI, citado por SAGUES, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional Recurso Extraordinario*, 4ta. Edic. Actualizada y ampliada, Buenos Aires Edit. Astrea, 2002, T II, p. 118.

Del voto del Dr. Fretes, en mayoría, se extrae “El recurrente señala que el tribunal no falló respecto de las cuestiones propuestas en la instancia originaria dado que su parte alegó la ineficacia de instrumentos públicos emanados del Registro Civil del Brasil por no encontrarse legalizados ni apostillados, como tampoco fueron emanados por las Autoridades Centrales del MERCOSUR, conforme lo requieren los arts. 25, 26 y 27 del Protocolo de Las Leñas”. Por tanto, expresa que la resolución así dictada no se encuentra fundada en la ley sino únicamente en la voluntad de los juzgadores, como asimismo prescinde de pruebas fehacientes regularmente traídas a juicio.

El miembro de la Corte al expedirse, indica que es jurisprudencia constante que la Corte Suprema de Justicia indica que se plantea la acción de inconstitucionalidad a fin de declarar la nulidad del A.I. N° 571 de fecha 26 de noviembre de 2015 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Circunscripción de Amambay, más no ha impugnado el fallo de Primera Instancia. En tal sentido es jurisprudencia constancia de esta Sala que en casos como el citado, no habiendo impugnado la resolución de primera instancia por medio de la acción de inconstitucionalidad y siendo ésta confirmada por el de segunda instancia, no procede la acción de inconstitucionalidad porque la Corte no actúa como tercera instancia, voto al cual se adhirió la Dra. Peña.

Rogatoria: Por Acuerdo y Sentencia N° 302/11 en la Acción de Inconstitucionalidad en el juicio “Carta de notificación solicitada por el Juez Doctor Mauro Nering Karloh” Año 2007 – N° 1110. La cuestión se refiere concretamente a la admisibilidad de una solicitud – exhorto – dirigido por un juez de Ponta Porá (Brasil) en idioma español adjuntando una fotocopia autenticada por el actuario del juzgado de un escrito en idioma portugués, con membrete de la Defensoría Pública de Mato Grosso do Suscripto por un menor impúber, presentado al Juez de la 1ra Vara Civil de la Comarca de Ponta Porá, que se puso en conocimiento del Juez domiciliado en Pedro Juan Caballero, República del Paraguay.

El juzgado por providencia de fecha 18 de mayo dispuso tener por admitida la carta de “solicitud” remitido por el Juez de Primera Instancia de Ponta Porá – Brasil previa anotación en los libros de la secretaría, comisionando al ujier para el diligenciamiento de la notificación correspondiente.

Contra dicho proveído el recurrente interpuso incidente de nulidad,

el cual fue desestimado por el proveído de fecha 27 de junio (arriba transcrito), el recurrente interpuso los recursos de reposición y apelación en subsidio, el cual fue igualmente desestimado por providencia de fecha 19 de julio.

Luego interpuso recurso de queja por apelación denegada, el cual fue igualmente rechazado por el Tribunal de Apelación por considerar que la vía utilizada no era la adecuada, ya que el incidente corresponde procesalmente a una cuestión accesoria que tiene relación con el objeto principal de un juicio en curso, situación que no se ajustaba al caso en cuestión, ya que lo que se cumple es apenas un pedido de un magistrado judicial extranjero por el principio de reciprocidad procesal

Posteriormente promovió una acción de inconstitucionalidad contra las providencias de fechas 27 de junio y 19 de julio del año 2007, dictados por el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal de Garantía N° 2 de la Circunscripción Judicial de Amambay, y contra el A.I. N° 189 de fecha 16 de agosto de 2007, dictado por el Tribunal de Apelación de la misma Circunscripción Judicial.

El recurrente señala que las resoluciones impugnadas son arbitrarias por haberse apartado del texto claro de la Constitución y de las leyes aplicables en materia de carta rogatoria requerida por autoridad extranjera. El recurrente sigue señalando que en la notificación realizada se acompañó copias simples de la promoción de la acción, todos en idioma portugués y sin la debida autenticación de las copias y mucho menos de la legalización.

Refirió que el juzgado desestimó el incidente sin mencionar la disposición legal en la que se sustenta. Funda la presente acción en las disposiciones contenidas en los artículos 1, 9, 127, 137 y 256 de la Constitución Nacional, como también en las disposiciones establecidas en el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo 1940, Ley N° 613/76 que aprueba y ratifica la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, Ley N° 270/93 que aprueba el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, suscripto entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, y la Ley N° 3036/06 que aprueba el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en la materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile.-

La acción fue rechazada con voto del Dr. Antonio Fretes, quien señala que no existe arbitrariedad y como bien lo señala el Tribunal de Apelación, la validez o no de la notificación realizada debe plantearse y dirimirse ante el juez competente de la causa. El accionante puede hacer valer los mismos argumentos esgrimidos en esta acción ante el magistrado que entiende en el juicio principal, señala también que la Corte Suprema de Justicia no constituye una tercera instancia para debatir nuevamente cuestiones ya resueltas en doble instancia.³⁹ El voto no abordó las fuentes esgrimidas por el accionante, para afirmar la inconstitucionalidad de las resoluciones que admitieran la notificación.

En el voto de la Dra. Gladys Bareiro de Módica, no obstante se lee “La Carta de “Solicitud”, según la traducción del idioma portugués a español, debe considerarse como un pedido de exhorto, sin embargo, no se halla legalizada y autenticada por un agente diplomático o consular de la República, fue presentada directamente ante el Juzgado de Garantías del 2do. Turno de la Circunscripción Judicial de Amambay, circunstancia que debe considerarse suplida con la certificación y/o autenticación del Actuario del Juzgado, haciendo la salvedad que para suponer salvados los requerimientos de legalización y autenticación, deben hacerse discriminaciones cuando se trate de Exhortos con fines de extradición, pedidos de medidas cautelares, etc., en los cuales si creemos son necesarias las legalizaciones y autenticaciones por un agente diplomático o consular y sean canalizadas por las vías diplomáticas correspondientes.

Al dar trámite al pedido de rogatoria solicitado por el Magistrado del vecino país, no se violentan normas ni Acuerdos Internacionales como lo pretende hacer creer el recurrente, en razón que se trata simplemente de un pedido de notificación de un proceso iniciado ante dicha instancia en el Brasil y, cualquier defecto de la notificación debería ser atacada ante dicho juzgado, es más tratándose de un caso de reciprocidad con autoridades extranjeras, es decir, las autoridades del Brasil. En atención a las razones apuntadas, las providencias⁴⁰ no hacen más que tratar

39 Se cita la siguiente jurisprudencia “La acción de inconstitucionalidad no es el campo establecido para reabrir el debate sobre cuestiones que ha sido ampliamente consideradas, debatidas y resueltas en instancias inferiores conforme el leal saber y entender de los magistrados intervinientes, tanto más que no se advierta el coartamiento de ningún precepto de orden constitucional que haya menguado las posibilidades del libre ejercicio de sus derechos por los litigantes” (Ac. y Sent. N° 375 del 19 de septiembre de 1996 – C.S.J.).”.

40 Providencia de fechas 27 de junio de 2007; 19 de julio de 2007, dictadas por el Juzgado de Ejecución e interino del Juzgado de Garantías N° 2, Secretaría N° 4 de la Circunscripción Judicial de Amambay, y; el A.I. N° 189 de fecha 13 de agosto de 2007, esta última dictada por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Amambay.

de operativizar e impulsar el cumplimiento de la carta rogatoria remitida por su par de la República Federativa del Brasil, por tratarse de un pedido de notificación de una demanda iniciada en el vecino país, todo ello basados en el principio de reciprocidad, no observándose vulneración de normas procesales ni de tratados o convenios internacionales ni de garantías constitucionales; razón por la cual voto por la desestimación, con costas, de la Acción de Inconstitucionalidad promovida.

De acuerdo con esta opinión, que evidentemente examinó la normativa internacional, la notificación de una demanda iniciada en un país vecino, viabiliza u operativiza la carta rogatoria, por razones de reciprocidad y por no vulnerar los instrumentos convencionales ni la constitución, no admite una acción de inconstitucionalidad sobre su admisión.

VI. Conclusión

Son los Protocolos de Cooperación Jurídica los que contribuyen a facilitar a los órganos jurisdiccionales la aplicación de las normas del MERCOSUR. Determinan su jerarquía ante las disposiciones internas, establecen el principio de igualdad de trato y el acceso a la justicia, así como dan solución a diversas cuestiones de Derecho Internacional Privado.

El Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa como el Protocolo de Medidas Cautelares, sin desmedro de los demás, constituyen un gran y valioso esfuerzo desplegado para la armonización legislativa en el MERCOSUR y son un enorme aporte a la construcción y desarrollo del Derecho Internacional Privado.

PARTE I

**COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL
EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL**

**COMENTARIO A RESOLUCIÓN JUDICIAL
DICTADA EN TERRITORIO DE LA
REPÚBLICA DEL PARAGUAY, A LA LUZ DE UN
TRATADO INTERNACIONAL VIGENTE**

**Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, A.I.
Nº 330/2000 - “Armando Horacio Cervone C/ Sara Carmen
Mussi Carísimo S/ Ejecución de sentencia”, 29/05/2000**

*Hugo Esteban Estigarribia Gutiérrez**

*Daisy Karina León Alonso***

Sumario: I. Breve aproximación al tema; II. Marco normativo: 1. Constitución de 1992, 2. MERCOSUR, 3. Códigos; III. Los hechos del caso; IV. La decisión judicial: 1. Primera instancia, 2. Segunda instancia; V. Análisis del caso: 1. Acepciones, 2. Competencia, 3. Características, 4. Oportunidad para solicitarla, 5. ¿Puede ser levantada la medida por otro juez distinto al que dictó la medida cautelar?; VI. Conclusiones.

* Abogado, Mejor Egresado (1989), Notario Público y Escribano, Mejor Egresado (1990) (Derecho UNA, Asunción, Paraguay). LL.M, Máster en Derecho en Estudios Legales Internacionales, LL.M, Máster en Leyes y Gobierno, American University, Washington DC, EE.UU. (2002). Docente universitario. Ex Miembro Suplente (Árbitro) por Paraguay del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (2004-2008) Miembro (Árbitro), por Paraguay, de la Corte Permanente de Arbitraje, con sede en La Haya, Reino de Holanda (octubre 2011 a octubre 2017) Presidente de la Federación Interamericana de Abogados (Interamerican Bar Association) (IABA/FIA), Capítulo Paraguayo, desde Diciembre de 2013 a la fecha.

** Abogada (2010) (Derecho UNA, Asunción, Paraguay). Especialización en Derecho Procesal Civil (2016) Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Derechos Humanos, René Cassin en Convenio con la Universidad Privada del Este (UPE), (Paraguay). Diplomado en Derecho de la Energía, Inversiones y Medio Ambiente, Centro de Estudio de Derecho, Economía y Política – CEDEP y la Universidad de Heidelberg (2017). Docente universitaria (Derecho UNA, Asunción, Paraguay).

I. El Derecho Internacional Privado y la Integración

En el A.I N° 330 de fecha 29 de mayo de 2000 en el marco de los autos caratulados “Armando Horacio Cervone c/ Sara Carmen Mussi Carísimo s/ Ejecución de Sentencia”, se analizó la competencia que tiene un juez nacional (Estado Requerido) para poder realizar el levantamiento de una medida cautelar solicitado por un juez extranjero (Estado Requirente) en el marco del Protocolo de Medidas Cautelares aprobado por el CMC 27/94 MERCOSUR, vigente en nuestro país gracias a la internalización por Ley N° 619/95.

II. Marco normativo

Paraguay conforme a su marco normativo desde la Constitución hasta los tratados internacionales aprobados y ratificados por ley y otras leyes dictadas por el Congreso forman parte del ordenamiento jurídico interno, a continuación, mencionaremos los artículos de la Constitución que guardan relación en materia de la cooperación jurídica internacional, la competencia nacional o internacional y cuestiones aplicables al proceso:

1. Constitución 1992

En primer lugar, el artículo 16 – de la Defensa en Juicio: “La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada *por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales*”.

A su turno, el artículo 137 – De la Supremacía de la Constitución: “La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado...” “Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”.

El artículo 141 – de los Tratados Internacionales expresa: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley y del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación canjeados o depositados

forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el Artículo 137”.

Finalmente, el artículo 247 – de la Función y de la Composición establece: “la administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los Tribunales y por los Juzgados, en la forma que establezcan esta Constitución y la Ley”.

Conforme a lo expuesto, resulta una visión moderna de la Constitución de la República del Paraguay de 1992, en lo relativo a los principios de cooperación internacional reconociendo un orden jurídico supranacional como lo indica en su artículo 145 – del Orden Jurídico Supranacional. La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.

2. MERCOSUR

En el marco de esa integración a la comunidad internacional basado en los principios de Igualdad y Justicia, ha internalizado al orden jurídico paraguayo conforme lo dispone la Constitución, en ámbito del derecho civil y procesal civil los siguientes Protocolos

Decisión CMC N^o 5/92 firmado en fecha 27 de junio de 1992 y ratificado por Ley N^o 270¹ de 10 diciembre de 1993, que aprueba el Protocolo de Cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, suscrito entre los gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, en el Valle de las Leñas, departamento de Malargüe, provincia de Mendoza, República Argentina.

Nos interesa recordar las siguientes disposiciones:

Artículo 1: “Los Estados Partes se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. La asistencia jurisdiccional se extenderá a los procedimientos administrativos

1 Ratificación en fecha 12/09/1995 entró en vigencia a partir de 17 de marzo de 1996.

en los que se admitan recursos ante los tribunales”.

Artículo 5: “Cada Estado Parte deberá enviar a las autoridades jurisdiccionales del otro Estado, según la vía prevista en el Artículo 2o., los exhortos en materia civil, comercial, laboral o administrativa, cuando tengan por objetivo: a) Diligencias de mero trámite, tales como citaciones, intimaciones, emplazamientos, notificaciones u otras semejantes; y, b) Recepción u obtención de pruebas”.

Artículo 12: “La autoridad jurisdiccional encargada del cumplimiento de un exhorto aplicará su Ley interna en lo que a los procedimientos se refiere. Sin embargo, podrá accederse, a solicitud de la autoridad requirente, a otorgar al exhorto una tramitación especial o aceptarse el cumplimiento de formalidades adicionales en la diligencia del exhorto, siempre que ello no sea incompatible con el orden público del Estado requerido. El cumplimiento del exhorto deberá llevarse a cabo sin demora”.

Decisión CMC N° 27/94 aprobada por Ley N° 619² del 06 de julio de 1995 que aprueba el Protocolo de Medidas Cautelares. Este Protocolo tiene por objeto reglamentar, entre los Estados Partes del Tratado de Asunción, el cumplimiento de medidas cautelares destinadas a impedir la irreparabilidad de un daño en relación a personas, bienes u obligaciones de dar, hacer o no hacer (art. 1). Podemos mencionar las disposiciones más importantes:

Artículo 2: “Las medidas cautelares podrán ser solicitadas en procesos ordinarios, ejecutivos, especiales o extraordinarios, de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil”.

Artículo 3: “Se admitirán las medidas cautelares preparatorias, las incidentales de una acción principal y las que garanticen la ejecución de una sentencia”

Artículo 4: “Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes del Tratado de Asunción darán cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por los Jueces o Tribunales de los otros Estados Partes, competentes en la esfera internacional, adoptando las providencias necesarias de acuerdo con la ley del lugar donde estén situados los bienes o residan las personas objeto de la medida”

² Ratificado en fecha 12/09/1995 y entró en vigencia el 13/04/1996.

Artículo 5: “La admisibilidad de la medida cautelar será regulada por las leyes y resuelta por los Jueces o Tribunales del Estado requirente”.

Artículo 6: “La ejecución de la medida cautelar y su contracautela o garantía respectiva serán resueltas por los Jueces o Tribunales del Estado requerido, según sus leyes. *Artículo 7.* Serán también reguladas por las leyes y resueltas por los Jueces o Tribunales del Estado requerido: a) las modificaciones que en el curso del proceso se justificaren para su correcto cumplimiento o, cuando correspondiere, para su reducción o sustitución; b) las sanciones por peticiones maliciosas o abusivas; y, c) las cuestiones relativas al dominio y demás derechos reales”.

Artículo 24: “Las costas judiciales y demás gastos serán responsabilidad de la parte solicitante de la medida cautelar”.

3. Códigos

A) Ley N° 1337/88 Código Procesal Civil (de Paraguay)

Las normas que nos resultan de interés para este trabajo son:

Artículo 2: “Competencia de los jueces. La competencia del juez o tribunal en lo civil y comercial se determinará con arreglo a lo dispuesto por esta ley y por el Código de Organización Judicial y leyes especiales”.

Artículo 3: “Carácter de la competencia. La competencia atribuida a los jueces y tribunales es improrrogable. Exceptúase la competencia territorial, que podrá ser prorrogada por conformidad de partes, pero no a favor de jueces extranjeros, salvo lo establecido en leyes especiales”.

Artículo 4: “Prórroga expresa o tácita de la competencia territorial. La prórroga puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando así se convenga entre las partes. Será tácita respecto del actor, por el hecho de haber entablado la demanda; respecto del demandado, por haberla contestado o dejado de hacerlo, u opuesto excepciones previas, sin articular la declinatoria. Una vez prorrogada la competencia, queda definitivamente fijada para todas las instancias del proceso”.

Artículo 5: “Competencia nacional. La competencia del juez paraguayo subsistirá hasta el fin de las causas iniciadas ante

él, aunque cambien durante el proceso las circunstancias que determinaron inicialmente su competencia”.

Artículo 15: “Deberes. Son deberes de los jueces, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Organización Judicial: a) dictar las sentencias y demás resoluciones dentro de los plazos fijados por la ley, decidiendo las causas según el orden en que se hayan puesto en estado; b) fundar las resoluciones definitivas e interlocutorias, en la Constitución y en las leyes, conforme a la jerarquía de las normas vigentes y al principio de congruencia bajo pena de nulidad; c) resolver siempre según la ley, sin que le sea permitido juzgar de valor intrínseco o la equidad de ella; d) pronunciarse necesaria y únicamente sobre lo que sea objeto de petición, salvo disposiciones especiales; e) asistir a las audiencias de prueba y realizar personalmente las diligencias que este Código u otras leyes ponen a su cargo, con excepción de aquellas en que la delegación estuviere autorizada; f) dirigir el procedimiento, debiendo, dentro de los límites expresamente establecidos por este Código: 1. Concentrar, en lo posible, en un mismo acto o audiencia, todas las diligencias que sean menester realizar; 2. Vigilar que en la tramitación de la causa se obtenga la mayor economía procesal; y 3. Mantener la igualdad de las partes en el proceso; y g) procurar, en cuanto sea compatible con el ejercicio de sus atribuciones, especialmente en los juicios referentes a las relaciones de familia, que los litigantes pongan término a sus diferencias mediante avenimiento amigable. A este efecto podrán convocarlos a su presencia en cualquier estado del juicio. La infracción de los deberes enunciados en los incisos b), c), d) y e) de este artículo, causará la nulidad de las resoluciones y actuaciones”.

Artículo 129: “De los exhortos. Las comunicaciones dirigidas a autoridades judiciales extranjeras se harán mediante exhortos. Tales comunicaciones, así como las que se reciban de dichas autoridades, se regirán por lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales. A falta de éstos, y cuando se trate de exhortos recibidos de autoridades extranjeras, se aplicarán las siguientes reglas: a) se requerirá que estén debidamente legalizados y autenticados por un agente diplomático o consular de la República; b) si el juez paraguayo accediere a su cumplimiento, serán diligenciados con arreglo a las leyes nacionales; y c) los que fueren librados a petición de parte interesada, expresarán el nombre de la persona encargada de su diligenciamiento, quien

deberá abonar los gastos que demande. Los que ocasionen los dirigidos de oficio, se harán sin costo para el exhortante”.

Artículo 537: “Medidas cautelares. Los jueces paraguayos darán cumplimiento a las medidas cautelares que les fueren solicitadas por jueces extranjeros, siempre que tales medidas fueren procedentes conforme al derecho paraguayo, y el peticionante diere contracautela en los términos del artículo 693, inciso c)”.

A su vez, el Título XIV se ocupa de las medidas cautelares³ y la contracautela:

Artículo 692: “Facultades del juez. El juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia y naturaleza del derecho que se intentare proteger”.

Artículo 694: “Cumplimiento y apelación de las resoluciones. Ordenada una medida cautelar, se la cumplirá sin más trámite, y sin necesidad de conocimiento de la parte contraria, la que en todos los casos será notificada personalmente o por cédula dentro de los tres días del cumplimiento de la misma. Las resoluciones que concedan medidas cautelares, serán apelables sin efecto suspensivo. Las que hagan cesar medidas cautelares lo serán también, pero con efecto suspensivo”.

Artículo 696: “Modificación. El que solicitó la medida podrá pedir la ampliación, mejora y sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ella no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada”.

Artículo 697: “Carácter provisional. Las medidas cautelares subsistirán, mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento”.

Artículo 701: “Caducidad. Las medidas cautelares registrables se extinguirán de pleno derecho a los cinco años de la fecha de su anotación en el registro respectivo, salvo que a petición de parte se reinscribieren antes del vencimiento del plazo, por orden del juzgado que entendió en el proceso”.

3 Otras normas relativas a medidas cautelares: Ley N° 1376/88 art. 36, de Arancel de Honorarios de Abogados y Procuradores, Ley N° 489/95 art.54 Orgánica del Banco Central del Paraguay, Ley N° 890/91 que aprueba la Convención Interamericana sobre cumplimiento de Medidas Cautelares de Montevideo del año 1979, Ley N° 1680/01 art. 174, Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 1879/02 art. 20, de Arbitraje y Mediación.

Artículo 702: “Responsabilidad. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 700, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiere solicitado. La determinación del monto de éstos se sustanciará por el trámite del proceso de conocimiento sumario”.

Artículo 705: “Exención de contracautela. No se exigirá caución, si quien obtuvo la medida fuere: a) el Estado, una de sus reparticiones, una Municipalidad o persona reconocidamente abonada, conforme a lo dispuesto por el Código Civil o leyes especiales; o b) persona que actuare con beneficio de litigar sin gastos, o eximida de la obligación por este Código”.

A su turno, el Capítulo II trata de los Embargos Preventivos:

Artículo 707: “Procedencia. Podrá pedir embargo preventivo el acreedor de deuda en dinero o especie, que se hallare en alguna de las condiciones siguientes: a) que la existencia del crédito esté demostrada con instrumento público, o privado atribuido al deudor, abonada la firma por información sumaria de dos testigos; b) que, fundándose la petición en un contrato bilateral, se justifique su existencia en la misma forma del inciso anterior, debiendo, en este caso, probarse, además, sumariamente, el cumplimiento del contrato por parte del actor, salvo que éste ofreciere cumplirlo, o que su obligación fuese a plazo; c) que la deuda esté justificada por libros de comercio llevados en debida forma por el actor, o resulte de boleto corredor de acuerdo con sus libros, en los casos que éstos puedan servir de prueba; y d) que, estando la deuda sujeta a condición suspensiva o pendiente de plazo, el actor acredite sumariamente que su deudor trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes, o siempre que justifique del mismo por cualquier causa ha disminuido notablemente la responsabilidad de su deudor después de contraída la obligación”.

Artículo 708: “Otros casos. Podrán igualmente pedir embargo preventivo: a) el coheredero, el condómino o el socio, sobre los bienes de la herencia, del condominio o de la sociedad, si acreditare la verosimilitud del derecho, el peligro o la demora y prestare suficiente contracautela; b) el propietario o locatario principal de predios urbanos o rústicos, haya o no contrato de

arrendamiento, respecto de las cosas afectadas a los privilegios que le reconocen la ley. Deberá acompañar a su petición el título de propiedad o el contrato de locación, si lo hubiere, o intimar al locatario para que formule previamente las manifestaciones necesarias; c) la persona a quien la ley reconoce privilegios sobre ciertos bienes muebles o inmuebles, siempre que el crédito se justifique en la forma establecida en el artículo anterior, inciso b); d) la persona que haya de demandar por acción reivindicatoria, petición de herencia, nulidad de testamento o simulación, respecto de la cosa demandada, mientras dure el juicio; y siempre que se presentare documentos que hagan verosímil la pretensión deducida; y e) el adquirente, cuando demandare el cumplimiento de un contrato de compraventa, respecto del bien objeto del mismo, si el derecho fuere verosímil”

Artículo 717: “Levantamiento de oficio en todo tiempo. El embargo indebidamente trabado sobre alguno de los bienes enumerados en el artículo anterior, podrá ser levantado, a pedido del deudor o de su cónyuge o hijos, y aun de oficio, aunque la resolución que lo decretó se hallare consentida”.

B) Ley N° 879/ Código de Organización Judicial.

En lo pertinente, merece destacarse:

Artículo 1: “El Poder Judicial ejerce la función jurisdiccional en los términos y garantías establecidos en el Capítulo IX de la Constitución Nacional”.

Artículo 7: “Los Jueces y Tribunales ejercerán jurisdicción dentro de los límites de su competencia”.

Artículo 9: “Los Jueces y Tribunales aplicarán la Constitución, los Tratados Internacionales, los Códigos y otras leyes, los decretos, ordenanzas municipales y reglamentos, en el orden de prelación enunciado. No podrán negarse a administrar justicia. En caso de insuficiencia, obscuridad o silencio de la ley, aplicarán las disposiciones de leyes análogas y los principios generales del derecho y tendrán en consideración los precedentes judiciales. La ley extranjera competente será aplicada de oficio por los Jueces y Tribunales de la República, sin perjuicio del derecho de las partes de alegar y probar su existencia, contenido y vigencia”.

Artículo 11: “La competencia en lo civil, comercial, laboral y contencioso administrativo se determina por el territorio,

la materia, el valor o cuantía de los asuntos, el domicilio o la residencia, el grado, el turno y la conexidad. Artículo 16. En las acciones reales sobre inmuebles será competente el Juez del lugar de su situación. Si el bien raíz estuviere ubicado en más de una circunscripción judicial, la competencia pertenecerá al Juez de aquella donde se hallare su mayor parte. Si los inmuebles fueren varios y situados en distintas circunscripciones, será competente el Juez del lugar de situación del inmueble de mayor valor. Cuando se ejerzan acciones reales sobre muebles, será competente al Juez del lugar donde se hallen, o el del dominio del demandado, a elección del demandante”.

Artículo 17: “En las acciones personales será competente el Juez del lugar convenido para el cumplimiento de la obligación, y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado, o el del lugar del contrato, con tal que el demandado se halle en él, aunque sea accidentalmente. Si hubiere varios coobligados, prevalecerá la competencia del Juez ante quien se instaure la demanda. El que no tuviere domicilio conocido podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre”.

Artículo 18: Será Juez competente para conocer la obligación accesoria el que lo sea de la principal”.

En la Sección IV sobre la Extinción de las Inscripciones y Anotaciones Preventivas, descata el artículo 302: “Las inscripciones no se extinguen respecto de terceros sino por su cancelación o por la inscripción de las transferencias del dominio o derecho real inscripto a nombre de otras personas. Las inscripciones de hipotecas y prendas, y las anotaciones preventivas, embargos e inhibiciones caducan automáticamente a los diez años de su presentación, si antes no fueran reinscritos. Las inscripciones de hipotecas y prendas constituidas a favor de un Banco o de las Sociedades de Ahorro y Préstamo para la Vivienda, o de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios subsistirán hasta la completa cancelación de las obligaciones que garantizan, lapso que no podrá exceder de veinte y cinco años”.

III. Los hechos del caso

El conflicto radica sobre el levantamiento de una medida cautelar: embargo preventivo, dispuesta por un juez extranjero (Estado Requirente) y ejecutada por un juez nacional (Estado Requerido), por un juez distinto

al que dictó o hizo cumplir la medida cautelar en el territorio paraguayo.

El Juzgado en lo Civil y Comercial del Décimo Turno de la Capital, es el juzgado original o el que recibió la solicitud de asistencia jurídica internacional y dio trámite al pedido de embargo preventivo vía exhorto, en fecha 04 de agosto de 1998, previos trámites de forma y conforme el derecho de fondo, en efecto como lo indican las normas que rigen la materia, libró el mandamiento de embargo sobre el inmueble individualizado como Finca N° 18.014 del Distrito de Lambaré, inscripta como propiedad de la señora Sara Carmen Mussi Carísimo, asimismo, libró los oficios correspondientes a la Dirección General de los Registros Públicos, es decir, ejecutó plenamente el exhorto.

Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno, en el marco de los autos caratulados “ARMANDO HORACIO CERVONE C/ SARA CARMEN MUSSI CARÍSIMO S/ EJEUCIÓN DE SENTENCIA”, por A.I. N° 701 de fecha 26 de mayo 1999, dictó el levantamiento de la medida cautelar sobre el inmueble individualizado como Finca N° 18.014 del Distrito de Lambaré, inscripta como propiedad de la señora Sara Carmen Mussi Carísimo, trabado por orden del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno. Esta resolución fue objeto de recurso de apelación y fue estudiada, en segunda instancia, por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala de la Capital (Asunción, Paraguay).

Conforme se verifica en el considerando del A.I. N° 330 de fecha 29 de mayo de 2000, dictado por el supra citado Tribunal superior: “Vale decir, se tienen en verdad dos procedimientos abiertos relativos a la misma cuestión, uno efectuado en el exterior y diligenciado vía exhorto, donde se dicta y se traba la medida cautelar, y uno posterior donde se pretende la ejecución de la sentencia extranjera en la República, pero donde no hay medidas cautelares decretadas”.

Según el derecho positivo vigente, la doctrina y la jurisprudencia en nuestro país, la cuestión radica en que: ¿Podría un Juez nacional levantar una medida cautelar dictada por otro Juez extranjero, a petición del cautelado? Este cuestionamiento que fue objeto de análisis en el Auto Interlocutorio N° 330 de fecha 29 de mayo de 2000, citado anteriormente, es sobre el cual versa el presente trabajo comentando tal decisión judicial traducida en ese fallo del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de

la Tercera Sala de la Capital (Asunción, Paraguay).

IV. La decisión judicial

1. Primera instancia. Por AI N° 701 de fecha 26 de mayo de 1999, dictado por el juzgado de Primera instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno, se resolvió: “1) HACER lugar al pedido de levantamiento de medida cautelar presentado por la accionada, y en consecuencia que fuera trabajo por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno, Sría. Estigarribia, en fecha 4 de agosto de 1998 sobre el inmueble individualizado como Finca N° 18.014 del distrito de Lambaré, inscripta como propiedad de la señora SARA MUSSI CARISIMO, y librar para su cumplimiento, el correspondiente oficio a la Dirección de los Registros Públicos. 2) Anótese...”

2. Segunda instancia. Por A.I N° 330 de fecha 29 de mayo de 2000, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Tercera Sala de la Capital resolvió: “1. Tener por desistido al recurrente del recurso de nulidad por él interpuesto. 2. Revocar el auto apelado. Imponer las cosas por su orden”.

V. Análisis del caso

1. Acepciones

Ante las circunstancias descriptas anteriormente, corresponde hacer un análisis de la decisión del órgano colegiado que tuvo a su cargo el estudio de una resolución emanada en el marco de un proceso de ejecución de sentencia, pero con antecedentes a la aplicación del derecho internacional específicamente en el marco del Protocolo sobre Medidas Cautelares.

En este contexto, debemos en primer término, entender ¿qué son las medidas cautelares?, ¿qué fundamento persiguen?, ¿cuál es el Juez competente para ordenarlas?, ¿en qué estadio procesal habrá que solicitarlas?

Definición:

Tenemos varias acepciones de autores que la definieron, por ejemplo:

Casco Pagano, Hernán,⁴ las medidas cautelares o precautorias, en términos generales, son aquellas que el juez dispone para impedir que el presunto deudor realice actos de disposición o de administración que disminuyan su responsabilidad patrimonial y convierta en ilusorio el resultado del juicio.

Martínez Botos: las medidas cautelares son disposiciones judiciales que se dictan para garantizar el resultado de un proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia, evitando la frustración del derecho del peticionante derivada de la duración del mismo.⁵

Es decir, tienen por objeto garantizar la efectividad de la sentencia o resolución que haya que dictarse en el marco de un proceso, que por el lapso que transcurre desde que inicia el juicio hasta el pronunciamiento de la sentencia, pueden darse circunstancias que puedan disminuir el patrimonio del deudor en perjuicio del actor de la demanda.

2. Competencia

En cuanto al derecho positivo paraguayo,⁶ la competencia es un requisito normal en todo tipo de procesos y en el caso particular de las medidas cautelares éstas deben ser ordenadas por el juez que atiende y decide el juicio principal.

Sin embargo, existe una excepción al principio de que toda resolución solo será válida si está dictada por juez competente, conforme lo dispone el artículo 703 del Código Procesal Civil, si bien se establece la obligatoriedad del juez de apartarse de entender en medidas cautelares referidas a asuntos en los que carece de competencia, deja no obstante a salvo la validez de las medidas, aunque fueran ordenadas por un juez incompetente, sin que ello signifique la prórroga de la jurisdicción a su favor.

4 CASCO PAGANO, Hernán. *Código Procesal Civil Comentado y Concordado*, La Ley Paraguaya, 8ª ed., Asunción, 2008, p. 1213.

5 MARTÍNEZ BOTOS. *Medidas Cautelares*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1990, pp. 27-29.

6 *Código de Organización Judicial (COJ)*, artículo 18.

3. Características

Accesorias: tienen el carácter de accesorias de un proceso principal, ya sea actual o futuro. No tienen un fin en sí mismas, son otorgadas a fin de garantizar el cumplimiento de la sentencia.

Provisional: esta característica es una de las más destacadas, pues la vigencia de las medidas cautelares es transitoria, en razón a que dependen del proceso principal a la cual sirven de garantía. En este punto nos remitimos expresamente a lo dispuesto en el 697 “las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento”, así como en los siguientes artículos 698 y 692 del Código Procesal Civil.

Inaudita Parte: es decir, que las medidas cautelares se pronuncian sin audiencia de la parte afectada, en razón al carácter de urgencia con que se dictan y cumplen. Este contexto, el artículo 694 del Código Procesal Civil indica “...ordenada una medida cautelar, se la cumplirá sin más trámite y sin necesidad de conocimiento de la parte contraria...” es por esta razón que las medidas cautelares no pueden ser consideradas un proceso sino más bien un procedimiento.

Flexibilidad: el carácter de provisionalidad de las medidas cautelares es su flexibilidad, en el sentido que de su despacho no es definitivo ni hace cosa juzgada parcial, sino que las condiciones de su procedencia pueden ser revisadas en cualquier momento (mientras no sea dictada la sentencia principal).⁷

Sumaria: conforme lo indica el artículo 694 del Código Procesal Civil, no exige un conocimiento judicial amplio para su determinación, sino que requiere como condición para su otorgamiento, la prueba de la verosimilitud del derecho invocado.

4. Oportunidad para solicitarla

De acuerdo al art. 537, los jueces paraguayos darán cumplimiento a las medidas cautelares que les fueren solicitadas por jueces extranjeros,

⁷ IRUN CROSKEY, Sebastián. *Medidas Cautelares y Debido Proceso*, Universidad Americana, Asunción, 1ª Edición, 2009, p. 23.

siempre que tales medidas fueren procedentes conforme al derecho paraguayo, y el peticionante diere contracautela en los términos del artículo 693, inciso c).

Las medidas deben ser solicitadas ante el juez competente, cumpliendo con los presupuestos del artículo 693 del CPC, señalados para su admisibilidad: a) acreditar *prima facie* la verosimilitud del derecho que invoca, b) acreditar el peligro de pérdida o frustración de su derecho o la urgencia de la adopción de la medida según circunstancias del caso; y c) otorgar contra cautela para responder de todas las costas y de los daños y perjuicios que pudiere ocasionar si la hubiese pedido sin derecho, salvo aquellos casos en que no se la requiera por la naturaleza de la medida solicitada.

En el caso que nos ocupa, el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Décimo Turno, quién ordenó la medida cautelar debió haber estudiado si la solicitud del Estado Requirente cumplía con los requisitos que deben llenarse para que se otorgue la medida cautelar solicitada, es decir, que el requerimiento se cumpla con los dispuestos presupuestos para ordenar el embargo preventivo (artículos: 707 a 709 CPC), que el peticionante otorgue contracautela exigida en el artículo 693 inc. C) del CPC; que la resolución donde conste guarde las formalidades (artículos 105 y 129 inc A del CPC).

El Protocolo de Medidas Cautelares, aprobado en la VII Reunión de Consejo del MERCOSUR realizada en Ouro Preto, Brasil, fue aprobado por Ley N° 691/95 en nuestro país, y sirvió como instrumento para cumplir el requerimiento del juez argentino.

5. ¿Puede ser levantada la medida por otro juez distinto al que dictó la medida cautelar?

Ahora bien, nos gustaría hacer referencia a un tema que fue expuesto por Prof. Dr. Moreno, José y la Abg. Moreno, María Esmeralda, en su obra “Regulación del Derecho Procesal Civil Internacional en el Paraguay”, sobre la existencia de competencia judicial internacional, coincidimos con los autores de la citada obra, que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con un sistema tanto en la Constitución, así el Código de Organización Judicial como en el Código Procesal Civil, en el que se establece que la competencia a favor de jueces extranjeros no podrá prorrogarse, salvo en aquellos casos dispuestos expresamente por leyes especiales.

El Protocolo de Medidas Cautelares aprobado por Ley N° 619/95 forma parte integrante del Tratado de Asunción, es decir, la adhesión de un país al Tratado de Asunción implica la adhesión a los protocolos vigentes en la materia. Estos instrumentos jurídicos internacionales son la respuesta a muchas cuestiones que, en el marco de la soberanía de cada país, limitaban el acceso en un pie de igualdad a la justicia, y su utilización resulta un avance práctico para alcanzar una integración internacional sólida.

Yendo a las leyes nacionales el artículo 18 del Código de Organización Judicial (COJ)⁸ expresa: “*Será Juez competente para conocer la obligación accesoria el que lo sea de la principal*”. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia predominante indican que el levantamiento de una medida cautelar solo puede ser decretado por el Juez que dictó la medida, salvo la excepción prevista en el 494⁹ CPC. Además, se tiene en cuenta el carácter accesorio de las medidas cautelares y de que las mismas existen para garantizar el cumplimiento de la sentencia que se dicte en el proceso principal. Esta norma sería aplicable ordinariamente, pero en este caso no lo es pues está en el orden de prelación de la leyes, en rango superior, conforme al artículo 137¹⁰ de la Constitución Nacional (CN) (citado precedentemente), un Tratado internacional vigente que está incorporado al derecho positivo nacional de conforme a lo dispuesto en el artículo 141¹¹ de la CN (Paraguay) como Ley N° 619, de fecha 06 de julio de 1995, “Que aprueba el Protocolo de Medidas Cautelares” y el Juez local debe aplicar tal norma (art. 137 de la CN) de la ley suprema, en la prelación allí enunciada, en forma taxativa, para que el fallo judicial respectivo sea constitucional y viable y no fuere impugnado, válidamente, por la vía de la acción de la

8 Código de Organización Judicial (COJ).

9 Art.494.- *Levantamiento de medidas precautorias.* “Los embargos e inhibiciones se levantarán al solo efecto de escritura, con comunicación a los jueces que los decretaron, subsistiendo la anotación de litis, si existiere. Una vez escriturado el inmueble, esas medidas se levantarán definitivamente, si fuere procedente, con la presentación del testimonio para su inscripción en el Registro Público correspondiente, sin otro trámite”.

Los embargos quedarán transferidos al importe del precio.

10 *Constitución de la República del Paraguay (CN)* Artículo 137 – “De la Supremacía de la Constitución”. La ley suprema de la República es la Constitución. *Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado...*”.

11 CN Artículo 141 – de los Tratados Internacionales. “Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley y del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación canjeados o depositados forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el Artículo 137”.

inconstitucionalidad¹² ante la Sala Constitucional¹³ de la Corte Suprema de Justicia¹⁴ y declarado nulo e inaplicable.

VI. Conclusiones

Por tanto, conforme a las consideraciones que anteceden, cabe concluir que el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala de la Capital (Asunción, Paraguay) en los autos caratulados “Armando Horacio Cervone c/ Sara Carmen Mussi Carísimo S/ Ejecución de Sentencia”, ha dictado un fallo estrictamente ajustado a derecho, aplicando plenamente el artículo 137 de la Constitución nacional dando prelación a un Tratado internacional vigente, el Protocolo de Medidas Cautelares aprobado por Ley N° 619/95, sobre las leyes nacionales ordinarias, con la revocación del AI N°. 701 de fecha 26 de mayo de 1999 dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno, al dictar el A.I. N° 330 de fecha 29 de mayo de 2000, en un fallo muy interesante e importante para el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional, que enriquece la jurisprudencia paraguaya y extranjera.

12 CN Artículo 132 - DE LA INCONSTITUCIONALIDAD. “La corte suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y en la ley”.

13 CN Artículo 260 - DE LOS DEBERES Y DE LAS ATRIBUCIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL. “Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional: 1. conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto, y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a este caso, y 2. decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución. El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte”.

14 CN Artículo 259 - DE LOS DEBERES Y DE LAS ATRIBUCIONES. “Son deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 1. ejercer la superintendencia de todos los organismos del Poder Judicial y decidir, en instancia única, los conflictos de jurisdicción y de competencia, conforme con la ley; 2. dictar su propio reglamento interno. Presentar anualmente, una memoria sobre las gestiones realizadas, el Estado, y las necesidades de la justicia nacional a los Poderes Ejecutivo y Legislativo; 3. conocer y resolver en los recursos ordinarios que la ley determine; 4. conocer y resolver, en instancia original, los hábeas corpus, sin perjuicio de la competencia de otros jueces o tribunales; 5. conocer y resolver sobre inconstitucionalidad; 6. conocer y resolver en el recurso de casación, en la forma y medida que establezca la ley; 7. suspender preventivamente por sí o a pedido del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados por mayoría absoluta de votos de sus miembros, en el ejercicio de sus funciones, a magistrados judiciales enjuiciados, hasta tanto se dicte resolución definitiva en el caso; 8. supervisar los institutos de detención y reclusión; 9. entender en las contiendas de competencias entre el Poder Ejecutivo y los gobiernos departamentales y entre éstos y los municipios, y 10. los demás deberes y atribuciones que fije esta Constitución y las leyes”.

LA EXCEPCIÓN DE ARRAIGO Y SU SUPRESIÓN POR EL PROTOCOLO DE LAS LEÑAS

Tribunal de Apelación Civil y Comercial - Sexta
Sala - “Sindulfo López González c/ María Roque
Lopez Gonzalez s/Reconocimiento y Disolución
de sociedad comercial de hecho”, 29/05/12

*Emilia Gortari Wirz**

Sumario: I. La excepción de arraigo en los Estados Partes del MERCOSUR; II. El Protocolo de las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa; III. Los hechos del caso; IV. La decisión judicial de primera instancia; V. Análisis de la sentencia de la Sexta Sala del Tribunal de Apelación Civil y Comercial de Asunción: 1. Consideraciones sobre la procedencia de la excepción de prescripción, 2. Consideraciones sobre la procedencia de la excepción de arraigo; VI. Conclusiones.

I. La excepción de arraigo en los Estados Partes del MERCOSUR

La caución o fianza de arraigo - *caution judicatum solvi* en su denominación latina - es una exigencia que se impone al actor que se domicilia en un Estado distinto al del proceso, con el fin de garantizar el pago de las costas procesales al que pudiera ser condenado. Así, el arraigo consiste en una limitación práctica al ejercicio por parte de las personas domiciliadas en el extranjero del

* Abogada, UBA. Maestranda en Derecho Internacional Privado, UBA. Auxiliar docente de Derecho Internacional Privado, UBA. Colaboradora en la preparación de sumarios para la base de datos sobre sustracción internacional de menores, INCADAT (<https://www.incadat.com>).

acceso a la jurisdicción ante los tribunales nacionales.¹

Este instituto fue acogido por las legislaciones internas de los Estados del MERCOSUR, en general con carácter de excepción previa, de modo que el actor podía interponer la demanda, pero si el demandado local oponía la excepción, el juicio quedaba paralizado hasta tanto aquél prestara la garantía exigida.² En este sentido, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino -art. 348-,³ el Código de Proceso Civil brasileño (Ley N° 13.515) – art. 83 –⁴ el Código Procesal Civil paraguayo -art. 225- y el Código Civil venezolano – art. 36 -. La excepción de arraigo también estaba prevista en el Código de Procedimiento Civil uruguayo – arts. 120, 121 y 246-, sin embargo, fue suprimida con la sanción del Código General del Proceso de 1989.

Del análisis comparativo de estas regulaciones resulta, por un lado, la utilización del domicilio como criterio de imposición de la excepción, independientemente de la nacionalidad del actor. Por el otro, la previsión de determinadas circunstancias en las que se exige al litigante foráneo de prestar arraigo, tales como la posesión de bienes en el Estado del proceso, la obtención del beneficio de litigar sin gastos o su intervención en el proceso como demandado reconviniente.⁵

Aún con esas eximiciones, la excepción de arraigo ha sido considerada una restricción discriminatoria a los derechos fundamentales de acceso a la justicia y defensa en juicio, en manifiesta oposición al principio de igualdad de trato procesal. En este orden de ideas, Fernández Arroyo enseña que “[...] en ningún caso puede colocarse al litigante que no tiene un vínculo local en una condición desfavorable comparada con la que se reconoce al litigante que posee tal vínculo. [...] no es otra cosa que

1 ARGERICH, Guillermo. “El arraigo y su supresión por los tratados internacionales”, *Doctrina Judicial*, t. II, 1996, pp. 631-634.

2 VESCOVI, Eduardo. “Aspectos generales del sector del derecho procesal civil internacional”, en: FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, p. 362.

3 A partir de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación en agosto de 2015, cuyo art. 2610 establece que “ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado”, la jurisprudencia argentina es conteste en señalar que el art. 348 CPCyCN y las normas equivalentes de las legislaciones procesales provinciales han devenido derogadas.

4 No obstante lo dispuesto en esta disposición, el art. 26.II del Código de Procedimiento Civil dispone la “Igualdad entre nacionales y extranjeros, residentes o no en Brasil, en relación al acceso a la justicia y la tramitación del proceso y asegúrese asistencia judicial a los necesitados”.

5 RAPALLINI, Liliana E. “Excepción de falta de arraigo en los procesos mercosureños”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, v. 3, n. 6, 2015, pp. 337-348.

una correcta comprensión de lo que es un derecho “fundamental” cuyo ejercicio, en cuanto tal, no puede depender del origen o de la condición de su titular”.⁶

La comunidad jurídica internacional tempranamente se hizo eco de estas críticas, pudiendo observarse desde los albores del siglo XX una tendencia hacia la eliminación de la caución de arraigo que no ha hecho más que acentuarse con el paso del tiempo. Así, en el ámbito convencional universal, el Convenio de La Haya de 1954 sobre Procedimiento Civil establece que no puede serles impuesta ninguna caución o depósito por su condición de extranjeros o por falta de domicilio o de residencia en el país, a los nacionales de uno de los Estados contratantes que tengan su domicilio en uno de dichos Estados y que sean demandantes o partes ante los tribunales de otro de estos Estados (art. 17).⁷ En el mismo orden de ideas, aunque con una formulación más amplia y precisa, el Convenio de La Haya de 1980 para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia dispone que no podrá exigirse fianza ni depósito de clase alguna de las personas físicas o jurídicas que tengan su residencia habitual en uno de los Estados contratantes y que sean demandantes o intervinientes ante los tribunales de otro Estado contratante por el solo motivo de su condición de extranjeros o de no estar domiciliados o ser residentes en el Estado en que se hubiere iniciado el procedimiento (art. 14).⁸

En el ámbito convencional regional, el Código de Bustamante de 1928 ya se ocupaba específicamente del punto, disponiendo que no debía hacerse distinción entre nacionales y extranjeros en cuanto a la prestación de fianza para comparecer en juicio (art. 387). A nivel del MERCOSUR, concretamente, la caución de arraigo fue progresivamente suprimida mediante la celebración de convenios bilaterales hasta su erradicación definitiva por el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa de 1992, conforme profundizaremos en el apartado siguiente.

6 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “Aspectos generales y particularidades relevantes de la nueva dimensión interna del derecho internacional privado argentino”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Número extraordinario: claves del Código Civil y Comercial, 2015, pp. 399 ss.

7 Entre los 49 Estados Partes del Convenio, Argentina es el único Estado mercosureño que lo ha ratificado, entrando en vigor el 9 de julio de 1988. Conforme al Estado de ratificaciones del Convenio disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: www.hcch.net (última consulta 29/8/2020).

8 Entre los 28 Estados Partes del Convenio, Brasil es el único Estado mercosureño que lo ha ratificado, entrando en vigor el 1 de febrero 2012. Conforme al Estado de ratificaciones del Convenio disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado www.hcch.net, (última consulta 29/8/2020).

Finalmente, cabe destacar los “Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia” (TRANSJUS), elaborados en el seno de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado. Este valioso instrumento de *soft law*, postula entre sus objetivos el establecimiento de “[...] estándares mínimos para garantizar el acceso a la justicia, sin discriminación por razón de la nacionalidad o residencia y de conformidad con el Derecho internacional de los derechos humanos y los principios consagrados por la generalidad de las constituciones modernas”. Específicamente, en su Capítulo II, referido al “Tratamiento del litigante foráneo y la asistencia jurídica subvencionada”, se establece que “[l]os Estados otorgarán a los litigantes extranjeros o con residencia foránea los mismos derechos que le confieren a sus nacionales o residentes. No es compatible con el derecho de acceso a la justicia exigir cauciones o garantías a los ciudadanos extranjeros o residentes foráneos cuando dicha exigencia no tenga otro fundamento que la ciudadanía extranjera, el domicilio o residencia en el extranjero, o cumplir con reglas de reciprocidad”.⁹

En este sentido, se ha señalado que el acceso a la justicia y el principio de cooperación internacional exigen un cambio radical de paradigmas, desde la visión restrictiva que impone cauciones y limitaciones, a la orientación asistencial, que requiere el establecimiento de mecanismos gratuitos o subvencionados de asistencia judicial y el asesoramiento legal especializado para asuntos privados internacionales.¹⁰

II. El Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa

El 27 de junio de 1992, en el Valle de Las Leñas (Mendoza, Argentina), los Estados fundadores del MERCOSUR suscribieron el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa – Decisión N° 5/92 del CMC, en

⁹ Este instrumento, redactado por destacados especialistas en Derecho Internacional Privado, fue aprobado por la Asamblea de la ASADIP en su reunión celebrada en Buenos Aires, el 12 de noviembre de 2016. En su Preámbulo se indican las funciones de los Principios, entre ellas, me interesa destacar su aplicabilidad a la interpretación, integración y complementación de reglas que resulten competentes para regir la materia pues, como bien señala el propio instrumento, los mismos están inspirados y a la vez constituyen aplicaciones específicas de principios de *ius cogens*, en particular del derecho humano de acceso a la justicia.

¹⁰ OCHOA MUÑOZ, JAVIER L., MADRID MARTÍNEZ, CLAUDIA. “Problemas de acceso transnacional a la justicia en el Derecho Internacional Privado. Perspectiva latinoamericana”, en: VV.AA. *Curso de Derecho Internacional*, XLI, 2014, Comité Jurídico Interamericano, Organización de Estado Americanos, Washington, D.C., 2015, pp. 281-346.

adelante, “Protocolo de Las Leñas” o “el Protocolo”-, convencidos de que este instrumento coadyuvaría al trato equitativo de los ciudadanos y residentes permanentes de los Estados Partes del Tratado de Asunción y les facilitaría el libre acceso a la jurisdicción en dichos Estados para la defensa de sus derechos e intereses, conforme surge expresamente de su Preámbulo.¹¹

En efecto, el Capítulo III de este instrumento, dedicado a la igualdad de trato procesal, comienza declarando que “[l]os ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses” (art. 3). A continuación, la norma extiende su ámbito de aplicación a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes.

En relación a la excepción de arraigo, específicamente, el art. 4 del Protocolo agrega que “[n]inguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser impuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte”, regla también aplicable a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes.

En cuanto a la terminología empleada, se ha indicado que en los países suscriptores del Protocolo el concepto de “ciudadano” aparece emparentado con la noción de nacionalidad, entendida como el vínculo jurídico que relaciona a un individuo con un Estado; mientras que el concepto de “residencia permanente” puede ser equiparado al de “domicilio”, en tanto va indisolublemente unido a la intención de la persona de establecerse definitivamente en un Estado.¹²

Finalmente, conforme surge expresamente de las disposiciones transcritas, su ámbito de aplicación espacial se restringe a los Estados Partes del Protocolo. No obstante, es preciso señalar que el sistema se extendió posteriormente a los Estados asociados del MERCOSUR

11 Argentina aprobó el Protocolo por Ley N° 24.578 (15/11/1987), Brasil por Decreto Legislativo N° 55 (19/4/1995), Paraguay por Ley N° 270 (10/12/1993) y Uruguay por Ley N° 16.971 (15/6/1998). Entró en vigor el 17 de junio de 1996, 30 días después de la fecha de depósito del segundo instrumento de ratificación, sin perjuicio de su aplicación provisional desde la fecha de su firma, conforme lo establece su art. 33.

12 MASUD, Pablo R. *La excepción de arraigo luego del Código Civil y Comercial*, La Ley, 2017-E, pp. 54 ss. Cita Online: AR/DOC/2141/2017.

mediante la suscripción del Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile -Decisión N° 8/02 del CMC-.¹³ El Acuerdo reproduce los arts. 3 y 4 del Protocolo de Las Leñas, pero incorpora a los residentes habituales de los Estados Partes, receptando la modificación propuesta por la Enmienda al Protocolo, aprobada por Decisión 7/02 del CMC y aún no vigente, en tanto requiere la ratificación de todos los Estados Partes.¹⁴

III. Los hechos del caso

El caso que motiva el presente comentario versa sobre una acción de reconocimiento, disolución y rendición de cuentas respecto de una sociedad comercial de hecho supuestamente integrada por la actora y la demandada, cuyo objeto social era la confección de prendas de vestir.

La actora, domiciliada en Venezuela, interpuso la demanda ante los tribunales de la ciudad de Asunción del Paraguay, donde se encontraba domiciliada la accionada. Sin embargo, notificada del traslado de la demanda y antes de contestarla, ésta opuso excepciones previas de prescripción y arraigo, con fundamento en los arts. 224 y 225 del Código Procesal Civil paraguayo -en adelante, “CP”-. En particular, esta última disposición establece que la excepción de arraigo procederá, por las responsabilidades inherentes a la demanda, si el demandante no tuviese domicilio en la República, siendo el juez el que decidirá el monto y la clase de caución que deberá prestar el actor y determinará, prudencialmente, el plazo dentro del cual deberá hacerlo, bajo apercibimiento de que la demanda se tenga por no presentada.

13 Argentina aprobó el Acuerdo por Ley N° 25.935 (8/9/2004), Brasil por Decreto Legislativo N° 1021 (24/11/20005), Paraguay por Ley N° 3036 (26/10/2006), Chile por Decreto N° 71 (7/8/2009). El Acuerdo entró en vigor en 8 de febrero de 2009, 3 días después de que hayan sido depositados los instrumentos de ratificación de dos Estados Partes del MERCOSUR y uno de los Estados Asociados, conforme lo exige su art. 34. La República del Ecuador y la República del Perú suscribieron las Actas de Adhesión al presente acuerdo el 30/6/2008 y el 6/12/12, respectivamente.

14 Conforme lo establece su art. III, la Enmienda entrará en vigor 30 días después de la fecha del depósito del cuarto instrumento de ratificación. A la fecha, han efectuado el respectivo depósito Argentina (3/12/2004), Brasil (21/05/2004) y Paraguay (12/08/2008), restando que haga lo propio Uruguay.

IV. La decisión judicial de primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del 15° Turno rechazó las excepciones previas opuestas por la demandada. Al efecto, consideró que la acción intentada por la parte actora no se encontraba prescripta, puesto que no había transcurrido el plazo decenal que establece de forma residual el inc. “e” del art. 659 del Código Civil – en adelante, “CC”-, para aquellos supuestos respecto de los cuales no se establece una prescripción especial.

En relación a la excepción de arraigo, el tribunal aplicó el Protocolo de Las Leñas que, tal como se señaló anteriormente, prohíbe en su artículo cuarto la imposición de caución o depósito en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte.

Contra esa decisión, la demandada interpuso recurso de apelación, arguyendo que la sentencia recurrida lo agravia en cuanto rechaza las excepciones previas opuestas. En particular, estimó que el tribunal se equivocó en la aplicación de los arts. 635 y 636 CC en relación al art. 660 del mismo cuerpo legal, puesto que la prescripción debe empezar a computarse desde el comienzo de la relación entre las partes en 1995, momento en que nace el derecho de exigir la disolución.

En cuanto al rechazo de la excepción de arraigo, postuló que el Protocolo de Las Leñas no es de aplicación al momento en las relaciones entre la República del Paraguay y la República de Venezuela, además de que conculca el art. 47 de la Constitución Nacional relativo a las garantías de igualdad.

La parte actora contestó oportunamente la expresión de agravios, sosteniendo que la prescripción de ninguna manera podía empezar a computarse desde el momento pretendido por la recurrente, ya que lo dispuesto en el art. 635 CC no condecía con la naturaleza de las acciones incoadas. Respecto de la acción declarativa de reconocimiento y disolución de la sociedad comercial de hecho, consideró que las obligaciones que emergen entre las partes son de tracto sucesivo, siendo la última fecha de funcionamiento de la sociedad la que determina el inicio del cómputo para determinar la prescripción de la acción. Y respecto de la acción de rendición de cuentas, afirmó que no puede considerarse que haya pasado el tiempo suficiente para determinar la prescripción de la acción en tanto continuaba la actividad comercial.

En cuanto la excepción de arraigo, sostuvo que resultaba improcedente puesto que al momento de las actuaciones el Protocolo de Las Leñas se encontraba plenamente vigente, y de no resultar aplicable, se estaría violentando el art. 14 de la Constitución Nacional que consagra el principio de irretroactividad de la ley, “[...] además de no existir pronunciamiento oficial respecto a la derogación del Protocolo aludido.”

V. Análisis de la sentencia de la Sexta Sala del Tribunal de Apelación Civil y Comercial de Asunción

A su turno, la Sexta Sala del Tribunal de Apelación Civil y Comercial de Asunción intervino en el proceso, desestimando el recurso de apelación interpuesto y confirmando en su totalidad la sentencia de primera instancia que había rechazado las excepciones de prescripción y arraigo opuestas por la demandada. Al efecto, esgrimió los argumentos que analizaremos en los apartados siguientes deteniéndonos, en particular, en la normativa del MERCOSUR y su aplicación por parte del tribunal paraguayo.

1. Consideraciones sobre la procedencia de la excepción de prescripción

En relación a la excepción de prescripción, si bien el tribunal confirmó el decisorio de primera instancia, lo hizo con diverso fundamento. Comenzó su análisis preguntándose sobre el modo en que debía realizarse el cómputo del plazo de prescripción de las acciones de reconocimiento y disolución de una sociedad comercial de hecho, cuya principal característica es la falta de instrumentación. Al respecto, el tribunal consideró que, aun cuando éstas no producían los mismos efectos que las sociedades regularmente constituidas, sus integrantes igualmente ostentaban la calidad de socios y, en consecuencia, resultaba aplicable el plazo de prescripción quinquenal previsto en el art. 660 inc. “d” del CC, relativo a las acciones derivadas del contrato social. Asimismo, el tribunal tuvo en cuenta que la sociedad se dedicaba a la confección de prendas de vestir sin plazo estipulado, por lo que debía estimarse que había sido creada para perdurar en el tiempo de manera indeterminada. En consecuencia, debía atenderse a lo dispuesto por inc. “c” del art. 1004 del CC en tanto reza que “[...]a sociedad podrá disolverse a instancia de cualquiera de los socios: c) cuando fuere de término ilimitado”.

En relación a la fecha desde la cual correspondía contabilizar el plazo liberatorio, el tribunal se atuvo a lo dispuesto por el art. 635 del CC que establece que la prescripción empieza a correr desde el momento en que nace el derecho de exigir. En efecto, consideró que el derecho de los socios a solicitar la disolución de la sociedad en el supuesto regulado en el inc. “c” del art. 1004 del CC puede ejercerse en cualquier momento, ya que la sociedad había sido establecida por tiempo indeterminado, sin perjuicio de que hubiese suspendido su actividad. Así pues, el tribunal concluyó que mientras subsistiera el ente societario, cualquiera de los socios podía solicitar la declaración judicial de disolución de la misma y que, por lo tanto, la acción no se encontraba prescripta.

Finalmente, en cuanto a la acción de rendición de cuentas, el tribunal consideró que ésta no constituía una acción exclusivamente “derivada del contrato social”, puesto que tal obligación podía recaer tanto sobre los socios como sobre un tercero y que, por ende, debía aplicarse la prescripción decenal establecida en el inc. “e” del art. 659 del CC. En lo que atañe al inicio del cómputo del plazo de prescripción respecto de esta acción, el tribunal también aplicó el art. 635 del CC. En este sentido, aunque el derecho a exigir la rendición de cuentas podía ejercerse durante el curso de la gestión, el tribunal suscribió a la posición doctrinaria que entiende que resulta prudente diferir el comienzo de la prescripción al momento en que los obligados cesan en sus cargos. Sin embargo, este extremo no había sido probado por la demandada, que pretendía que el plazo de prescripción se computara desde el comienzo de la relación entre las partes societarias. Por esta razón, el tribunal rechazó la excepción de prescripción también respecto de la acción de rendición de cuentas.

2. Consideraciones sobre la procedencia de la excepción de arraigo

En relación a esta problemática, el tribunal reflexionó sobre la aplicabilidad del Protocolo de Las Leñas a la luz del principio de irretroactividad de la ley consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional, aunque sin adentrarse en consideraciones respecto de la legalidad de los procedimientos empleados para declarar la suspensión de Venezuela del MERCOSUR y de los efectos que tal suspensión produjo sobre la vigencia de los tratados internacionales celebrados en el marco del proceso de integración regional.

En definitiva, como cuestión central, el tribunal debía dilucidar cuál era el marco normativo aplicable al caso, pues si era el Protocolo de Las Leñas, la excepción previa debía ser rechazada con fundamento en sus arts. 3 y 4, que suprimen la exigencia de arraigo en virtud del principio de trato procesal igualitario al extranjero; en cambio, si resultaba aplicable el Código Procesal Civil, aquella excepción encontraba respaldo normativo suficiente en su art. 225.

A) Aplicabilidad del Protocolo de Las Leñas en relación a Venezuela

En la brevedad de su sentencia, el tribunal resolvió algunas cuestiones que no trata expresamente. Entre ellas, llama la atención que aplicase el Protocolo de Las Leñas sin invocar la fecha desde la cual había entrado en vigor entre los Estados involucrados. Más aún desde que este instrumento tiene un ámbito de aplicación espacial clásico, ya que solamente se aplica con relación a los países ratificantes y/o adherentes.¹⁵ En este sentido, surge expresamente de los arts. 3 y 4 que su aplicación se restringe, en relación a las personas humanas, a aquellas que sean ciudadanas o residentes permanentes de alguno de los Estados Partes.

En lo que respecta a Paraguay, el Protocolo entró en vigor el 17 de junio de 1996, treinta días después de la fecha de depósito del segundo instrumento de ratificación, efectuado por Brasil el 16 de febrero de 1996.¹⁶ Ello, sin perjuicio de su vigencia “provisional” desde la fecha de la firma con arreglo a lo dispuesto en su art. 33.¹⁷

En lo que atañe a Venezuela, la cuestión es más compleja. Recordemos que este país fue el primero en adherir al Tratado de Asunción de conformidad con su vigésima cláusula, que establece: “El presente Acuerdo estará abierto a la adhesión, previa negociación, de los restantes países miembros de la ALADI. Conforme lo dispuesto en el Tratado de Asunción, la adhesión se formalizará, una vez negociados los términos de la misma, mediante la suscripción entre todos los países signatarios y el país que desee adherir, de

15 NOODT TAQUELA, María Blanca. “Aplicación de las normas más favorables a la cooperación jurídica internacional”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XXII, Córdoba, Lerner, 2013, p. 204. Disponible en: <http://aadi.org.ar>. Consultado en: 29 ago. 2020.

16 Información disponible en <http://mre.gov.py>. Consultado en: 29 ago. 2020.

17 Sin perjuicio de las críticas que ha merecido esta norma, se ha señalado que su inclusión respondió a la intención de reconocer aplicación inmediata y efecto directo al Protocolo, caracteres de los que carece el Derecho de la Integración. DREYZIN DE KLOR, Adriana, “Reflexiones sobre la incidencia de la calidad del Derecho de la Integración en la cooperación jurisdiccional internacional”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 22, 2000.

un Protocolo Adicional al presente Acuerdo, que entrará en vigor treinta días después de su depósito en la Secretaría General de la ALADI”.

El Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR fue suscripto el 4 de julio de 2006, pero no fue hasta el 13 de julio de 2012 que este país depositó el instrumento de ratificación ante la Secretaría del MERCOSUR. Finalmente, por Decisión N° 27/12 del Consejo Mercado Común se dispuso que: “A partir del 12 de agosto de 2012, la República Bolivariana de Venezuela adquirirá la condición de Estado Parte y participará con todos los derechos y obligaciones en el MERCOSUR, de acuerdo al artículo 2° del Tratado de Asunción y en los términos del Protocolo de Adhesión”.¹⁸

En este contexto se suscita la disyuntiva acerca de la vigencia del Protocolo de Las Leñas en Venezuela: ¿es necesario que este país manifieste su consentimiento en obligarse mediante la ratificación del instrumento o rige la cláusula trigésimo cuarta del mismo, según la cual “[l]a adhesión por parte de un Estado al Tratado de Asunción implicará *ipso iure* la adhesión al presente Protocolo”? Dado que Venezuela no había depositado hasta el momento el instrumento de ratificación, es posible inferir que el tribunal tuvo en cuenta la cláusula de adhesión automática a fin de determinar la vigencia del Protocolo. Desde esta perspectiva, entonces, Paraguay y Venezuela se hallaban vinculados por este instrumento desde el 12 de agosto de 2012, fecha en que también entró en vigor en este país el Tratado de Asunción.

Establecida la vigencia del Protocolo, el tribunal debió resolver otra cuestión introducida por la accionada en su recurso de apelación. Conforme surge de la sentencia, la apelante habría invocado la suspensión de Venezuela del MERCOSUR para pretender la inaplicabilidad del Protocolo en las relaciones entre Paraguay y Venezuela y, en consecuencia, la procedencia de la excepción de arraigo.

En efecto, el 2 de diciembre de 2016 los Cancilleres de los Estados Partes signatarios del Tratado de Asunción habían notificado a su par venezolana el cese del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de Estado Parte de Venezuela, debido al incumplimiento de las obligaciones asumidas al suscribir al Protocolo de Adhesión al MERCOSUR. Principalmente, la incorporación del acervo normativo

18 MERCOSUR/CMC/DEC. N° 27/12, Brasilia, 30 de julio de 2012.

vigente del MERCOSUR y la adhesión al Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica N° 18.¹⁹

Al respecto, el tribunal sostuvo que “[...] los problemas políticos que pudieran existir en el seno interno del organismo de integración regional no afectan a la vigencia de dicho Protocolo, habida cuenta de que la excepción de arraigo fue presentada inicialmente en fecha 2 de febrero del 2016 (fs. 183), momento en que las relaciones entre los países que integran el bloque regional y la República de Venezuela aún no habían sido afectadas por declaraciones que puedan producir efectos jurídicos relevantes de ningún tipo al caso en cuestión.”

Se advierte que, a falta de norma expresa que indicara el ámbito de aplicación pasivo del Protocolo de Las Leñas, el tribunal fijó como momento crítico la fecha en que se opuso la excepción de arraigo. Consiguientemente, consideró que la aplicación de la normativa resultante de la suspensión de Venezuela, como pretendía la apelante, violaría el principio de irretroactividad de la ley consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional.

En este orden de ideas, cabe recordar una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina por la cual se decidió, con fundamento en el art. 17 de la Convención de La Haya de 1954 sobre Procedimiento Civil, dejar sin efecto la resolución judicial que admitía la excepción de arraigo opuesta por la demandada, pese a que este instrumento había entrado en vigor con posterioridad a esta resolución y no había sido invocada por la actora ni siquiera en la alzada.²⁰ Al efecto, la Corte consideró que la Convención resultaba de aplicación inmediata a los juicios pendientes, dado su rango internacional y la mejor tutela que deparaba el derecho de defensa.

Goldschmidt calificó esta sentencia como interesante y valiosa, en tanto el ámbito temporal pasivo fue visto desde una perspectiva dikelógica.²¹ A mi entender, hay motivos para extender esta estimación

19 De acuerdo con el Protocolo de Adhesión, Venezuela debía incorporar el acervo normativo vigente del MERCOSUR, así como adoptar la Nomenclatura Común del MERCOSUR (NCM) y el Arancel Externo Común (AEC), en un plazo máximo de cuatro años desde la entrada en vigor de este instrumento, que venció el 12 de agosto de 2016.

20 CSJN. “María Rosario Ruiz de Frias de Mozarouski c/Asociación Civil Mater Der y otros”, 7 de marzo de 1989.

21 GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, 10 ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, actualizada por PERUGINI, Alicia, p. 153.

a la sentencia en comentario. En este sentido, estimo que subyace en la aplicación del Protocolo de Las Leñas por parte del tribunal paraguayo una ponderación de derechos y garantías fundamentales que respondió directamente al principio de diálogo de fuentes y que coadyuvó a una solución materialmente justa de la cuestión, descartando ritualismos excesivos. En concreto, la interpretación del tribunal en cuanto al ámbito de aplicación temporal pasivo del Protocolo permitió allanar los obstáculos impuestos por la legislación procesal vigente y garantizar a la actora el acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones, logrando una solución coherente con el estado actual del derecho internacional de los derechos humanos y con los valores que inspiran al ordenamiento jurídico paraguayo.²²

B) Jerarquía del Protocolo de Las Leñas en el ordenamiento jurídico paraguayo

Finalmente, a fin de ponderar la relación entre las dos normas que reclamaban aplicación al presente caso -el Protocolo de Las Leñas y el Código Procesal Civil- era preciso indagar sobre la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico paraguayo.

De acuerdo con el art. 137 de la Constitución Nacional del Paraguay, sancionada el 20 de junio de 1992, ésta es la ley suprema de la República y, junto con los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. En forma concordante, el art. 141 de la Carta Magna establece que los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el art. 137.²³

En este sentido, dado que fue aprobado por Ley 270 del 10 de

22 Entre los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran el derecho de acceso a la justicia y las garantías de defensa en juicio e igualdad entre la ley, cabe destacar: la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1, 2, 7 y 8); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9 y 10); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 3 y 18) y la Convención Americana Derechos Humanos (arts. 1, 8, 24 y 25).

23 El art. 8 de la Constitución Nacional de 1967 reconocía la supralegalidad de los tratados internacionales en los mismos términos que el art. 137, convirtiendo a Paraguay en uno de los primeros países de la región en reconocer esta preeminencia.

diciembre de 1993 y su instrumento de ratificación depositado el 12 de septiembre de 1995, el Protocolo de Las Leñas se incorporó al ordenamiento jurídico paraguayo con jerarquía supralegal, desplazando en su ámbito de aplicación al Código Procesal Civil y las demás normas internas inconciliables.

Resta destacar que el tratamiento de esta cuestión es disímil en los derechos constitucionales de los Estados del MERCOSUR, particularmente en lo que respecta a la posición jerárquica de los tratados internacionales en relación a las leyes nacionales. Así, en la línea de la Constitución Nacional de Paraguay se enrola la de Argentina, que reconoce expresamente la supralegalidad de los tratados internacionales en el art. 75 inc. 22 CN argentina, entre ellos, los celebrados en el marco del MERCOSUR. En cambio, las constituciones de Brasil y Uruguay no contienen una norma en ese sentido, resultando posible que una norma de fuente interna prevalezca sobre una de fuente internacional a título de *lex posteriori*.²⁴

Desde la perspectiva del derecho internacional, la supremacía de los tratados internacionales sobre el derecho interno de cada Estado surge expresamente del art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.²⁵ Esta norma es también considerada costumbre internacional y, en este carácter, podría obligar a países que no son parte de este Convención.

Asimismo, los cinco Estados Partes del MERCOSUR son parte de la Convención Interamericana sobre Normas generales de Derecho Internacional Privado, cuyo primer artículo establece: “La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados parte. En defecto de norma internacional, los Estados parte aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno”.²⁶ Fernández Arroyo señala que “[b]ien entendida,

24 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Configuración sistemática del derecho internacional privado del MERCOSUR”, en: FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, p. 113.

25 Actualmente, la Convención se encuentra en vigor en 116 países, entre ellos: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Fecha de depósito del instrumento de ratificación/adhesión: Argentina (5/12/1972), Brasil (25/9/2009), Paraguay (3/2/1972) y Uruguay (23/5/1969). Información disponible en <http://treaties.un.org> (Consultado en: 29 ago. 2020).

26 Fecha de depósito de los instrumentos de ratificación: Argentina (12/01/83), Brasil (11/27/95), Paraguay (8/16/85), Uruguay (5/15/80) y Venezuela (12/18/85). Información disponible en <http://oas.org> (Consultado en: 29 set. 2020).

esta norma obligaría a las autoridades judiciales de todos los Estados parte a dar prioridad a las convenciones internacionales que pudieran existir en la materia que estuvieran juzgando, al menos dentro del sector del derecho aplicable. Pero claro que si caemos en la cuenta de que dicha Convención también corre el albur de todas las normas convencionales y que, por lo tanto, su aplicación no está en todo caso asegurada, no habremos solucionado mucho”.²⁷ Esta atinada observación es extensible a la Convención de Viena de 1969.

VI. Conclusiones

La excepción de arraigo aún persiste en las legislaciones internas de algunos Estados del MERCOSUR, en general, con carácter de excepción previa. No obstante, progresivamente se ha ido limitando su ámbito de aplicación, tanto por la previsión de eximiciones legales como por la interpretación restrictiva de los tribunales, poniendo de manifiesto una tendencia hacia su erradicación definitiva que no ha hecho más que acentuarse con el paso del tiempo.

Por su parte, la comunidad jurídica internacional ha colaborado con este proceso promoviendo la concertación de tratados internacionales que propugnan la igualdad de trato procesal, a la vez que prohíben la imposición de cauciones o depósitos al litigante por su condición de extranjero o por falta de domicilio o de residencia en el país en el que se radica el juicio. En este orden de ideas, se aprobó en el ámbito del MERCOSUR el Protocolo de Las Leñas de 1992, que elimina expresamente la caución de arraigo en su art. 4.

Este fue el marco normativo que finalmente aplicó el tribunal paraguayo para decidir sobre la procedencia de la excepción de arraigo opuesta por la demanda contra la actora domiciliada en Venezuela. Al efecto, consideró que el Protocolo se encontraba plenamente vigente al momento en que había sido opuesta la excepción de arraigo y que, por imperio del principio de irretroactividad de la ley consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional, dicha vigencia no podía verse afectada por los problemas políticos que se hubiesen suscitado con posterioridad en el seno del organismo.

27 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “Configuración sistemática del derecho internacional privado del MERCOSUR”, en: FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavallía, 2003, p. 88.

En este punto radica, a mi entender, la valía de la decisión. Así, aunque el tribunal no lo explicitó, lo cierto es que esta solución en torno a la aplicación temporal del Protocolo favoreció en el caso concreto a la cooperación internacional y, consiguientemente, a la salvaguarda de los derechos y garantías fundamentales que resultan afectados por la exigencia de arraigo, principalmente, el acceso a la justicia, la defensa en juicio y la igualdad ante la ley. De este modo, queda manifiesta la necesidad de abordar los casos iusprivatistas internacionales desde una perspectiva axiológica, a fin de alcanzar soluciones materialmente justas y coherentes con el derecho internacional de los derechos humanos.

Por lo demás, es imperioso que la excepción de arraigo sea suprimida de los ordenamientos jurídicos nacionales, junto con todas las discriminaciones procesales contra el litigante extranjero que obstruyen el logro de una justicia transnacional efectiva.

LA EXCEPCIÓN DE ARRAIGO EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR

Tribunal de Apelación Civil y Comercial - Tercera Sala
- “Andrés García Galeano c/ Mateo Dichirico Palacions
y otro s/ acción autónoma de nulidad”, 30/09/03

*Gabriela Pérez Moreno**

Sumario: I. Breve aproximación al tema; II. Marco normativo: 1. Fuentes convencionales, 2. *Soft Law*, 3. Fuentes Autónomas; III. Los hechos del caso; VI. La decisión judicial; V. Análisis del caso: 1. Jerarquía de fuentes en el DIPr. paraguayo, 2. Jerarquía de las normas del MERCOSUR en el derecho de Paraguay, 3. Jerarquía de las normas sobre Derechos Humanos en el derecho de Paraguay; VI. Conclusiones.

I. Breve aproximación al tema

Ciertamente no resulta novedoso decir que los efectos de la globalización -como fenómeno de la modernidad – han impactado de forma palpable en todos los ámbitos de la vida social, y muy especialmente el devenir de las relaciones jurídicas. En este sentido, el mayor flujo de capital – tanto económico como humano – la expansión y multiplicación de empresas de tipo multinacional o transnacional, las fuertes corrientes migratorias, han abrevado en el surgimiento de nuevos interrogantes e indagaciones. Todos estos cambios suscitados en el seno de la sociedad

* Profesora adjunta de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, investigadora en el marco de diversos de proyectos DECyT y UBACyT. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI) y de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Autora de capítulos de libros, artículos y ponencias en Congresos sobre temas de su especialidad.

inciden de manera especial en las estructuras de mercado y en las diferentes formas en que los actores del sector privado se vinculan, y en consecuencia resulta necesario tener en cuenta un conjunto de situaciones que se encuentran atravesadas por este fenómeno político- económico-social global y por una fuerte y creciente presencia de la influencia de los Derechos Humanos en el campo del derecho privado, acompañado de una redefinición de las relaciones entre el derecho público y el derecho privado en el campo de la internacionalidad.¹

Desde una concepción clásica, la función de los derechos fundamentales estaba limitada a las relaciones verticales, y por lo tanto era exclusiva del derecho público. Su rol primordial era de “protección y defensa de los derechos y las libertades individuales o la privacidad, contra la interferencia o discriminación ilegítima”,² generando obligaciones para los Estados. No obstante existe un creciente discurso vinculado a la influencia de los derechos fundamentales en el Derecho Privado y que se ha denominado de constitucionalización o humanización del derecho privado.³

En este marco es posible ubicar un conjunto de problemas relacionados con el acceso a la justicia específicamente en el punto de inflexión entre las ramas público-privadas del Derecho Internacional, donde los Derechos Humanos cumplen una función de articulación entre ambos. Es decir que, los derechos fundamentales no deben ser solamente una declaración de buenas intenciones, sino muy por el contrario, deben constituir un principio rector en los casos en que se pone en juego la aplicación de normas de otros ordenamientos jurídicos. De este modo el fenómeno de los derechos humanos desborda desde su lectura y funcionamiento vertical hacia una perspectiva horizontal con efectos directos e inmediatos, e impacta plenamente en las relaciones privadas.

1 Entre los autores que se han referido a las relaciones público-privadas y su vinculación con los Derechos Humanos en tanto impactan en el análisis de las relaciones jurídicas internacionales, podemos citar, solo a modo de ejemplo: OSTER, Jan. “Public policy and human rights”, *Journal of Private International Law*, v. 11, n. 3, 2015; MUIR WATT, Horatia. “¿Concurrece ou confluence? Droit international privé et droits fondamentaux dan la gouvernance globale”. *Reveu internaciona de droit économique*, 2013/1, pp. 59-78; CLAPHAM, Andrew. “Human rights in the private sphere”, *Oxford University Press*, 1996; IQUETTE, Yves. “Le droit international privé et les droits.fondamentaux”, en: ROMAN, Diane; HENNETTE-VAUCHEZ, Stephanie. *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, Paris, 1997.

2 TRSTENJAK, Verica. “Generalreport: Theinfluenceof HumanRightsandBasicRightsinprivatelaw”, en: TRSTENJAK, Verica; WEINGERL, Petra (eds.). Disponible en: <https://www.semanticscholar.org/paper/General-Report%3A-The-Influence-of-Human-Rights-and-Trstenjak/e851045b26b06fb1901a17af4e192f30c7d60558>. Consultado en: 15 ago. 2020.

3 Ver al respecto NAJURIETA, María Susana. *La responsabilidad por daños en casos multinacionales no contractuales. Desafíos y soluciones del sistema de derecho internacional privado de fuente interna*, Lecciones y Ensayos, n. 96, pp. 90-91. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/96/la-responsabilidad-por-danos-en-casos-multinacionales-no-contractuales.pdf>. Consultado en: 13 ago. 2020.

La Convención Americana de Derechos Humanos – más conocida como el Pacto de San José de Costa Rica - en su artículo 8° referido a garantías judiciales dispone en el apartado 1° del mismo que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.” Similares preceptos encontramos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XVIII,⁴ en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵ y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado en diversas oportunidades los alcances de estas disposiciones. Al respecto, ha sostenido en el caso “Narciso Palacios vs. Argentina de 1999”⁷ que “la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales”.

En “Cantos vs. Argentina”⁸ del año 2002 expresó que “este Tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial

4 Esta dispone en su *artículo XVIII* que “toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

5 El *artículo 10* dispone: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

6 El artículo 14.1 establece que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

7 Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Argentina10.194.htm>. Consultado en: 15 ago. 2020.

8 Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=272. Consultado en: 15 ago. 2020.

definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor a verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales”.

Asimismo, en el ámbito europeo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales recepta en su artículo 6.1^o regula lo atinente a un proceso equitativo⁹ y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000 receptó en su art. 47 el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.¹⁰

Como consecuencia de lo antes expuesto, la garantía de acceso a la justicia conlleva al rechazo de la utilización de foros con competencia exorbitantes. En efecto, la protección de esta garantía trae aparejada en determinadas circunstancias la consagración de un foro de necesidad, entendiéndose por tal a aquel que no obstante no estar taxativamente previsto en la normativa vigente, permite la actuación de un juez con la finalidad de evitar la denegación de justicia. Por otra parte en lo atinente al trámite procesal, las normas de derechos humanos establecen criterios específicos que deben respetarse cualquiera sea la jurisdicción y la correspondiente ley aplicable al proceso.¹¹

Por otra parte, la noción de acceso a la justicia en su concepción tradicional se encuentra vinculada a la competencia internacional por parte de un juez o tribunal y a la traducción de dicha decisión en una acción específica, es decir, el reconocimiento y ejecución de la sentencia

9 El art. 6.1 dispone que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

10 El art. 47 establece: “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.

11 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, P. “El Derecho Internacional Privado en el inicio del Siglo XXI”, *Caderno da Pós-Graduacao em Direito ppgdir./UFRGS*, I (II), 2003, pp. 221.

de manera eficaz.¹² Sin embargo las implicancias que el derecho de acceso a la justicia no son solamente aquellas vinculadas al acceso a un tribunal competente para decidir la cuestión sino también todas las instancias anteriores, intermedias y posteriores que hacen a su efectividad en las que la cooperación jurídica internacional juega un rol fundamental. Mucho antes de que los problemas de ejecutabilidad de una sentencia puede suscitar, se encuentran otras cuestiones asociadas a la igualdad ante la ley y su manifestación en la igualdad de trato procesal. Tal como lo señala Fernández Arroyo, “al día de hoy resulta una verdad de perogrullo que las cuestiones “procesales” y “cooperacionales del DIPr han desplazado en su interés y desarrollo a las que conciernen al derecho aplicable al fondo, las cuales tradicionalmente habían sido consideradas como el contenido esencial –y, en algunos casos, único de la disciplina”.¹³

En este marco el arraigo – también conocido como *cautio judicatum solvi* – constituye una limitación práctica al ejercicio por parte de las personas domiciliadas en el extranjero, en su calidad de actores del proceso, del acceso a la jurisdicción ante los tribunales nacionales. Consiste en prestar caución en garantía de los gastos del juicio para el caso de que resultaren vencidos.¹⁴ Se funda en razones de seguridad procesal, tales como la necesidad de cubrir las eventuales responsabilidades del juicio; tiende entonces a afianzar el pedido del actor extranjero en beneficio del demandado.

Tal como lo señala Tellechea Bergman¹⁵ las personas físicas y jurídicas ajenas al foro tradicionalmente han sufrido discriminaciones procesales de diversa índole, tales como la exigencia de prestación de fianza de arraigo o *cautio judicatum solvi*, inversión en su perjuicio de la carga

12 Ver al respecto WEGHER OSCI, Florencia S. “Acceso a la Justicia: La igualdad de trato procesal en el Derecho Internacional Privado argentino consagrada en la reforma del Código Civil y Comercial”, pp. 4 ss, en: *Pensamiento Civil*, Doctrina, 23/08/2020. Disponible en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3961acceso-justicia-igualdad-trato-procesal-derecho-internacional-privado>. Consultado en: 22 ago. 2020.

13 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas a su reglamentación interamericana”, en: PICAND ALBÓNICO, E.; LLANOS MANSILLA, H. (coords.), *Estudios de derecho internacional: libro homenaje al profesor Santiago Benadava*, v. 2, Santiago de Chile, Librotecnica, 2008, pp. 295-326. Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/293-326%20Diego%20Fern%C3%A1ndez%20A.%20def.BIS.pdf>. Consultado en: 15 ago. 2020.

14 ARGERICH, Guillermo. “El arraigo y su supresión por los tratados internacionales”, *Doctrina Judicial* n° 2, La Ley SAEeI, Id SAIJ:DACN990183, 1996, pp. 631. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/guillermo-argerich-arraigo-su-supresion-tratados-internacionales-dacn990183-1996/123456789-0abc-defg3810-99ncanirtcod>. Consultado en: 17 ago. 2020.

15 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Condición procesal del litigante foráneo en el derecho internacional privado interamericano, del MERCOSUR y uruguayo de fuente nacional”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, v. 3, n. 6, Asunción, Aug. 2015. Disponible en: https://www.tprmercosur.org/pmb/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=8340. Consultado en: 20 ago. 2020.

de la prueba, retaceo de los beneficios de litigar sin gastos y asistencia jurídica gratuita concedidos al litigante local carente de recursos, etc. Asimismo puede categorizarse como trato discriminatorio del deudor demandado no perteneciente al foro, la consideración de dicha condición como prueba suficiente del peligro de frustración de los derechos del actor y consecuentemente, como base determinante para la adopción de medidas cautelares en su contra.

II. Marco normativo

1. Fuentes Convencionales

A) En el ámbito “universal”

a) Convención de La Haya

En la esfera de los tratados multinacionales la Convención de La Haya sobre Procedimiento Civil, del 1 de marzo de 1954 ha sido ratificada por cuarenta y nueve países.¹⁶ La misma regula el arraigo en los artículos 17 y 18, eliminándolo.

La Argentina aprobó dicho tratado mediante Ley N° 23.502 (B.O. 15-11-87), donde la convención entró en vigencia desde el 9 de julio de 1988. La citada convención regula el arraigo en los artículos 17 a 19, eliminándolo. Sin embargo, el único país que la ha ratificado en el MERCOSUR ha sido Argentina mediante la Ley N° 23.502 (B.O. 15-11-87). La misma no ha sido ratificada por el resto de los países mercosureños.

El instrumento emplea los términos “*cautio judicatum solvi*” y “*caución de arraigo en juicio*” admitiendo ambas nominaciones.

Por el art. 17 elimina la aplicación de la garantía a extranjeros en procesos nacionales extendiéndolo a nacionales o extranjeros que carezcan de bienes en el Estado del foro y obviamente carezcan de domicilio. Y por el 19 reglamenta el efecto ejecutorio de las sentencias

¹⁶ Ver al respecto: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=33>. Consultado en: 18 ago. 2020.

condenatorias de gastos causídicos en el territorio en donde el demandante se domicilie o tenga bienes vale decir, la resolución nacional de la condena en costas, es plenamente eficaz en otro Estado Parte del convenio. Es de hacer notar que el criterio tenido en La Haya del 54 conserva total vigor en la actualidad a través del plexo de medidas que ofrece la cooperación jurídica internacional.

Dicha convención en su *artículo 17* dispone que “No podrá serles impuesta ninguna caución o depósito por su condición de extranjeros o por falta de domicilio o de residencia en el país, a los nacionales de uno de los Estados contratantes que tengan su domicilio en uno de dichos Estados y que sean demandantes o partes ante los tribunales de otro de estos Estados. La misma regla se aplicará al pago exigible a los demandantes o a las partes intervinientes para garantizar las costas judiciales. Continuarán aplicándose los convenios por los cuales los Estados contratantes hayan estipulado para sus nacionales la dispensa de la *cautio judicatum solvi* o del pago de las costas judiciales sin la condición del domicilio.”

Por su parte el artículo 18 establece:

Las condenas en costas y gastos de proceso, dictadas en uno de los Estados contratantes contra el demandante o la parte interviniente dispensada de la caución, el depósito o el pago, en virtud del artículo 17, párrafos 1 y 2, o en virtud de la legislación del Estado en el cual la acción haya sido entablada, se convertirán gratuitamente en ejecutorias por la autoridad competente en cada uno de los demás Estados contratantes, previa solicitud realizada por vía diplomática. La misma regla se aplicará a las decisiones judiciales mediante las cuales se fije con posterioridad el importe de las costas procesales. Las disposiciones precedentes se establecen sin perjuicio de que dos Estados contratantes puedan ponerse de acuerdo para permitir que la solicitud de exequátur pueda también ser hecha directamente por la parte interesada”.

b) Convenio de 25 de octubre de 1980 para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia

En octubre de 1980, la Conferencia aprueba el Convenio para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia que en el art. 1º, consagra con amplitud el derecho de las personas que tengan nacionalidad de un Estado Parte o residencia habitual en él a gozar en los otros de asistencia

judicial en materia civil y comercial en las mismas condiciones que sus pares locales y en el art. 14 prevé además:

No podrá exigirse caución o depósito de clase alguna de las personas físicas o jurídicas que tengan su residencia habitual en uno de los Estados contratantes y que sean demandantes o intervinientes ante los tribunales de otro Estado contratante por el sólo motivo de su condición de extranjeros o de no estar domiciliados o ser residentes en el Estado en que se hubiere iniciado el procedimiento. La misma norma se aplicará al pago que pueda exigirse para garantizar las costas judiciales a los demandantes intervinientes.

Al respecto Gustaf Möller - relator de la Convención - ha señalado como sensible mejora respecto a los textos precedentes, la inclusión expresa de las personas morales.

Brasil es el único país que ha ratificado este instrumento convencional en el ámbito del MERCOSUR el 15/11/2011, donde la misma entró en vigencia el 1º/11/2012.¹⁷

B) En el ámbito sudamericano

a) Código Bustamante

Otra fuente convencional es el Código Panamericano de Derecho Internacional Privado de 1928, ratificado por dieciséis países.¹⁸ En su artículo 383 dispone: “No se hará distinción entre nacionales y extranjeros en los Estados contratantes en cuanto a la prestación de la fianza para comparecer en juicio.”

En el ámbito del MERCOSUR solo ha sido ratificado por Brasil con fecha 25/06/29.

b) Tratados de Montevideo 1889/1940

Los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889

¹⁷ Ver al respecto <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=91>. Consultado en: 15 ago. 2020.

¹⁸ Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-31_Codigo_Bustamante_firmas.asp. Consultado en: 15 ago. 2020.

sin perjuicio de establecer en el art. 1° del Protocolo Adicional, “Las leyes de los Estados contratantes serán aplicadas a los casos ocurrentes, ya sean nacionales o extranjeras las personas interesadas en la relación jurídica de que se trate”, disposición de la que emerge implícito el rechazo a toda discriminación, inclusive procesal, al extranjero, no consagraron de manera explícita el principio de igualdad procesal. Esta posición mantenida por los Tratados de Montevideo de 1940 cuyo art. 1° del Protocolo Adicional, de igual contenido que el texto que le precediera medio siglo antes, no constituyó lamentablemente impedimento para evitar la aplicación de eventuales disposiciones procesales discriminatorios hacia el foráneo consagradas por la normativa nacional de los Estados Partes.

C) *En el MERCOSUR*

a) Protocolo de Las Leñas

Si reparamos en una fuente regional y específica que además nos comprende, encontramos al Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa del 27 de junio de 1992 (Decisión N° 5/92 CMC), vigente a partir del 2/08/96 y con vigencia provisional desde la firma 27/06/92 (conforme a su art. 33). Ha sido ratificado por Argentina (3/07/1996 mediante Ley N° 24578), Brasil (16/02/1996), Paraguay (12/09/1995) y Uruguay (20/07/1999 mediante ley 16.971 del 9/06/1998).

Este valioso documento regional estructura en su contenido los lineamientos medulares de los mecanismos de cooperación internacional. En el art. 1° consagra el espíritu del Protocolo al decir que “Los Estados parte se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. La asistencia jurisdiccional se extenderá a los procedimientos administrativos en los que se admitan recursos ante los tribunales”.

Por su parte, el art. 3° enfoca el principio de *igualdad de trato procesal* y lo hace precisamente bajo dicha nominación. El principio va más allá de la no discriminación entre nacionales y extranjeros como sujetos procesales, abarcando también la igualdad de trato procesal de la causa en sí misma, reflejando otro axioma de idéntica envergadura como lo es el de *acceso a la justicia*. Es así como consagra que “Los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes gozarán, en las

mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses”.

Ya en el art. 4° la cuestión adquiere mayor consistencia, dado que de su texto se desprende su rechazo por el arraigo: “Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser impuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte”.

D) *Algunos tratados bilaterales*

Asimismo se ha eliminado el arraigo a través de tratados bilaterales. A modo de ejemplo podemos mencionar entre otros el “Acuerdo sobre Cooperación en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa” celebrado con Brasil en la ciudad de Brasilia el 20 de agosto de 1991, y que fuera aprobado por Argentina mediante ley 24.108, con vigencia provisional desde la firma, (arts. 27 y 28);¹⁹ la “Convención de Asistencia Judicial y de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Materia Civil” con Italia, en Roma el 9 de diciembre de 1987, con vigencia desde el 1ro. de julio de 1990, aprobado por Ley 23.720,²⁰ (arts. 3 y 4); y el “Convenio sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos con la República Oriental del Uruguay”, Buenos Aires, 20 de noviembre de 1980, aprobado por Ley 22.410, con vigencia desde el 12 de mayo de 1981, (art. 1).²¹

19 *Artículo 27*: “Los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los dos Estados gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes del otro Estado, del libre acceso a las jurisdicciones en dicho Estado, para la defensa de sus derechos e intereses. El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los dos Estados”.

Artículo 28: “Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser impuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente del otro Estad El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los dos Estados”.

20 *Artículo 3: CProteccion Jurídica*. 1. Los nacionales de cada una de las Partes gozarán en el territorio de la otra, en lo referente a su persona y sus bienes, de los mismos derechos y de la misma protección jurídica que los nacionales de esta última. 2. Los nacionales de cada una de las Partes tendrán acceso a las autoridades judiciales de la otra para la prosecución y la defensa de sus derechos e intereses en las mismas condiciones que los nacionales de esta última. *Artículo 4*: Dispensa de la *cautio judicatum solvi*. 1. A los nacionales domiciliados o residentes en el territorio de una de las Partes, que se presentaran como actores o intervinientes ante las autoridades judiciales de la otra, no se les podrá imponer por su calidad de extranjeros o de no residente o de no domiciliados en el territorio de esta última, la *cautio judicatum solvi* respecto de los gastos de procedimiento. 2. Si el beneficiario de la *cautio judicatum solvi* resultara condenado con costas por sentencia firme emanada de autoridad judicial de una de las Partes, la sentencia será ejecutada, a instancia del legitimado, sin gastos en el territorio de la otra Parte. La solicitud y sus anexos se ajustarán a lo establecido en el artículo 23 de la presente convención. La autoridad judicial interviniente se limitará a certificar si fuera exigible la parte de la sentencia referida a los gastos”.

21 *Artículo 1°*: “Los domiciliados en un Estado Parte gozarán, ante los Tribunales del otro, del mismo trato de que gozan quienes en él se domicilian”.

2. Soft Law

En materia de *soft law*, la preocupación respecto de la igualdad de trato procesal entre nacionales y extranjeros en el marco de procedimientos internacionales aparece en diferentes instrumentos referidos a procedimientos transnacionales, tales como los principios *American Law Institute* y *Unidroit (Ali/Unidroit)*²² y en los principios de *Asadip*.²³

3. Fuentes Autónomas

A) Argentina

a) Normativa

El art. 2610 del Código Civil y Comercial de la Nación, segundo párrafo, prescribe una manifestación concreta del principio de igualdad de trato, en tanto dispone que ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado.

Sin embargo, el artículo 348 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) dispone que si el demandante no tuviere domicilio ni bienes inmuebles en la República, será también excepción previa la del arraigo por las responsabilidades inherentes a la demanda.

22 Ver al respecto *ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*. 3. Procedural Equality of the Parties: 3.1 The court should ensure equal treatment and reasonable opportunity for litigants to assert or defend their rights; 3.2 The right to equal treatment includes avoidance of any kind of illegitimate discrimination, particularly on the basis of nationality or residence. The court should take into account difficulties that might be encountered by a foreign party in participating in litigation. 3.3 A person should not be required to provide security for costs, or security for liability for pursuing provisional measures, solely because the person is not a national or resident of the forum state. 3.4 Whenever possible, venue rules should not impose an unreasonable burden of access to court on a person who is not a habitual resident of the forum. Disponible en: <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>. Consultado en: 15 ago. 2020.

23 *Principios de Asadip sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (Transjus): Tratamiento del litigante foráneo y asistencia jurídica subvencionada Artículo 2.1.-* “Los Estados otorgarán a los litigantes extranjeros o con residencia foránea los mismos derechos que le confieren a sus nacionales o residentes. No es compatible con el derecho de acceso a la justicia exigir cauciones o garantías a los ciudadanos extranjeros o 8 residentes foráneos cuando dicha exigencia no tenga otro fundamento que la ciudadanía extranjera, el domicilio o residencia en el extranjero, o cumplir con reglas de reciprocidad”. Disponible en: <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf>. Consultado en: 15 ago. 2020.

Tal como lo señala Scotti,²⁴ si bien la entrada en vigor en Argentina de diversos tratados que suprimen el arraigo y su jerarquía superior al art. 348 CPCCN implicó un duro golpe a esta excepción en el derecho argentino, sumado a su dudosa constitucionalidad en tanto vulnera elementales derechos y garantías de igualdad y no discriminación, la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación la destierra completamente de nuestro ordenamiento jurídico.

b) Jurisprudencia

Podemos afirmar siguiendo a Perotti,²⁵ que Argentina se inscribe en una tendencia consolidada orientada hacia el rechazo de la *cautio iudicatum solvi*. En asuntos relativos al MERCOSUR, caben destacar los siguientes casos jurisprudenciales:

Así en los autos “Petropol S.A. s/conc. prev. s/inc. de revisión promovido por Olsfan Tradin Corporation S.A.” el juez interviniente, al momento de rechazar la excepción de arraigo exigida en contra de una empresa radicada en Montevideo, consideró con base en el art. 3° del Protocolo que “el principio de igualdad de trato procesal por definición excluye cualquier posibilidad de imponer al foráneo cauciones o depósitos para acceder a los Tribunales”.

Por su parte, la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal en los autos “Sadía Concordia SA Industria e Comercio c/Sadía SA Empresa Constructora s/cese de uso de marca”, causa N° 17.778/94²⁶ ha tenido oportunidad de receptar la misma solución, en virtud del art. 28 del Acuerdo sobre Cooperación Judicial con Brasil.²⁷

24 SCOTTI, Luciana B. “El acceso a la justicia en el Derecho Internacional Privado Argentino: Nuevas Perspectivas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Red Sociales, Revista del Departamento de Ciencias Sociales*, v. 3, n. 06:22-47, (2016), pp. 44. Disponible en: <http://www.redsocialesunlu.net/wp-content/uploads/2016/10/RSOC017-002-Scotti-L.-2016.-El-acceso-a-la-justicia-en-el-derecho-internacional-privado-argentino.pdf>. Consultado en: 19 ago. 2020.

25 PEROTTI, Alejandro D. “Protocolo de Las Leñas. La excepción de arraigo en la jurisprudencia de los estados del MERCOSUR”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, 2003 III, fascículo 10, p. 71, Lexis Nexis, Id SAIJ: DACF030078, 2003, p. 2. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/alejandro-daniel-perotti-protocolo-lenas-excepcion-arraigo-jurisprudencia-estados-mercosur-dacf030078-2003-09-03/123456789-0abc-defg8700-30fcanirtcod>. Consultado en: 22 ago. 2020.

26 CNCiv. y Com., sala 2ª, “Sadía Concordia SA Industria e Comercio c/Sadía SA Empresa Constructora s/cese de uso de marca”, causa N° 17.778/94, 06.09.1995

27 Acuerdo sobre Cooperación Judicial en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre Argentina y Brasil, 20 de agosto de 1990; aprobado por ley 24.108, 01.07.1992 (BO 04.08.92); en vigencia desde el 18 de mayo de 1995.

Más recientemente, la Cámara Nacional Civil se ha pronunciado en los siguientes términos:

Gozando los extranjeros de los mismos derechos que los nacionales deben tener un acceso igualmente fácil a los tribunales en demanda de justicia...Este impedimento de acceso directo a la justicia en virtud del carácter de ciudadano o residente permanente en otro Estado, debe considerarse hoy derogado frente a la vigencia del art. 2610 del CCyC.²⁸

Un interesante fallo por la riqueza de su doctrina, es el dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Trenque Lauquen- Provincia de Buenos Aires- en autos “*Groisman, Horacio Pablo c. Groisman, Marcelo Marcos y otros s. Simulación*”.²⁹ En él, se enfatiza el alcance de la *cautio judicatum solvi* prevista en el art. 346 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial expresando que si realmente su imposición fuera a los fines de asegurar al adversario el pago futuro del eventual crédito por costas, la ley debería instrumentarla también a través de otros medios que permitan cumplir ese mismo fin cuestión que su procedencia sería viable no sólo cuando el demandante tenga domicilio en el extranjero. Pero lo cierto es que la ley se desentiende de ese fin cuando el demandante tiene su domicilio en el país; clara conclusión reparando en que el mentado art. 346 no exige arraigar a una persona domiciliada en el país y carente de bienes en él lo que nos llevaría a entender y extender, que mientras la persona tenga domicilio en el país, puede ser perfectamente insolvente y no por ello su adversario tiene derecho a exigirle que preste caución para el pago futuro de una eventual obligación procesal. Es más, si la persona domiciliada en el país fuera insolvente y por ello solicitase y obtuviese el beneficio de litigar sin gastos, menos aún podría concebirse la idea de que su adversario le pudiera exigir alguna clase de caución por la referida y posible responsabilidad procesal sobre costas. Pero resulta que si el fin realmente fuera asegurar al adversario el pago futuro del también eventual crédito por costas, sería su patrimonio el que operaría como “*garantía*” última del pago de las costas sin necesidad de caución por arraigo.

28 CNCiv. Sala L, 18-09-2015, en autos “Eguiguren Laborde, Valeria c. Chiramberro Larrategui, Daniel, Carlos s. exequátur”.

29 Acuerdo de fecha 7 de agosto de 2013.

B) *Brasil*

a) Normativa

El Código Procesal Civil brasileño actualmente vigente³⁰ ha eliminado la caución de arraigo a través del artículo 26, II que dispone expresamente la igualdad de tratamiento entre nacionales y extranjeros, tengan o no domicilio en el Brasil.³¹ Con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho cuerpo normativo la excepción de arraigo se encuentra legislada en el art. 835 del Código del Proceso Civil (CPC) y la jurisprudencia había tenido oportunidad de expedirse acerca de la invocación de la solicitud de caución previa en asuntos que involucraban residentes de otros estados del MERCOSUR en diversas oportunidades.

Así por ejemplo, el Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), en fase de “Agravo de Instrumento”³² (AgIn 099.289-4), estimó el recurso y en consecuencia anuló la decisión de la instancia anterior (juez de la 25ª Vara Cível da comarca de São Paulo) que había requerido atendiendo a la solicitud del demandado: empresa con sede en el territorio nacional que la actora persona jurídica domiciliada en Rosario, Argentina, sin filial, agencia o establecimiento alguno en Brasil prestará caución correspondiente, en los términos del art. 835 CPC. En su voto (acompañado por la turma sala), el juez relator hizo valer con apoyo en la jurisprudencia del propio tribunal sobre el art. 4º del Protocolo de Las Leñas³³ (20) que es “inaplicable, pues, en el caso concreto de una persona jurídica con sede en el territorio de Estado participante del MERCOSUR, el art. 835 del CPC”. El Protocolo de marras, agregó el juez, “establece la igualdad de tratamiento procesal entre las partes, al imposibilitar que puedan crearse cualquier obstáculo en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, porque ninguna caución o

30 El mismo aprobado como ley ordinaria n° 13.105, del 16 de marzo de 2015 y entró en vigencia el 15 de marzo de 2016.

31 *Art. 26:* “A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará: II - a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados”. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Consultado en: 14 ago. 2020.

32 El AgIn constituye un recurso susceptible de ser interpuesto en grado de apelación, contra las decisiones interlocutorias y las resoluciones del juez de primer grado, cuando causaren perjuicio al agravante, a terceros o al Ministerio Público.

33 Ver sentencias del TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, AgIn 79.997-4/8/SP, rel. Des. LINO MACHADO, 26.05.1998 (párr. 1º del voto del juez relator, acompañado por la turma); y 2ª Câmara de Direito Privado, AgIn 83.472-4/5/SP, rel. Des. LINO MACHADO, 30.06.1998 (párrs. 2º y 3º del voto del juez relator, confirmado por la turma).

depósito podrá ser impuesto, siendo irrelevante la denominación dada, en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte”.³⁴

En igual sentido puede citarse el AgIn 98.008325-7, juzgado por el TJ del Estado de Santa Catarina (TJSC), con motivo de la impugnación planteada contra una decisión de la 2ª Vara Cível/Registros Públicos de la comarca del Balneario de Camboriú. Entre los agravios planteados por el agravante, figuraba el hecho de que los actores (de nacionalidad argentina) no había demostrado ser propietarios de bienes inmuebles en Brasil ni prestado en consecuencia la caución debida; por lo cual solicitó la extinción del proceso sin lugar al juzgamiento de mérito. Tras desestimar esta última alegación, en tanto la caución puede ser prestada en cualquier momento del proceso, el juez relator cuya solución fue validada por la turma aprovechó la oportunidad para recordar que el litigio registrado (...), por otro lado, una pequeña peculiaridad relativa a la nacionalidad de los ahora agravados”, puesto que según el art. 4º del Protocolo en comentario ninguna caución o depósito podía serles exigidos. Por tal razón, atento a la nacionalidad argentina de los demandantes, agregó que “a ellos no debería haberles sido aplicada la regla del art. 835, del Código del Proceso Civil, dispensados que son de la prestación de caución”.³⁵ No obstante, en virtud de que los agravados no apelaron la caución, consintiendo con ello su imposición, la resolución en esta parte fue mantenida. Sin dudas, el recordatorio del tribunal tuvo una importante finalidad académica y de difusión del derecho del MERCOSUR.

Diferente fue el criterio receptado respecto al Protocolo en la reciente decisión del Superior Tribunal de Justicia (STJ), emitida en la MC 5.459. El proceso (por rescisión contractual) fue iniciado por una empresa de Uruguay contra un importador brasileño ante la justicia del Estado de Paraná. Ante la carencia de bienes inmuebles en Brasil propiedad de la actora, el TJ de Paraná (TJPR) desestimó la solicitud de eximición de la garantía fijada en el CPC. Para así decidir, el superior tribunal estadual tuvo en consideración que “ante la falta de reglamentación del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional del MERCOSUR, a fin de que las prácticas procesales sean uniformes, parece temerario no obligar a la empresa extranjera, sin bienes en Brasil, a prestar caución, para asegurar la

34 TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, AgIn 99.289-4/1/SP, rel. Des. JÚLIO VIDAL, 02.12.1998 (RT (Revista dos Tribunais) 763/219; esp. párrs. 13º a 15º del voto del juez relator).

35 TJSC, 3ª Câmara Civil, AgIn 98.008325-7/BC, rel. Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA, 03.10.2000 (ver especialmente párrs. 14º a 15º del voto del juez relator).

eventual condena al pago de las costas procesales y de los honorarios de los abogados, en los términos del artículo 835 del C.P.Civil”.³⁶

En su apelación (“Recurso Especial”: REsp.)³⁷ ante el STJ, la empresa uruguaya solicitó, a través de una medida cautelar (MC 5.459), que el REsp contra la sentencia del TJPR le sea concedido con efecto suspensivo, invocando a tal efecto como lo había hecho en la instancia previa tanto el Protocolo de Las Leñas como el Convenio de Cooperación Judicial entre Brasil y Uruguay.³⁸ En su escrito la apelante adujo que la caución fijada (equivalente a 20 % del valor atribuido a cada una de las acciones iniciadas) le ocasionaba un perjuicio económico importante (debido a la alta suma a garantizar), siendo “pública y notoria... la actual situación de inestabilidad económica de Uruguay (...) y de todos los países miembros del MERCOSUR”; a ello cabe sumar señaló la empresa el gravamen jurídico que sufriría, pues aun cuando la decisión sobre el principal sea favorable a sus pretensiones, el daño sería irreparable en atención a la obligación del depósito de los valores necesarios para la constitución de la caución exigida, “resultando así ineficaz la apreciación de la demanda”.

A su turno el ministro Castro Filho del STJ, relator del proceso, al desestimar la presentación señaló que la concesión de efecto suspensivo al REsp intentado contra un AgIn requiere que se den claramente, y de manera conjunta, los dos requisitos indispensables de las cautelares, a saber *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. En cuanto al primero, el relator constató que no aparecía con real evidencia la “plausibilidad del derecho alegado”, necesitando tal extremo de un examen mayor, no susceptible de

36 TJPR, 7ª Câmara Cível, AgIn 121.717-2/CU, rel. Des. ACCÁCIO CAMBI, 20.05.2002. En el pasaje pertinente de la decisión (§2º, párr. 6º), el relator identificó la norma concreta del Protocolo cuya falta de reglamentación justificó la resolución, en los siguientes términos: “por otro lado, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional del MERCOSUR parece no ser aplicable, en cuanto no existe la debida reglamentación de su artículo 2º, que prevé la creación de organismos de unificación y uniformización de las prácticas procesales, evitando decisiones dispares, para situaciones semejantes”.

37 Recurso Especial: recurso de competencia del Superior Tribunal de Justicia, en los términos del art. 105, III, de la constitución. Puede ser interpuesto contra los expedientes decididos en única o última instancia por los Tribunales Regionales Federales o por los Tribunales de Justicia de los Estados, del Distrito Federal y de los Territorios, siempre que la resolución atacada: 1) sea contraria a un tratado o una ley federal, o les negare vigencia; 2) juzgare válida una ley o acto de los gobiernos locales censurada por contrariar una ley federal; o 3) sea divergente con la interpretación dada por otro tribunal. Cfr. también arts. 255 a 257 del Reglamento Interno (Reglamento Interno) do STJ; versão organizado pelo Gabinete do Diretor da Revista STJ Ministro Fontes de Alencar, ed. Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 2002.

38 Ver al respecto los arts. 21 y 22 del Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre la República Oriental del Uruguay y la República Federativa del Brasil, Brasilia, 28 de diciembre de 1992; aprobado: en Brasil por decreto legislativo 77/95, 09.05.1995 (DOU 15.05.95 pg. 6865) y promulgado por decreto 1.850, 10.04.1996 (DOU 11.04.96 pg. 5939); en Uruguay por Ley N° 16.728, 27.11.1995 (DO 05.12.1995 N°24.431). Ratificado por ambos gobiernos.

ser llevado a cabo en el contexto sumario de un proceso cautelar como el de autos. Por las mismas razones tampoco el peligro de daño en la demora resultaba evidente.³⁹

Recurrida la decisión del relator, a través del correspondiente “Agravo Regimental” (AgRg: reglamentario),⁴⁰ la 3ª turma del STJ convalidó la resolución. En su voto conductor, el ministro relator sostuvo que, contrariamente a lo señalado por la agravante, “no se está negando aplicabilidad al tratado, sino, tan solamente, resaltando que, por tratarse de una cautelar, y teniendo en cuenta las razones del recurso especial y la fundamentación del acuerdo, el examen de la materia exigiría una valoración más allá de los límites inherentes a la medida”, circunstancia que no había sido alterada con la presentación del AgRg.⁴¹

C) Paraguay

a) Normativa

En Paraguay el instituto del arraigo está contemplado en el art. 225 del Código Procesal Civil (CPC) que fuera aprobado mediante ley 1.337/1988 del 4 de noviembre; con las modificaciones de las leyes 600/1995, de 16 de junio, y 1.493/2000, de 28 de junio, GO [Gaceta Oficial] N° 123 bis, 29.06.00). El art. 225 dispone:

Procedencia de la excepción de arraigo y caución. Procederá la excepción de arraigo, por las responsabilidades inherentes a la demanda, si el demandante no tuviere domicilio en la República. El juez decidirá el monto y la clase de caución que deberá prestar el actor y determinará, prudencialmente, el plazo dentro del cual deberá hacerlo. Vencido éste sin que se hubiese dado cumplimiento a la resolución, se tendrá por no presentada la demanda.

39 STJ, 3ª turma, Decisão Monocrática, MC 5.459/PR, rel. Min. CASTRO FILHO, 06.09.2002 (DJU [Diario Judicial de la Unión] 12/.09/02).

40 En términos generales, el AgRg constituye una apelación contra la decisión individual (“monocrática”) del presidente de la Corte Especial, de la Sección, de la Turma o del Relator del proceso ante el STJ, siempre que la misma cause perjuicio a los derechos de alguna de las partes y sea presentada dentro del plazo de los cinco días. El recurso es sustanciado ante el ministro que emitió la resolución, quien podrá reconsiderarla o someter el agravo a la decisión de la Corte Especial, de la Sección o de la Turma, según el caso (cfs. arts. 258 a 259 del Reglamento Interno do STJ).

41 STJ, 3ª turma, MC (AgRg) 5.459/PR, rel. Min. CASTRO FILHO, 04.02.2003 (DJU 10.03.03).

b) Jurisprudencia

La jurisprudencia paraguaya ha debido aplicar el Protocolo de Las Leñas en supuestos que involucraban particulares radicados en el resto de los estados socios del MERCOSUR.

Cabe destacar en tal sentido la Acción de Inconstitucionalidad N° 326/1999, resuelta por la Corte Suprema de Justicia (CSJ) paraguaya. Los hechos que dieron lugar a la decisión fueron los siguientes: la firma actora (con domicilio en Brasil) inició demanda por nulidad de marca contra una empresa de Paraguay, la cual en su contestación planteó la excepción de arraigo del art. 225 CPC, que fue aceptada en primera instancia fijándose arraigo por Gs. 50.000.000.⁴² Recurrió el demandante (Cía. Souza Cruz) ante el Tribunal de Apelaciones, quien revocando la resolución en crisis hizo lugar al planteo (A.I.N° 193).⁴³ Finalmente, la excepcionante (La Vencedora S.A.) solicitó la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del A.I. N° 193, haciendo valer que dicha resolución era contraria a los arts. 137 y 256 de la Constitución nacional⁴⁴ y, además, que al haberse fundado en el art. 2°, inc. 2°, del Convenio de París,⁴⁵ desconocía el inc. 3° del mismo artículo.

Al momento de decidir la CSJ mantuvo que “la presente acción debe ser rechazada” puesto que, entre otras razones, el interlocutorio impugnado no tuvo en cuenta el art. 137 de la constitución, aplicando el Convenio de París. El fallo agregó también que “otro aspecto importante señalado en la resolución hace alusión al hecho de que nuestro país, como miembro del MERCOSUR, ha ratificado el Protocolo de Las Leñas, Ley 270/93, el cual en su art. 4 dispone: “Ninguna caución o depósito (...)”. El análisis realizado por los jueces se ajusta a la legislación interna sin que pueda inferirse del fallo vulneración de norma constitucional alguna. En estas condiciones corresponde el rechazo de la presente acción”.⁴⁶

42 Juzgado de primera instancia, A.I. (auto interlocutorio) N° 1735, de 2 de diciembre de 1998.

43 Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, sala 3°, A.I. N° 193, de 11 de mayo de 1999.

44 Arts. 137 y 256, sobre prelación de los tratados internacionales sobre la ley interna y exigencia de que las decisiones judiciales estén fundadas en la Constitución y en la ley, respectivamente.

45 El fallo alude al Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934 y en Lisboa el 31 de octubre de 1958 (Acta de Lisboa); aprobado en Paraguay por ley 300/1993, de 17 de diciembre (GO 10.01.94).

46 CSJ, Sala Constitucional, Acción de Inconstitucionalidad en el juicio “Souza Cruz S.A. c/La Vencedora S.A. s/nulidad de la marca Hollywood”, N° 326/1999, sentencia N° 268/2001, 30/05/.2001 (Ministro Preopinante, Sapena Brugada; §3° del voto del juez preopinante al que adhiere la sala).

Más recientemente, en los autos “JCG y otro c/ LCV y otros s/Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual” que tramitaron ante Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno, Asunción.⁴⁷ Demandantes de nacionalidad argentina y residencia efectiva en Argentina, carentes de bienes en el país hermano inician una acción por daños y perjuicios en los tribunales del Paraguay. Es así como la parte demandada solicita que la parte accionante provea de suficiente caución real de arraigo. Se forma entonces un incidente de resolución previa, con resultado adverso para la parte demandada que interpone la excepción; para desestimarla la justicia paraguaya en escueta pero suficiente resolución, se sustenta en normas procesales nacionales y en el Protocolo de Las Leñas rechazando la excepción con costas a la vencida. Textualmente expresa:

Que, así las cosas, en mérito de la legislación transcripta entender que los actores al ser argentinos y tener su domicilio real en la República Argentina, son beneficiarios de los términos del mencionado protocolo, en el sentido de gozar del libre acceso a la jurisdicción paraguaya, sin que ninguna caución o depósito pueda serle impuesta por su calidad de extranjeros. Es evidente que la pretensión del excepcionante se exhibe constitutivamente inhábil para hacerse audible, por ser objetiva y legalmente imponible.

D) Uruguay

a) Normativa

La República Oriental del Uruguay eliminó el instituto de la fianza de arraigo mediante el Código General del Proceso (CGP)⁴⁸ de 1988 para los litigantes extranjeros. Dicha opción normativa fue precedida por convenios internacionales suscriptos por Uruguay con otros países latinoamericanos en los cuales se legislaba asegurándose la igualdad de trato procesal entre los nacionales de ambas Partes.⁴⁹ Así por ejemplo, además del acuerdo con Argentina antes mencionado, los convenios con Chile⁵⁰ y Perú.

47 Sentencia del 19 de noviembre de 2010.

48 El Código General del Proceso fue aprobado mediante ley Ley N° 15.982, Código General del Proceso, de fecha 18 de octubre de 1988.

49 Ver al respecto VESCOVI, Eduardo; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Aspectos generales del sector del derecho procesal civil internacional”, capítulo 8, en: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, ed. Zavalía, Buenos Aires, 2003, pp. 361 a 363-351 a 370.

50 A modo de ejemplo podemos mencionar el Convenio bilateral entre la República Oriental del Uruguay y la República de Chile sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, Montevideo, 15 de octubre de 1981;

b) Jurisprudencia

Habida cuenta del largo tiempo transcurrido desde la eximición de arraigo en el derecho uruguayo de fuente interna, consideramos que carece de sentido citar casos jurisprudenciales vinculados al tema en este país.

III. Los hechos del caso

El señor Andrés García Galeano, constructor con domicilio en la ciudad de Buenos Aires y residencia permanente en la Argentina, inicia ante tribunales paraguayos una acción autónoma de nulidad contra los señores Mateo Dichirico Palacios y Enrique Rene Melzer. Fundó la misma afirmando que le correspondería el cincuenta por ciento de la finca n° 1273 bajo el N° 7 y al folio 16 y siguientes del año 1983 del Distrito de Recoleta, toda vez que había contraído matrimonio con María Genara González Bento el 16 de diciembre de 1977, y que la propiedad antes mencionada había sido adquirida con posteridad a la celebración de dicho matrimonio, con fecha 4 de enero de 1983. Asimismo, manifestó que el inmueble en cuestión propiedad había sido subastado en su totalidad en los autos “*Mateo Dichirico Palacios c/María Genara González de García s/Preparación de Ejecutivo y Otro*”, habiendo resultado adjudicado al Sr. Dichirico Palacios y luego transferido al Sr. Enrique Melzer. Habida cuenta de que el Sr. García Galeano era un tercero en dicha ejecución, promovió una acción autónoma de nulidad en defensa de sus derechos. Al respecto el demandado Mateo Dichirico Palacios opuso una excepción de arraigo solicitando al tribunal interviniente que se le exigiera al actor una caución suficiente.

IV. La decisión judicial

El tribunal de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Undécimo Turno dictó resolución interlocutoria con fecha 5 de diciembre de 2001 haciendo lugar a la solicitud del demandado, estableciendo así como caución suficiente que debería prestar la actora la suma de 5.000.000 gs. (cinco millones de guaraníes), determinando el plazo de cinco (5) días bajo apercibimiento de lo dispuesto por el artículo 225 in fine del Código

aprobado por ley 15.251, 26.03.1982; en vigencia: el 14 de abril de 1982.

Procesal Civil.⁵¹ Ordenó asimismo la apertura de una cuenta judicial en el Banco Central a nombre de dichos autos y a la orden del Juzgado. Contra dicha resolución el Sr. García Galeano interpuso un recurso de nulidad y apelación en subsidio. Intervino entonces el Tribunal en lo Civil y Comercial a través de su Tercera Sala, que resolvió mediante sentencia del 30/09/2003 no hacer lugar al pedido de nulidad por considerar que no se advertían en el auto recurrido ni en el procedimiento anterior los mismos vicios o defectos que ameritaran dicho recurso. Sin embargo, en lo relativo al recurso de apelación tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 4° del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa de las Leñas⁵² afirmando que el mismo exime de toda *cautio judicatum solvi* a las personas allí contempladas, y que por lo tanto excluye la necesidad de arraigar que impone la norma establecida en el artículo 225 del Código Procesal Civil en los términos del Protocolo. En consecuencia ordenó revocar, con costas, el auto que había sido objeto de apelación.

V. Análisis del caso

1. Jerarquía de fuentes en el DIPr. paraguayo

De lo expuesto más arriba en oportunidad de analizar la normativa autónoma del Paraguay y Protocolo de Las Leñas, resulta claro que ambas fuentes le dan un tratamiento disímil e incompatible a lo relativo al arraigo. Por tal motivo resulta fundamental determinar a fin de analizar el caso García Galeano cuál es la jerarquía de fuentes normativas en el DIPr. del Paraguay.

Tal como lo señala Perotti,⁵³ la Constitución del Paraguay de 1992 es una de las Cartas fundamentales con mayor cantidad de referencias al derecho internacional y a las relaciones internacionales del Estado, al

51 Art.225.- *Procedencia de la excepción de arraigo y caución.* “Procederá la excepción de arraigo, por las responsabilidades inherentes a la demanda, si el demandante no tuviere domicilio en la República. El juez decidirá el monto y la clase de caución que deberá prestar el actor y determinará, prudencialmente, el plazo dentro del cual deberá hacerlo. Vencido éste sin que se hubiese dado cumplimiento a la resolución, se tendrá por no presentada la demanda”.

52 Ver al respecto lo expresado acerca de dicho Protocolo en el punto II., 1., B. c).

53 PEROTTI, Alejandro Daniel. “El MERCOSUR y el derecho constitucional de los estados partes”, *EL DERECHO*, Suplemento de Derecho Constitucional, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina, pp. 2-12, Id SAIJ: DACF080050, 13 de diciembre de 2007. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf080050-perotti-mercosur_derecho_constitucional_estados.htm. Consultado en: 20 ago. 2020.

punto de haber incluido un capítulo completo dedicado al tratamiento de estas cuestiones.

Dicha Carta Magna dispone en su artículo 137 que “esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado” y además que “Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”. El artículo 141 a su vez establece que “Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el Artículo 137”.

Por su parte, el artículo 256 párrafo segundo de dicho cuerpo normativo relativo a la forma de los juicios dispone en su segundo párrafo que “Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley. La crítica a los fallos es libre”.

En este marco, es importante recordar lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en la acción de inconstitucionalidad del juicio “Souza Cruz S.A. c/La Vencedora S.A. s/nulidad de la marca Hollywood”, N° 326/1999, sentencia N° 268/2001, de fecha 30/05/.2001,⁵⁴ que expresamente alude a dicha relación jerárquica de fuentes. En los autos “García Galeano con Dichirico Palacios” el tribunal de alzada se limita a afirmar que el artículo 4° del Protocolo de Las Leñas modifica el artículo 225 del Código Procesal Civil, sin ahondar el análisis de las fuentes, resulta claro que ha receptado el criterio sentado por el máximo tribunal dos años antes.

Por otra parte, en lo atinente a los Derechos Humanos, el artículo 145 de la Constitución Nacional paraguaya dispone en su primer párrafo que “La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural”.

⁵⁴ La misma ha sido comentada más arriba en oportunidad de comentar la jurisprudencia del Paraguay. Ver Nota 46.

2. Jerarquía de las normas del MERCOSUR en el derecho de Paraguay

Paraguay conjuntamente con Uruguay han sido los primeros Estados Partes en plasmar en sus respectivas constituciones el fenómeno de la integración económica del Estado desde el siglo pasado en los años sesenta.

En la actualidad la cláusula de habilitación paraguaya - con una redacción original - se halla inscrita en el artículo 145 de la Carta política mencionado anteriormente. La Constitución establece requisitos de fondo y forma para la aprobación de los tratados de integración a los que se refiere el artículo 145.

Los segundos deben ser completados, subsidiariamente, con las normas que regulan el procedimiento general de celebración de los tratados clásicos, salvo lo estipulado respecto a la mayoría especial que se exige para el tratamiento de los tratados de integración supranacionales.

Los primeros (por ejemplo relativos a igualdad, justicia, etc.) deben ser interpretados en el contexto de un proceso de integración.

La disposición permite la celebración de tratados de integración en materia económica, social, cultural, etc., que instituyan órganos de carácter supranacional, incluido un Tribunal de Justicia. En este sentido, cabe señalar que la aceptación de un ordenamiento jurídico de carácter comunitario, tal como resulta del artículo 145, solucionaría el debate acerca de la relación entre el derecho regional y las normas internas infraconstitucionales.

Sin embargo, siendo mayoritaria la posición doctrinaria paraguaya que rechaza cualquier rasgo comunitario del Derecho del MERCOSUR, se impone el auxilio del plexo normativo constitucional a los fines de investigar el alcance de las disposiciones nacidas al amparo del Tratado de Asunción.

Más allá de dichas cuestiones y a los fines que nos interesan para el análisis de este caso en relación a la aplicación del Protocolo de Las Leñas, en lo relativo al derecho mercosureño originario, la primacía sobre la legislación infraconstitucional, anterior y posterior, viene garantizada

por los artículos 137 y 141, en concordancia con el artículo 145, todos de la Constitución.⁵⁵

3. Jerarquía de las normas sobre Derechos Humanos en el derecho de Paraguay

Asimismo, el propio artículo 145 de la Constitución Nacional paraguaya otorga – tal como lo afirma calificada doctrina de dicho país - preeminencia a los tratados sobre esa materia respecto al resto de los tratados. Es decir que se encuentran por debajo de la Constitución Nacional, pero prevalecen por sobre convenciones de derecho común.

En este sentido, cabe destacar que Paraguay ha ratificado textos internacionales fundamentales en materia de Derechos Humanos, tales, Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, aprobado por consenso por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Dicho convenio dispone en su art. 14 párrafo primero que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”.

Por otra parte, ya nivel continental, ratificó con fecha 18/08/89 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica del 19/12/1966 cuyos artículos 8, 24 y 25 contienen regulaciones incompatibles con cualquier trato procesal discriminatorio.

VI. Conclusiones

Las diferentes aristas del acceso a la justicia incluyen todas las etapas del procedimiento judicial, y en tanto este conjunto complejo de garantías no son una facultad sino un deber de los Estados, deben extremarse los cuidados para garantizar las condiciones positivas necesarias para el ejercicio favorable de este Derecho Humano. Para quien va a iniciar un proceso judicial, la exigencia de una *cautio judicatum solvi* importa no sólo el desembolso de dinero sino plazos que se extienden, costas judiciales que se engrosan y honorarios que se abultan.

La profundización del MERCOSUR, a partir del aumento de las corrientes de comercio y con ello de las relaciones jurídicas entre

55 Ver al respecto PEROTTI, Alejandro Daniel, op. cit. (Nota 49).

los particulares que actúan dentro de este mercado ampliado, multiplica proporcionalmente la litigiosidad y el número de los procesos judiciales entre partes radicadas en distintos estados de la Unión Aduanera. Esto justifica la igualdad de tratamiento procesal garantizada por el art. 3º del Protocolo, a cuyo tenor “ los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses”.⁵⁶ En este sentido, el Protocolo de Las Leñas expresa en el párrafo tercero de su preámbulo “Convencidos de que este Protocolo coadyuvará al trato equitativo de los ciudadanos y residentes permanentes de los Estados Partes del Tratado de Asunción y les facilitará el libre acceso a la jurisdicción en dichos Estados para la defensa de sus derechos e intereses”.

La excepción de arraigo puede resultar especialmente tentadora en el marco de procesos judiciales que tienen lugar en de cualquier proceso de integración debido a la distinta nacionalidad y radicación de las partes. Por tal motivo ha sido reiteradamente utilizada en los estados partes provocando decisiones judiciales que, por lo general, han rechazado su pertinencia.

La prohibición de imponer la previa caución o arraigo, como requisito de acceso a los tribunales internos, a los particulares de los demás Estados del MERCOSUR debe entenderse dentro del sistema procesal configurado por el presente Protocolo y los demás acuerdos que en la materia han sido suscriptos.⁵⁷ En particular, debe recordarse que el Protocolo analizado asegura, paralelamente, un procedimiento abreviado y expedito en lo relativo al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales provenientes de alguno de los Estados del MERCOSUR en el foro doméstico.

La tendencia a la eliminación del arraigo tiene como razón esencial el acceso a la justicia como derecho humano y es probable que ese valor fundamental haya impregnado las soluciones jurisprudenciales que fueron restringiendo la aplicación del instituto, en diversas situaciones que fueron ampliándose sucesivamente.

56 PEROTTI, Alejandro Daniel. “Protocolo de Las Leñas. La excepción de arraigo en la jurisprudencia de los estados del MERCOSUR”.

57 Ver al respecto el Capítulo V del Protocolo de Las Leñas, arts. 18 a 24.

Consideremos finalmente, siguiendo a Rapallini,⁵⁸ que la mutación del hombre por el mundo así como la flexibilización de las fronteras subsiste como ideal de nuestros días. La convivencia pacífica que es la meta más próxima que el Derecho persigue, y también la justicia, se resienten cuando las leyes no responden a las necesidades de la sociedad y no resuelven los problemas que la evolución y el progreso reclaman haciendo pervivir criterios rígidos o complejos que transforman en obsoletas sus disposiciones.

58 RAPALLINI, Liliana Etel. "Excepción de falta de arraigo en procesos mercosureños", *Rev. secr. Trib. perm. revis.*, Año 3, n. 6, Agosto 2015; pp. 337-348, ISSN 2304-7887 (en línea) ISSN 2307-5163 (impreso). Disponible en: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/112>. Consultado en: 16 ago. 2020.

ASPECTOS PROCESALES DERIVADOS DE LA COOPERACIÓN CIVIL Y COMERCIAL EN EL MERCOSUR

Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital -
Cuarta Sala, A.I. N° 745/2007 - “Compañía de Petróleo y Asfalto
SA (COMPASA) c. Petrobras Distribuidora SA y Petróleo
Brasileiro SA s. Indemnización de Daños y Perjuicios”, 24/12/07

*Alberto Manuel Poletti Adorno**

Sumario: I. Breve aproximación al tema; II. El marco normativo; III. Los hechos del caso: Conflicto trasnacional de empresas y la notificación; IV. Las decisiones judiciales (primera instancia, segunda instancia, Corte Suprema de Justicia); V. Las decisiones judiciales (primera instancia, segunda instancia, Corte Suprema de Justicia): 1. Los derechos lingüísticos, 2. Posibilidad de denegar el exequatur, 3. Las normas del MERCOSUR; VI. Conclusiones: las exigencias de traducción frente a los trámites y plazos: las tareas pendientes de la cooperación internacional.

* Abogado y Notario egresado de la Universidad Nacional de Asunción. Actualización en Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Asunción. Egresado de la Escuela Judicial Paraguaya LL.M. en Derecho Francés y Europeo y Doctor en Derecho en la Universidad París 1 Panthéon-Sorbonne con tesis aprobada con felicitaciones del Jurado. Fue funcionario judicial y luego trabajó como Abogado fiscal en el Ministerio de Hacienda. Participó de cursos de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires (2010), el Centro Internacional de Estudios Canadienses en Toronto (2011), el Dpto. de Derecho Internacional de la OEA en Río de Janeiro (2012), Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (Ginebra 2014) y el Tribunal Internacional de Derecho del Mar en Hamburgo, Alemania (2016) entre otros. Es profesor de la Universidad Columbia del Paraguay y profesor visitante en numerosas universidades en Paraguay (UNA, UNE, UNI, UNIBE entre otras) y extranjeras, habiendo sido invitado para dar clases en la UBA, UFMA, Simon Fraser (Vancouver, Canadá) y otras universidades en Europa, Asia y África. Es autor de alrededor de 40 artículos publicados en diferentes países. Participó en el Proyecto de Reordenamiento Legislativo del CEDEP y trabaja como Abogado y consultor en el sector privado.

I. Breve aproximación al tema

El proceso de integración iniciado en Sudamérica en 1991 con la firma del Tratado de Asunción generó no solo un aumento del comercio entre los países sino también el incremento de litigios transnacionales y la necesidad de cooperación entre los Estados miembros para tramitar diferentes actos entre los que se encuentran las actuaciones procesales generadas en procesos judiciales tramitados entre los Estados Partes.

Aunque los aspectos económicos y políticos tuvieron mucha importancia en el desarrollo del proceso de integración, el ámbito jurídico no estuvo exento de atención por los Estados miembros. Así, ya el 27 de mayo de 1992 los países miembros suscribieron el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados parte del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) que fue modificado por la Decisión CMC N° 7/2002. La cooperación se extendió luego a Chile y Bolivia, países que hasta el momento no están asociados al proceso de integración regional.

La cooperación en los citados ámbitos civil, comercial, laboral y administrativo tiene matices particulares pues abarca no solo una eventual comunicación de actos procesales de mero trámite como citaciones, intimaciones, emplazamientos, notificaciones sino también la recepción u obtención de pruebas.

Asimismo hemos de destacar que en el ámbito de las Convenciones de Montevideo de 1889-1890 y 1939-1940 Argentina, Uruguay y Paraguay han suscrito sendos tratados de derecho procesal internacional. Sin embargo, Brasil ha ratificado el Código Bustamante y no es parte de los tratados de Montevideo. Debido al carácter bilateral de la cooperación, la firma de un protocolo por todos los Estados Partes vino a facilitar la aplicación de las normas para la cooperación judicial en los ámbitos citados.

Pero no cabe duda de que los protocolos del MERCOSUR tuvieron que coexistir con diferentes normas regionales como las emanadas de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado adoptadas en el marco de la Organización de Estados Americanos. Así, a modo de ejemplo y entrando exclusivamente en el ámbito civil, en la CIDIP I realizada en Panamá en 1975 se adoptaron convenciones sobre exhortos, recepción de pruebas en el extranjero y el régimen legal de poderes entre otros aspectos. En la segunda conferencia de Montevideo

en 1979 se adoptaron convenciones sobre eficacia extraterritorial de sentencias y sobre ejecución de medidas preventivas, al igual que un protocolo adicional a la convención sobre exhortos. En 1984, se adoptó una convención sobre eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras que no fue ratificado por Paraguay.

También la participación de los Estados miembros del MERCOSUR en UNIDROIT y en la Conferencia de La Haya pudo notarse. Los Estados fundadores del MERCOSUR han adoptado la Convención del 5 de octubre de 1961 suprimiendo la exigencia de legalización de documentos públicos extranjeros.

II. El marco normativo

La atención a la cooperación judicial dentro del MERCOSUR pudo notarse con la firma de otros protocolos como el de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares y su Acuerdo Complementario, el de San Luis sobre Asistencia Jurídica y el Acuerdo sobre el Beneficio de Litigar sin Gastos y la Asistencia Jurídica Gratuita entre los Estados Partes.

Si a ello sumamos las normas derivadas del MERCOSUR podemos pensar que la cooperación judicial debería ser sumamente eficiente. Y sin embargo, emitimos desde ya nuestra reserva vinculada al tiempo de trámite de las solicitudes de los países que ronda, en muchos casos, el año entre el envío del pedido y la recepción de la respuesta. Son pocos los casos en los que la respuesta es rápida y ello, para los litigantes, genera costos e incertidumbres sin mencionar la posibilidad de modificar la situación mediante el traslado u ocultamiento de personas, pruebas, bienes mientras se realizan las notificaciones.

No obstante, estamos convencidos de que mas allá de las críticas que puedan surgir, el proceso de cooperación internacional judicial en materia civil y comercial solo puede avanzar. Prueba de ello es que con la enmienda de 2002 se hizo posible que las diligencias de mero trámite y las probatorias como el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales, además de poder tramitarse por vía de exhorto a través de la Autoridad Central o por conducto diplomático o consular, puedan ser gestionados directamente por la parte interesada, presumiblemente abreviando así el tiempo del trámite. No obstante, la ausencia de capacitación a magistrados, abogados litigantes y público en general

genera situaciones que deberían ser debidamente atendidas para mejorar los plazos y contribuir a la creación de un proceso de integración que sitúe debidamente a la cooperación en el ámbito judicial entre sus prioridades.

Notemos que en el ámbito de la cooperación internacional para la comunicación de decisiones judiciales, sean estas providencias, autos interlocutorios o sentencias definitivas, los países recurren frecuentemente a los exhortos que son remitidos por vía diplomática. Vale decir el juez remite por lo general el expediente a la Corte Suprema de Justicia, que lo envía al Ministerio de Relaciones Exteriores, que lo consigna a la Embajada del país acreditada ante el gobierno al que se requiere la asistencia judicial, que luego lo dirige al Ministerio de Relaciones Exteriores para que este, según el ordenamiento interno lo despache al Ministerio Público, al Ministerio de Justicia o al Poder Judicial.

Si a ello sumamos que se utiliza el sistema escrito y la correspondencia epistolar por valija diplomática, podemos comprender que los exhortos duran meses y años hasta tener efectivamente una respuesta.

III. Los hechos del caso: Conflicto transnacional de empresas y la notificación

El caso en estudio se refiere a un litigio entre empresas paraguayas y brasileñas vinculadas a supuestos incumplimientos en el ámbito contractual por violación de un contrato de exclusividad que generó un reclamo por daños y perjuicios.

La Ley N° 194/1993 “Que aprueba con modificaciones el Decreto-ley N° 7 del 27 de marzo de 1991, por el que se establece el régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay” establece en el artículo 3° que los representantes, agentes o distribuidores podrán ser exclusivos o de cualquier otra forma contractual, en los términos que acuerden las partes y establece una serie de indemnizaciones en casos de incumplimientos. En este caso, se pactó la exclusividad y la empresa paraguaya pudo comprobar el incumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual se inició la demanda ante los tribunales de la capital paraguaya.

Según los antecedentes que figuran en la página web de la empresa, la actora Compañía de Petróleo y Asfalto S.A. (COMPASA) fue fundada en Asunción en 1989 con el objetivo de desarrollar procesos de tratamiento de asfalto sólido o líquido y derivados para cualquier uso industrial o de la construcción y su posterior comercialización.

El 21 de agosto de 1997 COMPASA firmó un contrato de distribución y representación exclusiva de asfalto y derivados con la empresa Petrobras Distribuidora S.A. para todo el Paraguay que le había otorgado “la concesión de exclusividad” de los productos ahí indicados, y definidos en el inc. d) de la cláusula primera del Contrato: “todos los productos asfálticos y sus derivados disponibles: Cemento Asfáltico de Petróleo (CAPs), Asfaltos Diluidos (ADs), Emulsiones Asfálticas (EMAs), y otros productos asfálticos especiales listados en la Lista de Precios”.

Los reclamos vinculados a ventas efectuadas por otra empresa que COMPASA calificó como empresa vinculada a su contratista dieron origen a la demanda ante el Juzgado Civil y Comercial de Asunción que se presentó el 3 de diciembre de 2002.

En cuanto a la relación entre las demandadas PETROBRAS Distribuidora S.A. (en adelante PETROBRAS Distribuidora) y Petróleos Brasileiros S.A. (en adelante PETROBRAS), ambas sociedades anónimas constituidas en la República Federativa del Brasil se sostuvo en la demanda que la primera era una distribuidora de la segunda y que siendo una subsidiaria, se generó entre las mismas a los efectos del Contrato un grupo de sociedades destacando que el Consejo de Administración de PETROBRAS Distribuidora era el mismo de PETROBRAS.

Al hacerse lugar a la demanda se sostuvo que PETROBRAS había incumplido el Contrato de Distribución exclusiva que celebró con la firma COMPASA para la distribución de productos asfálticos en el territorio de la República del Paraguay, pues el mismo había asumido técnicamente una “obligación de no hacer” (no importar al Paraguay productos comprendidos en el Contrato), conforme el Parágrafo IV, Sección I. Capítulo II, del Libro sobre las Obligaciones del Código Civil (art. 476 y siguientes) y que al haber realizado dichas importaciones por esos canales se produjo un quiebre del contrato no pudiendo aducir la personalidad jurídica para justificar su elusión de las obligaciones que asumió - máxime, cuando el mismo Consejo administrativo y Presidente ocupa a las mismas personas, como ya se vio. Sin perjuicio de analizar este

aspecto en otro momento, se considera importante destacar la aplicación del Protocolo de Las Leñas y las notificaciones efectuadas por las partes pues ello se relaciona con el proceso de integración.

IV. Las decisiones judiciales (primera instancia, segunda instancia, Corte Suprema de Justicia)

Sendas notificaciones enviadas en 2004 por el juez paraguayo encargado del caso fueron devueltas por las autoridades brasileñas invocando la falta de traducción. Si bien se dio cumplimiento a las normas que protegen el derecho a la defensa y se envió un nuevo exhorto en 2006 con los documentos y la traducción de los antecedentes en lengua portuguesa – nótese el tiempo transcurrido - el representante legal de la parte actora solicitó la aplicación de normas procesales internas paraguayas y sostuvo que el plazo de 40 días (fijado para contestar la demanda) había vencido al momento en que una de las empresas fue notificada ya que existía identidad entre organismos y personas vinculadas a ambas empresas y por ende, el plazo para contestar la acción corría desde la primera notificación.¹

Es importante destacar que ambas demandadas presentaron sus escritos en primera instancia y contestaron la demanda pero que por AI N° 1488 del 18 de julio de 2007 que fue confirmado por el Tribunal de Apelación - Cuarta Sala por AI N° 745 del 24 de diciembre de 2007, fue declarada la rebeldía de la firma demandada PETROBRAS Distribuidora S.A., y por AI N° 1489 del 18 de julio de 2007 a su vez confirmada por el Tribunal de Apelación - Cuarta Sala por AI N° 744 del 24 de diciembre de 2007, fue declarada la rebeldía de la demandada Petróleo Brasileiro S.A. llegando incluso ambas empresas a presentar sendas acciones de inconstitucionalidad contra las citadas resoluciones confirmatorias, las que fueron rechazadas por la Excma. Corte Suprema de Justicia, quedando en consecuencia firmes las resoluciones que declararon la rebeldía de ambas.

Es importante destacar que en los tribunales superiores, no existió unanimidad y creemos importante destacar el voto disidente de segunda instancia.

¹ Tribunal de apelación en lo civil y comercial de Asunción, Sala 4, Juicio: Compañía de Petróleo y Asfalto SA (COMPASA) c. Petrobras Distribuidora SA y Petróleo Brasileiro SA s. Indemnización de Daños y Perjuicios. (A.I. N° 745 del 24/12/2007)

Si no es válida la notificación para la autoridad extranjera requerida sobre la base del citado tratado tampoco puede considerarse válido dicho acto procesal notificación para la autoridad judicial nacional, so pena de no aplicarse el tratado internacional al que el mismo código procesal remite en la materia. Que, por tanto es incorrecto el argumento expuesto por la A-quo según el cual el solo hecho de haberse impugnado el exhorto implica que la notificación fue realizada efectivamente por haber tomado conocimiento el demandado de la demanda pues la misma impugnación equivale a la invalidación del exhorto. La impugnación produjo a su vez la denegación del exequátur por la autoridad judicial del país requerido. Al denegarse el exequátur y devolverse el exhorto “mal librado” es evidente que no puede considerarse notificada la demanda. La citación no fue por tanto debidamente diligenciada. Es más conforme constancias de autos, el mismo demandado subsanó el defecto y solicitó se libre el segundo exhorto y así efectivamente lo hizo el Juzgado.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en mayoría sostuvo que las fundamentaciones expuestas por los magistrados intervinientes sobre la notificación tácita de la demanda y su contenido y anexos, es por demás acertada, máxime cuando el defecto formal alegado del exhorto es la falta de traducción al idioma portugués, idioma de uso oficial dentro del MERCOSUR y que de la lectura de las constancias del expediente principal, pudo sostenerse que ambas firmas demandadas han tomado conocimiento íntegro de la demanda de indemnización de daños y perjuicios que les hiciera COMPASA y que motivó el otorgamiento del poder a los abogados, con clara y precisa indicación de la causa en la cual los representarían los profesionales. Para la Corte Suprema, esta situación tomada en conjunto acreditaba que la notificación realizada con el supuesto defecto formal había logrado su objetivo, el cual era poner en conocimiento de la demandada la demanda iniciada. A este respecto se consideró el art. 144 del Código Procesal Civil que dispone que “aún cuando la notificación de la demanda, resulte nula por defectos de forma, si del expediente resultare que la parte ha tenido conocimiento de la resolución que motivo la notificación, la misma, es decir la notificación, surtirá efecto desde entonces”.

Sin embargo, el Ministro Fretes en minoría y en coincidencia con la opinión del Ministerio Público, consideró que si bien las demandadas

tomaron conocimiento de la existencia de la demanda en oportunidad de la tramitación del primer exhorto, devuelto por las autoridades judiciales del Brasil, en razón de que no se agregó la traducción de todas las piezas y documentos que lo componen, de ello no se puede presumirse que las mismas hayan tenido conocimiento de los hechos y de las pretensiones deducidas por la accionante con el fin de permitirles preparar correctamente su defensa o contestación de la acción instaurada. Con dicha presunción –sostuvo– no se puede cercenar un derecho tan preciado como el de contestar una demanda.²

V. Análisis del caso

1. Los derechos lingüísticos

No cabe duda de que en cada Estado del MERCOSUR los procesos se deben realizar en el idioma oficial de cada país. Y cada Estado se encuentra facultado a exigir, conforme a sus normas procesales, que las comunicaciones de actos procesales sean traducidos a su idioma oficial. No obstante, en este caso, el proceso no se realizará en el Estado que rechazó la comunicación por la falta de traducción sino en el país que los envió y son las normas del Estado paraguayo las que rigen el juicio.

No puede dejar de resaltarse que el art. 10 del Protocolo de Las Leñas dispone que los exhortos y los documentos que los acompañen deberán redactarse en el idioma de la autoridad requirente y ser acompañados de una traducción al idioma de la autoridad requerida. Las normas internacionales tienen sin duda preeminencia sobre las normas nacionales del país donde se tramitó el exhorto.

También el art. 23 del Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares establece que las cartas rogatorias y los documentos que las acompañan deberán redactarse en el idioma del Estado requirente y serán acompañados de una traducción en el idioma del Estado requerido.

Podríamos mencionar igualmente las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas que establecen la necesidad de un

² Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Acuerdo y Sentencia 710 y 711 del 1° de setiembre de 2009.

traductor sobre todo en el ámbito penal. Podría interpretarse que en el ámbito civil la privación del patrimonio podría encuadrarse dentro de una sanción y por ende, resulta importante el traductor a los efectos de preservar el derecho a la defensa.

No obstante, veremos que no existe uniformidad en el derecho internacional sobre este punto y que los países establecen las consecuencias del (in)cumplimiento de esta regla.

2. Posibilidad de denegar el *exequatur*

La situación vinculada a la falta de reconocimiento de un acto procesal emanada de un país por otro podría en este caso generar una situación en la que, llegado el caso, se dificulte la ejecución de la sentencia y el otorgamiento del *exequatur* por parte del Estado que no consideró válida la notificación al no estar acompañada de la traducción o en cualquier forma, se dificulte la producción de pruebas o la presentación de alegatos. En otras palabras, se podría considerar una situación vulneratoria del derecho a la defensa, la igualdad de las partes, el derecho a contar con plazos para contestar las acciones, ofrecer pruebas y realizar cualquier diligencia que permita sostener sus derechos en los tribunales.

Pero adentrándonos al aspecto vinculado a la cooperación judicial, situaciones como estas nos llevan a pensar que lo resuelto en un país podría no tener vigencia en otro y limitar la creación de una zona de libre circulación de sentencias judiciales. En un proceso de integración que supone la coexistencia de pluralidad de ordenamientos jurídicos, la solidaridad y la cooperación internacional son presupuestos esenciales para la construcción de dicho espacio con miras a brindar seguridad jurídica a las partes independientemente de la vigencia de uno u otro ordenamiento. Didier Operti Badán destaca que “un sentimiento elemental de justicia, señala que las decisiones dictadas por los jueces de un Estado no deben quedar reducidas a su ámbito territorial cuando en él no obtienen el acatamiento voluntario de la partes involucradas y requieren de alguna forma de reconocimiento en los demás Estados”.³

Debemos notar las exigencias para el reconocimiento de sentencias / *exequatur* son similares en Paraguay y en Brasil. Pero que el

3 OPERTI BADÁN, Didier. “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales Extranjeras”, OEA - CIDIP II/3, 1976, p. 2.

Supremo Tribunal Federal que consideró inválida la notificación sin la traducción tendrá que juzgar en Brasil de nuevo el caso si es que la parte paraguaya llegare a solicitar la asistencia para la ejecución de la sentencia.

Art. 532 del Cód. Proc. Civil de Paraguay	Artigo 15 da LINDB de Brasil
<p>Procedencia. Las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan.</p>	<p>Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:</p>
<p>Cuando no hubiere tratados, serán ejecutables si concurren los siguientes requisitos:</p>	<p>a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia;</p>
<p>a) que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que fue pronunciada, emane de tribunal competente en el orden internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal, o de una acción real sobre un bien muebles, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero;</p>	<p>c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;</p>
<p>b) que no se halle pendiente ante un tribunal paraguayo una litis por el mismo objeto y entre las mismas partes;</p>	<p>d) estar traduzida por intérprete autorizado; e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal</p>
<p>c) que la parte condenada, domiciliada en la República, hubiere sido legalmente citada y representada en el juicio, o declarada rebelde conforme a la ley del país donde se sustanció el proceso;</p>	
<p>d) que la obligación que hubiere constituido el objeto del juicio sea válida según nuestras leyes;</p>	
<p>e) que la sentencia no contenga disposiciones contrarias al orden público interno;</p>	
<p>f) que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada, y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional; y</p>	
<p>g) que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal paraguayo.</p>	

3. Las normas del MERCOSUR

Debemos notar que en el ámbito del MERCOSUR se han efectuado avances para disminuir paulatinamente algunos requisitos de traducciones en los idiomas oficiales castellano y portugués. El guaraní, idioma oficial del Paraguay, no fue aun objeto de acuerdos dentro del proceso de integración.

El Acuerdo sobre Exención de Traducción de Documentos Administrativos para efectos de inmigración entre los Estados Partes del MERCOSUR firmado en la ciudad de Florianópolis, República Federativa del Brasil, el 15 de diciembre de 2000 dispone en su art. 2° que los nacionales de cualquiera de los Estados Partes quedan dispensados, en los trámites administrativos migratorios señalados en el Artículo 1, de la exigencia de traducción de los siguientes documentos: 1) Pasaporte 2) Cédula de Identidad 3) Testimonios de Partidas o Certificados de Nacimiento y de Matrimonio 4) Certificado de Ausencia de Antecedentes Penales.

Igualmente el Acuerdo sobre Localidades Fronterizas Vinculadas (Decisión CMC 13/2019) establece que los Estados Partes no exigirán legalización o intervención consular, ni traducción de los documentos necesarios para la obtención del Documento de Tránsito Vecinal Fronterizo (DTVF) ni para la identificación de los vehículos prevista en la circulación de vehículos automotores de uso particular (artículo V).

VI. Conclusiones: las exigencias de traducción frente a los trámites y plazos: las tareas pendientes de la cooperación internacional

La intervención de representantes diplomáticos y consulares en el diligenciamiento de exhortos tuvo su justificación en el pasado considerando tal vez la necesidad de otorgar validez y autenticidad a los actos procesales provenientes de otros Estados. Pero en la actualidad, cuando los intercambios son más frecuentes, debería pensarse en sustituir dicho trámite o al menos dejarlo vigente solo para casos realmente relevantes, permitiendo que dichos agentes puedan concentrar sus recursos y energías en otras tareas y que los actos de los órganos judiciales puedan ser transmitidos directamente. Algo similar ocurrió con el mandato de detención europea y su homólogo del MERCOSUR.

Sin duda alguna la traducción de documentos es sumamente importante en casos judiciales y los Estados se encuentran facultados a exigirlos para los trámites internos. Mas allá de lo dispuesto en el artículo 10 del Protocolo de Las Leñas podría discutirse que si se plantea un caso transnacional y la empresa ha suscrito un contrato en otro país y establecido allí cualquier tipo de oficina, sería lícito discutir si existe la necesidad de contar con la traducción de la demanda y la totalidad de los documentos. Creemos que en el caso de la demanda a cualquier persona fuera del caso mencionado la necesidad de la traducción es imperativa. En relación a ciertos documentos como el Estatuto (cuya falta de traducción fue cuestionada) debería analizarse si se da o no el supuesto anterior y vemos que en los países de la región la traducción de ciertos documentos ya no es exigida en determinados ámbitos como en procesos migratorios, pero no se menciona nada con relación a trámites judiciales.

Creemos que deben preverse importantes cambios en el rol de las autoridades centrales y en particular, utilizar los mecanismos telemáticos para la trasmisión de las solicitudes. Así, el escaneado y el envío de las solicitudes de una autoridad a otra podrán reducir costos y tiempos derivados de la utilización del correo tradicional y mejorar los tiempos de comunicaciones. Si fuere necesario el uso del papel, creemos que debería poder certificarse la comunicación por una autoridad local y en su caso, intensificar las comunicaciones con las partes. Hoy en día, resulta sumamente complicado para un particular conocer el estado de su solicitud y se requiere en muchos casos la cooperación de las autoridades diplomáticas y consulares acreditadas ante el otro país.

Sería sumamente importante prever que las partes en un proceso puedan comunicarse directamente con las autoridades centrales de los países a los que se solicita la cooperación en el ámbito previsto por el Protocolo de Las Leñas y estas puedan informarles el lugar donde se encuentra su solicitud, facilitándole los datos de la autoridad encargada del diligenciamiento.

Así, de faltar algún documento o traducción de un acto procesal, no se deberá esperar que el informe vuelva al Juzgado de origen luego de un año sino que podrá lograrse con una adecuada comunicación que las partes subsanen rápidamente cualquier inconveniente derivado de la falta de legalización o traducción de actos procesales.

Creemos que el reconocimiento de la eficacia jurídica del

documento electrónico, la firma electrónica (Resol. GMC 37/06)⁴ y de la firma digital (Decisión CMC 11/2019) constituyen los pasos a seguir para el mejoramiento del sistema. Si inicialmente se previó el uso con documentos oficiales de las instituciones y luego se extendió al ámbito comercial, nada impide que pueda utilizarse en el ámbito judicial. Esperemos pronto su implementación para mejorar las quejas vinculadas al retraso en los pedidos y construir verdaderamente una justicia que trascienda las fronteras con la misma velocidad que una persona se traslada de un país a otro.

Sin duda alguna se facilitaría la tramitación de notificaciones y la circulación de actos judiciales en el MERCOSUR si los países suscribieran el Convenio de La Haya del 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial. Solo Argentina y Brasil lo ratificaron hasta el momento.⁵

4 Disponible en: <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/resolutions/Res3706.pdf>.

5 Estados Partes, disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=17>. Consultado en: 4 dic. 2020.

PARTE II

CONTRATOS INTERNACIONALES Y ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

EL ACUERDO DE ELECCIÓN DE FORO EN EL PROTOCOLO DE BUENOS AIRES

Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial - Segunda Sala A.I. 698 - “Chemicorp S.A. c/ Solvay Química S.A. s/ indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual”, 27/08/12

*María Echaide**

Sumario: I. Breve aproximación al tema; II. Marco normativo; III. Los hechos del caso; IV. La decisión judicial; V. Análisis del caso: 1. Jerarquía de las fuentes, 2. Jurisdicción internacional; VI. Consideraciones finales.

I. Breve aproximación al tema

La elección de jurisdicción es una de las formas en las cuales se ve plasmada la autonomía de la voluntad de las partes en materia patrimonial, quienes por medio de un acuerdo tienen la posibilidad de elegir el foro que, en caso de altercado en la relación contractual, resolverá el hecho litigioso. Tomando las palabras de la Dra. Scotti, la “(...) prórroga de jurisdicción permite, bajo ciertas circunstancias, elegir el foro judicial o arbitral que las partes deseen”.¹

Es así que el acuerdo de elección de foro en casos patrimoniales ha sido receptado en numerosas normativas, tanto a nivel local² como

* Abogada, Maestranda en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles (UBA). Auxiliar docente de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Comisión de Redacción de la Rev. Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración.

1 SCOTTI, Luciana B. *Manual de Derecho Internacional Privado*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 198.

2 Art. 2605 - Código Civil y Comercial de la Nación “En materia patrimonial e internacional, las partes

a nivel internacional. Cabe señalar que la fuente convencional resulta crítica para los casos iusprivatistas internacionales, máxime teniendo en consideración que como consecuencia de la globalización abundan los casos multinacionales en materia contractual.

En este trabajo a partir del análisis de un fallo del Tribunal de Apelaciones de Paraguay se analizarán diversas problemáticas que atañen al derecho internacional privado en la actualidad, como lo son la jerarquía de normas, la jurisdicción internacional y el acuerdo de elección de foro.

II. Marco normativo

A continuación se delimitará el marco normativo sobre el cual se trabajará y que será aplicable al caso en análisis. Ciertamente en lo que refiere a tratados celebrados dentro del marco del MERCOSUR que receptan la elección de jurisdicción en materia contractual se cuenta con el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual.³

En su cuarto artículo, la referida normativa estipula que en los conflictos que surgieren en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte el cual los contratantes hubieren acordado por escrito, siempre que el mismo no hubiere sido obtenido de forma abusiva.

Lo primero que surge de dicho artículo tiene que ver con la formalidad, dado que si bien permite que las partes contratantes pacten el tribunal que resolverá el conflicto, indica que esto deberá estar plasmado de manera escrita.

están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley". Art. 1 - Código Procesal Civil y Comercial de la Nación "(...) exceptuase la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aún a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por ley".

3 El Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual fue suscripto por la República Argentina con las Repúblicas Federativa del Brasil, del Paraguay y Oriental del Uruguay. En Argentina se aprobó mediante la Ley N° 24.669, promulgada el 29 de julio de 1996. En concordancia, fue aprobado en la República del Paraguay por medio de la Ley N° 597/95.

Por otro lado, otra de las cuestiones que establece el artículo en referencia es que no haya sido obtenido el acuerdo de prórroga de elección de foro de manera abusiva. La finalidad de la norma es, en definitiva, proteger a la parte más débil del acuerdo.

III. Los hechos del caso

El fallo en análisis fue resuelto en agosto de 2012 por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial – Segunda Sala, de Asunción, Paraguay. Se presenta la compañía Chemicorp, empresa que se dedica a las representaciones de proveedores de materias primas, la cual opera y tiene domicilio en Paraguay, ante el tribunal paraguayo y opone demanda contra la empresa Solvay Química S.A., la cual tiene sede en la República Argentina.

En cuanto a su solicitud, plantea acción de nulidad contra dos cláusulas de un contrato suscripto entre ambas empresas. La primera de las cláusulas se vinculaba con la renuncia a la indemnización, mientras que la segunda indicaba la prórroga de jurisdicción otorgando competencia a los tribunales argentinos. Al respecto, indica que las cláusulas eran contrarias a la Ley N° 194/93,⁴ la cual es de orden público.

Por el contrario, la empresa demandada opone excepción de incompetencia de los tribunales paraguayos. Enfatiza que el acuerdo firmado es válido de acuerdo a lo estipulado por el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual,⁵ del cual son parte tanto la República Argentina como la República de Paraguay, y que, por lo tanto, no podía la normativa local de Paraguay, Ley N° 194/93, desplazar las normas del Protocolo mencionado, conforme el artículo 137⁶ de la Constitución Nacional

4 Dicha ley fue promulgada en la República del Paraguay el 6 de abril de 1993, la misma establece el régimen legal por el cual se definen las relaciones contractuales entre compañías locales de dicho Estado y firmas extranjeras. En otras palabras, el elemento distinto que hace que pueda ser aplicable esta ley para la relación contractual es la existencia de una empresa extranjera dentro de la misma. En particular respecto al tema motivo de análisis, en el artículo décimo de la ley establece que ante alguna controversia las partes se someterán a la competencia territorial de los Tribunales de Paraguay.

5 Aprobado en Paraguay por medio de la Ley N° 597/95.

6 Art. 137 - “La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley. Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone. Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”.

paraguaya se indica que la primera tiene jerarquía inferior.

Agrega la demandada que en el escrito inicial la empresa Chemicorp S.A. no había alegado que hubiere mediado abuso para la obtención de la cláusula, por lo cual, conforme indica el cuarto artículo del Protocolo de Buenos Aires, correspondía la competencia a los tribunales argentinos, dado que era el órgano jurisdiccional que las partes habían pactado de manera escrita. Por consiguiente, esgrime que resultaba incompetente el tribunal paraguayo para entender en la controversia. Por último, indica que el planteo había sido de manera extemporánea por no haberse planteado en el inicio de la demanda.

Al correrse traslado, la actora sostiene que las cláusulas cuya nulidad solicitaba habían sido obtenidas de manera abusiva puesto que la compañía Solvay Química S.A. había retenido los pagos a favor de ella dos meses antes a la firma del contrato. Consecuentemente, asegura que no era de aplicación el Protocolo de Buenos Aires por violar el orden público internacional.

IV. La decisión judicial

Al momento de resolver la apelación, se analizan las diversas cuestiones planteadas en el caso. Llegado a este punto, respecto a la excepción de falta de competencia del tribunal se toma en consideración la normativa de la cual las partes se habían servido.

Por un lado, el Protocolo de Buenos Aires, el cual regula la competencia de los tribunales de los Estados Partes del MERCOSUR en materia de contratos internacionales celebrados entre países que conformen el bloque. Pone el foco en el cuarto artículo de dicha normativa internacional el cual consagra la autonomía de la voluntad en cuanto a la elección de foro, pudiendo las partes de manera escrita pactar y elegir el juez competente para resolver en caso de que existiere una controversia.

Por otro lado, la Ley N° 194/93, normativa que la actora trae a colación para alegar la competencia de los tribunales paraguayos, la cual refiere en su décimo artículo al hecho de que los tribunales paraguayos tienen competencia para entender en los litigios que surgieren en relación a los contratos celebrados entre distribuidores domiciliados en el país y fabricantes extranjeros, siendo este un derecho irrenunciable.⁷

⁷ Artículo 9 - Ley N° 194/93 "Las partes pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, sujetos a las disposiciones del Código Civil, pero sin que en forma alguna puedan renunciar a derechos reconocidos

Es justo decir que existe una oposición entre lo planteado por ambas normas, ya que en la medida que la fuente convencional proporciona libertad de elección de foro, la fuente local paraguaya acota la competencia a los tribunales nacionales de ese Estado.

Lo cierto es que esta disyuntiva se resuelve con lo estipulado en el artículo 137 de la Constitución Nacional paraguaya, debido a que esta da prelación a los tratados internacionales sobre las leyes nacionales. Por lo cual, al ser parte del Protocolo de Buenos Aires, prevalece lo establecido por esta norma por sobre la disposición de la Ley N° 194/93.

En segundo lugar, es menester para el Tribunal de Apelación resolver en cuanto a la existencia o no de abuso al momento de obtener la cláusula jurisdiccional.

Para esto, toma en consideración la primera presentación al momento de presentar la acción de nulidad de las cláusulas ya mencionadas. Surge entonces que en el fundamento planteado por la actora se hace referencia a que dichas cláusulas eran violatorias de los artículos 9 y 10 de la Ley N° 194/93, mas no se había hecho referencia a que estas hubieren sido obtenidas de manera abusiva.

Más aun, la actora en el escrito de inicio había descartado que las cláusulas se hubieren obtenido de manera abusiva, no haciendo referencia a presiones a la hora de obtener las cláusulas por parte de la compañía Solvay Química S.A. Toma para esto una cita en la cual la actora había indicado que era innecesario estudiar si había existido o no preeminencia de la parte contractualmente más fuerte, algún vicio del consentimiento u otro motivo por el cual la actora hubiere asentido la inclusión de las cláusulas.

Esto último, da cuenta de que inicialmente no se había alegado el abuso en la obtención de las cláusulas, sino por el contrario, se había descartado la necesidad de su estudio. He ahí que, ciertamente, hubo una morigeración en la postura de la parte actora luego de oponer la demandada la excepción de competencia.

De ahí que, considera el Tribunal que no existe excepción a lo establecido por el cuarto artículo del Protocolo de Buenos Aires, por lo

por la presente Ley”.

que ambas cláusulas se encontraban dentro de lo previsto por la norma. En consecuencia, hace lugar a la excepción de incompetencia planteada por la compañía Solvay Química S.A., siendo competentes los tribunales argentinos.

V. Análisis del caso

1. Jerarquía de fuentes

En el fallo estudiado se advierte que la jerarquía normativa ha sido fundamental al momento de resolver. Como ya se desarrolló anteriormente, la parte actora alegaba la prelación de una norma local por sobre la normativa internacional indicando que la primera era de orden público internacional. Por consiguiente la jerarquía normativa fue bisagra para que se concediera la excepción de competencia.

Conforme lo estableció el Tribunal de Apelaciones paraguayo, la Constitución Nacional prevé que los tratados internacionales ratificados por la República del Paraguay tienen prelación por sobre la normativa de fuente interna. Entiéndase bien que, en consecuencia, en un caso iusprivatista internacional primeramente se aplicarán las normas internacionales, en caso de que existieren convenciones que vincularan a Paraguay con el otro Estado Parte, y, de manera subsidiaria, la normativa local paraguaya en caso de que no contaran con tratados vinculantes.

Es necesario recalcar que es posible encontrar normas análogas en cuanto a la jerarquía de fuentes en el derecho argentino. Conforme lo estableció Marzorati, “los problemas de jurisdicción se resuelven en nuestro país (...) en función de principios constitucionales y de normas legales dictadas en su consecuencia o por tratados con países extranjeros”.⁸

Tal es así que el artículo 2594 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que las normas jurídicas aplicables a situaciones que vinculen varios ordenamientos jurídicos se determinarán en primer lugar por los tratados y convenciones internacionales de aplicación en el caso y, en caso de no contar con normas de fuente internacional, se aplicarán las disposiciones internas de derecho internacional privado. El mismo

8 MARZORATI, Osvaldo J. *Derechos de los negocios internacionales* 1, 3ª ed., Buenos Aires, Ed. Astrea, 2007, p. 49.

código cuenta con una norma análoga en materia jurisdiccional en el artículo 2.601.⁹

Este artículo replica lo ya establecido por el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional,¹⁰ el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹¹ y el artículo primero de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.¹²

Partiendo de esta base, queda establecido que en aquellas situaciones que vinculen varios ordenamientos jurídicos será entonces de aplicación lo establecido por los tratados internacionales. Es de esta forma por lo tanto que opta resolver el Tribunal paraguayo, ya que entiende que de aplicar la normativa local que la parte actora alegaba, la Ley N° 194/93, por sobre la normativa convencional estaría entonces violando lo establecido en su Carta Magna, puesto que, como ya se estableció, el derecho contenido en la normativa local es de aplicación solo cuando no hubiese fuente internacional vinculante.

En ese sentido, es importante destacar lo establecido por el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, ya que especificó que las normas del Protocolo de Buenos Aires “(...) establecen claramente que, dentro de su ámbito de aplicación es competente en primer lugar el Juez que las partes ha elegido, libre y voluntariamente, pues no es otro el alcance del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el PBA”.¹³

9 “La jurisdicción internacional de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme a las reglas del presente Código y a las leyes especiales que sean de aplicación”.

10 “(...) Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

11 Aprobado por Ley N° 19.865 el 3 oct. 1972 - Art. 27 “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

12 Esta convención se adoptó en Montevideo de 1979 y fue aprobada en la República Argentina por Ley N° 22.921 el 21/09/1983 - Art. 1 “La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno”.

13 Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, Voto del Dr. Antonio Moreno Rufinelli acompañado por el Dr. João Grandino Rodas, en Opinión Consultiva N° 1/2007, planteada por la Sra. Juez de 1ª. Inst. Civil y Comercial 1º Turno de Asunción de Paraguay en autos “Norte S.A. Imp.Exp. c/Laboratorios Northia S.A.C.I.F.J.Ya. S/indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”.

2. Jurisdicción internacional

La jurisdicción internacional es uno de los objetos modernos del derecho internacional privado. Al hablar de facultad jurisdiccional se hace referencia al juez que tendrá la competencia para resolver en el litigio.

Como lo estableció Weinberg, el conflicto jurisdiccional surge en los “casos con elementos extranjeros que puedan justificar la intervención de los tribunales de distintos países”.¹⁴ En consonancia, serán entonces las distintas normativas sobre jurisdicción internacional las que permitirán resolver quién será el juez competente para fallar en cada caso en particular.

Por otro lado, es pertinente establecer qué se entiende por “competencia”. Al hablar de ella, Alvarado Velloso indica que la competencia se puede definir como “la atribución de funciones excluyentes o concurrentes que otorga la ley o convención a ciertas personas determinadas que actúan en carácter de autoridad respecto de otras (...) que actúan como particulares”.¹⁵

Todas estas definiciones permiten poder encuadrar la competencia jurisdiccional para así, posteriormente, poder delimitar quiénes van a ser competentes en concreto en un caso iusprivatista internacional.

Para el fallo en análisis, tal como se estableció en el segundo acápite, el marco normativo que permite poder estudiar quién tendrá competencia para resolver está dado por el Protocolo de Buenos Aires, el cual establece quién será la autoridad para conocer en los litigios que surgieren como consecuencia de conflictos dentro de contratos internacionales.

A) Acuerdo de elección de foro

En el caso en referencia, las partes habían hecho uso de su facultad de acordar la elección de foro dando competencia a los tribunales argentinos conforme lo establecido por el artículo 4 y 5¹⁶ del Protocolo de

14 WEINBERG, Ma. Inés. *Competencia internacional y ejecución de sentencias extranjeras*, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. Astrea, 1994, p. 2.

15 ALVARADO VELLOSO, Alfredo. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, 1ª ed., Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 1989, p. 129.

16 Art. 5 – “El acuerdo de elección de jurisdicción puede realizarse en el momento de la celebración del contrato, durante su vigencia o una vez surgido el litigio. La validez y los efectos del acuerdo de elección de foro se regirán por el derecho de los Estados Partes que tendrían jurisdicción de conformidad a las disposiciones del presente Protocolo. En todo caso se aplicará el derecho más favorable a la validez del acuerdo”.

Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual.¹⁷

De acuerdo con el artículo 4, específicamente, se recepta la autonomía de la voluntad en el ámbito jurisdiccional. Giménez Corte define la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado como “(...) la facultad (...) que las personas tienen para, en primer lugar regular sus propias conductas a través de contratos, esto es para celebrar contratos; y en segundo lugar, para darle a ese contrato por ellas formado, el contenido que deseen”.¹⁸

Lo estipulado por el Protocolo de Buenos Aires implica que, las partes, acuerdan entre sí quién será el juez competente en caso de suscitarse una controversia que requiriere ser resuelta de manera judicial. Del mismo modo, agrega la norma que deberá garantizarse que el acuerdo no haya sido obtenido de manera abusiva.

Al respecto, el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR en la Opinión Consultiva N° 1/2007 expuso que:

5. Art. 4 PBA: Esta norma consagra así la facultad de las partes intervinientes a elegir foro aplicable para cualquier cuestión emergente del contrato en cuestión con una sola condición (...): que el acuerdo en cuestión no pudiese ser tipificado como obtenido en forma abusiva. El magistrado nacional al considerar la aplicación o no de esta excepción deberá cerciorarse de si ha existido o no en autos el acto abusivo.¹⁹

Por esta razón, el hecho de haber acordado de manera contractual, tal como se plantea en el fallo analizado, el foro que resolvería la cuestión litigiosa, se traduce en la máxima expresión de libertad de las partes. Habiendo el tribunal paraguayo resuelto que la cláusula de acuerdo de elección de foro no se había obtenido de manera abusiva, resta entonces, como hace, declararse incompetente, puesto que al momento de firmar el contrato las partes habían pactado que fueran competentes los tribunales argentinos.

17 GIMÉNEZ CORTE, Cristian. “Autonomía de la voluntad, prácticas, usos y costumbres, y el régimen de los contratos internacionales. De los antiguos código de comercio y código civil al nuevo código civil y comercial argentino”, en SJA 18 may. 2016, 78, AR/DOC/4300/2016.

18 GIMÉNEZ CORTE, Cristian. “Autonomía de la voluntad, prácticas, usos y costumbres, y el régimen de los contratos internacionales. De los antiguos código de comercio y código civil al nuevo código civil y comercial argentino”, en SJA 18 may. 2016, 78. AR/DOC/4300/2016.

19 Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, 03 abr. 2017, OC 1/2007. Disponible en: https://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon_01_2007_es.pdf. Consultado en: 4 dic. 2020.

Asimismo, jurisprudencialmente se han suscitado en numerosas ocasiones controversias respecto a la prórroga de jurisdicción. En el caso “Inta S. A. c. MCS Oficina Meccanica S. P. A.”, un fallo entre Argentina e Italia, en primera instancia se planteó que:

Los pactos de jurisdicción internacional, especialmente en materia de contratos internacionales, son aceptados en la gran mayoría de los estados. (...) Ello así, la inclusión de la prórroga de jurisdicción entre las pautas de jurisdicción indirecta, demuestra el criterio coincidente de ambos países, Argentina e Italia, respecto de la aceptación de la autonomía de la voluntad en materia de jurisdicción internacional.²⁰

VI. Consideraciones finales

A lo largo del presente trabajo se abordó uno de los tres objetos modernos del derecho internacional privado: la jurisdicción internacional. Y, en particular, dentro de esta, el acuerdo de elección de foro.

Poder definir si el juez de un Estado tiene competencia para resolver en un litigio es fundamental para el Derecho Internacional Privado, más aun teniendo en consideración que en la vida cotidiana cada día son más los litigios transnacionales. Por lo tanto, los tratados internacionales se tornan cada vez más necesarios, ya que permiten unificar y consensuar criterios que serán aplicables en los casos que se den entre Estados Partes de esos tratados.

Como breve conclusión, creo entonces que es necesario poder articular de manera armónica los diversos sistemas normativos existentes, tal como se hizo en el caso estudiado, y que estos puedan coexistir. De manera análoga, es preciso contar con profesionales del derecho que sean concedores de dichas normas, para así garantizar un sistema justo y eficaz.

20 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, “Inta S. A. c. MCS Oficina Meccanica S. P. A.”, 14 oct. 1993, AR/JUR/2468/1993.

**COMENTARIOS AL CASO “NORTE S.A. IMP.
EXP. C/ LABORATORIOS NORTHIA SOCIEDAD
ANÓNIMA, COMERCIAL, INDUSTRIAL,
FINANCIERA, INMOBILIARIA Y AGROPECUARIA S/
INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS Y LUCRO
CESANTE” Y A LA OPINIÓN CONSULTIVA N° 1/2007**

**Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial - Quinta Sala
- “Norte Sociedad Anónima Importación – Exportación
c/ Laboratorios Northia SAECFIA s/ Indemnización
de daños y perjuicios y lucro cesante”, 06/08/09**

*Roberto Ruiz Díaz Labrano**

Sumario: I. Introducción; II. El conflicto de jurisdicción; III. La opinión consultiva emitida por el Tribunal Permanente de Revisión; IV. La cuestión resuelta en Primera Instancia; V. La resolución de Segunda instancia; VI. Conclusión.

I. Introducción

El caso que nos ocupa, se suscitó entre dos empresas una Argentina y otra Paraguaya, esta última tenía una relación comercial de representación y de distribución de productos fabricados por Laboratorios Northia S.A. y ante divergencias, se produjo una controversia por divergencias de

* Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción. Ha sido Miembro y Presidente del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Es Profesor Titular de Derecho Internacional Privado y Profesor Titular de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro de la Academia Paraguaya de Derecho del Paraguay y Miembro Honorario de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

interpretación sobre los derechos reclamados que pudieran corresponder a la empresa paraguaya en base a la Ley N° 194/93 “Que establece las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay”.¹

La demanda fue instaurada por NORTE S.A. en la jurisdicción paraguaya y la parte demandada NOTHIA S.A opuso una excepción de incompetencia de jurisdicción, por haber sido suscrito un acuerdo de jurisdicción entre las partes que atribuía jurisdicción a los Tribunales de la Ciudad Autónoma, que dió lugar a un interesante debate sobre prevalencia legislativa del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción en materia contractual y disposiciones internas, consideradas de orden público en lo que guarda relación a la jurisdicción.

En este último sentido y para situar sobre el alcance del análisis, nos permitimos apuntar que en una relación los representantes y distribuidores y entre fabricante o productor² la posición de ventaja en que se sitúa normalmente este último es normalmente determinante, porque en sus manos está la provisión o autorización para la distribución de los productos.

El distribuidor en la relación contractual internacional es una persona física o jurídica que, de forma independiente, desarrolla una actividad destinada a la venta y distribución de los productos del fabricante en un mercado o territorio diferente a la de este último.³

El distribuidor despliega su actividad y su esfuerzo empresarial y económico, su infraestructura y conocimiento del mercado en el cual desarrollará su actividad para buscar insertar el producto. El fabricante

1 En opinión del Ministro de la Corte Suprema de Justicia Dr. Eugenio Jiménez respecto a esta regulación, algunos autores consideran que se trata de un contrato innominado en razón de que se regula los efectos derivados de la terminación del contrato, pero no regula íntegramente la institución. *Lecciones de Derecho Comercial, Contratos y Títulos* p. 497.

2 Con el término “productor” o “fabricante” se designa al agente económico que constituye el primer nivel del canal de distribución de un determinado producto. Dicha terminología se prefiere a los términos “proveedor”, “suministrador” o “vendedor”. Pedro-José Bueso Guillén.

3 Concepto y funciones de distribución comercial Dentro de la gestión empresarial, la distribución comercial —también, simplemente, “distribución” o “comercialización”— engloba el conjunto de actividades que son necesarias para situar los productos a disposición del destinatario en las condiciones de lugar, tiempo, forma y cantidad deseadas. Dicho de otro modo, la distribución comercial se puede definir atendiendo a sus funciones, a las funciones de distribución, de manera que, en el caso concreto, la distribución comercial (de determinado producto a determinados destinatarios) vendría constituida por la agrupación de tareas específicas necesarias para conseguir el objetivo de posibilitar el disfrute del producto distribuido. BUESO GUILLÉN, Pedro-José. *Contratos de Distribución Comercial, restricciones verticales de la competencia y regla de razón: delimitación conceptual y tratamiento en el derecho comunitario europeo tesis doctoral*, Zaragoza, Departamento de derecho de la Empresa, Universidad de Zaragoza, 1999.

desconoce el mercado o lo conoce insuficientemente y si bien está interesado en ampliar sus ventas, no desea incurrir en riesgos.

El fabricante evita incurrir en altos costos e inversiones de capital, por lo que él opta por un sistema indirecto a través de representantes, distribuidores o agentes.⁴ El despliegue del agente, representante o distribuidor redundará en el beneficio de los mismos, pero también en favor del fabricante.

Esta relación puede terminar por diversas razones, muchas veces no existe una razón atribuible al distribuidor o un incumplimiento de sus obligaciones, sólo el interés del fabricante en dar por terminada o modificar la situación, excluyendo la exclusividad o sustituyendo al distribuidor.

El cese de la actividad o la rescisión unilateral del contrato, muchas veces se presenta injusto porque ocasiona al distribuidor un perjuicio económico. Para paliar esta situación se dictan leyes especiales que buscan resarcir o compensar de algún modo al distribuidor por la inversión realizada.

Para el análisis de la cuestión suscitada, referenciamos en primer lugar las principales disposiciones internas de Paraguay y la normativa MERCOSUR que fueron consideradas en el caso.

Con relación a las disposiciones de orden interno la Ley N° 194/93 establece las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay, se ocupa de reglar esta situación y establecer una jurisdicción excluyente de lo que las partes pudieran pactar en el Art. 10 “Las partes se someterán a la competencia territorial de los tribunales del Paraguay”.

⁴ “Los productores suelen optar por el sistema de distribución indirecto, por una parte, para evitar los altos costes fijos y las elevadas inversiones de capital que el sistema de distribución directo lleva aparejados y, por otra parte, por razones de eficacia, esto es, por la especialización que caracteriza a los intermediarios independientes, los cuales conocen el mercado en el cual el fabricante o exportador desea introducir un concreto producto o servicio. El sistema de distribución indirecto se materializa por medio de los denominados contratos de distribución, los cuales constituyen un subgrupo de los contratos de colaboración. En el ámbito internacional, por medio de los contratos de distribución comercial se consigue que los productos o servicios se vendan en mercados ajenos a aquel en el cual la empresa que los fabrica tiene su establecimiento profesional. Tienen la consideración de contratos de distribución comercial la agencia, la concesión y la franquicia. Dichas técnicas de distribución indirectas de bienes y servicios se caracterizan por su elevada eficacia desde el punto de vista coste-beneficio, lo cual justifica su amplia utilización en el ámbito del comercio internacional.” Los contratos internacionales de distribución comercial en el reglamento Roma I. AGUILAR GRIEDER, Hilda, Profesora titular de Derecho Internacional Privado Universidad de Huelva.

También en el orden interno, el Código Procesal Civil Paraguayo en su Art 3° dispone “Carácter de la competencia. La competencia atribuida a los jueces y tribunales es improrrogable. Exceptúase la competencia territorial, que podrá ser prorrogada por conformidad de partes, pero no a favor de jueces extranjeros, salvo lo establecido en leyes especiales”.

En lo que se refiere a las disposiciones convencionales. la normativa regional, *Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual*,⁵ que fue internalizado por los Estados Parte del MERCOSUR, el cual en su Capítulo I “Elección de Jurisdicción” y en su Art. 4° dispone “En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. Asimismo puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales”.

II. El conflicto de jurisdicción

En el caso comentado, la empresa Argentina planteó una excepción de incompetencia, atendiendo a que se había pactado entre las partes de forma expresa que determinaban como jurisdicción competente los Tribunales Ordinarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por lo que sería la jurisdicción Argentina la que debía entender en toda controversia.⁶

Sostuvo que dicho acuerdo está respaldado por el Protocolo de Buenos Aires⁷ y que por ende no puede ser afectado por leyes locales que dispongan lo contrario. Accesoriamente en los autos se solicitó que

5 Decisión MERCOSUR/CMC/DEC N° 01/94.

6 “El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación(1), en la parte de contratos especiales, trató los llamados contratos de distribución o contratos de distribución comercial, comprendiendo al contrato de agencia, al de concesión y al de franquicia. Dichos contratos, designados como innominados en la terminología del Código Civil, fueron ignorados por la comisión que elaboró el Proyecto de 1993, pero sí tomados en cuenta por la Comisión de 1998, que consideró a los contratos de agencia, de concesión y de franquicia en forma particular, caracterizándolos y propiciando la aplicación de las normas elaboradas para la concesión comercial para los contratos de distribución propiamente dichos, en cuanto fueran pertinentes. La comisión se atuvo a la clasificación de 1998 y, sin perjuicio de tomar numerosas sugerencias al texto de la misma, decidió no contemplar específicamente los contratos de distribución propiamente dichos, manteniendo su dependencia del contrato de concesión.” Comentarios al contrato de agencia comercial (Proyecto de unificación Código Civil y Comercial-Argentina) Revista N° 40 Jul.-Sep. 2013 por Osvaldo J. MARZORATI Art. 1506 del Código Civil de la Nación Argentina “Plazos. El plazo del contrato de concesión no puede ser inferior a cuatro años. Pactado un plazo menor o si el tiempo es indeterminado, se entiende convenido por cuatro años”.

7 Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual” (Decisión CMC N° 01/94).

el juzgado requiera una Opinión Consultiva de existir dudas sobre la inaplicabilidad de las disposiciones locales.

Ahora bien, planteada la excepción de incompetencia de jurisdicción por la empresa Argentina, la parte excepcionada Norte S.A. Importación Exportación, solicitó el rechazo de la excepción opuesta fundado en que dicha cláusula contradice la competencia obligatoria de los juzgados paraguayos, conforme los artículos 7, 9 y 10 de la Ley N° 194/93, invocando también lo dispuesto en el Art. 3° del Código Procesal Civil⁸ “CPC” paraguayo, que impide en principio la prórroga a tribunales extranjeros.

Ante la presencia de normas del MERCOSUR y disposiciones de orden público interno, existiendo además una petición a tal efecto, se presentó la oportunidad para requerir al Tribunal Permanente de Revisión “TPR” vía Corte Suprema de Justicia una Opinión Consultiva⁹ por parte de la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la jurisdicción de Asunción, Paraguay, Magistrada María Angélica Calvo, en los autos caratulados “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”.¹⁰

Es importante puntualizar que las “opiniones consultivas” en el MERCOSUR no son vinculantes a diferencia de las “cuestiones prejudiciales”, planteadas en el ámbito jurisdiccional comunitario europeo, que sí lo son. Las opiniones consultivas, no obstante, permiten orientar la solución a los jueces que vía sus tribunales superiores pueden realizar.

El Art. 11 del Reglamento al Protocolo de Olivos establece que “Las opiniones consultivas emitidas por el TPR no serán vinculantes

8 Artículo 3° del Código Procesal Civil Paraguayo.- “Carácter de la competencia. La competencia atribuida a los jueces y tribunales es improrrogable. Exceptuase la competencia territorial, que podrá ser prorrogada por conformidad de partes, pero no a favor de jueces extranjeros, salvo lo establecido en leyes especiales”.

9 Artículo 3 del Protocolo de Olivos: “El Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos.” E artículo 3 del Reglamento del Protocolo de Olivos que dice: “1. Todos los Estados Partes del MERCOSUR actuando conjuntamente, el CMC, el GMC o la Comisión de Comercio del MERCOSUR (en adelante CCM), podrán solicitar opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica comprendida en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM...” y en el artículo 4 expresa “1. El TPR podrá emitir opiniones consultivas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes con jurisdicción nacional. En este caso, las opiniones consultivas se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR”.

10 Providencia de fecha 7 de setiembre de 2006.

ni obligatorias” y conforme al artículo 9 del Reglamento deberán estar fundadas en la normativa mencionada en el artículo 34 del Protocolo de Olivos.

III. La Opinión Consultiva emitida por el Tribunal Permanente de Revisión

El 3 de abril de 2007 el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR emitió su primera Opinión Consultiva (N° 01/07), conforme al mecanismo creado por el Protocolo de Olivos.

El Tribunal Permanente se constituyó para entender en la petición de Opinión Consultiva presentada por la Señora Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la jurisdicción de Asunción, Paraguay, Magistrada María Angélica Calvo, en los autos caratulados “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”, vía la Excm. Corte Suprema de Justicia del Paraguay, recibida el 21 de diciembre de 2006.

La Opinión Consultiva N° 1/2007 contiene un relatorio jurídico y fáctico del caso, que permite apreciar su complejidad. Señala las disposiciones que guardan relación a la causa, tanto las del MERCOSUR como las normas internas, incluso precedentes invocados por las partes en apoyo de sus respectivas posiciones.

Se planea básicamente la prevalencia del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual por sobre la ley interna paraguaya N° 194/93 que busca proteger a los agentes, representantes y distribuidores paraguayos de empresas extranjeras, por el cese de la relación sin compensación o sin el reconocimiento de la contribución en la instalación del producto representado y distribuido y el artículo 3° del Código Procesal Civil Paraguayo.

Se extrae que en general, ambas disposiciones internas deben ceder ante la normativa del MERCOSUR, también se señaló que fue invocado el artículo 136 de la Constitución Paraguaya. La empresa paraguaya cita la ley especial, el Código Procesal y el Código de Organización Judicial

así como precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.¹¹ Se argumentó además que al presentar la empresa Argentina una mejor contracautela, ya habría reconocido la competencia de la jurisdicción paraguaya.

Como cuestión interesante, cabe mencionar que al inicio de esta causa el Reglamento sobre las Opiniones Consultivas no había sido dictado, recién en fecha 18 de enero de 2007 por Decisión CMC N° 02/07, pero el procedimiento estaba autorizado por lo dispuesto en el inc. 2° Art. 4° del Protocolo de Olivos, entendiendo que la falta de reglamentación no obstaculiza el derecho. El Tribunal Permanente de Revisión efectúa una amplia referencia al alcance de las opiniones consultivas y lamenta que no sean vinculantes.

De las conclusiones, en el numeral 2, resaltamos el voto en mayoría de los Doctores José Antonio Moreno Rufinelli, João Grandino Rodas y Ricardo Olivera García:

Las normas del MERCOSUR internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes. El Protocolo de Buenos Aires se aplica en los países que lo han internalizado, quedando a cargo del juez nacional la evaluación de si los acuerdos suscriptos en virtud de él han sido obtenidos en forma abusiva o afectan el orden público internacional que lo hagan manifiestamente inaplicables al caso en particular.

El numeral 2.1. voto de los Doctores Wilfrido Fernández y Nicolás Becerra:

Las normas del MERCOSUR internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes. Corresponde en este caso la prevalencia del Protocolo de Buenos Aires sobre la Ley nacional paraguaya N° 194/93. Dicha primacía resulta de la propia naturaleza del Derecho del MERCOSUR. Las normas del Derecho del MERCOSUR deben tener prevalencia sobre

11 El Acuerdo y Sentencia N° 827 de fecha 11 de diciembre de 2001 en la Causa “Electra Amambay S.R.L. c/ Compañía Antártica Paulista Ind. Brasileira de Bebidas”. En un caso que también se refiere a la aplicación de la Ley N° 194/93 Corte Suprema de Justicia del Paraguay, sala civil y com. Yama del Paraguay S.R.L. c. Laboratorio Cuenca S.A. s/ Indemnización de daños y perjuicios. (Ac. y Sent. N° 1185 resolvió “1 - Se ajusta a derecho la sentencia que hizo lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios cuando fue probado que la demandada rescindió el contrato sin previamente recurrir a los estrados judiciales para comprobar la procedencia de la causal invocada, como lo exige el art. 7 de la Ley N° 194/93 para evitar que se presuma la cancelación como injustificada. La rescisión de un contrato de distribución debe darse con causales justificadas que deben ser debidamente demostradas”).

cualquier norma del derecho interno de los Estados Partes aplicables al caso, incluyendo el derecho interno propiamente dicho y el derecho internacional público y privado de los Estados Partes, comprendiéndose aquellos derechos de orden público de los Estados Partes, de conformidad a los deslindes realizados en relación al concepto de orden público, y a la necesaria interpretación restrictiva de los derechos de orden público constitucional de carácter absoluto, conforme lo impone un sistema de integración. Dejase constancia interpretativa de que las normas del derecho comercial nacional o internacional, son por regla general solo de orden público relativo, pues en las mismas siempre como regla general, no existe un interés social comprometido.

El análisis del Tribunal Permanente de Revisión no ha sido del todo feliz, se percibe una visible desinteligencia sobre el alcance de derecho común del MERCOSUR, por parte de algunos miembros, como si la normativa del MERCOSUR tuviera el alcance del Derecho Comunitario Europeo. También apreciaciones que fueron mucho más allá de lo que debía ser considerado en una opinión consultiva, por cuanto si bien debían expedirse sobre la posible incompatibilidad, no se podría haber hecho juicios con tanta amplitud sobre el derecho interno o el alcance de lo que debe o no ser aplicado.

Se percibe un desborde excesivo de alcance e interpretación en algunos votos, sobre un análisis que debería haber sido simple, orientar a la jueza requirente, pero pertinente de no emitir juicios que serían propios de la jurisdicción en que se encontraba la causa, sobre todo porque las opiniones en el Tribunal de Revisión del MERCOSUR hasta la fecha no son vinculantes. Es más, ni las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se adentran en el análisis específico a ser resuelto por el juez interno, sino que señalan las cuestiones relacionadas a la interpretación y aplicación del derecho comunitario.

Los votos transcritos más arriba demuestran lo que afirmamos, en los votos de los Doctores José Antonio Moreno Rufinelli, João Grandino Rodas y Ricardo Olivera García, la opinión se orienta a ilustrar a la magistrada sobre las normas del MERCOSUR, indican que internalizadas, es decir incorporadas al derecho positivo del Estado Parte, prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes. Tal vez faltó decir en la medida en que exista una incompatibilidad del derecho común y el derecho interno en la misma área reglada o normativizada.

En el segundo párrafo luego de señalar que el Protocolo de Buenos Aires se aplica en los países que lo han internalizado, refiere “quedando a cargo del juez nacional la evaluación de si los acuerdos suscriptos en virtud de él han sido obtenidos en forma abusiva o afectan el orden público internacional que lo hagan manifiestamente inaplicables al caso en particular”. A nuestro modo de ver, es como debía ser expedida la opinión consultiva, dejando al magistrado requirente la aplicación del derecho al caso concreto.

En el voto de los juristas Doctores Wilfrido Fernández y Nicolás Becerra, consideramos que invaden la competencia propia de la magistrada interviniente, se expiden sobre el caso y se introducen en un análisis sobre un alcance del derecho del MERCOSUR, que en la etapa en que se encuentra, está aún lejos de tener efectos de derecho comunitario como el europeo.

Destacamos por ejemplo la frase “Las normas del Derecho del MERCOSUR deben tener prevalencia sobre cualquier norma del derecho interno de los Estados Partes aplicables al caso, incluyendo el derecho interno propiamente dicho y el derecho internacional público y privado”, incursionando incluso sobre la interpretación de orden público al decir “la necesaria interpretación restrictiva de los derechos de orden público constitucional de carácter absoluto, conforme lo impone un sistema de integración”.

Somos desde los inicios del MERCOSUR entusiastas de que su derecho sea fortalecido y que se avance y profundice el proceso, pero ese entusiasmo no nos puede llevar a perder objetividad sobre el alcance de la normativa común, o de los límites en que sus órganos deberían actuar en la etapa actual de su evolución.

IV. La cuestión resuelta en primera instancia

La jueza se expide por medio del A.I. N° 1203 de fecha 29 de agosto de 2007 rechazando la excepción de incompetencia de jurisdicción planteada. La resolución hace una muy buena síntesis de los hechos y la cuestión planteada, señala que la firma argentina NORTHIA y la firma paraguaya NORTE celebraron un contrato para la representación y distribución de los productos de la primera en Paraguay. NORTE, la distribuidora promueve el presente juicio al objeto de obtener la reparación

de los daños y perjuicios supuestamente causados por NORTHIA al poner fin a la relación comercial.

NORTHIA se presentó en juicio oponiendo excepción de incompetencia afirmando que en virtud del contrato celebrado entre las partes son competentes los tribunales ordinarios de Buenos Aires. La referida cláusula jurisdiccional reza:

Jurisdicción. Cualquier controversia o petición que surja del contrato o esté relacionado con el mismo, o cualquier contrato que en adelante surja del presente, ya sea referencia a la contratación, o a un agravio, o todo lo referido al periodo de validez del mismo, será exclusivamente establecido en los Tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la República Argentina.

Por su parte NORTE asevera que esta cláusula carece de efectos por contradecir las normas de orden público de la Ley N° 194/93 (art. 9 y 10) y el CPC (art. 3°). Sobre el punto NORTHIA alega que la cláusula jurisdiccional tiene sustento en el PBA el cual tiene prelación sobre la legislación de orden interno según lo dispuesto en el Art. 137 de la Constitución Nacional.

La jueza efectúa un análisis de la opinión consultiva indicando que en el voto mayoritario se menciona que las normas del MERCOSUR prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes, refiriéndose al PBA, pero que deja a cargo del juez nacional la apreciación de las situaciones “ la evaluación de si los acuerdos suscriptos en virtud de él han sido obtenidos en forma abusiva o afectan el orden público internacional que lo hagan manifiestamente inaplicables al caso en “particular”, en clara referencia al voto de los Doctores Moreno Rufinelli, Grandino Rodas y Olivera García.

Prosigue diciendo que la opinión minoritaria también afirma la prevalencia de las normas mercosureñas, pero indica que va más allá al considerar que en caso prevalece sobre la Ley N° 194/93. En clara referencia al voto de los Doctores Fernández y Becerra, se interpreta una crítica a la opinión de los mismos sobre el orden público.

Luego de hacer referencia a lo dispuesto en el Art. 137 de la Constitución Nacional que establece la prevalencia de los Tratados Internacionales sobre las demás leyes, señala que no pone en duda la prevalencia del PBA, pero que la cuestión no es de prevalencia sino de

aplicabilidad frente a lo dispuesto como norma de orden público en la Ley N° 194/93 o el Código Procesal Civil, aludiendo al Art. 3° de dicho cuerpo legal.

Indica en la resolución que para poder resolver la cuestión jurisdiccional se debe establecer el papel que juega el orden público, dice:

Surge entonces que el orden público juega en un papel fundamental en todas las instancias del derecho internacional privado lo cual debe ser tenido en cuenta tanto por el legislador como por el juzgado. Sin embargo, siempre debe tenerse en cuenta que este último solo puede introducir las mencionadas limitaciones de orden público, cuando las normas lo autoricen y dentro de los límites que se establezcan.

En lo medular pero a nuestro modo de ver de forma confusa afirma:

Que, aplicando la prelación normativa enunciada más arriba, la cual coloca al PBA sobre la Ley N° 194/93 y el CPC, y siguiendo el razonamiento expuesto en el párrafo anterior, según el cual no pueden aplicarse limitaciones de orden público cuando ello no esté previsto en la normativa, este juzgado no tiene otra opción que disentir respetuosamente con el TPR en cuanto éste entiende que el texto del PBA dispone que el juez nacional, al considerar la validez de un acuerdo jurisdiccional, debe, además de determinar si el mismo ha sido obtenido en forma abusiva cuando esto sea invocado por alguna de las partes, considerar también en forma general si la cláusula es contraria al orden público internacional del juez nacional recurrido.

Ninguna de las disposiciones del PBA, ni ninguna otra norma aplicable de igual o superior jerarquía, establece este último examen consistente en someter las cláusulas jurisdiccionales a un control general de orden público internacional, al menos no sin antes haber determinado el derecho aplicable a la cláusula cuestionada (art. 5, 2° párrafo). Añadir este requerimiento extra no solo atenta contra el texto del PBA, sino que también desvirtúa el propio objetivo que éste persigue que no es otro que impulsar el comercio regional brindando certeza y previsibilidad de las relaciones comerciales entre individuos de los Estados Partes.

Luego de otras referencias, menciona

sin embargo, y he aquí el primer fundamento por el cual se

hace lugar a la excepción planteada, no compete a este juzgado determinar la validez y eficacia del acuerdo jurisdiccional en cuestión. En efecto, cuando un acuerdo jurisdiccional regido por el PBA confiere competencia a los tribunales de un Estado Parte de conformidad las disposiciones de leyes internas en razón de que el PBA no les otorga participación en este punto (aunque, como ya se mencionó, si lo hace posteriormente para determinar otras cuestiones como son la validez y eficacia del acuerdo (art. 5).

Dicha exclusividad comprende necesariamente la competencia para determinar la validez y eficacia del propio acuerdo jurisdiccional en cuestión. De admitirse lo contrario, los citados fines de previsibilidad y certeza en las relaciones comerciales regionales perseguidos por el PBA serían fácilmente desvirtuados si se permitiera a cualquiera de las partes de un acuerdo jurisdiccional no cumplir con el mismo con simplemente alegar la nulidad ante los tribunales de una jurisdicción nacional distinto a la competencia exclusiva de los tribunales elegidos en acuerdo jurisdiccionales para juzgar su propia competencia también ha sido adoptada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al interpretar la Convención de Bruselas (hoy suplantado por el Reglamento de Bruselas), instrumento análogo al PBA en cuanto establece normas de derecho internacional privado aplicable a relaciones de naturaleza civil y comercial para determinar la competencia de los tribunales nacionales de los Estados Miembros (C-269/95 *Bernicasa vs. Dentalkit Srl*, párrafos 26/32).

La jueza termina haciendo lugar a la excepción de incompetencia de jurisdicción planteada por Laboratorios Nothia S.A.E.C.F.I.A.. La resolución fue objeto de los recursos de apelación que entendió el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, sala 5.

V. La resolución de segunda instancia

El voto del Dr. Carmelo A. Castiglioni, señala:

La parte demandada arguye que la jurisdicción paraguaya no tiene competencia en razón de que en el contrato está pactada en forma expresa la jurisdicción argentina. En tanto, que la parte actora sostiene que la Ley Paraguaya N° 194/93 establece que el régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas

en el Paraguay se rige por el art. 10 de dicha Ley que sostiene que: “Las partes se someterán a la competencia territorial de los tribunales del Paraguay”, e invoca el art. 9 de la misma Ley que dispone que los derechos adquiridos tienen carácter irrenunciables e impone con carácter exclusivo y excluyente la competencia de los tribunales de la República del Paraguay.

Prosigue diciendo:

Sin embargo, en el Protocolo de Buenos Aires, al que nos adherimos por Ley N° 597 y aprueba el “Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual” dispone que: En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil y comercial serán competentes los tribunales del estado parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. Así mismo puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales”. La regla general es la aplicación de jurisdicción que las partes hayan acordado. La única excepción es que el acuerdo se haya obtenido en forma abusiva. Desde luego que, cuando existe contradicción de normas, debe resolverse la contradicción de normas y en este caso para hacerlo debemos recurrir a la clásica *Lex Superioris* o sea la prevalencia constitucional de la norma internacional que es de jerarquía superior sobre la norma jurídica interna.

De esto se deduce que para resolver el caso debemos recurrir al Protocolo de Buenos Aires del MERCOSUR, que es la norma aplicable, por ser el Paraguay parte de dicho instrumento internacional. En el caso de autos, existe en el mismo contrato una cláusula donde las partes contratantes han aceptado en la jurisdicción en la República Argentina. De esto se deduce que la regla general establece la jurisdicción de la República Argentina. Sólo debe revisarse si se da la excepción y esta es si dicho contrato fue obtenido en forma abusiva y si fue invocada la excepción.

Efectúa una referencia al TPR, diciendo “El enjundioso trabajo del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, que transcribimos en la parte pertinente por su valor doctrinario, extraído del libro de Pablo Rodríguez Grez, respecto del abuso del derecho, dice “consiste en exceder o desviar el interés jurídicamente tutelado por la norma que consagra esta facultad”. Prosigue diciendo “quien sirviéndose de las alteraciones producidas en el escenario fáctico en el cual el derecho subjetivo surgió (al activarse la hipótesis considerada por la norma) procura -consciente o

inconscientemente- un provecho que sobrepasa los intereses protegidos, incurre en un “abuso circunstancial; quien en ese mismo contexto ejerce este mismo derecho aprovechándose de alteraciones temporales, incurrirá en un “abuso de oportunidad” y; quien invoca a su favor la mutación o modificación de los roles que al momento de generarse la relación cabía a cada parte legada; incurrirá en un “abuso de posición” y; finalmente, quien el ejercicio de su libertad contractual, consigue la satisfacción de un interés que la norma jurídica no ampara, incurrirá en un “abuso de contratación” y finalmente concluye que “mientras el primero -el abuso del derecho- opera en la base pretencional, el segundo incurre en “abuso de circunstancial opera en la fase prestacional dicho de otra manera quien incurre en “abuso circunstancial” exige una prestación que deriva de la extinción de una “situación jurídica intersubjetiva”. Pero es importante el ejemplo que trae el fallo al decir “un ejemplo típico de cómo evidenciar la obtención abusiva de una elección contractual de foro o derecho aplicable, al menos si la elección es de un foro judicial, es la elección de un foro aplicable sin una conexión razonable con el contrato y las partes involucradas”.

En lo medular expresa:

En el caso de autos, existiendo una cláusula expresa de jurisdicción, la parte actora al promover la demanda debió haber invocado el “abuso contractual” para dejar sin efecto dicha cláusula, para lo cual, como un hecho jurídico y por ser una excepción a la regla general, era a su cargo el invocarlo ab initio y probar la conexión razonable del abuso. Al promoverse la demanda debió pedir la nulidad de dicha cláusula, invocando el abuso, y demostrar con pruebas “la conexión razonable” que indujera a sostener el abuso como una razón para anular dicha cláusula para así prevalecer la jurisdicción paraguaya. No es suficiente decir recién en grado de apelación, que la parte nacional es la parte débil, sino que este hecho debió alegarse y demostrarse dejando en evidencia la “conexión razonable” para establecer el abuso, y, por otra parte, debió pedirse la declaración del abuso del derecho al promoverse la demanda pues la cláusula de jurisdicción ya estaba en el contrato presentado por la actora, para que en el caso de oposición se deduzca y resuelva la existencia o no del abuso, y se resuelva la competencia. Por otra parte, el contrato en cuestión era un contrato que de antes ya estaba en plena ejecución y nunca fue invocado el abuso. Al no haberse hecho así, el juzgado ya no podía declarar el abuso

del derecho por la vía presuncional sin haberse alegado en el escrito inicial y sin demostrarse la existencia de la excepción a la regla general cual es la jurisdicción pactada por las partes en el contrato y no puede modificarse lo que es Ley para las partes.

Respecto al orden público, cuya referencia no nos parece acertada tomando en consideración nuestro comentario expuesto más abajo, dice:

La cuestión de orden público internacional: Por otra parte, la cuestión del orden público internacional no cabe pues no está afectada la soberanía del estado. La norma jurídica mercosureña no puede sucumbir ante una norma nacional con el pretexto del orden público internacional. Cuando ambas normas integran el derecho nacional. La contradicción de una norma mercosureña, que también es norma nacional con relación a otra genuinamente nacional es sólo un problema de contradicción y no importa una cuestión de orden público para interpretar la norma y siendo así, sólo cabe confirmar la resolución recurrida.

En estos términos, la resolución confirma la excepción de incompetencia de jurisdicción acogida por el AI N° 1203 de fecha 29 de agosto de 2007, adhiriéndose al voto del Dr. Castiglioni, los Doctores Ynsfrán Saldivar y Ortíz Pierpaoli.

VI. Conclusión

En el Título I “Ámbito de Aplicación”, Art. 1 del Protocolo de Buenos Aires se expresa:

El presente Protocolo se aplicará a la jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares - personas físicas o jurídicas:

- a) con domicilio o sede social en diferentes Estados Partes del Tratado de Asunción;
- b) cuando por lo menos una de las partes del contrato tenga su domicilio o sede social en un Estado Parte del Tratado de Asunción y además se haya hecho un acuerdo de elección de foro a favor de un juez de un Estado Parte y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción de este Protocolo.

Desde nuestro punto de vista, la norma es clara y revela que se han analizado los supuestos en los cuales, la jurisdicción es establecida en base a elementos de contactos razonables vinculados a las relaciones contractuales privadas en el MERCOSUR.

Los problemas surgen a partir del Art. 3° del Protocolo. Este refiere que “El requisito procesal de la jurisdicción internacional en materia contractual se considerará satisfecho, cuando el órgano jurisdiccional de un Estado Parte asuma jurisdicción de acuerdo a lo establecido en el presente Protocolo.”

Los criterios de apreciación del órgano jurisdiccional, si bien referidos al Protocolo de Buenos Aires, pueden tener diversas interpretaciones, sobre todo al entrar en contacto los hechos fácticos de una controversia y con disposiciones internas que pudieran ser dispuestas o consideradas como normas imperativas o de orden público, tal como sucede en la causa que debió abordar el Tribunal Permanente de Revisión en la Opinión Consultiva N° 1/2007.

En el caso, el análisis se centró y giró en torno a una disposición fundamental dentro del Protocolo, al Art. 4° del PBA¹² que refiere:

En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. Asimismo puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales.

La primera cuestión es resolver, si el Protocolo de Buenos Aires, puede excluir o no las disposiciones de orden público¹³ o normas imperativas del derecho local del magistrado que haya empezado a entender, o si toda esta apreciación queda fuera de análisis y ajeno al mismo, o en su caso, bajo que situaciones o circunstancias podría no aplicarlo.

12 TITULO II JURISDICCION INTERNACIONAL CAPITULO I ELECCION DE JURISDICCION. Art. 4°.

13 Art- 33 de la Constitución Nacional de la República del Paraguay “DEL DERECHO A LA INTIMIDAD. La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la Ley o a los derechos de terceros, está exenta de la autoridad pública. Se garantizan el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas”.

Respecto al artículo 4º la jurisdicción acordada por las partes o en ejercicio de la autonomía de la voluntad, salvo situaciones en las cuales este acuerdo surja como consecuencia de la posición dominante de una de las partes y la jurisdicción haya sido acordada abusivamente para una de las partes.

Si se asume al Protocolo de Buenos Aires como fuente convencional que es, por el Art. 137 de la Constitución Nacional del Paraguay tiene prevalencia sobre las demás leyes,¹⁴ se debe concluir por el principio de prevalencia y en principio la elección del foro prevista en el Art. 4º del PBA.¹⁵

En efecto, el Protocolo en esencia proviene como fuente del Tratado de Asunción, debería ser aplicado sobre toda disposición interna, pero a nuestro juicio siempre se deberá examinar si afecta disposiciones de orden público local o normas imperativas del derecho local, de lo contrario la fuente convencional eliminaría totalmente aquellas normas que son establecidas en los Estados para proteger situaciones injustas. Nuestra opinión, es que siempre el juez deberá examinar el grado de afectación a este tipo de normas y adoptar la decisión en función de este análisis.

No por otra cosa el Protocolo expresa “serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. La expresión abusiva es aquí amplia, de mala fe, afectando disposiciones de orden público o normas imperativas o abuso de posición dominante, por ejemplo. En el caso en cuestión,

14 Art. 137 de la Constitución Nacional de la República del Paraguay. DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN. “La Ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la Ley. Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone. Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”.

15 El nuevo Código Civil de la Nación Argentina regula los contratos de distribución en el Libro Tercero de los “Derechos Personales”, Título IV: de los “Contratos en particular”, que abarca treinta (30) capítulos, que comprende los artículos 1123 al 1707. Específicamente, en los Capítulos 17, 18 y 19, que comprenden a los artículos 1479/1501; 1502/1511; y 1512/1524, legisla, respectivamente, acerca del contrato de Agencia, del de Concesión – que es aplicable al contrato de distribución propiamente dicho, en aquello que sea pertinente-, y el de Franquicia; agrupados por la doctrina bajo el género de contratos de distribución, es decir, aquellos en los cuales un empresario que actúa por cuenta propia, pone a disposición su organización empresarial en forma continua y estable, con la finalidad de participar en el mercado a efectos de relacionar al productor de bienes y servicios con los consumidores respectivos de una actividad económica determinada.

existen precedentes jurisprudenciales que determinan a las disposiciones de la Ley N° 194/93 como de orden público.¹⁶

Por otra parte, no debemos olvidar lo dispuesto en el Art. 5° del Protocolo de Buenos Aires en su segunda parte “La validez y los efectos del acuerdo de elección de foro se regirán por el derecho de los Estados Partes que tendrían jurisdicción de conformidad a las disposiciones del presente Protocolo”. Esto es, el análisis sobre la validez del foro es para el juez local, irrenunciable para asumir o mantener su competencia jurisdiccional.

Otra cuestión y no menos importante, es el alcance con que dicha disposición, al referirse a la obtención del foro de “forma abusiva” inserta en una fuente convencional, debe ser asumido o considerado por el juez local, se abocará al análisis sólo en el caso de ser invocado, o por su alcance debe hacerlo necesariamente.

En el caso comentado, a nuestro modo de ver, en la resolución de Primera Instancia no ha quedado clara la posición de la jueza interviniente, en la resolución del Tribunal de Apelación fue abordada ampliamente, pero se hizo lugar a la excepción de incompetencia de jurisdicción, confirmando la resolución recurrida por no haber sido invocada la posición dominante de forma expresa.

La pregunta que queda es, ¿debe necesariamente el órgano jurisdiccional a raíz de lo dispuesto en el PBA verificar, conforme al Art. 5° si existió o no abuso en la determinación del foro, o debe sujetar su análisis y aplicación a lo invocado por las partes? ¿es preciso o necesario a partir de una disposición de fuente convencional, hacerlo?

Consideramos que en el análisis de interpretación y aplicación del derecho, no se puede asumir por un lado la jerarquía normativa y por otro no. No nos cabe duda, de que el debate sobre estos puntos está plenamente abierto y para nosotros la Opinión Consultiva N° 1/2007, pese a la autoridad de la opinión en mayoría, no logró contribuir a despejar las dudas sobre la aplicación del Protocolo de Buenos Aires frente a la Ley paraguaya N° 194/93 y el Art. 3° del Código Procesal Civil, por lo que es

16 El Acuerdo y Sentencia N° 827 de fecha 11 de diciembre de 2001 en la Causa “Electra Amambay S.R.L. c/ Compañía Antártica Paulista Ind. Brasileira de Bebidas”. En un caso que también se refiere a la aplicación de la Ley N° 194/93 Corte Suprema de Justicia del Paraguay, sala civil y com. Yama del Paraguay S.R.L. c. Laboratorio Cuenca S.A. s/ Indemnización de daños y perjuicios (Ac. y Sent. N° 1185).

de esperar aún muchas interpretaciones jurisprudenciales en los órganos jurisdiccionales paraguayos.

La excepción o defensa contra una norma imperativa o de orden público, es la inaplicabilidad del acuerdo o instrumento jurídico al caso concreto, esto llevaría a la aplicación de las fuentes subsidiarias previstas en el propio Protocolo de Buenos Aires¹⁷ en su Art. 7.

La ausencia de acuerdo y en tal caso a elección del actor tendrán jurisdicción,

1. A los fines del artículo 7 se entenderá por lugar de cumplimiento del contrato el Estado Parte donde haya sido o deba ser cumplida la obligación que sirva de base para la demanda. a) Los jueces del lugar de cumplimiento del contrato y b) Los jueces del domicilio del demandado; c) Los jueces de su domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación.
- 2 El cumplimiento de la obligación reclamada será: d) En los contratos que versen sobre prestación de servicios.

A modo de conclusión, el análisis para la aceptación o rechazo del foro acordado por las partes, debe siempre estar sujeto al examen jurisdiccional de la situación y factores que dieron lugar a esta determinación, porque no es sino una parte más del análisis de la relación contractual en conflicto, el cual debe ser realizado sin temor respecto a verificar si tropieza o no con disposiciones aplicables de orden público o si la jurisdicción fue o no obtenida abusivamente, siempre en busca de la solución más apropiada, razonable y justa.

17 Título II Capítulo II del PBA.

PARTE III

COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL

EL PROCESO DE EXTRADICIÓN A LA LUZ DEL INSTITUTO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay
- Sala Penal - “Exhorto: Antonio Batista Rodrigues s/
detención con fines de extradición”, 9/01/20

*Mariana Antón Pérez**

*Martín Chasco***

Sumario: I. Una breve aproximación al tema; II. Marco normativo; III. Los hechos del caso; IV. La decisión judicial: 1. Decisión de primera instancia, 2. Decisión de segunda instancia, 3. Decisión de la Corte; V. Análisis del caso: 1. La extradición: máxima expresión en materia de cooperación jurídica penal internacional; VI. Conclusiones.

I. Una breve aproximación al tema

La cooperación jurídica internacional en materia penal implica, esencialmente, la prestación interestatal de la más amplia asistencia vinculada a la investigación, juzgamiento y sanción de delitos.

* Doctoranda, Magister en Derecho Internacional Privado y Abogada UBA. Profesora de Derecho Internacional Privado y docente de Derecho de la Integración (Facultad de Derecho – UBA). Profesora UCES. Investigadora UBA. Miembro adscripta del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja (Facultad de Derecho – UBA). Secretaria de Redacción de la RIDII. Autora de artículos, capítulos de libros y publicaciones en la materia.

** Abogado. Especialista en Derecho Penal. Profesor adjunto (I) a cargo de la asignatura Lavado de dinero (UBA).

Esta forma de cooperación generalmente se rige por tratados bilaterales o multilaterales entre Estados, sin perjuicio de lo cual, de ordinario, los Estados cuentan con normas internas que, en ausencia de aquellos instrumentos internacionales, brindan un marco para la cooperación internacional, generalmente circunscripta a la reciprocidad de los demás Estados en el mismo sentido.

El instituto de la extradición, que desarrollaremos en el presente comentario, resulta ser la máxima expresión en materia de cooperación penal internacional. Se trata de un proceso en virtud del cual un Estado (el requirente) solicita a otro Estado (el requerido) la entrega de una persona que se encuentra dentro de la jurisdicción de este último al primero, a fin de someter al individuo a un proceso penal en la jurisdicción del requirente o bien para efectivizar la ejecución de una sentencia previamente dictada.

Por otra parte, el instituto de la prescripción en materia penal encuentra fundamento en la garantía de toda persona a que el proceso se defina en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, para cumplir con la finalidad última del proceso penal, que consiste en conducir las actuaciones del modo más rápido posible, evitando eternizar los procesos con el consecuente sometimiento que aquello supone, implicando molestias y gastos.

En el caso bajo análisis se estudian aquellas cuestiones y cuál es la incidencia del instituto de la prescripción en un proceso de extradición.

II. Marco normativo

En el presente decisorio se utiliza tanto fuente interna: el Código Penal de Paraguay, (Ley N° 1160/1997) y el Código Penal Brasileño (Ley N° 7209), como fuente convencional: el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR (MERCOSUR/CMC/DEC N° 14/98).

III. Los hechos del caso

En el contexto de los instrumentos internacionales suscriptos por ambos Estados en materia de extradición, las autoridades de la Vara de la Justicia Federal de Dourados/MS de la República Federativa de Brasil solicitan a Paraguay mediante exhorto la extradición de Antonio Batista Rodrigues, en el marco de la causa N° 0000998-57.2015.403.6002,

desprendimiento de la N° 2013.60.02.000728, por la supuesta intervención en distintos hechos que fueron calificados bajo las figuras típicas de siete tentativas de homicidio doloso, en los términos del art. 21, 2°, incs. c/c/ art. 14, y asociación criminal, en los términos del art. 288, párrafo único, en concurso real,¹ en los términos del art. 69, todos del Código Penal Brasileño.

IV. La decisión judicial

1. Decisión de primera instancia

La magistrada del Juzgado Penal de Garantías de la República del Paraguay había decidido en aquella primera instancia hacer lugar el exhorto de extradición.

2. Decisión de segunda instancia

El tribunal de alzada por voto mayoritario resolvió revocar la decisión de primera instancia del Juzgado Penal de Garantías, entendiendo que correspondía rechazar el pedido de extradición debido a que la acción penal se encontraba prescripta.

3. Decisión de la Corte

Por sentencia del 9 de enero de 2020, los magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay decidieron revocar la sentencia por la cual se había rechazado el pedido de extradición.

Para ello, entendieron los Sres. ministros que en esta materia resulta ser un principio rector la cooperación y, en consecuencia, de verificarse el cumplimiento de los requisitos básicos para ello corresponde la entrega del requerido.

¹ Dentro de los llamados “concursos de delitos” el “concurso real”, también llamado “concurso material” se verifica cuando converge la comisión de varios hechos delictivos independientes entre sí. Para estos casos el Código Penal de Paraguay (art. 70, inc. 1°) establece que se condenará al autor a una sola pena que tendrá como máximo la pena más grave de las máximas correspondientes a los distintos tipos penales en juego.

Es así, que sostienen que el proceso de extradición se rige, fundamentalmente, por instrumentos internacionales o, en su defecto, por el derecho internacional.

En el caso en análisis, el requerido había sido debidamente identificado, encontrándose cumplidos los demás requisitos, a saber: doble incriminación, existencia de orden de detención, la determinación de los hechos, lugar y fecha de comisión, así como la entrega de la copia de los textos legales pertinentes.

En relación a la prescripción, según el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR, es claro que de verificarse no se concederá la extradición. Corresponde señalar en este punto que dicho requisito, conforme esa normativa, deberá ser analizada a la luz del Estado Parte requirente o del Estado requerido.

De esta manera, resulta central para este caso determinar si la acción penal con motivo de los hechos que se le imputan a la persona cuya extradición es requerida se encuentra prescripta. En tal sentido, si se analiza el art. 239 que refiere a la asociación criminal, que tiene prevista una pena privativa de la libertad cuyo máximo es de 5 años, y el art. 105, que tiene prevista una pena privativa de la libertad cuyo máximo es de 15 años para el homicidio doloso,² y siendo los hechos imputados del 11, 12 y 13 de enero de 2003, se puede determinar que se ha sobrepasado el tiempo establecido según lo dispuesto en función del art. 102 inc. 1°, todos del Código Penal del Paraguay.

Sin embargo, se debe de considerar que el 29 de enero de 2010 se dictó la prisión preventiva del requerido, acto que tiene efectos interruptivos del curso de la prescripción de la acción penal, por lo que no ha operado aquella en relación al homicidio en grado de tentativa, siendo que la acción respecto de éste prescribiría a los 15 años, viéndose interrumpida a los 7 años del hecho, por lo cual se debe empezar a computar nuevamente el término desde ese momento, según lo previsto en el art. 104, inc. 4° del Código Penal de Paraguay.

A ello debe agregarse la denuncia efectuada por el Ministerio Público Federal, el 7 de octubre de 2008, equiparable a la imputación prevista en la legislación paraguaya, la que también se presenta como

² Según el art. 27, inc. 2° del Código Penal de Paraguay, en principio, el delito tentado tiene la misma escala penal que el delito consumado.

un obstáculo a la prescripción, interrumpiéndola, cuestión que no fue analizada por el *a quo*.

V. Análisis del caso

1. La extradición: máxima expresión en materia de cooperación jurídica penal internacional

La cooperación jurídica internacional puede ser definida como “(...) el mecanismo mediante el cual un Estado solicita colaboración a otro a fin de resolver satisfactoriamente diferentes aspectos de un proceso judicial”.³

En el aspecto penal “(...) se efectúa, generalmente, a fin de clarificar las circunstancias de un hecho ilícito, identificar al autor o autores y someterlo a su jurisdicción”.⁴

Resulta fundamental para este comentario definir lo que resulta ser uno de los componentes más relevantes en materia de cooperación penal internacional: la extradición.

Según el Dr. Soler, es “el acto por el cual un Estado entrega un individuo a otro Estado que lo reclama, a objeto de someterlo a un juicio penal o a la ejecución de una pena”.⁵ Paralelamente, se la define como:

la herramienta que permite a un Estado detener y entregar en custodia a una persona que se encuentra en su territorio a otro Estado que lo requiere a los efectos de afectarlo a una investigación en curso o para que cumpla una pena impuesta. Posee dos etapas bien establecidas, que son la detención preventiva de la persona buscada y el procedimiento de extradición propiamente dicho.⁶

A fin de evitar confusiones, es imprescindible diferenciar

3 DIRECCIÓN DE ASISTENCIA JURÍDICA INTERNACIONAL DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO. *Cooperación Jurídica Internacional En Materia Penal*, Normativa vigente, 2ª ed., 2015, p. 11. Disponible en: http://www.cooperacion-penal.gov.ar/userfiles/Compendio%20de%20leyes%2008-10_0.pdf. Consultado en: 30 ago. 2020.

4 Ídem.

5 SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Tomo 1, Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, Julio 1992, p. 235.

6 De conformidad con la página oficial de cooperación penal argentina: <http://www.cooperacion-penal.gov.ar/estradiacion>. Consultado en: 4 dic. 2020.

este instituto del asilo, donde se solicita la protección de un Estado extranjero, a nivel territorial o diplomático (ante la embajada o consulado de ese Estado), debido al peligro al que está sometido un sujeto que es perseguido por cuestiones políticas. Es discutido si el asilo es un derecho de la persona o una facultad del Estado al que se lo solicita. En general, se lo entiende en este último sentido, de modo que es facultad del Estado el otorgarlo o no.

Asimismo, es dable diferenciarlo del traslado de condenados, instituto de suma relevancia, que es definido como:

una estructura del Derecho Penal Internacional, subordinada a los principios propios del derecho procesal en general, tales como la eficacia, celeridad, economía procesal, y a los principios específicos de la cooperación penal internacional (...) en materia de ejecución de sentencia penal extranjera, [que] tiene como objeto principal el cumplimiento de pena privativa de libertad.⁷

De conformidad con lo establecido por Klein Vieira, cuenta con ciertas características:

- a. La nacionalidad del condenado debe ser la del Estado receptor.
- b. Sentencia condenatoria firme pasada en autoridad de cosa juzgada.
- c. Lapso considerable de pena pendiente de cumplimiento.
- d. Consentimiento voluntario del condenado para el traslado.
- e. Doble incriminación del hecho punible.
- f. Falta de contravención del OPI del Estado receptor.
- g. Traslado con la conformidad de ambos Estados.⁸

Desde luego, la extradición deviene en máxima expresión de la cooperación jurídica internacional en materia penal por las características reseñadas.

7 KLEIN VIEIRA, Luciane. "El Traslado de Condenados al País de Origen como una Nueva Forma de Cooperación Penal Internacional en el MERCOSUR", *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe – ESMESE/TJ*, n. 14, Aracaju, 2010 y *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n. 8, Abeledo Perrot, Buenos Aires, agosto 2011, pp. 9-10. Disponible en: <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/el-traslado-de-condenados-al-pac3ads-de-origen-como-una-nueva-forma-de-cooperac3b3n-penal-internacional-en-el-mercosur-klein-vieira.pdf>. Consultado en: 4 dic. 2020.

8 Ídem, pp. 21-26.

A) Tipos de extradición

La extradición es pasible de diversas clasificaciones, entre las que destacamos:

- La extradición legal que resulta ser la regulada por leyes internas, a diferencia de la convencional que es aquella donde existe un tratado multilateral o bilateral que la prevé.

- En cuanto a los tratados de extradición, para Bidart Campos en su comentario al caso “Nadel, León y otro”, se pueden distinguir dos aspectos: el interés de los Estados Partes y el derecho de los extraditados, y al rozar de esta manera con el individuo, podrían ser incluidos dentro de los tratados de Derechos Humanos.⁹ La afirmación anterior es inferida del voto en disidencia del Dr. Boggiano en el fallo mencionado, debido a que el ministro de la Corte manifiesta que estos tratados no sólo regulan las relaciones entre los Estados, sino que también se erigen como garantía para el requerido de que no será extraditado si no se está en presencia de lo dispuesto por el tratado en cuestión.

- La extradición activa, que es la vista desde la perspectiva del Estado requirente. Mientras que la pasiva, es aquella vista desde el Estado requerido y goza de un amplio desarrollo en nuestra ley.

- La extradición forzosa, es la que se ordena habiendo el requerido opuesto las excepciones que consideraba pertinentes; en contraposición con la voluntaria, en la que se prevé la posibilidad de que el sujeto preste su “libre y expreso” consentimiento a ser extraditado.

- Según el tipo de procedimiento, se puede distinguir a la extradición administrativa, que es aquella resuelta en el marco del Poder Ejecutivo donde interviene la autoridad administrativa designada para el caso, que por lo general será el Ministerio de Relaciones Exteriores. Este sistema es el clásico y es adoptado por el ordenamiento jurídico francés, por ejemplo.

En contraposición, encontramos la extradición judicial, donde sólo intervienen las autoridades judiciales, como sucede en el derecho inglés. Por último, existe un procedimiento ecléctico, el mixto, donde se combina la intervención de ambos poderes.

⁹ BIDART CAMPOS, Germán. “El derecho de la extradición”, Comentario al caso “Nadel, León y otro”, El Derecho, 152: 410, p. 4015.

Éste último es el adoptado por la ley argentina.

- Según la clasificación propuesta por Rapallini, al estar en presencia de la extradición de un nacional estamos frente a la llamada extradición normal en contraposición con la extradición de un tercero.¹⁰

B) Sujetos intervinientes

En la extradición se pueden evidenciar tres sujetos que interactúan. En primer lugar, el Estado requirente, que peticiona la extradición de una persona que ha cometido un delito dentro de su jurisdicción, para su juzgamiento o cumplimiento de una condena. En el fallo que estudiamos sería Brasil.

En segundo lugar, el Estado requerido, donde se encuentra físicamente el sujeto por el que se peticiona la extradición. En este fallo sería la República del Paraguay.

Y por último, el imputado o condenado.

C) Requisitos de procedencia

A los fines de evaluar la procedencia de un pedido de extradición, se debe evaluar la existencia de determinados requisitos.

Entre los Estados debe existir el principio de reciprocidad, por el cual ambos deben prestar el mismo grado de cooperación penal internacional en los casos de extradición o comprometerse a ello. Así, si un Estado le concede la extradición de un sujeto situado dentro de su territorio al Estado requirente, éste debe hacer lo mismo en un caso análogo.

Desde luego, en este caso nos encontramos con la existencia de un Acuerdo celebrado en el marco del proceso mercosureño que une a ambos Estados involucrados y que ha sido de aplicación a la hora de determinar los requisitos a cumplirse.

Uno de los requisitos es la existencia de doble tipicidad o doble incriminación. Se ha sostenido que este supuesto “no exige identidad normativa entre los tipos penales, lo relevante es que las normas del país

¹⁰ RAPALLINI, Lihiana Etel. “La extradición voluntaria y simplificada en la ley 24.767”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, n. 60, 1999, pp. 305-306.

prevean y castiguen en sustancia la misma infracción penal (CSJN Fallos: 315:575; 317:1725; 319:277, entre otros)”.¹¹

En adición, debe ser un delito que revista cierta gravedad, previéndose ciertos límites temporales en cuanto a la pena.

Sin embargo, las normativas suelen prever algunas excepciones a la procedencia que determinan el rechazo del pedido de extradición cuando, por ejemplo:

- la acción o la pena estén prescriptas;
- el sujeto requerido fue juzgado en rebeldía;
- cuando estemos en presencia de un delito político;
- en el supuesto en que se contraríe el principio de *ne bis in ídem*, al tratarse de una persona que ya ha sido juzgada en el Estado requerido o en otro Estado por el mismo hecho o si la persona es inimputable por la edad para el Estado requerido;
- ante la existencia de motivos fundados de que el requerido pueda ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y cuando el delito implique la pena de muerte en el Estado requirente y éste no se comprometa a no aplicar esa pena, entre otros.

Por último, se suele plasmar el principio de especialidad, por el que se prohíbe que el sujeto sea encausado por hechos anteriores o distintos de los que motivaron la extradición.

D) Arresto o detención preventiva con fines de extradición

Por otra parte, en estos procesos resulta fundamental la detención preventiva con fines de extradición, que consiste en la presentación cursada por vía diplomática cuando la urgencia del caso determina la imposibilidad de aguardar la formalización de una solicitud de extradición para iniciar el proceso.¹²

Reviste la naturaleza jurídica de una medida cautelar pudiendo transmitirse tanto por vía diplomática, como así también mediante circular de índice rojo de INTERPOL.

¹¹ De conformidad con <http://www.cooperacion-penal.gov.ar/extradición-pasiva>. Consultado en: 30 ago. 2020.

¹² Conforme página oficial: <http://www.cooperacion-penal.gov.ar/extradición-activa#10>. Consultado en: 30 ago. 2020.

La requisitoria en principio debería contener los siguientes datos:

- Sobre la persona y su eventual ubicación o paradero.
 - Descripción breve del hecho que contenga fecha, lugar de comisión y calificación legal del mismo.
- La pena que se prevé para el hecho que motiva el pedido y si se tratase de un condenado, el cómputo de la pena que resta cumplir.
- Una declaración acerca de la existencia de la orden judicial de captura vigente contra la persona reclamada, contando en ella los datos que permitan la individualización de la resolución correspondiente.
- Datos de la autoridad que emite el pedido con el compromiso expreso de solicitar la extradición.

En términos generales, el juez competente emitirá la orden si se cumple con el requisito de doble incriminación. Una vez operado el mismo, se comunicará mediante la vía diplomática la detención al Estado requirente y se oír al detenido dentro de las 24 hs. siguientes al arresto, corriendo el plazo para la presentación del pedido de extradición.

Si cumplido el plazo no se presentara, el detenido será liberado de manera inmediata.

E) La fuente convencional utilizada: el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR

El presente instrumento ha sido firmado en Río de Janeiro el 10/12/1998, entrando en vigor para Brasil el 01/01/2004 y para Paraguay el 25/01/2006.

En el primero de sus artículos se establece el principio de obligatoriedad de la entrega de “las personas que se encuentren en sus respectivos territorios y sean requeridas por las autoridades competentes de otro Estado Parte, para ser procesadas por la presunta comisión de algún delito, para que respondan a un proceso en curso o para la ejecución de una pena privativa de libertad”.

Acto seguido, se establecen los requisitos que deberán revestir los delitos que dan lugar a la extradición:

- Doble tipicidad: tipificado en las leyes del Estado Parte requirente y el requerido.

- Delitos punibles con pena con duración máxima no inferior a dos años.
- Que la pena restante de cumplimiento no sea menor a 6 meses.
- En el caso de delitos conexos bastará con que uno de ellos cumpla con estos requisitos.
- Cuando la calificación del hecho constitutivo del delito sufra modificaciones *a posteriori* durante el proceso, la acción no proseguirá a menos que la nueva calificación permita la extradición.
- No se concederá la extradición en el caso de delitos políticos o conexos a ellos.
- No se consideran políticos: el atentado contra la vida o la acción de dar muerte a un Jefe de Estado o de Gobierno o a otras autoridades nacionales o locales o a sus familiares; el genocidio, los crímenes de guerra o los delitos contra la humanidad en violación de las normas del Derecho Internacional; los actos de naturaleza terrorista que, a título ilustrativo, impliquen alguna de las siguientes conductas: i) el atentado contra la vida, la integridad física o la libertad de personas que tengan derecho a protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos; ii) la toma de rehenes o el secuestro de personas; iii) el atentado contra personas o bienes mediante el uso de bombas, granadas, proyectiles, minas, armas de fuego, cartas o paquetes que contengan explosivos u otros dispositivos capaces de causar peligro común o conmoción pública; iv) los actos de captura ilícita de embarcaciones o aeronaves; v) en general, cualquier acto no comprendido en los supuestos anteriores cometido con el propósito de atemorizar a la población, a clases o sectores de la misma, atentar contra la economía de un país, su patrimonio cultural o ecológico, o cometer represalias de carácter político, racial o religioso; vi) la tentativa de cualquiera de los delitos previstos en este artículo .
- No procede la extradición por los delitos de naturaleza militar; por beneficiados por indulto, amnistía, o haya obtenido gracia por el Estado requerido; si tuviera que ser condenada o juzgada por un tribunal de excepción o *ad hoc* en el Estado requirente; cuando la persona reclamada sea menor a 18 años al tiempo de la comisión del hecho; cuando su cumplimiento sea contrario a la seguridad, al orden público u otros intereses esenciales para el Estado Parte requerido.

- La nacionalidad de la persona reclamada no podrá ser invocada para denegar la extradición, salvo que una disposición constitucional establezca lo contrario.
- No podrá aplicarse la pena de muerte o la pena privativa de libertad a perpetuidad.
- Principio de Especialidad: la persona entregada no será detenida, juzgada ni condenada en el territorio del Estado Parte requirente por otros delitos cometidos con anterioridad a la fecha de la solicitud de extradición y no contenidos en ésta, salvo que concurren excepciones específicas establecidas en el artículo 14.

Dentro de las excepciones a la procedencia del pedido de extradición se encuentra en el artículo 9 previsto el supuesto de que la acción o la pena estuvieren prescriptas conforme a la legislación del Estado Parte requirente o del Estado Parte requerido.

Justamente, en torno a esta disposición gira la discusión desatada en el fallo comentado.

Por otra parte, la persona requerida goza del derecho de defensa como así también deberá computarse el periodo de cumplimiento de la pena en el Estado requerido al plazo que deberá cumplir en el requirente.

En relación al procedimiento:

- La solicitud se cursará por la vía diplomática.
- Se deberá acompañar original o copia de la orden de prisión o resolución equivalente o de la sentencia condenatoria o un certificado de que la misma no fue totalmente cumplida y del tiempo que faltó para su cumplimiento.
- Los documentos estarán exentos de legalización o formalidad análoga y deberán estar traducidos al idioma del requerido.
- El Estado requirente cuenta con un plazo de 45 días, con más una prórroga de 20 días a fin de subsanar los requerimientos del requerido.
- El Estado requirente cuenta con un plazo de 30 días a fin de retirar a la persona reclamada una vez concedida la extradición.
- El Estado requirente podrá solicitar la detención preventiva, con fines de extradición a través de la vía diplomática o por INTERPOL, la que deberá ser cumplida por el Estado requerido. Si en el plazo de 40 días no se presenta formal solicitud de extradición la persona será liberada.

Asimismo, establece prescripciones en torno a la entrega de bienes (artículo 24), solicitudes concurrentes de extradición sobre una misma persona (artículo 25), el deber de cooperación en la facilitación del tránsito de personas extraditadas (artículo 26), extradición simplificada o voluntaria (artículo 27).

Idénticas previsiones se establecen en el *Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile*, celebrado en Río de Janeiro el 10 de diciembre de 1998, ratificado por Brasil, Uruguay, Bolivia, Chile, Paraguay y adherido por Ecuador, con las respectivas entradas en vigor en fecha: 11 de abril de 2005, para los tres primeros, 18 de enero de 2012, 02 de diciembre de 2006 y 01 de diciembre de 2006.¹³

VI. Conclusiones

En primer término, vale aclarar que no corresponde en el procedimiento de extradición la revisión de los aspectos probatorios valorados por el juez extranjero que habrían justificado la orden de detención y/o posterior pedido de extradición.

El trámite de extradición no constituye un juicio en sentido propio pues el régimen legal y convencional aplicable no involucra el conocimiento del proceso en el fondo, ni decisión alguna sobre la responsabilidad penal o no del individuo requerido en los hechos que dan lugar al reclamo.

Ambos Estados involucrados en la jurisprudencia analizada se encuentran unidos en la fuente convencional por el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR, emitido en el marco del mencionado proceso de integración. Por lo que se encuentra ajustada a derecho la decisión al aplicar la fuente correcta para el análisis de los requisitos a fin de ponderar la procedencia o no del pedido de extradición.

A tales fines, hemos visto que uno de los requisitos consiste en la verificación del criterio de “doble incriminación”, que no implica que deban existir identidad normativa entre los tipos penales en juego entre el Estado requerido y el requirente, sino que lo relevante es que las normas

¹³ Conforme la página oficial del MERCOSUR, disponible en: http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=. Consultado en: 4 dic. 2020.

de aquellos castiguen en sustancia la misma infracción penal.

Esta circunstancia, conjuntamente con los demás requisitos se encuentran presentes en el caso *sub examine*.

Sin embargo, en este fallo la discusión gira en torno a la verificación de uno de los supuestos de procedencia, como lo es la extinción de la acción penal por prescripción de conformidad con la normativa del Estado requerido o del Estado requirente.

A tales fines, resulta relevante que la solicitud de extradición de un imputado contenga referencias específicas acerca de la fecha en que se cometió el hecho delictivo, una explicación acerca de las razones por las cuales la acción penal no se encuentra extinta y el texto de las normas penales y procesales aplicables al caso en cuanto estén vinculadas al extremo en cuestión.

Para este caso puntual, la inexistencia de prescripción ha sido ponderada de conformidad con la ley del Estado requerido (Paraguay), dado que en consonancia con lo previsto en la fuente convencional de aplicación basta con que la acción penal subsista en por lo menos una de las legislaciones, ya sea la del Estado requirente o la del requerido para que proceda la extradición.

Ahora bien, cabe preguntarnos qué sucedería si se encontrase prescripta la acción de conformidad con la ley del Estado requirente, ¿acaso no sería un contrasentido declarar procedente una extradición cuando el país al que sería trasladada el sujeto no tiene motivos para continuar con el proceso ya que la acción penal (o la pena) no se encuentra vigente de conformidad con su propia normativa?

Estos interrogantes nos motivan a pensar en soluciones que no solo favorezcan la prestación de cooperación internacional, sino que también guarden equilibrio con los criterios de razonabilidad en la solución, lo que redundará, nada más ni nada menos, que en la defensa de las garantías de la persona requerida y favorece la seguridad jurídica.

EL TRASLADO DE CONDENADOS EN LA NORMATIVA DEL MERCOSUR

Tribunal de Apelaciones en lo Penal - Segunda Sala - “Solicitud de traslado del ciudadano paraguayo Juan Domingo Viveros Cartes”, 16/03/16

*Matías Benedit**

Sumario: I. Breve aproximación al tema; II. Marco normativo; III. Los hechos del caso; IV. La decisión judicial. V. Análisis del caso; VI. Conclusiones.

I. Breve aproximación al tema

En la tramitación de un Exhorto por el cual se solicitaba el traslado de un ciudadano de nacionalidad paraguaya, condenado por la Justicia brasileña, desde la República Oriental del Uruguay a la República del Paraguay, la invocación de distintos tratados potencialmente aplicables al caso, trajo como consecuencia la imposibilidad de materializar el traslado y la consecuente liberación del detenido.

II. Marco normativo

- Tratado de Montevideo sobre Derecho Penal Internacional 1889.
- Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, Managua 1993.

* Abogado (UADE), Especialista en Derecho Ambiental (UB), Magister en Derecho y Economía (UTDT), Doctorando (USAL), Profesor de Derecho Internacional Privado (UBA y USAL), Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración (UBA).

- Protocolo de Asistencia Jurídica en Asuntos Penales, San Luis 1996.
- Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados partes del MERCOSUR, Belo Horizonte, 2004.

III. Los hechos del caso

El Señor Juan Domingo Viveros Cartes, ciudadano paraguayo, había sido condenado por la comisión de ilícitos por parte del Poder Judicial del Estado de Mato Grosso, Comarca de Comodoro de la República Federativa de Brasil y se encontraba detenido en la República Oriental del Uruguay. En este último país había cometido otros hechos ilícitos y estaba cumpliendo la condena por los mismos.

En el contexto de cumplimiento de su condena, el Señor Viveros Cartes solicitó en el año 2013 el traslado a la República de Paraguay, el cual fue otorgado en el año 2014 con la condición de hacerse efectivo una vez cumplidas las sanciones impuestas por los delitos cometidos en la República Oriental del Uruguay.

Finalmente, en diciembre de 2015 se libró el correspondiente exhorto por parte de la justicia uruguaya, el cual fue recibido por la justicia paraguaya el día 11 de enero de 2016, por lo que, a partir del día 12 de febrero de 2016 comenzó a correr el plazo de 30 días para la instrumentación del cumplimiento del exhorto.

Con fecha 1° de febrero de 2016, se dictó una resolución tomando nota de la comunicación efectuada el día 28 de enero de 2016 por parte del Jefe de Departamento de INTERPOL OCN Asunción en la que informaba los nombres de los oficiales que viajarían a Uruguay a buscar y acompañar al Sr. Viveros Cartes así como la determinación de los costos que generaría la operación.

El defensor del Sr. Viveros Castro interpuso una apelación contra la resolución que tomaba nota de la información de INTERPOL sosteniendo que la resolución hacía referencia a “extradición” y no a “traslado”. Explicaba en su presentación que son dos institutos distintos, regulados por Convenciones distintas y por lo tanto es incorrecto utilizar uno cuando corresponde el otro.

Debido al tiempo que demoró la tramitación de este problema procesal se cumplió el plazo de 30 días y la Justicia uruguaya ordenó la liberación del Sr. Viveros Cartes.

IV. La decisión judicial

La decisión del Tribunal de Apelación fue hacer lugar a la apelación en subsidio planteada y al mismo tiempo declararla inoficiosa por haber devenido abstracta la discusión para el caso concreto por la liberación del Sr. Juan Domingo Viveros Cartes.

V. Análisis del caso

En el presente caso nos encontramos con un problema recurrente del derecho internacional que consiste en el estudio de la articulación de las fuentes del derecho internacional.¹ Específicamente, el problema surge de la superposición de tratados internacionales de cooperación internacional² aplicables al mismo caso. En materia de cooperación penal los países de la región se encuentran vinculados tanto por acuerdos bilaterales como multilaterales.³

Puntualmente se presenta el conflicto en la implementación de una solicitud de traslado de un condenado (el Sr. Viveros Cartes). Como explica Klein Vieira⁴ este se trata de un instituto relativamente reciente, en especial en el marco del MERCOSUR y, más aún, para organismos colaboradores de la Justicia. Si bien, como explica la autora, el instituto se viene utilizando, especialmente en Europa desde el siglo pasado, demuestra la poca atención que se le presta al mismo que, en una publicación de las Naciones Unidas⁵ en que se detallan temas relativos a la cooperación jurisdiccional internacional en materia penal, asilo, extradición y traslado para producción de pruebas no se lo incluye ni trata.

El instituto de Traslado de Condenados es diferente a la

1 WEINBERG, Inés M. *Derecho Internacional Privado*, 4ª Ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 5.

2 SCOTTI, Luciana B. *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2ª Ed., Buenos Aires, La Ley, 2019, p. 1079.

3 SOTO, Alfredo M. *Temas del Derecho de la Integración*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2010, p. 110.

4 KLEIN VIEIRA, Luciane. "MERCOSUR y Cooperación Internacional. El traslado de condenados", *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, n. 1, Nov 2014, IJ-LXXXIV-29.

5 *Manual de asistencia recíproca y extradición*, Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, Viena 2012.

tradicional extradición en la cual un Estado solicita a otro que disponga el traslado de una persona a los efectos de ser sometida a un proceso penal o al cumplimiento de una condena dictada en el Estado requirente, sin importar la voluntad del sujeto a ser extraditado.⁶ El traslado, por su parte, como explica Klein Vieira, se da en los supuestos en los que un sujeto que fue condenado en un Estado, puede no ser nacional o residente de este país, lo que llena de elementos de extranjería a la relación entablada y posibilita la toma de medidas procesales para trasladarlo al país de origen, que será el de ejecución de la pena.

Como ya fuera indicado, en oportunidad de dictar el correspondiente proveído y ordenar el libramiento de un oficio para instrumentar los pasos necesarios para cumplir con el procedimiento de traslado del Sr. Viveros Cartes, condenado en un proceso judicial en Brasil, el abogado del condenado presentó recurso de reposición con apelación en subsidio. El fundamento del recurso radica en que en la nota de INTERPOL se señala “la materialización de la extradición”, concepto reforzado por la referencia de “el extraditabile *Juan Domingo Viveros Cartes*”. El abogado del condenado sostiene que existe un error formal en el exhorto ya que en el caso no se estaría frente una extradición sino un traslado de condenado.

De este modo, lo que se infiere de la presentación efectuada es que sólo correspondería la aplicación de los tratados que traten éste tema específico y no los demás tratados en materia de cooperación penal internacional.

La consecuencia que podría derivarse, según el razonamiento del defensor del Sr. Viveros Cartes, sería que en lugar de aplicarse el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas se aplicara algún otro tratado de colaboración penal vigente entre los estados paraguay y uruguayo.

Se puede sostener que la existencia de los tratados internacionales, en particular cuando éstos se relacionan con efectos directos sobre personas humanas, más en materia penal en la que se encuentra presente el impacto de los Derechos Humanos, tiene la potestad de generar responsabilidad internacional en cabeza de los Estados que no cumplan con los términos de la norma correspondiente⁷ y, por lo tanto, si la

6 NIEBUHR, Agustín L. “Cooperación internacional en materia penal”, en: GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Errepar, 2015, p. 1007.

7 GARCÍA MARTÍNEZ, María del Pilar. “El hombre y el derecho internacional”, en: TRAVIESO, Juan Antonio;

norma que se termina aplicando es una norma que no debía regir el caso sino supuestos diferentes, se puede entender que existe una incorrecta aplicación del derecho internacional, con la potencialidad de generar tal responsabilidad internacional. No se debe olvidar que la protección de los valores democráticos y de los Derechos Humanos es una base fundamental del MERCOSUR.⁸

El instituto de traslado de condenados ha sido utilizado en países como Colombia para conseguir que nacionales de dicho país que estaban condenados en la República Popular China y que esperaban el cumplimiento de la pena de muerte fueran trasladados al primero y luego conmutar la condena a muerte por prisión.⁹

El fundamento de este instituto radica en razones humanitarias, especialmente, se sugiere que si la finalidad de la condena apunta a la reinserción social de quienes cometieron actos delictivos, entonces se plantea que un extranjero en un sistema carcelario ajeno a su nacionalidad va a implicar desafíos de adaptación a la realidad de dicha sociedad que pueden ser muy difíciles para un extranjero, por otro lado, prepararse para adaptarse a una realidad diferente a la suya y, por lo tanto va a tener mayor dificultad para hacerlo y por último, la posibilidad de que familiares y amigos del condenado puedan visitarlo a fin de ayudar a su reinserción.¹⁰ Así permitirle ser trasladado al Estado del cual es nacional (o en algunos instrumentos el Estado en el cual tiene su domicilio o su residencia habitual) tendrá como resultado que el proceso de cumplimiento de la condena le sea más fácil y, por ende, van a existir mayores posibilidades de reinserción social.¹¹

Esta idea por su parte ha recibido ciertas críticas¹² ya que se entiende que si bien el concepto de reinserción social está presente

CAMPI, Germán Ciro. *El derecho internacional público. Su ingeniería y arquitectura en el siglo XXI*, 1ª Ed., Buenos Aires, Albrecht, 2016, p. 40.

8 DEL CASTILLO, Lilian. *El Derecho Internacional en la Práctica Argentina*, 1ª Ed., Buenos Aires, Errepar, 2012, p. 108.

9 CHACON BARAJAS, Judy Smith. *La repatriación de colombianos en el exterior*, Trabajo de investigación en la Especialización en Derechos Humanos y Defensa ante sistemas internacionales de protección, Facultad de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada, 2016. Disponible en: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/14746/JudySmithChaconBarajas2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Consultado en: 20 ago. 2020.

10 MULLER-RAPPARD, Ekkehart. "The Transfer of Sentenced Persons - Comments on the Relevant Council of Europe Legal Instruments", *Pace Yearbook of International Law*, 3, 1991, pp. 155-166. HeinOnline.

11 SICOMO, Donatella. *La disciplina sul trasferimento dei detenuti in Italia all'estero*. Disponible en: <https://www.giambronelaw.com/site/blog/corporate-blog/il-trasferimento-dei-detenuti-dallestero-in-italia>. Consultado en: 15 ago. 2020.

12 DE WREE, Eveline, et al. "The transfer of sentenced persons in Europe: Much ado about reintegration", *Punishment and Society*, v. 11, n. 1, January 2009, pp. 111-128. HeinOnline.

como referencia orientadora de todos los acuerdos vinculados con la colaboración penal internacional, la sola mención no garantiza que ello vaya a ocurrir. De hecho puede suceder que el país en el cual el sujeto haya sido condenado posea un sistema penitenciario más avanzado y que tenga más herramientas para poder ayudar en el proceso de reinserción social. Podríamos imaginar que en ese caso el condenado preferiría mantenerse en dicho sistema y no volver al de su país, sin embargo, el regreso a su lugar de origen puede ser una forma de tomar contacto con antiguos cómplices o incluso puede ser un lugar desde el cual sea más fácil escapar.

Como ya indicara, el instituto de traslado de condenados al país del cual son nacionales es un instituto relativamente novedoso, especialmente en el ámbito del MERCOSUR y los acuerdos firmados por los países de la región para la implementación del mismo tienen por objeto la simplificación de su ejercicio.¹³

El otorgamiento del traslado, en el ámbito mercosureño, requiere que se encuentren presentes los siguientes elementos:¹⁴ 1. que exista una condena; 2. el consentimiento fehaciente del condenado que será trasladado; 3. que se trate de delitos reconocidos en ambos países; 4. que sea nacional del Estado receptor; 5. que no haya sido condenado a pena de muerte o prisión perpetua; 6. que el tiempo de condena por cumplir sea superior al plazo de un año; 7. que la condena no sea contraria a los principios del orden público del Estado receptor y 8. que ambos Estados estén de acuerdo con el traslado. También se requiere que el traslado haya sido solicitado por el Estado sentenciador, por el Estado receptor, por la persona condenada o un tercero en su nombre.¹⁵

Con relación a estos requisitos, el propio fallo analizado hace referencia al Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del MERCOSUR, señala que el mismo entró en vigor para la República del Paraguay mediante la ley 3536/2008¹⁶ y analiza si efectivamente se dio cumplimiento a cada uno de los requisitos para llegar a la conclusión de que, efectivamente, todos los requisitos exigidos por la norma se han cumplido. Es basado en este fundamento que considera

13 DELUCA, Santiago. *Traslado internacional de condenados*, La Ley 2009-E, 790.

14 GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*, 10ª ed. Actualizada por PERUGINI ZANETTI, Alicia, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.

15 SOTO, Alfredo M.; FLOREAL GONZÁLEZ, Flavio. *Manual de derecho de la integración*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley N° 2016, p. 363.

16 Gaceta Oficial de la República del Paraguay 14/07/2008.

que el recurso planteado es improcedente, en especial, debido a que la propia defensa del condenado había solicitado el traslado.

El cumplimiento de los requisitos, en los términos indicados por el tribunal, demuestra que, si bien la oficina de INTERPOL cometió un error al llamar “extradición” al traslado, la realidad de lo que se estaba instrumentando era precisamente un traslado y no una extradición. De modo tal que, claramente no existía en el caso concreto un conflicto entre la aplicabilidad de distintos cuerpos normativos. Si efectivamente no se estuviera cumpliendo con los requisitos del Acuerdo o si la materialización del traslado en el contexto del acuerdo de traslado fuera diferente e implicara una vulneración de derechos al Sr. Viveros Cartes, tendría sentido cuestionar la determinación de la fuente convencional aplicable.

Es cierto también que, si se entendiera que la sólo mención del término “extradición” implica que el Acuerdo de traslado de condenados deja de ser aplicable, no hay fuentes normativas supletorias que regulen el mismo supuesto.

El problema que genera la liberación por parte de la justicia de la República Oriental del Uruguay ante la frustración de la medida de traslado se relaciona con un antiguo cuestionamiento respecto a si es mejor que 10 personas culpables de cometer un delito obtengan su libertad para garantizar que la seguridad y eficiencia de los procedimientos legales asegure que ningún inocente sea condenado. La presunción de inocencia, los inconvenientes probatorios y la protección de las personas frente al poder estatal son fundamentos para sostener una respuesta afirmativa.¹⁷ Como contracara de dicha postura podemos encontrar¹⁸ una cita de Beccaria que sostenía que la persuasión de no encontrar ningún lugar sobre la tierra donde el crimen pueda quedar impune es la forma más efectiva de prevención.

Un problema adicional que, podemos imaginar ya que de las constancias de autos no surgen datos, se presenta en el caso concreto con relación al interés por parte de la Justicia brasileña. Efectivamente, la solicitud de traslado se efectuó a la Justicia uruguaya toda vez que el Sr. Viveros Cartes se encontraba detenido en este país debido a hechos

17 HALVORSEN, Vidar. “Is it Better That Ten Guilty Persons Go Free than That One Innocent Person Be Convicted?”, *Criminal Justice Ethics*, v. 23, n. 2, Summer/Fall 2004, pp. 3-13. HeinOnline.

18 FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. *Derecho Internacional Privado y de la Integración*, 5ª Reimpresión, Buenos Aires, La Ley 2012, p. 579.

ilícitos diferentes de aquellos por los cuales fue condenado en Brasil. La Justicia uruguaya no estaba de acuerdo con ordenar el traslado a la República del Paraguay para permitir que el condenado en el país oriental cumpliera su condena en el extranjero, criterio que surge de la declaración “una vez cumplidas las sanciones impuestas por los delitos cometidos en el Uruguay”. De modo que es claro que, en los términos del Acuerdo no estaba dado el requisito del inc. 8 del art. 3 ya que no había aprobación por parte del Estado sentenciador y el Estado receptor. Esta actitud adoptada por la Justicia uruguaya es acorde con las decisiones políticas que suele tomar dicho Estado ya que, como señala Klein Vieira en su trabajo antes referido, en coincidencia con Deluca, la República Oriental del Uruguay no ha firmado acuerdos bilaterales con ninguno de sus vecinos y socios en el MERCOSUR sobre la materia de traslado de condenados.

El tema es que, una vez cumplida la condena por los delitos cometidos en la República Oriental del Uruguay, aún restaba el cumplimiento de la condena recibida en Brasil. Por lo que, técnicamente, de base, existió un problema respecto a la aplicabilidad del Acuerdo ya que, según las calificaciones autárquicas incluidas en el art. 1, el Estado sentenciador es el Estado Parte del Acuerdo en el que se ha dictado una sentencia de condena y desde el cual la persona condenada es trasladada. Es decir, en este caso la medida de cooperación en materia penal que correspondía, sí era una extradición pero la misma no debía tener como destino la República del Paraguay sino la República Federativa de Brasil.

Como se mencionó antes, de la decisión analizada no surge información respecto a la conducta por parte de la Justicia brasileña, pero es dable suponer que si la misma tuvo conocimiento de la solicitud del Sr. Viveros Cartes de traslado en carácter de condenado a la República del Paraguay, entonces no solicitó la extradición a la Justicia uruguaya del condenado hacia Brasil. El tema es que, en los términos del art. 11 del Acuerdo el Estado sentenciador (en el caso la República Federativa de Brasil) conserva plena jurisdicción para la revisión de las sentencias dictadas por sus tribunales.

Es decir, la Justicia brasileña conserva el principal interés en el cumplimiento de la condena por ella dictada contra el Sr. Viveros Cartes.

De este modo podría corresponder un análisis de la eventual responsabilidad que le podría caber al Estado paraguayo por su negligencia en la materialización del procedimiento internacional.

VI. Conclusiones

El surgimiento de institutos internacionales suele requerir períodos de ajuste y durante dicha etapa es común que ocurran equivocaciones. Sin embargo, teniendo en cuenta que en el contexto de los sistemas de integración se busca la generación de beneficios mutuos entre los Estados que excedan las meras ventajas económicas, el cuidado que deben prestar los operadores judiciales a la normativa internacional debe ser mayúsculo.

El delito internacional es un flagelo que afecta a todos los países. El Sr. Viveros Cartes condenado en al menos dos países, ambos de mismo sistema regional, demuestra que la actividad criminal no conoce fronteras.

La profundización en la cooperación buscada en acuerdos internacionales y, especialmente regionales, implica pasos en la dirección correcta para reconocer que los paradigmas tradicionales respecto al alcance de la soberanía son insuficientes para los desafíos que presenta la realidad actual.

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS DEL MERCOSUR EN UNA EXTRADICIÓN PASIVA DE PARAGUAY

Corte Suprema de Justicia de Paraguay, “Acción de
inconstitucionalidad de C.B.R. c/art. 19 de la Ley N°
1061/97 y art. 29 de la Ley N° 2753/2005”, 6/11/13

*Ana Belén Zacur**

Sumario: I. Breve aproximación al tema; II. Marco normativo: 1. Convención de Montevideo de 1933 sobre extradición, 2. MERCOSUR; III. Los hechos del caso; IV. La decisión judicial; V. Análisis del caso: 1. Fuentes referidas en la sentencia, 2. Detención preventiva con fines de extradición; VI. Conclusiones.

I. Breve aproximación al tema

Para comenzar a abordar la temática planteada, se propone un somero análisis de las instituciones que hacen a la extradición y a la cooperación penal en sus diferentes grados y requisitos. El análisis del caso y de las normas que resultaron aplicables se hará desde la perspectiva del ordenamiento jurídico argentino, especialmente, de fuente convencional, en atención a la vinculación con Paraguay. En consecuencia, se abordarán los instrumentos que obligan a estos Estados dentro del ámbito del MERCOSUR, como así también en otros ámbitos codificadores internacionales o regionales.

* Jefa de Trabajos Prácticos de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de José C. Paz, Universidad de San Isidro y Universidad de Palermo (Argentina). Maestranda en Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires.

No es novedad que la libre circulación de bienes, los flujos migratorios, el desarrollo de los medios de transporte -que facilitan el desplazamiento de las personas- y el desarrollo tecnológico -que permite perpetrar delitos por medios electrónicos- han dado lugar a que, con mayor frecuencia, se produzcan situaciones susceptibles de causar conflictos transfronterizos. En materia penal, el crimen transnacional no conoce fronteras, circunstancia que torna necesaria la elaboración de procedimientos que resulten eficaces y ágiles para combatirla.

En este sentido, Scotti¹ ha afirmado que:

los delitos con características transnacionales tales como el terrorismo, el lavado de activos de origen ilícito, la trata de personas y el tráfico de estupefacientes han provocado que herramientas como la cooperación jurídica entre Estados se tornen imprescindibles. La capacidad de movilización de bienes y personas ha cambiado radicalmente en los últimos años, las organizaciones criminales ya no actúan solamente en un país, sino que poseen algún tipo de contacto interestatal (ya sea al preparar el crimen, ejecutarlo o al ocultarse u ocultar rastros), y proliferan a un ritmo vertiginoso.

En el mismo orden de ideas, Tellechea Bergman señala que:

hoy en día son muy frecuentes en nuestra región los actos delictivos caracterizados por esta suerte de ubicuidad con la cual se desarrolla el proceso ejecutivo del delito que se sitúa en diferentes territorios nacionales. Es el caso de la nueva criminalidad que causa la crisis de nuestra cultura sociopolítica, fenómeno no solo internacionalizado sino de características transnacionales. Esta transnacionalización es, sin duda, el aspecto más importante, la nota más saliente de la criminalidad organizada contemporánea, ante la cual los Estados aislados quedan reducidos a una virtual impotencia.²

Actualmente, la cooperación judicial internacional en materia penal se ha hecho más fluida gracias a los procesos de integración, al desarrollo de los medios de comunicación y a la coordinación de los operadores jurídicos que intervienen en este tipo de procesos.

1 SCOTTI, Luciana B. *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2017, pp. 452 ss.

2 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "La cooperación jurisdiccional internacional en el ámbito interamericano y del MERCOSUR, con especial referencia al derecho uruguayo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número conmemorativo.

En virtud del grado de afectación de las garantías individuales que la medida requerida pueda producir, se han diferenciado tres niveles de cooperación: en el primer nivel, se encuentran comprendidas aquellas medidas más sencillas y que no producen afectación alguna de garantías y derechos de los individuos, tales como la solicitud de documentación (judicial o extrajudicial), el requerimiento de información, la notificación de resoluciones judiciales y la citación a audiencias. En el segundo grado o nivel de asistencia se incluyen la solicitud de remisión de documentación en poder de particulares, ciertas pericias sobre personas o empresas, citaciones a personas acusadas o el pedido de información personal, entre otras. Entre las medidas de tercer nivel, que avanzan sobre los derechos y garantías de personas en pos de la búsqueda de la verdad material y en el marco de una investigación, pueden mencionarse los allanamientos de inmuebles, las requisas de personas, la interceptación de correspondencia y de comunicaciones telefónicas, el embargo, secuestro y decomiso de objetos.

Por otro lado, se ha entendido que el instituto de la detención preventiva y el de la extradición merecen un tratamiento diferenciado dada la entidad que han adquirido en los últimos años.³

La extradición ha sido concebida como un instituto independiente y clásico de la cooperación internacional entre los Estados en materia penal.⁴ Se trata de un procedimiento por el cual un Estado -denominado requirente- solicita a otro -denominado Estado requerido- la entrega de una persona sobre la que recae una orden de aprehensión dictada por las autoridades del Estado requirente o, en algunas ocasiones, en virtud del dictado de una sentencia condenatoria.

Se trata de un procedimiento especial que tiene la finalidad de hacer efectivo más allá de las fronteras el sistema penal. Sería muy sencillo -e injusto- que una persona por el hecho de cruzar una frontera nacional pudiera evadir las consecuencias impuestas por la ley penal de un determinado Estado y ya no pudiera ser procesada. En virtud de ello, podemos decir que se trata de un mecanismo con el que cuentan los Estados para lograr hacer eficiente su sistema penal al permitir efectivizar una orden de aprehensión o, en su caso, una sentencia condenatoria en el extranjero.

3 Disponible en: <http://www.cooperacion-penal.gov.ar/asistencia-jur%C3%ADdica-internacional-en-materia-penal>. Consultado en: 4 dic. 2020.

4 GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría pluralista del mundo jurídico*, 10ª Ed. Actualizada por PERUGINI ZANETTI, Alicia M., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 1039 ss.

Del Carril ha definido a la extradición como:

una manifestación de voluntad que se expresa externamente, cuyo objeto consiste en la entrega o traslado forzoso de una persona desde un territorio estatal a otro, fundado en la existencia de un tratado bilateral o multilateral o de una ley interna que imponen la obligación de extraditar, a causa de la presunta o cierta comisión anterior por parte de la persona requerida de una infracción punible cuyo juzgamiento o castigo es de competencia del Estado requirente.⁵

Operti, por su parte, entiende que se debe ubicar a la extradición dentro del Derecho Internacional General, cuyos protagonistas son los Estados y no los particulares. El célebre catedrático uruguayo agrega que la extradición está desligada de la asistencia penal porque responde a principios diversos.⁶

Es posible afirmar, siguiendo a Scotti, que “[l]a extradición es un instituto que representa la máxima expresión de la cooperación jurídica internacional en la lucha contra el delito *transnacional*”.⁷

Sobre su fundamento, Del Carril ha expresado que:

la extradición internacional constituye un acto de asistencia jurídica internacional cuyo fundamento radica en el interés común a todos los Estados de que los delincuentes sean juzgados, y eventualmente castigados, por el país a cuya jurisdicción corresponde el conocimiento de los respectivos hechos delictuosos, sin admitirse otros reparos que los derivados de la soberanía de la Nación requerida y de las leyes o tratados que rigen el caso.⁸

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha sostenido al respecto que “la extradición es un acto de asistencia jurídica internacional cuyo fundamento radica en el interés común a todos los Estados de que los delincuentes sean juzgados, y eventualmente

5 DEL CARRIL, Enrique; DELUCA, Santiago. “La extradición en el ámbito del MERCOSUR”, *Revista de Derecho Penal*, t. 2003 M, 17, 2003, El Derecho, Cita online: ED-DCCLXVI-761, p. 2.

6 OPERTTI, Didier. “Características de la moderna cooperación penal internacional en asuntos penales con especial referencia a los últimos desarrollos convencionales en el ámbito multilateral y bilateral”, en: *Curso de cooperación penal internacional*, 1994, pp. 219 ss.

7 SCOTTI, Luciana, op. cit.

8 DEL CARRIL, Enrique; DELUCA, Santiago, op. cit., p. 2.

castigados, por el país a cuya jurisdicción corresponde el conocimiento de los respectivos hechos delictuosos (...) El criterio judicial en el trámite de extradición debe ser favorable al propósito de beneficio universal que tiende a perseguir el juzgamiento de criminales o presuntos criminales, no admitiendo, por tal circunstancia, otros reparos que los derivados de la soberanía de la Nación requerida y de las condiciones fundamentales escritas en leyes y tratados”.⁹

En relación con el procedimiento, cabe mencionar que la extradición tramitaba, tradicionalmente, por la vía diplomática. No obstante, los diversos instrumentos internacionales han previsto un mecanismo especial en el cual adquieren un rol protagónico las denominadas autoridades centrales designadas por cada uno de los Estados. En la Argentina, la Autoridad central designada en el marco de los tratados vigentes es la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (salvo en algún caso particular en el cual se ha designado como autoridad central al Ministerio de Justicia).¹⁰ En este contexto, la asistencia de estas autoridades surge como una respuesta a la necesidad de simplificar procedimientos y agilizar la cooperación internacional.

Respecto al modo de encausar un pedido de cooperación de este tipo, cabe señalar que la solicitud de extradición suele formalizarse a través de un formulario¹¹ en el cual se vuelca cierta información considerada relevante: autoridad que emite el pedido; proceso en el que se emite; persona a la que se refiere el pedido; descripción del hecho que se investiga; la transcripción de las normas que tipifican el delito imputado y que establecen la escala penal; la declaración sobre prescripción, y, en caso de no existir tratado internacional aplicable, el ofrecimiento de reciprocidad, entre otras.

Por otro lado, según la óptica del Estado que solicita o que recibe el pedido de extradición, pueden presentarse dos variantes: la extradición activa y pasiva.

Desde nuestra perspectiva, se denomina extradición activa al proceso fundamentalmente jurisdiccional a través del cual se sustancia la petición que efectúa la República Argentina a otro Estado para que

9 CSJN. “Gómez Gómez, Alfredo y González, Sebastián Ignacio s/ extradición”, del 16/10/2001, Fallos: 324:3484.

10 Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales con los Estados Unidos de América, en el cual la Autoridad Central designada es el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

11 Disponible en: <http://www.cooperacion-penal.gov.ar/modelos-de-solicitud>. Consultado en: 4 dic. 2020.

una persona le sea entregada con la finalidad de que sea sometida a un proceso o para que cumpla una pena privativa de la libertad ya impuesta por autoridades jurisdiccionales argentinas.

En cambio, se denomina extradición pasiva al proceso en el cual la solicitud de extradición es realizada por un Estado extranjero a la República Argentina para que una persona le sea entregada con el objeto de ser sometida a un proceso o para que cumpla una pena privativa de la libertad impuesta por autoridades jurisdiccionales extranjeras.

Al estar frente a un pedido de extradición, deberá considerarse, en primer término, si existe un tratado internacional aplicable o no, puesto que, en caso de que así suceda, el tratado o convenio determinará cuáles son las condiciones de procedencia, improcedencia y rechazo de la extradición.

Por otro lado, cabe señalar que, en materia de extradición, la Argentina cuenta con la Ley N° 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal y que, de acuerdo con la prelación normativa consagrada en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, los tratados internacionales gozan de jerarquía superior a las leyes nacionales y demás normas inferiores. Por lo tanto, las disposiciones de la Ley mencionada serán desplazadas en la medida que resulte de aplicación alguna de las fuentes internacionales vigentes en nuestro sistema jurídico.

II. Marco normativo

Para que la cooperación fluya, adquiere especial relevancia la concertación por parte de los Estados de instrumentos internacionales que permitan la coordinación entre los distintos ordenamientos jurídicos y que, a su vez, consagren la obligación internacional de cooperar.

Con relación al tratamiento de la materia penal, y más específicamente en el marco de la lucha contra las nuevas formas de criminalidad compleja, Cerdeira señala que, aquel principio de la soberanía absoluta de los Estados aparece en la actualidad cediendo paso a una profunda tarea de cooperación y estudio de nuevas técnicas a instrumentar, llevada a cabo principalmente a través de foros institucionales, como la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos, la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, o a través de la prolífica labor convencional en el marco de los sistemas de coordinación y/o

integración regional, como es el Consejo de Europa, la Unión Europea o el MERCOSUR y sus Estados Asociados.¹²

En este contexto, la lucha contra estas nuevas formas de criminalidad organizada encuentra en la cooperación penal internacional una herramienta eficaz para batallar contra ella.

Consideramos importante destacar la existencia de una multiplicidad de fuentes¹³ que han abordado la materia. Entre ellas, pueden mencionarse las siguientes:

- Tratados de Montevideo de Derecho Penal Internacional de 1889 y 1940.
- Convención de Montevideo de 1933 sobre Extradición.
- Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales.
- Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas 2004.
- Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR.

Además, la Argentina ha suscripto diversos tratados bilaterales, por ejemplo, con Australia, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, El Salvador, España, Estados Unidos, Francia, Italia, México, Países Bajos, Paraguay, Perú, Portugal, Reino Unido, República de Corea, Suiza y Uruguay.

A continuación, nos proponemos realizar una breve presentación de los principales instrumentos de cooperación internacional existentes en materia penal, destacando algunos aspectos que consideramos relevantes para luego adentrarnos en la regulación mercosureña que regula la temática. A los fines didácticos, las normas que han sido aplicadas en la sentencia que comentamos serán abordadas oportunamente junto con el análisis del caso.

12 CERDEIRA, Juan J. “El derecho penal internacional y la cooperación internacional”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, n. 93, 2016, p. 215.

13 Es preciso señalar que existen además convenciones multilaterales de lucha contra el delito transnacional organizado. Algunos de ellos, incluso, prevén soluciones específicas entre los Estados para asegurar la entrega de personas que han cometido estos delitos. Entre ellas, pueden mencionarse las siguientes: Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Convención Interamericana contra la Corrupción, Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Véase ÁLVAREZ COZZI, Carlos. “Asistencia penal internacional y extradición en los delitos de crimen organizado transfronterizo: MERCOSUR y fuente nacional uruguaya”, *Rev. secr. Trib. perm. revis.*, año 5, n. 10, octubre 2017, pp. 73-97.

1. Convención de Montevideo de 1933 sobre Extradición

Esta Convención fue suscrita en la Séptima Conferencia Internacional Americana en Montevideo, Uruguay, el 26 de diciembre de 1933.¹⁴

Una de las particularidades que presenta el instrumento es su carácter subsidiario respecto de otros tratados o convenciones que hubieran concertado sus Estados Partes con anterioridad. Ello surge de la norma de compatibilidad prevista en el art. 21 que dispone que:

el tratado no abroga ni modifica los tratados bilaterales o colectivos que en la fecha del actual estén en vigor entre los Estados signatarios. No obstante, si alguno de aquéllos dejara de regir, entrará a aplicarse de inmediato el presente tratado entre los Estados signatarios, en cuanto cada uno de ellos hubiere cumplido con las estipulaciones del artículo anterior.

La Convención consagra la obligación de los Estados signatarios de conceder la extradición siempre que el Estado requirente tenga jurisdicción para juzgar el hecho delictuoso que se imputa al individuo reclamado. A diferencia de lo que sucede con los tratados montevideanos, no se consagran en el instrumento normas de competencia sobre las cuales deba realizarse dicho control. Además, el hecho que motiva el reclamo de extradición debe tener el carácter de delito y ser punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de la libertad (art. 1).

Con relación a la solicitud de extradición de nacionales del Estado requerido, se establece que la persona podrá o no ser entregada según lo determine la legislación o las circunstancias del caso, a juicio del Estado requerido. En efecto, si el Estado requerido decide no entregar al individuo reclamado, queda obligado a juzgarlo por el hecho que se le imputa, siempre y cuando se encuentren reunidas las condiciones establecidas en el art. 1 (art. 2).

Los motivos por los cuales el Estado requerido puede negarse a conceder la extradición se encuentran enunciados en el art. 3 de la

14 La Convención fue aprobada por la Argentina por Dec. Ley N° 1638 el 31 de enero de 1956 (publicada en el BO el 6 de febrero de 1956). Esta Convención vincula a la Argentina con Chile, Colombia, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Estados Unidos, Honduras, México, Nicaragua y Panamá. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-35.html> (Consultado en: 1 set. 2020).

Convención. En todos los casos, la apreciación del carácter de tales excepciones corresponde de forma exclusiva al Estado requerido.

2. MERCOSUR

Cerdeira afirma que existen formas cada vez más novedosas y complejas en los accionares delictivos, especialmente, en los espacios integrados, formas que motivan y exigen nuevas y mejores respuestas.¹⁵

En este contexto, el MERCOSUR como organismo internacional de integración regional ha demostrado su preocupación y ha trabajado en la búsqueda de respuestas adecuadas para hacer frente a los diferentes conflictos que se plantean en sus espacios de integración. En consecuencia, los Estados que lo conforman han ensayado diversas soluciones a través de la elaboración de instrumentos internacionales que instauran mecanismos tendientes a que la cooperación en materia penal pueda fluir.

Así, se han diseñado acuerdos internacionales que contemplan soluciones para los tres grados o niveles de cooperación. Entre ellos, pueden mencionarse los siguientes: el Protocolo de San Luis en Materia de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales de 1996; el Acuerdo de Asistencia Mutua en Asuntos Penales del MERCOSUR, Bolivia y Chile; el Acuerdo de Belo Horizonte sobre Traslado de Personas Condenadas de 2004 y el Acuerdo de Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR.

Cerdeira destaca la importancia que en el ámbito del MERCOSUR se brindó a las autoridades centrales y considera que la comunicación clara, frecuente y fluida entre estas autoridades constituye uno de los medios más eficaces para el funcionamiento de la cooperación, especialmente, en la materia penal.¹⁶

A continuación, realizaremos una breve presentación de algunos instrumentos elaborados en el seno de este organismo de integración regional.

15 CERDEIRA, Juan J., op. cit., p. 214.

16 CERDEIRA, Juan J., op. cit., p. 215.

A) Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales

El Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales fue aprobado por el Consejo del Mercado Común el 26 de junio de 1996 en la Provincia de San Luis, Argentina.¹⁷

De los considerandos preliminares surge que [...] resulta necesario intensificar la cooperación jurídica en materia penal entre los Estados Partes, así como simplificar las tramitaciones jurisdiccionales. En efecto, la asistencia mutua en el ámbito penal implicará un mayor acercamiento entre las instancias judiciales de los Estados Partes.

Asimismo, se destaca [...] la importancia que reviste para el proceso de integración la adopción de instrumentos que contribuyan de manera eficaz a alcanzar los objetivos del Tratado de Asunción, reconociendo que muchas actividades delictivas representan una grave amenaza y se manifiestan a través de modalidades criminales transnacionales.

El Protocolo regula los dos primeros grados o niveles de cooperación en materia penal. En tal sentido, el mismo consagra expresamente la obligación de los Estados Partes de prestarse asistencia mutua para la investigación de delitos y de cooperar en los procedimientos judiciales relacionados con asuntos penales.

Con relación al primer grado, la asistencia comprende la notificación de actos procesales; la recepción y producción de pruebas tales como testimonios o declaraciones, realización de pericias y examen de personas, bienes y lugares; la localización e identificación de personas; notificaciones de testigos y peritos y el traslado de personas procesadas a efectos de comparecer como testigos en el Estado requirente o con otros propósitos expresamente indicados en la solicitud.

Respecto al segundo grado, se encuentran incluidas las medidas cautelares sobre bienes; la entrega de documentación; la incautación y aseguramiento de bienes, entre otras (art. 2). La enunciación que realiza

17 Aprobado por Argentina por Ley N° 26.250, sancionada el 25 de abril de 2007 y promulgada el 21 de mayo de 2007. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_proto_asis_jur%C3%AD_mutua_asun_pena_mercosur.pdf. Consultado en: 20 agosto 2020. Téngase presente la enmienda al Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales (Decisión del MERCOSUR 6/2018 del 17 de diciembre de 2018) realizada a los efectos de modificar los arts. 3 y 25 del instrumento. Asimismo, cabe señalar que el 18 de febrero de 2002 se suscribió el Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Parte del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile.

el instrumento no es de ningún modo taxativa, sino que, por el contrario, el pedido de cooperación puede versar sobre cualquier otra forma de asistencia, siempre y cuando la misma sea acorde a los fines del Protocolo y no resulte incompatible con las leyes del Estado requerido.

Por otro lado, resulta destacable la intervención de Autoridades centrales en el procedimiento, las que deben ser designadas por cada Estado y que tienen la función de recibir y transmitir los pedidos de asistencia jurídica mutua. A tal fin, dichas autoridades se comunican directamente entre ellas, remitiendo tales solicitudes a las respectivas autoridades competentes (art. 3).¹⁸

Otro aspecto para señalar es la supresión de la exigencia de legalización de los documentos públicos debido a que el canal de transmisión son las mencionadas autoridades centrales.

Por último, resulta digno de mención la norma de compatibilidad prevista en el art. 30. Esta disposición establece que el Protocolo no restringe la aplicación de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscriptas anteriormente entre los Estados Partes en tanto las mismas resultaran más favorables a la cooperación.

B) Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas

Tradicionalmente, dado el carácter territorialista del derecho penal, las sentencias condenatorias debían cumplirse en el Estado en el que las mismas eran dictadas. No obstante, a los fines de posibilitar la resocialización del individuo se han elaborado instrumentos que facilitan el traslado de personas condenadas a los fines de que cumplan en su patria, o cerca de los suyos, una sentencia privativa de la libertad dictada en otro Estado.¹⁹

Al respecto, Klein Vieira señala que:

[l]a finalidad principal que orienta el traslado de condenados está vinculada directamente a la protección de los derechos del hombre y de sus garantías fundamentales, dado que lo que se busca es la aproximación del detenido a su familia y su ambiente social

18 La Autoridad Central designada por la Argentina es la Dirección de Asistencia Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

19 CERDEIRA, Juan J. op. cit., p. 212.

y cultural, como medida de apoyo psicológico y emocional, que facilite su rehabilitación después del cumplimiento de la pena.²⁰

En este esquema de cooperación particular intervienen, por un lado, el Estado sentenciador y por el otro, el Estado receptor. El primer Estado emite una sentencia de condena respecto de un nacional o residente de otro Estado. Consideramos que, en definitiva, se trata de la ejecución de una sentencia en un Estado distinto a aquel en el que la misma ha sido dictada.

El Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del MERCOSUR fue firmado en Belo Horizonte, Brasil, el 16 de diciembre de 2004.²¹ A través de este, los Estados Partes se han comprometido a prestarse amplia cooperación en materia de traslado de condenados.

Es preciso señalar que, en el marco de este instrumento, también se establece la designación de autoridades centrales por parte de los Estados signatarios, las que deben cumplir las funciones enunciadas en el mismo.

Consideramos importante destacar lo establecido por el art. 15 que dispone que:

las autoridades centrales de los Estados Partes podrán cooperar en la medida de sus posibilidades, mediante la utilización de medios electrónicos o cualquier otro, que permita una mejor y más ágil comunicación entre ellos.

Finalmente, cabe mencionar la cláusula de compatibilidad contenida en el art. 16 que dispone los siguientes: “el Acuerdo prevalecerá entre los Estados parte, sin perjuicio de las soluciones más favorables contenidas en otros instrumentos internacionales vigentes entre ellos en la materia”.

20 KLEIN VIEIRA, Luciane. “MERCOSUR y Cooperación Penal Internacional. El traslado de condenados”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, n. 1, noviembre 2014, s/p. Disponible en: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=a4fe63506b0983bbda828fe7bb32f39b>. Consultado en: 1 sep. 2020.

21 Aprobado en Argentina por Ley N° 26.259, sancionada el 9 de 2007 y promulgada el 1 junio de 2007.

III. Los hechos del caso

El caso versa sobre un pedido de extradición formulado en el año 1999 por el Juzgado de Instrucción y Correccional N°2 de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Formosa, Argentina, a las autoridades paraguayas a los fines de que entregaran a C. B. R., ciudadano paraguayo, quien, al momento de la solicitud, residía en Paraguay.

C. B. R. fue detenido el día 17 de octubre del año 2008 en el marco de esa solicitud y el 30 de enero de 2009, en razón de haber transcurrido el plazo previsto en el art. 19 inc. 4 de la Ley N° 1061/97 que aprueba el Tratado de Extradición entre la República del Paraguay y la República Argentina, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Feria decidió otorgar al ciudadano detenido su libertad.

El 8 de marzo de 2010, por sentencia definitiva, el Juzgado de Liquidación y Sentencia N° 3 dispuso finalmente hacer lugar al pedido de extradición formulado por la justicia argentina.

Esta decisión motivó la apelación por parte de la defensa del acusado, que planteó la inconstitucionalidad del art. 19 inc. 5 de la Ley N° 1061/97 que aprobó el Tratado de Extradición entre la República del Paraguay y la República Argentina, y del art. 29 inc. 5 que aprobó el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados del MERCOSUR. En efecto, alegó la conculcación de garantías constitucionales consagradas en los arts. 17 inc. 4, 46, 47 inc. 2 y 137 de la Constitución Nacional de Paraguay y el art. 1 de la Ley N° 1/89 que aprobó el Pacto de San José de Costa Rica.

IV. La decisión judicial

La sentencia que motiva este comentario fue dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay en los autos “C. B. R. c/ art. 19 de la Ley N° 1061/97 y art. 29 de la Ley N° 2753/2005”, el 6 de noviembre del año 2013.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha intervenido a fin de resolver la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el art. 19 inc. 5 de la Ley paraguaya N° 1061/97 -que aprobó el Tratado de Extradición entre la República del Paraguay y la República

Argentina- y art. 29 inc. 5 de la Ley paraguaya N° 2753/05 -que aprobó el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados del MERCOSUR-.

En base a los fundamentos que se analizarán en el siguiente apartado, el Tribunal decidió rechazar la acción de inconstitucionalidad interpuesta.

V. Análisis del caso

1. Fuentes referidas en la sentencia

En primer lugar, consideramos importante señalar que el caso objeto de análisis, desde nuestra perspectiva, constituye un supuesto de extradición activa, dado que la petición emanó de la República Argentina hacia la República del Paraguay. Para Paraguay, Estado requerido, en cambio, se trata de un supuesto de extradición pasiva, en el cual debieron analizarse los presupuestos y circunstancias previstos en el Tratado considerado aplicable para determinar si correspondía o no hacer lugar al pedido de extradición.

A los fines de abordar la cuestión, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia precisó cuál era el marco normativo que debía aplicarse a la solicitud de extradición, concluyendo que correspondía aplicar las disposiciones del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, debido a que el pedido había sido formulado por la justicia argentina en el año 1999.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal entendió que era necesario efectuar algunas consideraciones sobre el planteo de inconstitucionalidad realizado.

En primer lugar, creemos necesario realizar algunas apreciaciones sobre la fuente normativa que el Tribunal consideró de aplicación al caso.

El Tratado de Montevideo de Derecho Penal Internacional de 1889 -en adelante, Tratado de Montevideo de 1889- fue firmado en la ciudad de Montevideo, el 23 de enero de 1889, en el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, mientras que el Tratado de Montevideo de 1940 ha sido firmado en la misma ciudad el 19 de

marzo de 1940 en oportunidad del Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado. Es preciso señalar que este último no ha sido ratificado por la Argentina, por lo que no resulta aplicable al caso.

Se trata de instrumentos que contienen soluciones propias a la época en la que fueron elaborados y que continúan vigentes -a excepción del de 1940- siendo aplicable el de 1889 con algunos países en los casos que encuadren en su ámbito de aplicación.

En materia de extradición, ambos tratados consagraron la obligación de los Estados signatarios de entregar a las personas que, procesadas o condenadas por las autoridades de uno de ellos, se encuentran en otro. Al respecto, el art. 19 del Tratado de Montevideo de 1889 dispone que, a tal efecto, deben darse las siguientes circunstancias: que el Estado que reclama al delincuente tenga jurisdicción para conocer y fallar en el juicio sobre la infracción que motiva el reclamo y que la infracción autorice la entrega; que el Estado requirente presente la documentación que sustente la prisión y enjuiciamiento del delincuente; que el delito no haya prescrito con arreglo al derecho del Estado requirente y que el delincuente no haya sido penado por el mismo delito ni cumplido su condena (art. 20).

Asimismo, respecto de los presuntos delincuentes, debe tratarse de una infracción que, según la ley penal del Estado requirente, no sea inferior a dos años u otra equivalente y, tratándose de personas sentenciadas, debe tratarse de un delito castigado con la pena de un año de prisión -como mínimo-.²²

En ambos instrumentos se especifican cuáles son los delitos considerados no susceptibles de extradición, entre ellos, los delitos políticos, aquellos que atacan la seguridad interna o externa de un Estado, delitos esencialmente militares -este último previsto en el Tratado de Montevideo de 1940-, entre otros.

El Tratado de 1889 dispone que la nacionalidad del reo no puede

²² Por su parte, el Tratado de Montevideo de 1940, entre las condiciones que deben reunirse para que resulte procedente la extradición indica que, tratándose de una persona procesada, el delito debe ser pasible de una pena inmediata mínima de dos años de prisión, conforme la legislación del Estado requirente y si se trata de una persona condenada, debe existir sentencia firme que prevea como mínimo un año de prisión. Además, el Estado requirente debe haber tenido jurisdicción para conocer y fallar respecto del delito que motiva el reclamo, aun cuando se tratara de hechos que se hubieran perpetrado fuera del territorio de los Estados contratantes (art. 18).

ser invocada como causa para denegar la extradición. No obstante, el Tratado de 1940 prevé como excepción que una disposición de orden constitucional del Estado requerido establezca lo contrario.

En Tratado de 1889 regula el procedimiento a seguirse en aplicación del instrumento entre los arts. 30 a 43, mientras que el Tratado de 1940 hace lo propio entre los arts. 29 a 45.

En cuanto a su ámbito de aplicación, el Tratado de 1889 establece que sus estipulaciones solo serán aplicables a los delitos perpetrados durante su vigencia.

Por su parte, la defensa del acusado había planteado la inconstitucionalidad del art. 29 inc. 5 que aprobó el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados del MERCOSUR.

El Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR se suscribió en el año 1998 en Río de Janeiro, Brasil.²³ Es preciso señalar que este instrumento no ha sido ratificado por la República Argentina, motivo por el cual, no podía ser aplicado al caso. No obstante, creemos necesario mencionar algunas de sus particularidades.

En los considerandos preliminares del Acuerdo se destaca la importancia de contemplar soluciones e instrumentos jurídicos de cooperación en áreas de interés común como la cooperación jurídica y la extradición, así como la necesidad de simplificar y agilizar la cooperación internacional para posibilitar la armonización y la compatibilización de las normas que regulan el ejercicio de la función jurisdiccional de los Estados Partes.

En el instrumento, los Estados se obligaron a entregarse recíprocamente, según las reglas y las condiciones establecidas en el Acuerdo, a las personas que se encuentren en sus respectivos territorios y sean requeridas por las autoridades competentes de otro Estado Partes, para ser procesadas por la presunta comisión de algún delito, para que respondan a un proceso en curso o para la ejecución de una pena privativa de libertad (art. 1).

Las principales soluciones consagradas refieren a la procedencia de la extradición por delitos graves, es decir, con pena probable a recaer

23 Al igual que el Acuerdo entre los Estados parte del MERCOSUR, Bolivia y Chile (convenio espejo).

que no resulte inferior a los dos años de prisión (art. 2).

Se prevé la exigencia de la doble incriminación para otorgar la extradición en todos los casos y se excluyen los delitos políticos como así también los delitos militares.

Por otro lado, se dispone que la nacionalidad de la persona reclamada no podrá ser invocada para denegar la extradición, salvo que una disposición constitucional establezca lo contrario.

Se regula el arresto preventivo con fines de extradición, figura que analizaremos más adelante.

Finalmente, resta señalar que, excepcionalmente y con la debida fundamentación, el Estado Parte requerido puede denegar la solicitud de extradición, cuando su cumplimiento sea contrario a la seguridad, al orden público u otros intereses esenciales para el Estado Parte requerido (art. 30).

Asimismo, se cuestionó la constitucionalidad del art. 19 inc. 5 de la Ley N° 1061/97 que aprobó el Tratado de Extradición entre la República del Paraguay y la República Argentina del 25 de octubre de 1996.²⁴

A continuación, resaltaremos algunos aspectos que consideramos relevantes sobre el Tratado bilateral mencionado.

Los Estados asumen, en los términos del Tratado, la obligación de entregarse recíprocamente, según las reglas y condiciones establecidas en el mismo, a las personas a quienes las autoridades judiciales de alguno de los Estados Parte persiguieren por algún delito o que buscaren para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de la libertad.

Cuando la persona reclamada ostentase la nacionalidad de la parte requerida, ésta podrá rehusar la concesión de la extradición de acuerdo con su propia ley. Al respecto, se deberá tener en cuenta la nacionalidad que poseía la persona antes de la comisión del delito que motiva la solicitud de extradición.

Para la tramitación de estos pedidos quedan eximidas de

²⁴ Aprobado por Argentina por Ley N° 25.302, sancionada el 7 de septiembre de 2000 y promulgada el 6 de octubre del mismo año.

legalización las firmas de las autoridades y funcionarios de las Partes contratantes que obren en los documentos emitidos en aplicación del Tratado.

Por último, nos parece de suma importancia mencionar la norma de compatibilidad del art. 24 que justificó en el caso la aplicación del Tratado de Montevideo de 1889. La norma mencionada establece que el tratado “reemplazará, entre las partes, el Título I “De la Jurisdicción”, el Título III “Del Régimen de Extradición”, el Título IV “Del Procedimiento de Extradición” y el Título V “De la Prisión Preventiva” del Tratado de Derecho Penal Internacional, suscripto en Montevideo el 23 de enero de 1889.

Las extradiciones solicitadas después de la entrada en vigor de este Tratado se registrarán por sus cláusulas; cualquiera que sea la fecha de comisión del delito. Las extradiciones solicitadas antes de la entrada en vigor de este Tratado continuarán tramitándose conforme a las disposiciones del Tratado de Derecho Penal Internacional, suscripto en Montevideo, el 23 de enero de 1889.

2. Detención preventiva con fines de extradición

Como ya hemos mencionado, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia paraguaya se expresó respecto de la constitucionalidad de los arts. 19 inc. 5 de la Ley N° 1061/97 -que aprobó el Tratado de Extradición entre la República del Paraguay y la República Argentina- y respecto del art 29 inc. 5 de la Ley N° 2753/2005 que aprobó el Acuerdo sobre extradición mercosureño -sin perjuicio de que los tratados que contenían tales normas no resultaban de aplicación al caso-.

La defensa del acusado argumentó que las disposiciones mencionadas eran inconstitucionales por entender que, de su interpretación y aplicación, las mismas permitían la viabilidad de un doble juzgamiento, conculcando, en consecuencia, garantías constitucionales consagradas en los arts. 17 inc. 4, 46, 47 inc. 2 y 137 de la Constitución Nacional paraguaya y el art. 1 de la Ley N° 1/89 que aprobó el Pacto de San José de Costa Rica. En tal orden de ideas, la afectación mencionada se produciría por el hecho de detener al acusado nuevamente en virtud del mismo pedido de extradición.

Por un lado, el art. 19 inc. 5 del Tratado bilateral entre la República del Paraguay y la República Argentina señala:

si la persona reclamada fuera puesta en libertad por cumplimiento del plazo previsto en el párrafo anterior -45 días desde la fecha de la detención-, la Parte requirente no podrá solicitar nuevamente la detención de la persona reclamada, sin presentar la solicitud formal de extradición.

Por su parte, el art. 29 inc. 5 del Acuerdo sobre Extradición del MERCOSUR dispone que:

si la persona reclamada fuere puesta en libertad en virtud de lo dispuesto en el párrafo anterior 40 días corridos, contados desde la fecha de notificación de su detención al Estado parte requirente- éste último sólo podrá solicitar una nueva detención de la persona reclamada mediante una solicitud formal de extradición.

Cabe señalar que las disposiciones citadas aluden a la detención preventiva con fines de extradición.

El Tratado de Montevideo de 1889 que fue considerado de aplicación al caso, también regula esta figura en los arts. 44, 45 y 46. Al respecto, dispone que:

cuando los Gobiernos signatarios reputasen el caso urgente, podrán solicitar por la vía postal telegráfica, que se proceda administrativamente al arresto provisorio del reo, así como a la seguridad de los objetos concernientes al delito, y se accederá al pedido, siempre que se invoque la existencia de una sentencia o de una orden de prisión, y se determine con claridad la naturaleza del delito castigado o perseguido. El detenido será puesto en libertad, si el Estado requirente no presentase el pedido de extradición dentro de los diez días de la llegada del primer correo despachado después del pedido de arresto provisorio.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema sostuvo que ninguna de las disposiciones legales impugnadas puede ser catalogada de inconstitucional -solución que consideramos acertada-. Al respecto, manifestó que tales normas refieren a la detención preventiva con fines de extradición cuando la persona requerida es puesta en libertad por el transcurso del plazo dispuesto por los respectivos tratados (45 días conforme el Tratado bilateral y 40 días conforme el instrumento

mercosureño), sin que el Estado requirente remita los documentos que respaldan o formalizan su solicitud de extradición o, en todo caso, haya peticionado una prórroga a dichos efectos; supuesto en el cual ambas disposiciones prevén que el Estado requirente solamente podrá solicitar nuevamente la detención mediante la presentación de una solicitud formal de extradición.

En el mismo orden de ideas, expresó que esta exigencia constituye una garantía para la persona requerida, que no verá restringida nuevamente su libertad ambulatoria en virtud del mismo pedido de extradición sin que previamente se acompañen todos los recaudos formales exigidos. En tal sentido, entendió que, por el contrario, ello permite salvaguardar el derecho a la libertad del extraditable frente a la eventual desidia o falta de interés en la formalización del pedido formulado por el Estado requirente.

Asimismo, señaló que las normas cuestionadas se circunscriben y resultan aplicables a los supuestos en los cuales es necesaria la detención preventiva de la persona hasta tanto se formalice el pedido de extradición, tratándose en el caso de la adopción de una medida cautelar.

En efecto, la Sala Constitucional concluyó que desde ningún punto de vista el contenido de las normas aludidas puede suponer un doble juzgamiento dado que, en este tipo de procedimientos, el Estado requerido ni siquiera se inmiscuye en el fondo de la cuestión sino que, por el contrario, su pronunciamiento se limita a verificar si el requerimiento presentado por el Estado requirente cumple con las exigencias formales previstas en el Tratado o ley que resulta aplicable, según el caso, a los efectos de determinar la procedencia o no del pedido de extradición formulado.

Seguidamente, manifestó que el procedimiento de extradición constituye un proceso de cooperación internacional en la tarea de la represión de la delincuencia en virtud del cual el Estado requerido procede a entregar a una persona que se encuentra en su territorio y que es reclamada por las autoridades de otro Estado a los efectos de que responda a un proceso en curso o para la ejecución de una pena privativa de la libertad.

Así las cosas, concluyó que, lejos de constituir una violación de garantías de rango constitucional, las normas impugnadas plasman la protección a derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

VI. Conclusiones

A modo de conclusión, podemos afirmar que la comunidad jurídica internacional ha demostrado su interés y preocupación por la búsqueda de soluciones apropiadas que permitan reforzar los lazos entre los Estados para la lucha contra el crimen transnacional. En consecuencia, se han diseñado mecanismos que, basados en la herramienta de la cooperación internacional, permiten que, en el contexto actual, contemos con una multiplicidad de fuentes normativas elaboradas con esa finalidad.

El MERCOSUR ha tenido un papel protagónico en dicha labor y ha puesto entre sus objetivos la adopción de instrumentos tendientes a agilizar la cooperación internacional entre las autoridades intervinientes de los diversos Estados que lo conforman.

Además, como señala Cerdeira, es destacable la labor realizada por este organismo que ha desarrollado, además, otro tipo de instrumentos diseñados con la misma finalidad. Entre ellos, pueden mencionarse los siguientes: a) el “Plan de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional”, que tiene entre sus objetivos el control de la actividad delictiva en el espacio integrado, mediante controles transfronterizos comunes; b) documentos en materia de intercambio de información, para detectar a los delincuentes y a sus movimientos; c) el establecimiento de un sistema de información denominado Sistema de Información del MERCOSUR – SISME-, y que intenta, transmitir la información existente en materia delictiva entre los países del MERCOSUR y sus Asociados.²⁵

25 CERDEIRA, Juan J., op. cit., p. 217. Véase *www.mercosur.int* (Documentación Reunión Ministros del Interior).

SECCIÓN URUGUAY

COORDINACIÓN

Leandro Baltar

Luciana Scotti



EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL MERCOSUR EN URUGUAY

Hacia los treinta años del Tratado de Asunción. El MERCOSUR y la realización transnacional de la justicia

*Eduardo Tellechea Bergman**

Sumario: 1. Antecedentes del proceso de integración regional: 1. Los inicios. 2. La nueva integración. II. La construcción en el ámbito del MERCOSUR de un marco normativo regulador de la realización de la justicia más allá de fronteras. III. Los Protocolos del MERCOSUR, su aporte. IV. Aportes de los Protocolos en materia de cooperación jurisdiccional internacional y reconocimiento de fallos extranjeros: 1) Aportes en cooperación de mero trámite y probatoria, Protocolo de Las Leñas, Capítulo IV: A) Extensión del ámbito material en el que los Estados se obligan a prestar cooperación, artículo 5; B) Desarrollos referidos al diligenciamiento de los exhortos: a) Impulso procesal y gratuidad, artículos 8, 17 y 15; b) Empleo de medios coercitivos, artículo 13; c) Obligación de informar sobre los motivos del incumplimiento del exhorto, artículo 14; d) Posibilidad de presencia de la parte y de la autoridad requirentes en el diligenciamiento del exhorto, artículo 11; e) La cooperación jurisdiccional en el área fronteriza argentino - uruguaya, Convenio Marco de Colaboración entre la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay y la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2. Aportes en cooperación cautelar intencional, Protocolo de Ouro Preto: A) En materia de transmisión de las rogatorias, artículo 19, párrafo

* Profesor de Derecho Internacional Privado. Antiguo Titular de la Cátedra en la Facultad de Derecho - Universidad de la República, Uruguay. Director, 1985 -2011, de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional de Uruguay. Delegado uruguayo a las CIDIP. Presidente, 1992 - 2011, de la Delegación de Uruguay a la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR. Ex Director del Instituto de Derecho Internacional Privado y actual miembro de Honor del mismo. Miembro Honorario de la ASADIP.

cuarto; B) Desarrollo de la cooperación cautelar preparatoria, artículos 3, 13, 14 y 15; C) Ampliación de las causales de exención de costas y gastos, artículo 25; D) Cooperación cautelar requerida por árbitros, Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, artículo 19. 3. Reconocimiento de los fallos extranjeros entre los Estados Parte del MERCOSUR: A) Aportes del Protocolo de Las Leñas, Capítulo V, “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales: a) Aportes referidos a las materias en las que los Estados se comprometen al reconocimiento de los fallos extranjeros, artículo 16; b) En lo atinente al modo en que el demandado debe ser notificado o emplazado, artículo 20, literal d; c) Consagración expresa de las excepciones de cosa juzgada y de litispendencia, artículo 22. B) Regulación convencional de la jurisdicción internacional indirecta, Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, Título III, artículo 14, “La jurisdicción como requisito para el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales”.

I. Antecedentes del proceso de integración regional

1. Los inicios

A partir del fin de la segunda guerra mundial, surgen distintos intentos de concreción de esquemas de integración en tanto instrumentos de desarrollo y crecimiento económico regional. Con los propósitos enunciados y con finalidad de crear condiciones que evitaran enfrentamientos que habían ensangrentado el continente europeo, el 18 de abril de 1951, se crea la CECA - Comunidad Europea del Carbón y el Acero - directo antecedente de la Comunidad Económica Europea, constituida por el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, y a través de ésta, de la actual Unión Europea.

En el ámbito interamericano esta tendencia a la integración recibe el apoyo de los trabajos de la CEPAL, Comisión Económica de las Naciones Unidas para la América Latina, cuyos análisis concluyen en la imperiosa necesidad de impulsar el intercambio regional.¹ Precedida de los referidos estudios e intentando cambiar una realidad en la que resultaba evidente “el distinto grado de desarrollo de la región, el pequeño volumen de la relaciones comerciales intrarregionales y la fuerte dependencia de las

¹ En tal sentido, y a iniciativa del economista argentino, Raúl Prebisch, la CEPAL crea un Comité de Comercio como mecanismo permanente de consulta y éste queda instalado en Noviembre de 1956.

economías nacionales respecto de unos pocos productos de exportación, principalmente destinados a países industrializados situados fuera de la zona”,² el 18 de febrero de 1960 se firma en Montevideo, el Tratado fundacional de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, ALALC.³

El Tratado de Montevideo intentó crear una zona de libre comercio en un período no superior a los doce años, objetivo a lograr a través de negociaciones periódicas a efectos de elaborar listas nacionales y una lista común de productos desgravados que en forma progresiva debería abarcar lo básico del intercambio entre las Partes. El proceso integrador representado por ALALC comienza a enlentecerse a fines de los años sesenta, no obstante la realización de esfuerzos para su revitalización, tal el Protocolo de Caracas del 12 de diciembre de 1969, pero la “luna de miel” de la ALALC ya había terminado.⁴

La situación descripta propicia el surgimiento de nuevas estrategias. El 26 de mayo de 1969 es suscripto en Bogotá, el Acuerdo Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena, por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú; Venezuela adhiere en 1974. Acuerdo declarado compatible con el Tratado de Montevideo por el Comité Ejecutivo Permanente de ALALC por Resolución No. 179 de 9 de julio de 1969.

El panorama reseñado, carencias de la ALALC para impulsar la profundización de la integración, conduce a emprender estudios con fines de atender las necesidades regionales y en 1980, como culminación del proceso de revisión de ALALC, surge la ALADI, Asociación Latinoamericana de Integración. La ALADI, a diferencia de su precedente, supuso un instrumento flexible, capaz de abarcar los denominados Acuerdos de Alcance Parcial, convenios que no alcanzan a la totalidad de los Estados Partes de la Asociación, sino únicamente a algunos de ellos.

2 Instrumentos Relativos a la Integración Económica de América Latina, OEA, T. 1, p. IX, Washington, 1964.

3 También en el año 1960, el 13 de diciembre, se firma en Managua el Tratado de Integración Económica Centroamericana, con el objetivo de crear una zona de libre comercio. Igualmente en el Caribe, las necesidades de cooperación impulsan el nacimiento de CARIFTA, Asociación de Libre Comercio del Caribe, y posteriormente, en ocasión de la 8va. Conferencia de Jefes de Estado de la región, en abril de 1973, se suscribe el Tratado que crea el CARICOM.

4 MAGARINOS DE MELO, Mateo. “La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio: esperanzas, frustraciones y perspectivas de la integración latinoamericana, en: *Derecho de la Integración*, n°14, p.30.

2. La nueva integración

En la segunda mitad de los años ochenta y comienzos de los noventa del siglo veinte surgen en nuestro continente acuerdos de integración que presentan caracteres diferenciales respecto a las experiencias regionales precedentes, pasando a ser denominados por la doctrina como la “nueva integración”, caracterizada por: una liberación comercial que se intenta sea más acelerada y general; negociaciones llevadas a cabo sobre la base de la reciprocidad; vinculaciones más abiertas con el resto de la comunidad internacional; búsqueda de relacionamientos especiales con otros países y grupos. Tales, los acuerdos constitutivos de la Zona de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá, suscripto el 2 de enero de 1988; la Zona de Libre Comercio entre Chile y México de 22 de setiembre de 1991; El Tratado entre Canadá, Estados Unidos y México concluido el 26 de agosto de 1992 - NAFTA, en su sigla en inglés -; y el Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991 para la constitución del Mercado Común del Sur, MERCOSUR.⁵

II. La construcción en el MERCOSUR de un marco normativo regulador de la realización de la justicia más allá de fronteras

El Tratado de Asunción en el artículo 1º, al consagrar la obligación de los Estado Partes de constituir un Mercado Común, expresamente dispone que dicho Mercado ha de implicar: “El compromiso de los

⁵ La constitución del MERCOSUR tiene como precedente el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo firmado en Buenos Aires por Argentina y Brasil el 29 de noviembre de 1988, antecedido por la Declaración de Puerto Iguazú de 30 de abril de 1985, que crea una Comisión de Alto Nivel para la integración entre ambos países. El Tratado preveía la creación de un espacio argentino - brasileño en un plazo de diez años, pudiendo adherir los demás Estados Partes de ALADI cinco años después de la entrada en vigor del Convenio.

Uruguay, en búsqueda de integrarse más eficazmente con sus vecinos, ya había celebrado en la década de los años setenta con Argentina el Cauce, Convenio Argentino Uruguayo de Cooperación Económica, y con Brasil el PEC, Protocolo de Expansión Comercial.

La integración argentino - brasileña se acelera con la firma el 6 de julio de 1990 del Acta de Buenos Aires, por la que se decide la creación de un Mercado Común, fijándose como fecha para su constitución el 31 de diciembre de 1994, designándose una Comisión binacional para negociar el Mercado.

Atendiendo una realidad que podía incidir negativamente en las preferencias obtenidas en los acuerdos bilaterales negociados con sus vecinos, Uruguay busca formar parte del Mercado proyectado desde un principio. Las negociaciones emprendidas resultan exitosas y el primero de agosto de 1990 Argentina y Brasil aceptan que Uruguay integre el Mercado e invitan a Paraguay a hacerlo, respondiendo éste positivamente, haciéndose entonces cuatrilateral el proceso de integración.

El Tratado de Asunción es firmado por los cuatro Estados Partes el 26 de marzo de 1991, depositando Uruguay, al igual que Paraguay, el respectivo instrumento de ratificación en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay el 1º de agosto de 1991. Argentina y Brasil depositan conjuntamente el instrumento el 30 de octubre y el Tratado entra en vigor el 29 de noviembre de 1991.

Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”.

La realidad jurídica de la región mostraba en época de entrada en vigor del Tratado, importantes asimetrías entre los Estados Partes en orden a la regulación de la cooperación jurisdiccional internacional y el reconocimiento de los fallos extranjeros. Argentina, Paraguay y Uruguay, estaban vinculados por los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1940⁶ y por varias de las Convenciones aprobadas en el proceso de actualización y homogenización del Derecho Internacional Privado continental constituido por las CIDIP. Por el contrario, el relacionamiento jurídico en tales materias de estos tres países con Brasil no era atendido adecuadamente. Brasil no es Parte de los Tratados de Montevideo⁷ y a diciembre de 1991, tampoco lo era de las Convenciones de las CIDIP, por lo que los casos vinculados con este importante socio quedaban sometidos a lo que dispusieran soluciones bilaterales insuficientes y muchas veces obsoletas o, en su defecto, a la normativa de fuente nacional del foro actuante.

Como consecuencia de lo expuesto y a efectos de llevar adelante la armonización legislativa prevista por el artículo 1 del Tratado de Asunción, transitando hacia imprescindibles desarrollos capaces de brindar al relacionamiento jurídico regional entre particulares, personas físicas y jurídicas, certeza y seguridad en la realización de la justicia más allá de fronteras, evitando que éstas se erijan en obstáculo a su realización,^{8,9}

6 Y antes habían estado vinculados por los Tratados de Montevideo 1889, de los que con Argentina continúa vigente el Tratado de Derecho Penal Internacional, por la no ratificación de Argentina del Tratado de 1940. En materias de asistencia jurídica internacional y reconocimiento de fallos extranjeros, los tres países se habían vinculado por los Tratados de Derecho Procesal Internacional de 1889 y luego de 1940 que regularon el tema con soluciones pioneras para la época en sus respectivos Títulos III, “Del cumplimiento de los exhortos, las sentencias y fallos arbitrales”.

7 Brasil, en cambio, es Parte del Código de Bustamante, de La Habana, de 1928, no ratificado por razones técnicas por sus otros socios del Mercado.

8 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Dimensión judicial del caso privado internacional. Análisis de la cooperación de mero trámite, probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y del MERCOSUR”, en: XXXIV *Curso de Derecho Internacional, Organización de Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano*, Washington D.C., 2007, pp.221 y ss. En conformidad, entre otros, SENTÍS MELENDO, Santiago, “El auxilio entre jueces de distinta jurisdicción”, *La Ley*, no. 48, octubre - diciembre, 1956, p.70; ALVAREZ GASPAR, Renata y KLEIN VIERA, Luciane. “La cooperación jurídica internacional en Brasil: especial referencia al diálogo entre el DIPr. autónomo y convencional y los derechos humanos”, en: MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio y LIMA MARQUES, Claudia (coords.), *Los servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP - 2014*, Porto Alegre, Gráfica e Editora RJR, 2014, pp.191-217.

9 Los Principios de ASADIP sobre Acceso Transnacional a la Justicia, aprobados en la X Jornadas de Buenos Aires, en noviembre de 2016, disponen coincidentemente en el Capítulo 4, “Cooperación interjurisdiccional”, artículo 4.1: “La cooperación jurisdiccional es un deber ineludible de los Estados, no solamente en la realización de actos de mero trámite como las notificaciones y citaciones, sino también en todos aquellos actos

se crea por el Consejo del Mercado Común, en la Sesión de Brasilia de diciembre de 1991, la Reunión de los Ministros del Justicia del Grupo Mercado Común.^{10,11}

III. Los Protocolos del MERCOSUR, su aporte

En búsqueda de los objetivos precedentemente señalados, así como de profundizar en el ámbito mercosureño algunas de las soluciones consagradas por las Convenciones de las CIDIP, posibilidad expresamente prevista por las Convenciones Interamericanas¹², la Reunión de Ministros de Justicia llevó adelante una labor legislativa concretada en la aprobación de distintos Protocolos y Acuerdos que se encuentran vigentes entre los cuatro Estados Partes. Tales, en materia de cooperación jurisdiccional internacional y reconocimiento de fallos extranjeros, el Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, en adelante Protocolo de Las Leñas, Decisión CMC 05/92¹³ y el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, en adelante, Protocolo de Ouro Preto, Decisión CMC 27/94;¹⁴ a lo que corresponde agregar en relación a la apreciación del requisito de la jurisdicción internacional indirecta en materia de reconocimiento de sentencias extranjeras, lo dispuesto por el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, Decisión CMC 1/94,¹⁵ artículo 14. Textos a los que corresponde añadir, en el ámbito penal, el Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, Decisión CMC 02/96.¹⁶

o medidas necesarios para la consecución de los fines del proceso, incluyendo la cooperación cautelar así como la identificación, conservación y producción d pruebas”. En igual sentido, SCOTT, Luciana B. “El acceso a la justicia en el Derecho Internacional Privado argentino: nuevas perspectivas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en: *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado, Jornadas de ASADIP – 2015*, Asunción, CEDEP - ASADIP, pp. 213 - 235..

10 La Reunión de Ministros de Justicia tuvo origen en la Conclusiones del Encuentro llevado a cabo por los Ministros en Buenos Aires, en noviembre de 1991.

11 La Reunión de los Ministros de Justicia funciona con el apoyo de una Comisión Técnica conformada por representantes de los Ministerios de Justicia y de los Ministerios de Relaciones Exteriores, Resolución 14/92 del Grupo Mercado Común.

12 Tal lo dispuesto por los artículos 14 de la Convención de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y 17 de la Convención de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares.

13 Aprobado por Uruguay por Ley N° 16.971 de 15 de junio de 1998.

14 Aprobado por Uruguay por Ley N° 16.930 de 20 de abril de 1998.

15 Aprobado por Uruguay por Ley N° 17.721 de 24 de diciembre de 2003.

16 Aprobado por Uruguay por Ley N° 17.145 de 9 de agosto de 1999.

Protocolos y Acuerdos que consagran importantes desarrollos en las materias reguladas y en relación a cuya aplicación los tribunales de Uruguay diligencian anualmente cientos de exhortos con sus pares de las otras Partes.

IV. Aportes de los Protocolos en materia de cooperación jurisdiccional internacional y reconocimiento de los fallos extranjeros

Las regulaciones legisladas por los Protocolos de Las Leñas y de Ouro Preto no solo desarrollan y profundizan distintos aspectos de las disposiciones previstas por los textos convencionales a nivel interamericano que les precedieran, sino que buscan armonizar con las soluciones consagradas en la materia por otros convenios vigentes entre las Partes, tal, lo previsto expresamente por los artículos 35 del Protocolo de Las Leñas y 26 del de Ouro Preto, que acogen el principio de armonización recibido a nivel continental por las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, en adelante Convención sobre Exhortos,¹⁷ artículo 15; Recepción de Pruebas en el Extranjeros, en adelante, Convención sobre Recepción de Pruebas,¹⁸ artículo 14; y Cumplimiento de Medidas Cautelares, en adelante Convención de Medidas Cautelares,¹⁹ artículo 18.

1. Aportes en cooperación de mero trámite y probatoria, Protocolo de las Leñas, Capítulo IV

A) Extensión del ámbito material en el que los Estados se obligan a prestar cooperación, artículo 5

Las Convenciones sobre Exhortos y sobre Recepción de Pruebas, artículo 2 de ambas, sólo comprometen cooperación en materia civil y comercial, previendo que los Estados puedan formular declaraciones ampliando su alcance a lo laboral, contencioso administrativo y penal, respectivamente artículos 16 y 15, opción que pocos países han ejercido, más allá que en la práctica, algunos brinden asistencia respecto a un elenco más extenso de temas.

17 Aprobada por Uruguay por Decreto - Ley N° 14.534 de 24 de junio de 1976.

18 Aprobada por Uruguay por Decreto - Ley N° 14.534 de 24 de junio de 1976.

19 Aprobada por Uruguay por Decreto - Ley N° 14.953 de 12 de noviembre de 1979.

El Protocolo de las Leñas contempla por el contrario una cooperación más amplia, pues sin necesidad de declaración de los Estados, abarca además del ámbito civil y comercial, el laboral y el administrativo (contencioso administrativo), Capítulo IV, “Cooperación en Actividades de Mero Trámite y Probatoria”.

B) Desarrollos referidos al diligenciamiento de los exhortos

a) Impulso procesal y gratuidad, artículos 8, 17 y 15

El Protocolo, a diferencia de las Convenciones Interamericanas, consagra el impulso *ex officio* como principio básico para el diligenciamiento de las rogatorias referidas a estos niveles de asistencia jurídica internacional, artículos 8 y 17 citados. Respecto a los gastos originados por el diligenciamiento de los exhortos, frente a la postura tradicional de poner los mismos a cargo de la parte interesada, posición acogida por las Convenciones sobre Exhortos, artículo 12 y sobre Recepción de Pruebas, artículo 7, el Protocolo, artículo 15, coloca por encima de los costos de prestación del auxilio, el principio de gratuidad como medio de asegurar la realización de la justicia, “excepto cuando se soliciten medios probatorios que ocasionen erogaciones especiales o se designen profesionales para intervenir en el diligenciamiento”.²⁰

b) Empleo de medios coercitivos, artículo 13

Se impone al tribunal rogado aplicar para el diligenciamiento de exhortos provenientes de otros Estados Partes, los medios coercitivos previstos en su legislación a efectos de asegurar el cumplimiento de similares actuaciones procesales de carácter local. Obligación de especial utilidad en materia de cooperación probatoria. Deber que se encuentra íntimamente ligado al concepto referido a que la prestación de la cooperación jurisdiccional internacional ha dejado de ser una decisión discrecional del exhortado para transformarse en una verdadera obligación.²¹

²⁰ La gratuidad en el diligenciamiento de las rogatorias tiene como precedente a nivel regional, el Convenio argentino – uruguayo de 1907, Ampliatorio del Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889, artículo 3, “cuando las comisiones rogatorias fueren dirigidas de oficio, los gastos que ocasionare su diligenciamiento serán de cargo del país que la reciba”. El Protocolo de Montevideo de 1979 a la Convención sobre Exhortos, artículo 5 y el Protocolo de La Paz de 1984 a la Convención sobre Recepción de Pruebas, artículo 6, acogen la gratuidad para la tramitación de estos niveles de cooperación.

²¹ La Convención sobre Recepción de Pruebas sólo preveía que el órgano competente “podrá”, utilizar medios

c) Obligación de informar sobre los motivos del incumplimiento del exhorto, artículo 14

Constituye un cambio significativo en materia de cooperación jurisdiccional internacional, cuya prestación deja de ser entendida como una decisión sujeta a la discreción del Estado requerido, que respondía a una suerte de *comitas gentium*, para transformarse, en principio, en un deber cuyo incumplimiento impone al exhortado la obligación de comunicar al exhortante, de inmediato y de manera fundada, las razones que determinan el incumplimiento²².

d) Posibilidad de presencia de la parte y de la autoridad requirentes en instancia de diligenciamiento del exhorto, artículo 11

Se trata de una solución que se adecua a un régimen de cooperación jurisdiccional aplicable en un marco de integración, por el que se autoriza al tribunal rogante a solicitar al rogado, vía Autoridad Central, que se le informe acerca del lugar y fecha en que será diligenciada la asistencia requerida, con finalidad que la parte interesada - por sí o por su representante - y la propia autoridad requirente, “puedan comparecer y ejercer las facultades autorizadas por la legislación de la parte requerida”, a la que en definitiva habrá de corresponder determinar el alcance de dicha presencia.²³ El Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales también autoriza la presencia de autoridades de la parte requirente indicadas en la solicitud de cooperación testimonial durante el desarrollo de la misma, artículo 17.3.

e) La cooperación jurisdiccional en el área fronteriza argentino – uruguaya

Convenio Marco de Colaboración entre la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay y la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad

de apremio, disponiéndose su aplicación preceptiva recién a partir del Protocolo Adicional de La Paz a la Convención sobre Recepción de Pruebas, artículo 4, ratificado por muy pocos Estados, entre ellos, Argentina y Uruguay. Los Acuerdos bilaterales sobre Cooperación Jurídica concluidos en 1991 por Argentina y Uruguay con Brasil también establecían esta obligación para la sede requerida, artículos 13 y 10 respectivamente.

22 La disposición tiene como precedente lo dispuesto por el Protocolo de 1984 a la Convención sobre Recepción de Pruebas, artículo 3, párrafo segundo.

23 Fueron antecedentes, los Acuerdos bilaterales de Cooperación Judicial de 1991 celebrados por Argentina y Uruguay con Brasil, artículos 11 y 8 respectivamente.

Autónoma de Buenos Aires

Las regulaciones acordadas en materia de asistencia de mero trámite y probatoria en el ámbito del MERCOSUR corresponde, según se viera, que sean armonizadas, en tanto no las contradigan, con aquellas soluciones previstas por otras regulaciones convencionales concluidas entre las Partes, artículo 35 del Protocolo de Las Leñas. En razón de lo expuesto y estando vinculados Argentina y Uruguay por la Convención sobre Exhortos, cuyo artículo 7 prevé la transmisión directa de exhortos entre los jueces de zonas fronterizas,²⁴ con fecha 6 de diciembre de 2016 se suscribe en Montevideo el Convenio Marco de referencia, con finalidad de concretar las comunicaciones judiciales directas en zonas de frontera. En cumplimiento de dicho Convenio la Suprema Corte de Justicia de Uruguay por Acordada 7885 de 30 de diciembre de 2016, designa “Jueces de Frontera, a los efectos de la tramitación de las solicitudes de cooperación judicial referidas en el citado convenio provenientes de los juzgados limítrofes de la República Argentina, a los Juzgados Departamentales de Artigas, Salto, Paysandú, Río Negro, Soriano y Colonia”. Comunicaciones directas cuya efectiva aplicación ha permitido acelerar significativamente el auxilio judicial internacional en tales zonas.

2. Aportes en cooperación cautelar internacional

El Protocolo de Las Leñas no obstante regular en el Capítulo IV la “Cooperación en Actividades de Mero Trámite y Probatorias” y en el V, el “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales”, así como atender otra cuestiones atinentes a la realización transnacional de la justicia, Capítulo II, “Autoridades Centrales”, Capítulo III, “Igualdad de Trato Procesal”, Capítulo VII, “Información del Derecho Extranjero”, no trata acerca de la cooperación cautelar. Omisión que responde a que Brasil en época de negociarse el texto de Las Leñas no hacía lugar a solicitudes de tal tipo de asistencia. Atendiendo tal circunstancia, las Delegaciones de Uruguay y Argentina al finalizar las negociaciones de la Comisión Técnica de los Ministros de Justicia, en Puerto Iguazú, de las que emerge el texto final del que luego ha de ser el Protocolo de Las Leñas, plantean la necesidad de estudiar la inclusión de la cooperación cautelar

24 La comunicación directa entre jueces de zonas fronterizas lejos de contradecir al Protocolo de Las Leñas, se inscribe en los objetivos previstos en su Preámbulo referidos a “promover e intensificar la cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa...”. Ver al respecto, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Parte III, “Observancia, Aplicación e Interpretación de los Tratados”, Sección 3, “Interpretación de los Tratados, artículo 31, “Regla General de Interpretación”.

como modo de asegurar entre todos los Estados Partes del Tratado de Asunción un nivel homogéneo de asistencia. La Delegación brasileña es receptiva a estas inquietudes y comunica que el planteo será sometido a consulta de los Ministerios de Justicia y de Relaciones Exteriores, así como a los Tribunales Superiores de Justicia de Brasil. Dos años más tarde, en junio de 1994, Brasil comunica a los otros socios del MERCOSUR que culminadas las consultas estaba en condiciones de avanzar en la negociación de un convenio regional sobre el tema y presenta un proyecto que, con aportes de Argentina y Uruguay, por su experiencia en la materia, se concreta en el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares.

El Protocolo de Ouro Preto introduce importantes desarrollos en la asistencia cautelar regional respecto al texto interamericano, aun cuando no legisla acerca de la cooperación cautelar de urgencia por la jurisdicción más próxima, regulada por la Convención Interamericana en el artículo 10.²⁵ Cabe precisar que este tipo de cooperación cautelar se mantiene operativo entre Argentina, Paraguay y Uruguay, Partes de la Convención sobre Medidas Cautelares, cuanto que el artículo 26 del Protocolo, introducido a solicitud expresa de estos tres países, dispone que “no restringirá la aplicación de disposiciones más favorables a la cooperación contenidas en otras Convenciones sobre Medidas Cautelares en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados Parte.”

Aportes del Protocolo:

A) En materia de transmisión de las rogatorias, artículo 19, párrafo cuarto

Se extiende a la asistencia cautelar la posibilidad de transmisión directa de los exhortos requirentes de la cooperación, sin necesidad de legalización, entre jueces de zonas de frontera, sólo admitida en el ámbito interamericano en el auxilio de mero trámite y probatorio por el artículo 7 de la Convención sobre Exhortos.²⁶

B) Desarrollo de la cooperación cautelar preparatoria, artículos 3, 13, 14 y 15

25 La no previsión de la cooperación de urgencia respondió a planteos de Brasil en atención a que la relativa complejidad de la misma podría dificultar la aprobación del Protocolo en momentos en que el país recién pasaba a admitir la asistencia cautelar.

26 La Convención sobre Exhortos, artículo 2, literales a y b, se aplica a los exhortos que tengan por objeto tanto la realización de actos de mero trámite, cuanto la recepción y obtención de pruebas, salvo reserva expresa al respecto.

Mientras que la Convención sobre Medidas Cautelares refiere de manera cuasi tangencial a la asistencia cautelar preparatoria, artículo 2, al hablar de medidas cautelares destinadas a garantizar los efectos de un proceso actual o “futuro”, el Protocolo en el artículo 3 prevé las “medidas cautelares preparatorias” y luego atiende su funcionamiento en artículos posteriores. En el artículo 13, regula las consecuencias de la interposición de la demanda fuera de los plazos previstos por la legislación del Estado requirente; en el artículo 14, impone al tribunal requirente el deber de comunicar al requerido, al transmitir la rogatoria, el plazo, contado a partir del cumplimiento de la medida cautelar, en el que la demanda deberá ser presentada en el proceso principal y a la mayor brevedad, la fecha de presentación, o no, de dicha demanda; y en el artículo 15, establece el deber del juez requerido de comunicar inmediatamente a su par del requirente la fecha en que se dio cumplimiento a la cautela solicitada (a efectos del cómputo del plazo previsto por el artículo 14) o las razones por las cuales la solicitud no fue cumplida. Obligación de explicar el no cumplimiento de la asistencia, que acoge en materia cautelar el principio de prestar cooperación internacional, antes consagrado para el auxilio de mero trámite y probatorio, por el Protocolo de Las Leñas, artículo 14.

C) Ampliación de las causales de exención de costas y gastos, artículo 25

Mientras que la prestación de la cooperación de mero trámite y probatoria a nivel mercosureño es en principio gratuita, artículo 25, Protocolo de Las Leñas, en el auxilio cautelar las costas y gastos son de responsabilidad del requirente de la medida, Protocolo de Ouro Preto, artículo 24, solución paralela a legislada por la Convención Interamericana en la materia, artículo 16. Pero a diferencia de ésta, que únicamente acoge como excepciones a la onerosidad las medidas requeridas en relación a los alimentos provisionales y los casos de beneficio de pobreza concedido en el Estado requirente, el acuerdo del MERCOSUR extiende la gratuidad a las solicitudes de localización y restitución internacional de menores.

En la tramitación activa y pasiva de la cooperación cautelar internacional en el ámbito del MERCOSUR, el Protocolo de Ouro Preto es la normativa aplicada por los tribunales uruguayos, excepto en casos de cooperación cautelar de urgencia, en que se aplica el artículo 10 de la Convención sobre Medidas Cautelares, en razón de la no regulación de la misma por el Protocolo.

D) Cooperación cautelar requerida por árbitros, Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, artículo 19

El Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, Decisión CMC 03/98 de 16 de junio de 1998,²⁷ artículo 19, párrafo segundo, dispone que en cualquier estado del proceso, a petición de parte, el tribunal arbitral podrá disponer por sí las medidas cautelares que estime pertinentes, resolviendo en su caso sobre las cautelas e instrumentando dichas medidas por medio de un laudo arbitral provisional o interlocutorio, párrafo tercero.

Cuando estas medidas cautelares tengan carácter internacional, párrafo quinto, el tribunal arbitral deberá remitir la solicitud al juez del Estado sede del tribunal arbitral a efectos que dicho juez la transmita para su diligenciamiento al juez competente del Estado requerido por las vías previstas en el Protocolo de Medidas Cautelares (aquellas previstas en el artículo 19). Facultad atribuida a los tribunales arbitrales de indudable importancia para un efectivo funcionamiento de la justicia arbitral a nivel regional.

3. Reconocimiento de los fallos extranjeros entre los Estados Partes del MERCOSUR

A) Aportes del Protocolo de Las Leñas, Capítulo V, “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales”

La coexistencia de pluralidad de ordenamientos jurídicos, presupuesto del Derecho Internacional Privado, impone solidaridad entre los Estados y universalidad en la realización de la justicia y por consiguiente corresponde reconocer, dadas ciertas condiciones, las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero, con miras a hacer efectiva la seguridad jurídica y el *comercium internacional*, evitando que las personas puedan quedar sujetas a decisiones jurisdiccionales contradictorias sobre un mismo asunto dictadas en distintos países. Como advierte Opertti, “un sentimiento elemental de justicia, señala que las decisiones dictadas por los jueces de un Estado no deben quedar reducidas a su ámbito territorial cuando en él no obtienen el acatamiento voluntario de las

²⁷ Aprobado por Uruguay por Ley N° 17.834 de 14 de setiembre de 2004.

partes involucradas y requieren de alguna forma de reconocimiento en los demás Estados”,²⁸ y ello es así, dada la imperiosa necesidad de asegurar la continuidad de las situaciones jurídicas más allá de fronteras.²⁹

El Protocolo de Las Leñas, no obstante mantener algunas de las soluciones tradicionales consagradas por la Convención Interamericana de Montevideo de 1975 sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros que podrían haber sido materia de desarrollos innovadores, realiza aportes de importancia, tales:

a) Aportes referidos a las materias en que los Estados se comprometen al reconocimiento de los fallos extranjeros, artículo 18

A diferencia de lo dispuesto por la Convención sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias, artículo 1, párrafo uno, que faculta a los Estados a limitar, por declaración expresa, el alcance convencional a las sentencias de condena en materia patrimonial, el Protocolo, artículo 18, consagra un amplio ámbito de aplicación, disponiendo que el Capítulo será aplicable, sin posibilidad que los Estados puedan restringir su alcance, al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales en materia civil, comercial, laboral y administrativo (contencioso - administrativo), así como a la sentencias en materia de reparación de daños y restitución de bienes pronunciadas en jurisdicción penal.

b) En lo atinente al modo en que el demandado debe ser notificado o emplazado, artículo 20, literal d

Mientras que la Convención sobre Eficacia de Sentencias artículo 2.e, exige que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de “modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo o resolución jurisdiccional deban surtir efecto”, el Protocolo solamente requiere “que la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión haya sido debidamente citada”.

Redacción que deja abierta la constatación del cumplimiento de la condición a la apreciación del foro requerido. Control que en Derecho

28 OPERITI BADÁN, Didier. *Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales Extranjeras*. OEA – CIDIP II, 1976, p. 2.

29 En conformidad, FERNANDEZ ROSAS, José Carlos, SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO. *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2da. Ed. Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 103.

uruguayo posibilita la aplicación de la solución, más flexible y favorable al reconocimiento del fallo extranjero, consagrada en el Código General del Proceso, Libro II, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Capítulo IV, “Del Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras”, artículo 539, Eficacia de las sentencias”, numeral 5, que dispone: “Que el demandado haya sido notificado o emplazado en forma legal de acuerdo con las normas del Estado de donde provenga el fallo”.

c) Consagración expresa de las excepciones de cosa juzgada y de litispendencia, artículo 22.

A diferencia de la Convención Interamericana, el Protocolo de manera expresa condiciona el reconocimiento del fallo extranjero a la inexistencia en el foro requerido de cosa juzgada³⁰ o de litispendencia con prevención. En relación a la cosa juzgada dispone respecto a las sentencias o laudos arbitrales dictados entre las mismas partes, fundado en los mismos hechos y que tuvieran el mismo objeto que el de otro proceso jurisdiccional en el Estado donde se invoca el fallo, párrafo 1, que, “su reconocimiento y ejecutoriedad dependerán que la decisión no sea incompatible con otro pronunciamiento anterior o simultáneo recaído en tal proceso en Estado requerido”.

Igualmente, párrafo segundo, tampoco procederá el reconocimiento o la ejecución, en caso de configurarse litispendencia con prevención en Estado requerido, es decir, cuando con la misma triple identidad de procedimiento, partes y objeto, se hubiere iniciado un procedimiento ante cualquier autoridad jurisdiccional de la Parte requerida con anterioridad a la presentación de la demanda ante la autoridad jurisdiccional que hubiere pronunciado el fallo del que se solicita el reconocimiento.

B) Regulación convencional de la jurisdicción internacional indirecta, Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, Título III, artículo 14, “La jurisdicción como requisito para el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales”

La jurisdicción plantea dos cuestiones básicas en torno a las relaciones privadas internacionales: ¿ante los jueces de qué Estado ha de corresponder incoar una demanda vinculada a un caso internacional? y

30 Cabe señalar que distintos desarrollos convencionales contemporáneos también admiten la excepción de cosa juzgada en un tercer Estado, a condición que dicho fallo sea de fecha anterior y reúna las condiciones necesarias para ser reconocido en el Estado requerido.

¿los jueces de qué Estado son los que deben haber dictado un fallo para que éste se encuentre en condiciones que su eficacia sea reconocida en otro? La primera de las cuestiones alude a la denominada “jurisdicción internacional directa” y a la “jurisdicción internacional indirecta”, la segunda.³¹ Conceptos en definitiva vinculados a la apreciación de la jurisdicción en dos momentos procesales distintos: al momento de plantearse la demanda o después de dictado el fallo. El derecho comparado muestra distintos criterios con finalidad de constatar la jurisdicción internacional indirecta. Hay regulaciones que remiten a lo que disponga en la materia ya la legislación del Estado donde se invoca el fallo, calificación *lex fori*, ya a la del país de origen del mismo, calificación *lex causae*, y otras, que prevén soluciones específicas sobre jurisdicción internacional referidas al reconocimiento del fallo extranjero.

La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, artículo 2, literal d, sujeta la apreciación de la jurisdicción internacional indirecta a la *lex fori*, no obstante los inconvenientes que la misma presenta para una adecuada circulación internacional de las sentencias³². Solución que se aparta de las propuestas planteadas por distintos proyectos considerados en ocasión de la CIDIP II.^{33,34} El Protocolo de Las Leñas, no obstante algunos planteos iniciales realizados por la Delegación de Uruguay, mantuvo la solución de la Convención Interamericana, artículo 20.c. En la CIDIP

31 BARTIN, Étienne Adolphe. Étude sur les effets internationaux des jugements, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1907. GUTHERIDGE, Harold Cooke. “Les conflits des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles”, *Recueil des Cours*, t. 44, 1933, pp. 111- 198.

32 La calificación *lex fori* supone una solución fuertemente restrictiva a la circulación internacional de los fallos y consecuentemente a la adecuada protección del justiciable que habiendo obtenido una decisión favorable, en un juicio tramitado con todas las garantías del debido proceso, puede luego ver frustrados sus derechos cuando en el Estado donde se pretenda el reconocimiento no sea reconocida en razón de haber sido dictada por un tribunal que de acuerdo a la normativa de dicho país careciera de jurisdicción para conocer en una causa que al momento de plantearse, quizás era absolutamente ajena a ese Estado requerido.

33 Proyecto del Comité Jurídico Interamericano de Convención sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias de fecha 21 de enero de 1977, que en el artículo 1, al enumerar las condiciones requeridas para el reconocimiento, consagra la calificación *lex causae*, sin otro límite que la jurisdicción exclusiva del foro requerido. El Proyecto presentado por la Delegación de Uruguay a la Comisión I de la CIDIP II, que tuviera a su cargo el tratamiento del tema, de fecha 26.4.1979, proponía ya en calidad de artículo 21 de la Convención, ya como Protocolo a la misma, regulaciones específicas sobre la jurisdicción internacional indirecta. Un Proyecto presentado por México en la Comisión con fecha 27.4.1979, contemplaba una solución similar; ver al respecto, Actas y Documentos, Segunda Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado, CIDIP II, v. II. Washington D.C., Secretaría General, Organización de Estados Americanos, 1980, p. 271 y ss.

34 En el derecho uruguayo, el Código General del Proceso facilita el reconocimiento del fallo extranjero a través de una apreciación *lex causae* de la jurisdicción internacional indirecta, Libro II, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Capítulo IV, “Del Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras”, artículo 539, “Eficacia de las sentencias”, numeral 2, “Que el tribunal sentenciante tenga jurisdicción en la esfera internacional para conocer del asunto, de acuerdo a su derecho, excepto que la materia fuera de jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios”.

III de La Paz, 1984, la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia de las Sentencias Extranjeras, lamentablemente sólo vigente entre México y Uruguay, no obstante sus limitaciones, supuso un valioso intento para regular, a través de un tratado, la jurisdicción internacional indirecta en la línea con distintos desarrollos convencionales contemporáneos.³⁵

El Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual consagra a nivel mercosureño una solución superadora de la calificación *lex fori*, disponiendo al respecto en el artículo 14, “La jurisdicción como requisito para el reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos arbitrales”, que la misma queda sometida a lo dispuesto por el convenio, por lo que en tanto el fallo sea pronunciado por tribunal competente de acuerdo al Protocolo para conocer en un litigio en la materia, deberá considerarse que emana de sede competente. Solución lógica, pues si los Estados a través de un texto convencional indican a los magistrados y a las partes cuáles han de ser los jueces competentes para conocer de un caso internacional, corresponde concluir que la sentencia dictada en aplicación de tales disposiciones proviene de sede poseedora de jurisdicción internacional.³⁶

Las soluciones examinadas de los textos del MERCOSUR en materia de asistencia jurisdiccional internacional y reconocimiento de fallos extranjeros, sin perjuicio de la conveniencia de ulteriores desarrollos, han atendido la necesidad de profundizar, en distintos aspectos, la realización transnacional de la justicia entre los Estados Partes de la región.

35 Tales, a nivel de la Conferencia de La Haya, el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial de 2.2. 1971, artículo 10 y el reciente Convenio de 2 de julio de 2019 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Materia de Civil y Comercial., Capítulo II, “Reconocimiento y Ejecución”, artículo 5 y siguientes. Y en el contexto europeo, entre otros, el Convenio de Bruselas de 1968 Relativo a la Competencia Judicial y la Ejecución de Resoluciones en Materia Civil y Comercial y Convenios posteriores, hasta el actual Reglamento (UE) 2015 de 12 de diciembre de 2012, en vigor desde el 10.1.2015.

36 A nivel interamericano, la Convención de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, artículo 11.a, consagra igual solución.

PARTE I

**COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL
EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL**

COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL, ACCESO A LA JUSTICIA Y DIÁLOGO DE FUENTES EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR. UN CONTRAPUNTO ARGENTINO-URUGUAYO

Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del
Uruguay, “Rivero, Carlos Andrés c/ Consulado General del
Uruguay. Ejecución de sentencia extranjera”, 20/07/11

*Jonathan Matías Brodsky**

Sumario: I. Introducción: 1. Marco normativo; II. Plataforma fáctica del caso y antecedentes de tramitación; III. La decisión judicial; IV. Análisis del fallo: 1. La desestimación de la excepción de caducidad, 2. Diálogo de fuentes. La solución del decisorio y el panorama actual, 3. El control del orden público internacional; V. Conclusiones.

I. Introducción

Ante todo, quiero hacer constar mi agradecimiento a las Dras. Luciana B. Scotti y Luciane Klein Vieira por haberme invitado a formar parte de la presente obra colectiva. Indudablemente, el hecho de que las coordinadoras hayan pensado no solo en juristas consagrados, en catedráticos y en importantes funcionarios para realizar aportaciones a un libro de estas características, sino también en jóvenes iusprivatistas en

* Abogado de la Universidad de Buenos Aires, recibido con Diploma de Honor y Medalla de Oro, Premio “Raymundo M. Salvat” y Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Profesor Titular (UCES), Profesor Adjunto (UCES), Jefe de Trabajos Prácticos (UBA) y autor de más de cien artículos de doctrina y capítulos de libros de Derecho de las Obligaciones y de Daños, Derecho Internacional Privado, Derecho del Consumidor y Derecho Procesal Civil y Comercial. Relator de la Sala “L” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil – Poder Judicial de la Nación.

formación, da cuenta de su generosidad y de su visión progresista de la ciencia jurídica. Esto, por supuesto, no me sorprende, pues gracias a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, conozco bien y desde hace años las extraordinarias cualidades académicas y personales de Luciana y de Luciane; en un claustro numeroso, es relativamente habitual hallar esos rasgos aislados en algunos de sus integrantes, pero mucho escasea la reunión, en una misma persona, del amor por la enseñanza, el rigor en la investigación y el constante ejercicio de valores como la humildad y la generosidad, que permite transformar el mero talento o sabiduría en un genuino aporte al crecimiento -científico y humano- del Derecho Internacional Privado y del Derecho de la Integración en el MERCOSUR.

A su vez, me parece importante aclarar que este trabajo consiste en el comentario, por un docente -y funcionario judicial- argentino, de un fallo uruguayo. De allí que el texto observará las distintas secciones cuya lógica ilación conforman una nota de jurisprudencia (hechos del caso, antecedentes de su trámite procesal, decisión del órgano jurisdiccional, valoración, conclusiones), pero además girará en torno de un contrapunto: de un lado, rige un instrumento normativo único y común para ambas repúblicas (el “Protocolo de Las Leñas”), y del otro, campean las naturales diferencias entre el derecho argentino y el de Uruguay, que serán precisadas en los aspectos pertinentes al objeto de la sentencia.

El tercer y último extremo preliminar importa adelantar (aunque ya lo anticipa el título) que el presente capítulo aborda la cooperación jurídica internacional, y en particular, un acto de autoridad estatal que implica un grado particularmente intenso -considerado el de mayor nivel- de esa cooperación: me refiero al reconocimiento (y en su caso, a la ejecución) de sentencias extranjeras.

Al respecto, vale la pena recordar, como dato introductorio pero a la vez muy importante, la creciente preocupación de los doctrinarios, los legisladores, los convencionales, los árbitros y los magistrados por el efectivo respeto de la tutela judicial transfronteriza.

Quienes nos formamos directa o indirectamente con Antonio Boggiano, sabemos y enseñamos que el Derecho Internacional Privado pretende alcanzar la solución justa y efectiva del caso iusprivatista

multinacional;¹ de allí que el generalmente llamado *exequatur*, lejos de ser un simple trámite formal o puramente procesal, define para quien lo promueve, nada menos, la eficacia extraterritorial de una decisión extranjera, y con ello la realización (o no) del resultado por el que se acudió a la justicia en primer lugar.

Tampoco es casual que la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, en su asamblea celebrada en Buenos Aires el 12 de noviembre de 2016, haya aprobado los “Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia” (TRANSJUS), un valiosísimo instrumento de *soft law* para todos los operadores jurídicos que trabajan con casos de Derecho Internacional Privado. Con moderna y precisa redacción, el art. 7.1. de dichos principios enuncia que “La eficacia extraterritorial de las decisiones es un derecho fundamental, estrechamente vinculado con el derecho de acceso a la justicia y con los derechos fundamentales del debido proceso. Por lo tanto, los jueces y demás autoridades estatales procurarán siempre favorecer la eficacia de las decisiones extranjeras al interpretar y aplicar los requisitos que deben cumplir dichas decisiones”.²

En definitiva, lo que deseo terminar de expresar en esta sección liminar es que el auxilio judicial internacional constituye una temática cuyo rol protagónico en el Derecho Internacional Privado ha ido en aumento en los últimos tiempos, a punto tal que hoy se lo concibe como el “tercer sector” de la materia, a la par de los clásicos del “juez competente” y del “derecho aplicable” a un caso iusprivatista multinacional. Tal fenómeno es coherente con el respeto de un derecho fundamental de toda persona, como lo es el de acceder a la jurisdicción, sin perjuicio -claro está- del derecho de defensa del requerido o demandado, que no es “menos” fundamental y que constituye, como suele decirse, “la otra cara de la moneda”.

1. Marco normativo

En el decisorio en análisis, se hace referencia a las siguientes normas jurídicas: los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de

1 Puede ampliarse en BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, 7ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, como así también en las ediciones anteriores de la obra.

2 El texto completo puede consultarse, al 1º de septiembre de 2020, en: <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf>

1889 y de 1940;³ el Código General del Proceso uruguayo;⁴ y el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa⁵ que rige en la actualidad (y desde hace ya muchos años) en el ámbito regional del MERCOSUR.

Los Tratados de Montevideo⁶ son harto conocidos por todos los especialistas en Derecho Internacional Privado y deberían serlo para cualquier abogado, al menos, en cuanto a su vigencia, su jerarquía normativa y su ámbito de aplicación.⁷ Doy por hecho que los destinatarios de estas líneas serán en su mayoría conocedores de la materia y de los Tratados de Montevideo, por lo que no explicaré en este espacio los aspectos generales de esos instrumentos ni examinaré sus disposiciones en sí mismas (¿cuánto más novedoso puede decirse sobre ellas tantos años después?). En cambio, dado que este libro tendrá -como mínimo- alcance regional, sí me parece interesante detenerme en cómo rigen esos convenios en la Argentina, mientras que su vigencia en Uruguay será analizada más adelante, en el acápite V, al referirme específicamente al fallo de la Suprema Corte de ese país.

Pues bien: ante todo, la Argentina es Estado parte de ambos Tratados de Montevideo, lo que implica que un caso cuyos elementos de internacionalidad estén ubicados en dicho territorio nacional, en Paraguay y/o en Uruguay -los restantes dos países obligados por el convenio-, tendrá vocación para aplicarse el instrumento de 1940. En cambio, si el supuesto conecta el o los ordenamientos jurídicos de cualquiera de esos países con el de Bolivia, Colombia, y/o Perú, rige la versión de 1889, que es la única por la cual estos últimos Estados han expresado su voluntad de obligarse.

Por otro lado, y aun cuando años atrás la cuestión no era tan

3 En adelante, los “Tratados de Montevideo”.

4 En adelante, el “C.G.P.”.

5 En adelante, el “Protocolo de Las Leñas”.

6 Particularmente, los relativos al Derecho Civil, al Derecho Comercial y al Derecho Procesal.

7 Resulta plausible, pues contribuye decisivamente a tal fin, la inclusión en las currículas universitarias de grado de Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración como asignaturas obligatorias, aunque el desarrollo de esa cuestión excede los límites de este trabajo. Puede consultarse, al respecto (y sobre muchos otros puntos interesantísimos), el monumental *paper* (de casi cien páginas) de Luciana Scotti, de próxima aparición al momento de escribir este texto: SCOTTI, Luciana B. “La enseñanza del Derecho Internacional Privado a lo largo de los 200 años de la Universidad de Buenos Aires”, en: ORTIZ, T.; SCOTTI, L. (coords.), *Ideas sobre la historia de la Facultad de Derecho y sus protagonistas en las vísperas del bicentenario de la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2020, pp. 57-156.

clara, a partir de la última reforma de la Constitución de la Nación Argentina en el año 1994, el juego armónico de los arts. 31, 75 inc. 22 e inc. 24 de la Norma Fundamental no deja margen para la duda en cuanto a que: (i) en la cúspide del ordenamiento jurídico, gozan de la máxima jerarquía normativa la Constitución Nacional y determinados tratados internacionales sobre derechos humanos; (ii) inmediatamente a continuación, cuentan con rango infraconstitucional y supralegal los demás convenios internacionales (incluidos los de integración); (iii) por debajo, a su vez, están las leyes nacionales (que comprenden, desde luego, las que sancionan el Código Civil y Comercial de la Nación, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la de Concursos y Quiebras, la de Sociedades, la de Defensa de Consumidores y Usuarios, la de Arbitraje Comercial Internacional, la de Extradición, etc.). Si se prosigue con el descenso en la pirámide, se llega a normativa de rango inferior a las leyes (decretos, resoluciones, etc.), y a los ordenamientos jurídicos provinciales que naturalmente existen en un país federal.

En definitiva, los Tratados de Montevideo se ubican en el peldaño (ii) antes indicado, lo que implica en la práctica, a su vez, dos consecuencias relevantes.

Por un lado, al tener jerarquía supralegal, ambos instrumentos (cuando resultan aplicables) *desplazan* a la fuente interna. Aun si la solución en una y otra norma coincidieran, lo correcto sería fundarla solo en la fuente internacional (lo que no siempre se observa en la práctica). En este sentido, cuando el art. 2594 del Código Civil y Comercial de la Nación (vigente desde el 1° de agosto de 2015) prescribe que “Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna”, mientras que en la esfera de la competencia judicial internacional directa, el art. 2601 dispone que “La jurisdicción internacional de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme a las reglas del presente Código y a las leyes especiales que sean de aplicación”, no se trata, en ninguno de los dos casos, de una innovación, sino de un “recordatorio”, ya que la misma solución fluía nítidamente de la Carta Magna, desde hace más de un cuarto de siglo.

Ahora bien, por contar con rango infraconstitucional, la aplicación de los Tratados de Montevideo debe observar, en todo caso, las normas y los principios de la Norma Fundamental y de los convenios internacionales sobre derechos humanos con su misma primacía. La cuestión no es menor: piénsese, para mencionar solo un ejemplo (los hay diversos), en el art. 8 del instrumento de 1940: “El domicilio de los cónyuges existe en el lugar en donde viven de consuno. En su defecto, se reputa por tal el del marido”. Sujetarse, en un caso concreto a ser zanjado en la actualidad, a la calificación subsidiaria de “domicilio conyugal” contenida en esa norma, ¿no sería inconstitucional e inconveniente, por vulnerar palmariamente las obligaciones internacionales dimanantes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, que integra el bloque de constitucionalidad federal argentino? Desde luego que sí, y los operadores jurídicos deben tener en cuenta ese *test* de constitucionalidad y convencionalidad cuando solicitan o deciden la resolución de una controversia a través de los Tratados de Montevideo (y de cualquier otra fuente normativa de jerarquía infraconstitucional, aunque el razonamiento es tanto más necesario cuando se acude a convenios tan antiguos).

El Código General del Proceso uruguayo se trata, evidentemente, de derecho interno del país oriental, y por tal motivo me remito a la sección V de este comentario, donde examinaré puntualmente la decisión anotada y las fuentes normativas en las que se basó.

Finalmente, rige en el MERCOSUR el Protocolo de Las Leñas, que fue suscripto por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay el 27 de junio de 1992, y se aplica en toda la región; en el caso de Uruguay, la ratificación tuvo lugar años más tarde, por lo que el tratado entró plenamente en vigor en el esquema de integración a partir del 20 de julio de 1999.⁸

Se trata de un instrumento normativo muy relevante, inspirado por el propósito, en sus propios términos, de “promover e intensificar la cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, a fin de contribuir de este modo al desarrollo de sus relaciones de integración en base a los principios de respeto a la soberanía nacional y a la igualdad de derechos e intereses recíprocos”, como así el de coadyuvar “al trato equitativo de los ciudadanos y residentes permanentes de los Estados Partes del Tratado de Asunción”, facilitándoles “el libre

8 UZAL, María E. *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2016.

acceso a la jurisdicción en dichos Estados para la defensa de sus derechos e intereses”. A renglón seguido, los propios países signatarios resaltaron “la importancia que reviste para el proceso de integración de los Estados Partes la adopción de instrumentos comunes que consoliden la seguridad jurídica y tengan como finalidad alcanzar los objetivos del Tratado de Asunción”.

Es por ello que el primer artículo del protocolo dispone que “los Estados Parte se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa” y que “La asistencia jurisdiccional se extenderá a los procedimientos administrativos en los que se admitan recursos ante los tribunales”. La redacción de la norma es elocuente, al consagrar el auxilio jurisdiccional internacional como una regla general y orientadora que funciona como una verdadera obligación en el ámbito regional; y por su textura abierta, que comprende una gran cantidad de supuestos.

Por lo demás, el instrumento prevé la designación de una Autoridad Central en cada país; consagra el principio de igualdad de trato procesal, con el cual resulta incompatible, por su propia naturaleza, la excepción de arraigo, que está vedada de manera expresa;⁹ se refiere a la cooperación de mero trámite, a los requisitos, el trámite y el cumplimiento de los exhortos, y al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros; entre otras temáticas más específicas.

La aplicación en Uruguay del Protocolo de Las Leñas será abordada en el punto V, por los motivos ya expuestos.

En cuanto a su vigencia en la República Argentina, el convenio mercosureño tiene jerarquía infraconstitucional y suprallegal por las razones ya explicitadas, y ha sido un antecedente inmediato para la redacción de dos importantes artículos del Código Civil y Comercial de la Nación: en la fuente interna, “Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral” (art. 2611), a la vez que “Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones

⁹ La excepción de arraigo se halla derogada solo tácitamente del Código Procesal Civil y Comercial argentino, cuyo art. 348, hasta el momento, no ha sido dejado sin efecto de modo expreso por el legislador. La cuestión no debería ser problemática, pero en la práctica aún se puede observar a operadores jurídicos invocando esta arcaica defensa. El lector interesado puede conocer en profundidad mi visión sobre este tema en: BRODSKY, Jonathan M. “La excepción de arraigo y su inaplicabilidad en el derecho argentino contemporáneo”, en *Temas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Erreius, año III, mayo de 2019, pp. 357-364.

internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso.” (art. 2612, 1° párr.). A su vez, “se debe dar cumplimiento a las medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras siempre que la resolución que las ordena no afecte principios de orden público del derecho argentino. Los exhortos deben tramitarse de oficio y sin demora, de acuerdo a las leyes argentinas, sin perjuicio de disponer lo pertinente con relación a los gastos que demande la asistencia requerida” (art. 2612, 2° párr.).

II. Plataforma fáctica del caso y antecedentes de tramitación

La sentencia en estudio es un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, y presenta un rasgo que en ocasiones se advierte en las decisiones del máximo tribunal de un país: su brevedad. En un expediente (como le llamamos en Argentina al proceso concretizado en una causa judicial) en soporte papel, la sentencia probablemente ocuparía una o dos hojas. Y es que así como algunos precedentes de Corte son verdaderas lecciones jurídicas, otras identifican concreta y brevemente los antecedentes fácticos y procesales, el derecho aplicable y la solución que como lógico corolario se deriva de ese razonamiento.

En este caso, se trata de un procedimiento promovido por el Sr. Carlos Andrés Rivero, con el fin de obtener la ejecución de una sentencia extranjera, dictada por un Tribunal Regional Laboral de Río de Janeiro. El demandado opuso excepción de caducidad, planteo que el actor rechazó terminantemente, sobre la base de una interpretación distinta del comienzo del cómputo de su plazo (“*dies a quo*”), y destacando que el accionado no había hecho referencia a ninguna excepción -menos aun a la de prescripción o caducidad- al contestar el emplazamiento en juicio.

Como último dato previo a las consideraciones de derecho, el tribunal puso de relieve que la Asesoría Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional uruguaya había informado en el proceso que la norma aplicable de Derecho Internacional Privado al caso era el Protocolo de Las Leñas, el cual fue ratificado por Brasil y por Uruguay y se encontraba vigente a la época del fallo.

III. La decisión judicial

La sentencia contiene una decisión impersonal y mayoritaria, y la disidencia de uno de los integrantes de la Corte, la cual torna más rico el análisis de aquélla.

En el voto de la mayoría, que decidió admitir el reclamo de *exequatur*, se comenzó por desestimar la excepción de caducidad interpuesta por el accionado, al entenderse que la caducidad, en tanto institución jurídica que opera la extinción de un derecho, se rige (al igual que la prescripción liberatoria) por la misma ley que gobierna el nacimiento de ese derecho. Se citó doctrina según la cual la prescripción no consiste en una problemática procesal sino propia del Derecho Civil, en tanto que “atacaría directamente derechos adquiridos el tribunal que aplicase la *lex fori* en contradicción con la ley a cuyo amparo se consumó el contrato”. Finalmente, la mayoría reforzó su temperamento en lo dispuesto por el art. 51 de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 (la prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley a la que las obligaciones correlativas están sujetas) y en que si una sentencia de condena no especifica una suma líquida y exigible, siendo necesaria la liquidación del crédito, el plazo de la caducidad de la reclamación solo comienza a correr desde la determinación judicial de ese monto, pasada en autoridad de cosa juzgada.

Tras rechazar de ese modo la excepción previa, la mayoría de los magistrados juzgaron acreditado el cumplimiento efectivo de los requisitos del artículo 541 del “C.G.P.” para ejecutar una sentencia extranjera de condena, como así también el emplazamiento de la parte requerida. “También” verificaron el cumplimiento de lo previsto en el art. 20 del Protocolo de Las Leñas, y la agregación a la causa de los comprobantes indispensables para solicitar el *exequatur*, en los términos del art. 539.2 del “C.G.P.”.

Por el contrario, el juez Gutiérrez votó en discrepancia por no admitir la pretensión del demandante, pues consideró que no se había aportado al expediente una copia auténtica con certificación de que la sentencia brasileña había pasado en autoridad de cosa juzgada (“comprobante indispensable” de conformidad con el mencionado art. 539.2 del “C.G.P.”), sino un mero informe que presentaron en tal sentido los abogados de parte. Sostuvo que tampoco había quedado acreditado, a partir de actuaciones oficiales, que el tribunal de origen no extendiera

constancias referidas a la autoridad de cosa juzgada en que hubieran pasado sus decisiones, ni se había probado que tal documento se hubiese solicitado, ni que su expedición se hubiera rechazado.

IV. Análisis del fallo

1. La desestimación de la excepción de caducidad

Desde una perspectiva netamente obligacional (me refiero a las obligaciones civiles y comerciales que nacen de los contratos, de los hechos ilícitos y de las demás fuentes que las originan), el rechazo de la defensa de caducidad en el supuesto en examen resulta irreprochable. Desde luego, un comentario dedicado a la extinción de las obligaciones podría explorar, incluso a partir de una sentencia tan escueta, algunas aristas interesantes. Por ejemplo: ¿qué diferencias existen entre la prescripción liberatoria y la caducidad? ¿Y entre la ley aplicable a la prescripción liberatoria y a la prescripción adquisitiva? ¿Desde cuándo debe comenzar a computarse el transcurso del plazo para que operen? Volviendo a la primera: ¿debe siempre regirse la prescripción liberatoria por el derecho aplicable a las obligaciones de cuya extinción se trata? Una vez operada aquélla, ¿afecta al derecho creditorio, o a la acción para ejercerlo coactivamente ante los tribunales? ¿Por qué en otras latitudes no se la considera una institución del derecho de fondo, sino de carácter procesal? ¿Y cuáles son las consecuencias en la práctica de esos enfoques divergentes?

Estos (y otros) interrogantes escapan al objeto de esta nota, por lo que no me centraré en el examen de la excepción previa -aunque corresponda mencionarla-, sino en la decisión de fondo sobre el *exequatur*. Como única salvedad, me parece importante señalar que más allá de la solución contenida en el art. 51 de los Tratados de Derecho Civil Internacional Montevideo, su invocación en un caso brasileño-uruguayo podrá existir, en el mejor de los casos, como *obiter dictum* o mero argumento de refuerzo, ya que, como es sabido, la República Federativa de Brasil jamás se obligó por esos instrumentos.

2. Diálogo de fuentes. La solución del decisorio y el panorama actual

La Constitución uruguaya difiere de la Argentina -evidentemente-, y regula de un modo diverso la jerarquía del derecho internacional en su diálogo con el derecho interno.

En efecto, interesa destacar el art. 72 de esa Carta Magna, según el cual “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.¹⁰ La doctrina del país oriental ha interpretado esta norma en el sentido de que permite incorporar al derecho interno, con jerarquía constitucional, los derechos, deberes y garantías contemplados en un tratado sobre derechos humanos (aunque no el instrumento en sí). Estos derechos previstos en los tratados complementarán la nómina que la Constitución enumera y cuyo listado permanece abierto ante la posibilidad de que se verifiquen otros no expresados en el texto.¹¹

En ese orden de ideas, se ha expresado que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se aplica directa e inmediatamente en el Uruguay, teniendo los instrumentos convencionales pertinentes jerarquía equivalente a la ley interna -con determinadas salvedades-; pero los derechos, deberes y garantías incorporados en virtud del artículo 72 tienen jerarquía, naturaleza y protección constitucional.¹²

Ahora bien, de la lectura de la constitución uruguaya se advierte que su texto no contiene ninguna disposición que defina la particular jerarquía de los tratados internacionales en general. Ante tal escenario, cobra trascendental importancia la reciente aprobación de la Ley General de Derecho Internacional Privado, que comienza por establecer que “Las relaciones referidas a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos se regularán por las convenciones internacionales y, en defecto de éstas, por las normas de la presente ley y las demás normas de Derecho Internacional Privado

10 En este aspecto, el “contrapunto” con la Norma Fundamental argentina se daría con el art. 33 de esta última: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

11 BLENGIO VALDÉS, Mariana. *Código de Derechos Humanos*, Montevideo, Konrad Adenauer, 2010.

12 GROS ESPIEL, Héctor. *Temas internacionales*, Montevideo, Melibea, 2001.

de fuente nacional” (art. 1), especificando más adelante la jurisdicción internacional directa de los tribunales uruguayos “Sin perjuicio de las normas contenidas en las convenciones internacionales, o en defecto de ellas” (art. 57). Es evidente la analogía con la fuente interna argentina ya reseñada en el apartado II (arts. 2594 y 2601 del Código Civil y Comercial de la Nación, respectivamente).

Se extrae entonces la conclusión de que entre el art. 539 del “C.G.P.”, que en sus dos partes enumera las condiciones que deben reunir las sentencias extranjeras para desplegar efectos extraterritoriales en Uruguay, y los comprobantes que necesariamente deben acompañarse a la solicitud en ese sentido; y el art. 20 del Protocolo de Las Leñas, que contiene los requisitos que deben observar las sentencias y los laudos arbitrales foráneos para ser reconocidos y ejecutados en los Estados parte del MERCOSUR, debe prevalecer este último.

Por otro lado, la circunstancia de que la Ley General de Derecho Internacional Privado no fuera derecho positivo a la época del fallo no impedía dirimir el *thema decidendum* por la aplicación lisa y llana del Protocolo de Las Leñas, plenamente vigente desde 1999, por su naturaleza de tratado internacional, y en última instancia, por resultar posterior en el tiempo y más específico en su ámbito de aplicación material (se trata concretamente de una fuente normativa relativa a la cooperación jurisdiccional transfronteriza). Desde luego, el protocolo mercosureño debía aplicarse también con preferencia, en razón de la temporalidad y de la especialidad territorial, a la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (adoptada en la CIDIP-II de 1979, ratificada por Uruguay en 1980 y por Brasil en 1995).

En definitiva, el tribunal debería haber procedido de conformidad con el dictamen de la Autoridad Central uruguaya y aplicar a la controversia, derechamente, el art. 20 del Protocolo de Las Leñas. La alusión al “C.G.P.” en el voto mayoritario es innecesaria, como es errónea la disidencia fundada en dicha norma, aspectos que retomaré en la conclusión de este trabajo.

3. El control del orden público internacional

Finalmente, la sentencia señala que “no se advierte que se hayan

contrariado principios de orden público internacional”, como recaudo previo a dotar a la sentencia extranjera de efectos extraterritoriales en Uruguay.

El orden público internacional, como la gran mayoría de las instituciones jurídicas, es susceptible de múltiples definiciones: tantas como autores se ocupen de conceptuarlo. En cualquier caso, puede afirmarse con carácter general que se trata del conjunto de principios fundamentales de carácter político, económico, moral o religioso, en los que se funda la organización social establecida,¹³ de suerte que los países suelen estar interesados en “resguardar” su orden público internacional cuando pudiera ofenderlo la aplicación de un derecho extranjero o el reconocimiento de efectos a un acto de autoridad foráneo.

Por tal motivo, en el derecho comparado en general, es muy habitual encontrar disposiciones donde se deja a salvo el orden público internacional del foro, tanto en la fuente interna como en la convencional, e incluso en la normativa que emana de los procesos de integración. Y el Protocolo de Las Leñas no es la excepción, ya que el inc. f) del mencionado art. 20 prevé, a fin de que procedan las solicitudes de *exequatur*, “que no contraríen manifiestamente los principios de orden público del Estado en el que se solicitare el reconocimiento y/o la ejecución”, y por ello la sentencia es incuestionable en cuanto procedió a efectuar el control del orden público internacional en el caso concreto.

V. Conclusiones

El delegado argentino al primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional de 1889, doctor Manuel Quintana, expresó textualmente: “Si el extranjero goza en los países sudamericanos de todos sus derechos civiles ¿qué derechos serían esos que cualquiera pudiera vulnerar impunemente? La administración de justicia no es una prerrogativa del soberano, es por el contrario una garantía de la persona y un deber del Estado. Sin justicia eficaz, no se concibe derecho efectivo”.¹⁴ Sin dudas, fue un visionario, si se repara en la vigencia y relevancia que aún tienen esas palabras en el año 2020.

13 BASZ, Victoria, CAMPANELLA, Elizabeth. *Derecho Internacional Privado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999.

14 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Cuestiones procesales vinculadas a los casos privados internacionales de familia y minoridad en el ámbito interamericano y del MERCOSUR”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2011, vol. 44, n° 132.

Argentina y Uruguay, además de integrantes originarios del MERCOSUR, son países hermanos; y como es propio de los hermanos, comparten algunos rasgos y difieren en otros. En los párrafos anteriores, he intentado dar cuenta de esa particular mixtura de notas comunes a ambos y particulares de cada uno de ellos, a modo de contrapunto, como lo promete el título del comentario.

Ahora bien, lo que resulta insoslayable es la correcta aplicación de las fuentes normativas en los casos iusprivatistas multinacionales de la realidad, y estoy convencido de que los esfuerzos de los especialistas en Derecho Internacional Privado y en Derecho de la Integración deben apuntar a ese norte como uno de sus objetivos principales. Ello es así, más aún, cuando se encuentran en juego derechos fundamentales en cabeza de toda persona, como lo es el de acceso a la jurisdicción.

En ese sentido, sostengo que disposiciones como las contenidas en los arts. 2611 y 2612 del Código Civil y Comercial de la Nación argentino, ya examinadas precedentemente en la sección II, son absolutamente plausibles, y que las legislaciones de fuente interna acertarían al consagrar soluciones similares de aplicación uniforme en todo el territorio nacional. Disiento respetuosamente, por ende, de quienes ven a la cooperación jurisdiccional transfronteriza como una temática procesal y no de fondo.¹⁵ Como lo dije antes, el reconocimiento (y en su caso, la ejecución) de una sentencia extranjera define para el justiciable la concreta y efectiva realización de la decisión de autoridad cuyo dictado persiguió al acudir a la justicia; y agrego ahora, que el incumplimiento de los Estados de obligaciones asumidas en virtud de tratados internacionales (por caso, el deber de prestar asistencia procesal transfronteriza en los términos del instrumento pertinente) compromete su responsabilidad internacional. En fin, parecería tratarse de una cuestión mucho más sustancial que “ritual”.

En cuanto a la decisión comentada, el voto mayoritario adolece de un defecto menor, que entre abogados tal vez podríamos denominar “excusable”, al tiempo que presenta una importante virtud.

El error que se advierte (y se lo observa también en numerosos

¹⁵ Ver, por ejemplo, la postura del profesor uruguayo Carlos ÁLVAREZ COZZI plasmada en su trabajo “Normas de Derecho Internacional Privado del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Primera lectura en relación a la normativa nacional uruguaya con media sanción parlamentaria contenida en el Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado”, disponible al 1º de septiembre de 2020 en <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2014/11/Doctrina291.pdf>.

fallos argentinos) es la mención, sin más aclaraciones o interrelaciones, de diversas fuentes normativas, como si todas ellas tuvieran indistintamente la vocación de regir la cuestión a zanjar. Antes bien, si debe aplicarse solo una de ellas, con desplazamiento de las restantes, corresponde como principio invocar y sujetarse a la primera, limitándose la mención de las demás, si cabe, a un simple fundamento de refuerzo (lo que debería aclararse de manera expresa).

No obstante, el rasgo principal y muy valorable de la sentencia es el resultado material al que ha arribado. Como lo explica en sus clases la catedrática argentina (y ex magistrada federal de segunda instancia) María Susana Najurieta, más allá de cómo nos gustaría a los académicos que se redactaran los fallos, la función de los jueces no es enseñar derecho sino dar una solución justa y efectiva a las puntuales cuestiones sometidas a su jurisdicción.

En cambio, el voto disidente del juez Gutiérrez presenta un vicio grave e inexcusable, como lo es la ciega, inmediata y excluyente aplicación de una norma procesal de fuente interna, que en el caso concreto hubiera conducido a denegar la efectividad de una decisión foránea (y por consiguiente, a la frustración del interés del reclamante); sin siquiera mencionar el Protocolo de Las Leñas, plenamente vigente en el Estado cuyo Poder Judicial integra el juzgador (y además, en su máxima instancia), como si aquel convenio no existiera, y aun contándose con el correcto dictamen de un órgano especializado como lo es la Autoridad Central uruguaya.

Para finalizar, dejo plasmado mi deseo de que, en el futuro, sea cada vez más frecuente la precisión técnica de los operadores jurídicos al trabajar con casos de Derecho Internacional Privado (incluidos especialmente los que conciernen a los países del MERCOSUR), y que las visiones cerradas, chauvinistas y jurídicamente erróneas continúen disminuyendo hasta alcanzar su mínima expresión. Confío en poder vislumbrar esa realidad en unos años, gracias al crecimiento exponencial de los supuestos con elementos internacionales y el correlativo protagonismo en aumento de nuestra disciplina. De allí el honor y la gratitud -termino estas líneas como las comencé- de haber formado parte de esta obra, que constituirá, sin hesitación, un decisivo aporte en ese sentido.

LA APLICACIÓN DE LOS PROTOCOLOS DE COOPERACIÓN JURISDICCIONAL EN EL MERCOSUR

**Tribunal de Apelaciones Civil de 6° Turno,
“Cuñarro de Recanti, Sofía s/ Denuncia por
Denegatoria de Recurso de Queja”, 29/08/12**

*Demetrio Oscar González Pereira**

Sumario: I. Breve aproximación al tema; II. Marco normativo. Fuentes convencionales vigentes en el ámbito del MERCOSUR: 1. Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889, 2. Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, 3. Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (CIDIP II, Montevideo 1979), 4. Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994; III. Los hechos del caso; IV. La decisión judicial; V. Análisis del caso: 1. Las confirmaciones y los silencios del fallo en la cooperación internacional cautelar, 2. Análisis de jurisdicción indirecta del juez exhortante, 3. Reconocimiento extraterritorial de la contracautela; IV. Conclusiones.

I. Breve aproximación al tema

La cooperación jurisdiccional tiene como uno de sus objetivos primordiales y fundamentales el desarrollo de la justicia más allá de las fronteras territoriales del juez actuante en la disputa.

* Profesor regular adjunto de Derecho Internacional Privado y de la Maestría de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro titular e integrante del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI). Miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

La ejecución de medidas cautelares en un ámbito estatal distinto al del juez interviniente en el proceso principal, es una de las más complejas y difíciles de obtener, dada la afectación y coerción sobre bienes o personas que produce la ejecución de la medida y la necesaria intervención del derecho de ese país en algunos supuestos.

Por lo tanto, se trata de un grado sumamente intenso de cooperación internacional, que supone un importante compromiso para el juez del estado cooperador, a diferencia de otras formas de colaboración internacional (diligencias de mero trámite y medidas de pruebas), en las que el papel del juez requerido es relativamente reducido, salvo que medien obstáculos de orden público internacional.

En virtud de tal situación, los tratados internacionales que regulen la ejecución de medidas cautelares en los territorios de los distintos Estados, resultan de vital importancia, a efectos de lograr el objetivo de una justicia eficaz más allá de las fronteras de cada uno de ellos y en el caso de su inexistencia una orgánica y precisa regulación en la legislación interna de cada uno de los países.

Existen pocos convenios que regulen la materia en forma general en el Derecho Internacional Privado comparado. Sin embargo, el Derecho Internacional Privado argentino de fuente convencional posee varios tratados de carácter multilateral, que vinculan a nuestro país con diversos Estados en el tema de las medidas cautelares dictadas en un país que deben hacerse efectivas en otro.

II. Marco normativo. Fuentes convencionales vigentes en el ámbito del MERCOSUR

Entre los tratados internacionales sobre cooperación judicial que incluyen la regulación cautelar entre los países integrantes del MERCOSUR podemos citar:

1. Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889

El Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 ha sido ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y

Uruguay y ha adherido posteriormente Colombia. Actualmente es aplicable únicamente con Bolivia, ya que los otros Estados Partes, han ratificado otros instrumentos posteriores sobre medidas cautelares, como más adelante veremos. Las medidas cautelares han sido abordadas en el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889, en el Título III en forma conjunta con el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales y con el régimen de cumplimiento de los exhortos de mero trámite y de obtención de pruebas, tema contemplado en los artículos 10, 11 y 12.

El ámbito de aplicación material del Tratado de 1889, descrito en el artículo 10, es de un espectro de total amplitud, ya que luego de mencionar a modo de ejemplo los embargos, tasaciones e inventarios, hace referencia a todas las “diligencias preventivas” dejando al intérprete el establecer qué medidas concretas pueden ser calificadas como tales. Con respecto al tipo de procesos en que podrán ser solicitadas dichas medidas cautelares, atento la omisión de indicación específica al respecto, debemos considerarlas aplicables en asuntos civiles y comerciales, como se refiere el art. 5 para el reconocimiento y ejecución de sentencias.

2. Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940

El Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 ha sido ratificado por Argentina, Uruguay y Paraguay, por lo que sustituye al de 1889 con relación a éstos tres países entre sí. Pero a su vez, los referidos Estados han ratificado la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, aprobada en Montevideo el 8 de mayo de 1979, por lo cual ésta sustituye el texto de 1940, en los términos del art. 30 de la Convención de Viena de 1969.¹ Por ello las normas del Tratado de Montevideo de 1940 carecen en principio de aplicabilidad en la actualidad, en lo que a medidas cautelares se refiere, con las salvedades que ya hemos expuesto anteriormente sobre el particular.

Al igual que el Tratado de 1889, regula las medidas cautelares en forma conjunta con el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales y con el régimen de cumplimiento de los exhortos de

¹ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. “La Cooperación cautelar internacional en el MERCOSUR”, en *El Derecho Procesal en el MERCOSUR*, Libro de Ponencias, Octubre de 1997, Santa Fe Universidad Nacional del Litoral, 1997, p. 393.

mero trámite y de obtención de pruebas. Es aplicable lo ya expresado al tratar el ámbito material del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889.

3. Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (CIDIP II, Montevideo 1979)

La Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares aprobada en Montevideo el 8 de mayo de 1979, en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, CIDIP II, ha sido ratificada por Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay. Es aplicable cuando la autoridad jurisdiccional de un Estado Parte disponga medidas cautelares a ejecutarse en otro Estado Parte de la Convención (art. 2).

En primer lugar, la Convención define o califica los términos “medidas cautelares”, “medidas de seguridad”, o “medidas de garantías” como equivalentes, a fin de evitar controversias o interpretaciones disímiles en los conceptos que pudieren acuñar en tal sentido cada uno de los Estados Partes y favorecer la ratificación por el mayor número de países.

A su vez, se realiza una calificación autárquica de lo que se entiende por medidas cautelares, al referirse a todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica (art. 1 primer párrafo).

Por otra parte, y a diferencia de los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940, la CIDIP II indica en qué tipos de procesos podrán solicitarse las medidas cautelares, señalando al efecto los procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y procesos penales en cuanto a la reparación civil. (art. 1 in fine).²

Asimismo, prevé que las medidas cautelares podrán referirse a medidas necesarias para garantizar la seguridad de bienes muebles e

² No obstante, la Convención autoriza a los Estados a restringir su ámbito de aplicación en razón de la materia (art. 1, párrafo final), facultad que no ha sido utilizada hasta ahora por ninguno de ellos. Ver: Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. www.oas.org

inmuebles (embargos, secuestros preventivos, inscripción de demanda,³ administración o intervención de empresas), o de personas (custodia de hijos menores y alimentos provisionales) (art. 2 incisos a. y b).⁴

Reviste importancia práctica el determinar el ámbito temporal, es decir a partir de qué momento la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares entra en vigencia entre los distintos Estados Partes. El ámbito de aplicación temporal está previsto en el artículo 23, que prevé la entrada en vigencia para los Estados Partes al trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Y la importancia radica en que tratándose de un tratado multilateral celebrado en el marco de la Organización de Estados Americanos, abierto a la aprobación en cualquier momento por otros Estados miembros de la OEA (art. 19), podría extenderse en el futuro su ámbito de aplicación a otros países. Es más aún, las Convenciones Interamericanas están abiertas a las adhesiones de terceros Estados ajenos a la OEA,⁵ lo que multiplicaría esta eventualidad.

4. Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994

Este Protocolo ha sido elaborado en el marco del proceso de integración del MERCOSUR, como parte integrante del Tratado de Asunción de 1991 y ha sido ratificado por la totalidad de los países miembros. Así Argentina lo hizo con fecha 14 de marzo de 1996, Brasil el 18 de marzo de 1997, Paraguay el 12 de setiembre de 1995 y Uruguay el 04 de setiembre de 1998.

Este instrumento es el único que vincula a todos los países

3 En Argentina, de acuerdo al art. 229 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se denomina "anotación de litis".

4 Algunos autores, mencionan que se encontrarían excluidos de su ámbito de aplicación – por interpretación a contrario sensu del art. 2 - los embargos ejecutivos (aquellos que se ordenan frente a una presunción de certeza inicial, como en el caso del juicio ejecutivo), y los ejecutorios (se disponen frente a una sentencia firme en vías de ejecución). Sin embargo, atendiendo a la finalidad de garantizar la seguridad sobre bienes o personas en un proceso, que es el postulado principal de la convención, no encontramos óbice alguno para aplicar sus disposiciones en procesos ejecutivos y menos aún en los ejecutorios ya que no cabe crear excepciones cuando la norma no las contempla.

5 El Reino de España adhirió a las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias de Panamá de 1975 (CIDIP I), y sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero de Montevideo de 1979 (CIDIP II), con fecha 14 de julio de 1987 y 11 de diciembre de 1987 respectivamente.

integrantes del bloque regional atento que Brasil es el único Estado que no se encuentra vinculado con los Tratados arriba referidos de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 y por la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares.

El Protocolo es de aplicación en los supuestos en que la autoridad jurisdiccional de un Estado Parte solicite el cumplimiento de medidas cautelares a ejecutarse en otro Estado Parte del Tratado de Asunción (arts. 1 y 4).

Se trata de un tratado cerrado, creado para regular las relaciones entre los países miembros del Tratado de Asunción –que dio origen al proceso de integración regional- y un Estado sólo podrá ser parte en el Protocolo en la medida en que ese Estado adhiera al Tratado de Asunción, conforme lo dispone el art. 30.

El Protocolo del MERCOSUR no define el término medidas cautelares –a diferencia de CIDIP- pero establece que las mismas tienen como finalidad “impedir la irreparabilidad de un daño, en relación a personas, bienes u obligaciones de dar hacer o no hacer” (art. 1).

Por otra parte, indica los tipos de procesos en los cuales será aplicable el Protocolo, incluyendo a los procesos ordinarios, ejecutivos, especiales o extraordinarios, de naturaleza civil, comercial, laboral y procesos penales en cuanto a la reparación civil (art. 2).

Asimismo incluye en su ámbito a las medidas cautelares preparatorias, las incidentales y las que garanticen la ejecución de una sentencia (art. 3), así como las que se dicten en materia de custodia de menores (art. 12) alimentos provisionales, localización y restitución de menores (art. 25).

Por lo tanto, comparando con CIDIP II, vemos que el ámbito material de aplicación es, más amplio y preciso, ya que incluye en forma expresa los embargos ejecutorios y los referidos a localización y restitución de menores.

Al igual que la CIDIP II sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, el Protocolo de Medidas Cautelares no determina su ámbito temporal pasivo, es decir, si la Convención se aplica a situaciones anteriores a su entrada en vigencia. Pensamos que debería aplicarse la Convención si

la misma ha entrado en vigencia entre esos Estados, al momento en que se solicita la cooperación cautelar, y no necesariamente al momento en que se dicta la medida cautelar o se inició el proceso principal atendiendo con ello el principio rector superior de la cooperación judicial.

III. Los hechos del caso

En el fallo en análisis se trata de un exhorto proveniente de la República Argentina por parte del Fuero Civil de Primera Instancia de la Ciudad de Buenos Aires, en un litigio de ejecución de reclamo de honorarios contra la demandada domiciliada en la ciudad de Montevideo República Oriental del Uruguay, solicitando a la autoridad judicial proceda al cumplimiento de la medida cautelar ordenada en autos de “anotación de Litis” en el Registro de la Propiedad correspondientes a esa jurisdicción sobre el inmueble de titularidad de la demandada Sofía Cuñarro.

Efectivizada la medida inaudita parte, se presenta la Señora Sofía Cuñarro por intermedio de apoderado y formula oposiciones a la cautelar las cuales son recibidas por el Juzgado interviniente de la ciudad de Montevideo, al sólo efecto de su incorporación al exhorto y su devolución al Juzgado de origen de la República Argentina.

Ante ello, la afectada plantea recursos de reposición y apelación en subsidio por entender que no es la Sede del Juez exhortante la que debe resolver la oposición y pedido de levantamiento de la cautela sino el juez de la jurisdicción de Montevideo, Uruguay, la cual es rechazada y formaliza el Recurso de Queja ante el Superior motivo del presente análisis.

IV. La decisión judicial

El Tribunal de Apelaciones Civil de 6º turno de la Ciudad de Montevideo República Oriental del Uruguay, resolvió hacer lugar al Recurso de Queja planteado y confirmar la colaboración cautelar dispuesta en la instancia ante la rogatoria dictada por un Juzgado de la ciudad de Buenos Aires, República Argentina, que ordenara la anotación de Litis del proceso judicial que se encontraba en curso en ese país.

Asimismo ratificó que la Sede que debía resolver las oposiciones

planteadas y pedido de levantamiento de la medida es el Juez exhortante de la República Argentina atento que no se encontraban dadas las condiciones de excepción previstas en el Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares aplicable al sub lite.

Funda expresamente el decisorio que las oposiciones previstas en la normativa aplicable deben ser realizadas ante la autoridad requerida tanto por el deudor de la obligación como de terceros interesados que se consideren perjudicados al sólo efecto de su agregado y restitución para su resolución al juez o tribunal de origen, salvo lo previsto en el artículo 7 literal c).

Y finaliza que no existen a juicio de la Sala los supuestos extraordinarios de intervención y decisión del juez o tribunal exhortado para el análisis de las oposiciones planteadas y con ello el levantamiento de la medida.

Destaca como elemento relevante, que el pedido del juez exhortante no contenía la notificación de la traba de la medida a la parte afectada, por lo cual no fue realizada por el juzgado rogado interviniente y la participación de la afectada fue voluntaria y espontánea, con lo cual su comparecencia a pedir el levantamiento de la medida naturalmente hace que la misma sea tenida por notificada de su existencia más allá del supuesto incumplimiento de la Sede Judicial argentina de no haber cumplido con la misma.

V. Análisis del caso

1. Las confirmaciones y los silencios del fallo en la cooperación internacional cautelar

A) Las afirmaciones del decisorio

a) Aplicación del Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares

En el presente caso, los Tribunales de la República Oriental

del Uruguay han hecho aplicación estricta y exclusiva del Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares, a pesar de existir con la República Argentina otros Instrumentos vigentes sobre la materia.

En efecto, la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares de Montevideo de 1979 (CIDIP II Medidas Cautelares) se encuentra vigente entre ambos países y regula también la materia objeto del presente fallo.

Sin embargo, las Convenciones no se excluyen entre sí, disponiendo ambos Tratados normas de compatibilidad que permiten su vigencia simultánea resaltando el principio de la favorabilidad en la cooperación internacional.⁶

El Fallo del Tribunal de Apelaciones Civil de 6° Turno, ratifica expresamente principios receptados en las fuentes convencionales mencionadas, pero aplicando a la resolución del diferendo las normas del Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares.

Así reconoce expresamente como un principio rector de la cooperación cautelar que el órgano judicialmente competente para disponer el levantamiento de la medida es el juzgado o tribunal que la dictó.

Esto se encuentra expresamente dispuesto en el artículo 9 del Protocolo de Ouro Preto⁷ ya sea que se hayan presentado ante él o bien ante el juez exhortado, quien las remitirá al juez exhortante.

6 CIDIP II Medidas Cautelares, Artículo 18: Esta Convención no restringirá las disposiciones de otras convenciones sobre medidas cautelares que hubieren sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados parte, ni las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia.- PROTOCOLO OURO PRETO Medidas Cautelares: Artículo 26: Este Protocolo no restringirá la aplicación de disposiciones más favorables para la cooperación contenidas en otras Convenciones sobre Medidas Cautelares en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados Partes

7 PROTOCOLO OURO PRETO MEDIDAS CAUTELARES Artículo 9: El presunto deudor de la obligación, así como los terceros interesados que se consideraren perjudicados, podrán oponerse a la medida ante la autoridad judicial requerida. Sin perjuicio del mantenimiento de la medida cautelar, dicha autoridad restituirá el procedimiento al juez o tribunal de origen para que decida sobre la oposición según sus leyes, con excepción de lo dispuesto en el artículo 7, literal c). CIDIP II Medidas Cautelares: Artículo 5: Cuando se hubiere trabado embargo o cualquier otra medida cautelar en materia de bienes, la persona afectada por esa medida podrá deducir ante el juez al cual se le libro el exhorto o carta rogatoria, la tercera u oposición pertinente con el único objeto de que sea comunicada al juez de origen al devolversele el exhorto. Informado el juez requirente de la interposición de la tercera o alegación de derechos, suspender el trámite del proceso principal por un término no mayor de sesenta días con el objeto de que el afectado haga valer sus derechos. La oposición se sustanciará por el juez de lo principal, conforme a sus leyes. El opositor que compareciere vencido el plazo indicado, tomará la causa en el estado en que se encuentre.

Observamos entonces que la única intervención del juez del lugar de cumplimiento de la medida, es la de la recepción de las oposiciones que plantee el afectado por la cautelar dispuesta, pero en modo alguno analiza las mismas ni su procedencia.

En la CIDIP II de Medidas Cautelares se incorpora a esta regulación un plazo de suspensión del proceso principal ante las oposiciones del afectado de sesenta días a efectos que el impugnante pueda hacer valer sus derechos.⁸ Vencido el término o presentados que fueren los argumentos, el juez requirente resolverá en definitiva conforme su propia normativa.

Es importante entonces destacar –como lo ha hecho el Tribunal– que la oposición del afectado no produce el levantamiento de la medida cautelar dispuesta, sino solamente la suspensión del trámite del proceso principal hasta tanto se resuelva la oposición planteada. Es decir que la medida cautelar queda trabada en el territorio del juez rogado, el cual no podrá disponer el levantamiento, sino que debe atenerse a la decisión del juez exhortante.

Asimismo, reconoce que en el caso no se presentan supuestos que habilitan un apartamiento extraordinario sobre la distribución de las competencias que permitan al juez o tribunal rogado decidir sobre el levantamiento de la medida solicitada.

Esas excepciones se encuentran dispuestas en el Protocolo de Ouro Preto en el artículo 7 literal c),⁹ pero también existen otras situaciones de excepción –no mencionadas en el decisorio– que habilitan al juez rogado a dejar sin efecto la medida cautelar y su levantamiento cuando se verifique su absoluta improcedencia.

En consecuencia, la competencia del juez que entiende en el proceso principal y la aplicación de su ley para resolver las oposiciones,

8 CIDIP II Medidas Cautelares: Artículo 5: Cuando se hubiere trabado embargo o cualquier otra medida cautelar en materia de bienes, la persona afectada por esa medida podrá deducir ante el juez al cual se le libro el exhorto o carta rogatoria, la tercería u oposición pertinente con el único objeto de que sea comunicada al juez de origen al devolversele el exhorto. Informado el juez requirente de la interposición de la tercería o alegación de derechos, suspender el trámite del proceso principal por un término no mayor de sesenta días con el objeto de que el afectado haga valer sus derechos. La oposición se sustanciará por el juez de lo principal, conforme a sus leyes. El opositor que compareciere vencido el plazo indicado, tomará la causa en el estado en que se encuentre.

9 PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES: Artículo 7: Serán también reguladas por las leyes y resueltas por los Jueces o Tribunales del Estado requerido: a) las modificaciones que en el curso del proceso se justificaren para su correcto cumplimiento o, cuando correspondiere, para su reducción o sustitución; b) las sanciones por peticiones maliciosas o abusivas; y c) las cuestiones relativas al dominio y demás derechos reales.

tiene una importantísima limitación cuando se trata de oposiciones basadas en el dominio y demás derechos reales. En estos supuestos es el juez requerido quien resolverá la cuestión conforme a sus propias leyes, que son precisamente las del lugar de situación del bien.

Se trata de las tercerías de dominio y de mejor derecho basadas en privilegios con garantía real que normalmente serán planteadas por terceros que alegan ser titulares de dominio del bien afectado o invocan un derecho preferente al del acreedor solicitante de la medida.

Pero la excepción del artículo 7 inciso c) no son las únicas previstas en el Protocolo de Ouro Preto para permitir y justificar la competencia y participación del juez rogado.

En efecto, se encuentran confiados a la ley de ejecución y a la competencia del juez exhortado:

a) La determinación de la garantía que ofrezca prestar el afectado en el lugar en que se haga efectiva la medida (art. 7 inciso a) Protocolo de Medidas Cautelares). La previsión es para el caso en que el demandado o afectado pretenda la reducción de la medida cautelar o la sustitución de la misma.

En este caso el juez exhortado decidirá la cuestión e informará al exhortante sobre la sustitución realizada o la garantía otorgada por el afectado en reemplazo de la oportunamente ordenada.

b) La modificación de la medida cautelar, así como las sanciones por peticiones abusivas o maliciosas (art. 7 inciso b) Protocolo de Medidas Cautelares).

c) El levantamiento de la medida cautelar, cuando se demuestre su absoluta improcedencia. Esta situación reviste un carácter excepcional y a mi entender puede ser planteada por la parte afectada por la medida (en caso de haber sido ya cumplimentada) o bien de oficio al recibirse el exhorto de cooperación por parte del juez o tribunal rogado. Sin perjuicio de ello debe ser aplicada con suma estrictez, ya que como vimos la procedencia y alcance de la medida está consagrada al juez requirente que la adoptó, pues de lo contrario se afectaría el fundamento esencial de la cooperación cautelar y se desnaturalizaría el procedimiento de decisión del juez exhortante (art. 8 Protocolo de Medidas Cautelares).¹⁰

10 PROTOCOLO MEDIDAS CAUTELARES: Artículo 8: El Juez o Tribunal del Estado requerido podrá

Estas cláusulas de escape previstas en el Protocolo tienden a revalorizar todo lo atinente a la cooperación entre jueces de distintos Estados, en base a la idea de solidaridad y colaboración para lograr el objetivo último de justicia en los casos sujetos a consideración y resolución de los tribunales de cada país.

Por ello, podemos afirmar que atendiendo a la finalidad que inspira la cooperación judicial internacional, la regla general es el cumplimiento de las medidas cautelares dispuestas por el juez requirente por parte del juez requerido sin que dicha regla sea absoluta ante el supuesto de las medidas cautelares, donde la incidencia del derecho de fondo y la circunstancia de que implican ejercer coerción sobre bienes o personas, exigen extremar los recaudos para su cumplimiento, por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado requerido.

Estos supuestos si bien no fueron expresamente contemplados en el decisorio se infieren que han sido analizados de oficio conjuntamente con la oposición planteada por la afectada. Y no dándose las situaciones de excepcionalidad como bien reconoce el Tribunal no corresponde apartarse de los principios del Protocolo y de la cooperación jurisdiccional internacional y tomar competencia para resolver el levantamiento de la medida cautelar.

Finalmente es importante destacar un aspecto del fallo en análisis referido a la notificación de la cautelar extranjera una vez efectivizada la misma por el juez de grado a la persona afectada.

Al respecto, la normativa aplicada, esto es el Protocolo de Medidas Cautelares establece que la ejecución de la medida cautelar queda a cargo del juez del lugar donde se solicita su cumplimiento (exhortado), quien resuelve conforme a su ley. Todo lo referente pues al cumplimiento de la medida, su tramitación procesal en el estado requerido, la forma de trabar el embargo o el secuestro –si se trata de un bien-, o disponer la custodia –si se trata de un menor- o de tramitar la intervención o administración –si se trata de una empresa- o de inscribir la demanda, o en el caso proceder a una anotación de litis se rige por la ley del juez requerido.

Sin perjuicio de ello, el mismo Protocolo en su artículo 21

rehusar el cumplimiento de la medida o, en su caso, disponer su levantamiento, cuando sea verificada su absoluta improcedencia, de conformidad con los términos de este Protocolo.

inciso e)¹¹ establece la posibilidad que la autoridad requirente indique algún procedimiento especial a llevarse a cabo con motivo de la cautelar solicitada, con lo cual se otorga la facultad de extraterritorializar una norma o procedimiento del juez de origen a la ejecución del exhorto ante el juez o tribunal exhortado.

En el caso que nos ocupa el Código General del Proceso de Uruguay establece en su artículo 315.1¹² que la medida se dictará sin intervención de la contraparte y que si el afectado no hubiese tomado conocimiento de la medida en forma completa y concreta con motivo de su ejecución se le notificará dentro del tercer día de cumplidas.

Ahora bien, expresamente el Tribunal reconoce que el exhorto recibido no contenía de parte del juez argentino el pedido de notificación de la medida adoptada, por lo cual se consideró innecesaria la misma a pesar de lo dispuesto por la normativa procesal del Uruguay, dejando entrever que la misma la realizaría el juzgado o tribunal rogante.

Más allá de esta particularidad, reviste importancia el reconocimiento (a contrario sensu de lo afirmado en el fallo) por parte del Tribunal exhortado a la factibilidad de realizar actos procesales especiales y de procedimiento de ejecución de la medida cautelar si el juez rogante lo solicita, en una muestra más de la amplia cooperación receptada en el presente decisorio.

B) Los silencios que confirman la amplia cooperación

El presente fallo que analizamos, también con sus silencios, importan un amplio reconocimiento a la cooperación cautelar, en especial a algunos tópicos específicos a los que me referiré y que generan en la doctrina y jurisprudencia mercosureña distintas interpretaciones que es

11 PROTOCOLO MEDIDAS CAUTELARES. Artículo 21: Las cartas rogatorias contendrán: e) información acerca de las normas que establezcan algún procedimiento especial que la autoridad jurisdiccional requiera o solicite que se observe;

12 Código General del Proceso de Uruguay: Artículo 315. Recursos 315.1 La medida se decretará sin conocimiento ni intervención de la contraparte. Ningún incidente o petición planteada por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento. 315.2 Si el afectado no hubiese tomado conocimiento de las medidas en forma completa y concreta con motivo de su ejecución, se le notificará dentro del tercer día de cumplidas. En todos los casos, podrán ofrecerse garantías sustitutivas, sin que el trámite de esa petición obste al cumplimiento de la medida dispuesta; pero cumplida, si el tribunal estimare suficiente la garantía sustitutiva, ordenará el cese de la dispuesta. 315.3 La providencia que admita o deniegue una medida cautelar será recurrible mediante reposición y apelación subsidiaria, también lo será toda otra providencia modificativa de la medida. La apelación contra una providencia que decreta una medida o dispone su sustitución por otra, será apelable al solo efecto devolutivo.

necesario mínimamente reseñar.

2. Análisis de jurisdicción indirecta del juez exhortante

El problema que ha dado lugar a múltiples debates doctrinarios consiste en determinar si el juez exhortado está facultado u obligado a analizar la jurisdicción internacional del juez que le requiere la cooperación cautelar o si esta posibilidad está vedada a su análisis en la cooperación. Se trata de la denominada jurisdicción indirecta, es decir el análisis de la jurisdicción de otros Estados, por oposición a la jurisdicción directa.

Centrándonos exclusivamente en el Protocolo de Medidas Cautelares el artículo 4 dispone: “Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes del Tratado de Asunción darán cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por los Jueces o Tribunales de los otros Estados Partes, competentes en la esfera internacional, adoptando las providencias necesarias de acuerdo con la ley del lugar donde estén situados los bienes o residan las personas objeto de la medida”.¹³

A) Debe analizarse la jurisdicción indirecta

Fundándose en estas normas, algunos autores sostienen que el juez exhortado debe controlar la competencia en la esfera internacional del exhortante.¹⁴

Para Eduardo Véscovi el análisis de la competencia internacional del juez exhortante para dar cumplimiento a un exhorto que solicita la adopción de una medida cautelar, debe exigirse porque se trata de uno de los escalones más altos de la cooperación judicial internacional y porque la traba de una medida cautelar afecta en forma intensa el orden jurídico del juez requerido.¹⁵ Por ello el afectado por la medida podría impugnar la resolución del juez exhortado que dispone la medida cautelar si se diera una falta de competencia del juez exhortante – análisis de la jurisdicción indirecta¹⁶.

13 La CIDIP II de Medidas cautelares posee una norma similar a la presente en su artículo 2.

14 FRESNEDO, op. cit., nota 1, p. 400; VÉSCOVI, Eduardo. “Derecho Procesal Civil Internacional”, Montevideo, Ediciones Idea, 2000, p. 132 y 147. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Libro II, Título X del Código General del Proceso. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1988 /4, p. 528-550, esp. p. 539.

15 VÉSCOVI, op. cit. nota 14, p. 132.

16 VÉSCOVI, op. cit. nota 14, p. 139.

Antonio Boggiano interpreta que el juez exhortante ha de ser competente en la esfera internacional, y que la competencia debe ser juzgada según la ley del Estado donde deba surtir efectos la medida cautelar, por aplicación de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, Montevideo, 1979, art. 2 inc. d). Para Boggiano, el cumplimiento de la cautelar por el tribunal requerido no implicará compromiso de reconocer y ejecutar la sentencia extranjera que se dicte, pero la jurisdicción quedaría reconocida por haberse analizado al disponer la medida cautelar.¹⁷

Para estos autores el juez al que se solicita la traba de una medida cautelar debe analizar la jurisdicción indirecta atento que el recaudo establecido en el Protocolo de Medidas Cautelares (que es coincidente con el dispuesto en la CIDIP II de Medidas Cautelares- Montevideo 1979) es expreso en el artículo 4, a pesar que no indica el criterio en base al cuál debe realizarse el análisis tal como claramente se dispone en las convenciones sobre reconocimiento de sentencias (Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación Jurisdiccional o la CIDIP II Montevideo de 1979 sobre Reconocimiento de Sentencias y Laudos Arbitrales), que en general someten el control de la jurisdicción indirecta a las normas del juez que debe reconocer la sentencia, o en este caso trabar la medida cautelar.

María Elsa Uzal, sostiene que si nos colocamos en una línea estricta de control de la jurisdicción indirecta se debería exigir que el tribunal requirente resulte competente, *prima facie*, conforme las reglas de jurisdicción internacional del juez requerido (en la línea del art.20 inc c) del Protocolo de Las Leñas concordante con el art 517 CPCCN); en el otro extremo cabría sostener que si un Estado parte se atribuyó competencia para resolver la medida ha de reconocérsele sin más esa calidad, presumiéndola de ese hecho de manera irrevisable¹⁸. Sin embargo Uzal estima que si ésta última fuese la intención del legislador no hubiese sido necesario insertar como requisito de procedencia la competencia en la esfera internacional del juez exhortante se está reservando al Estado requerido el ejercicio de una facultad de control de ese aspecto.¹⁹

17 BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado*, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, tomo I, p. 433.

18 UZAL, María Elsa. *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2016, pp. 330-331.

19 UZAL, María Elsa, op cit. nota 18, p. 332.

Para Tellechea,²⁰ Operti²¹ en la doctrina uruguaya, y Boggiano²² y Uzal²³ en Argentina, debería en última instancia analizarse la jurisdicción indirecta y proceder a su rechazo, cuando se trate manifiestamente de un asunto de jurisdicción exclusiva del juez al que se solicita la traba de la medida cautelar. Igual postura toma en el derecho argentino Goldschmidt,²⁴ aunque interpretando las normas de los Tratados de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940.

B) No debe analizarse la jurisdicción indirecta

La postura contraria al análisis de competencia indirecta sostiene entre otras. Las Convenciones no incluyen la jurisdicción indirecta entre los requisitos para dar curso al exhorto (arts. 14 y 15 de CIDIP II, arts. 21 a 23 del Protocolo Medidas Cautelares). Si el propósito hubiera sido que el juez exhortado analizara la jurisdicción indirecta, se habría incluido entre los requisitos, como sucede en los tratados que regulan el reconocimiento de sentencias que establecen expresamente el análisis de la jurisdicción indirecta (Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, Montevideo, 1979, CIDIP II art. 2 inc. d), Protocolo sobre Asistencia y Cooperación Judicial de Las Leñas, 1992, art. 20 inc. c).

La CIDIP II sobre medidas cautelares y el Protocolo de Medidas Cautelares al referirse a autoridades jurisdiccionales competentes, (arts.

20 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "Sobre las Normas Procesales Internacionales del C.G.P." en *Revista de Derecho Procesal*, Montevideo, 1988, n° 4, p. 536 y 537.

21 "Creemos que el Juez exhortado sólo podrá dar cabida a la excepción de incompetencia cuando se trate manifiestamente de un asunto de su jurisdicción exclusiva, pues de no hacerlo estaría renunciando al deber de defensa de su propia jurisdicción"; OPERTI, Didier "Medidas Cautelares con especial referencia al Derecho Procesal Internacional", III Jornadas de Derecho Procesal (Rivera 1985), p. 8, citado por TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, op. cit., en nota 41, p. 537.

22 BOGGIANO, opina que "Admitir lo contrario implicaría un dispendio judicial, una incongruencia jurídica interna, al ejecutar el exhorto de un juez que consideramos carente de jurisdicción para dictar la medida que nos solicita ejecutar. Además entrañaría consentir la invasión de la justicia argentina" op. cit nota 17, p. 434.

23 UZAL, María Elsa. "Tratándose de medidas cautelares que no avanzan sobre el fondo del asunto ... debe restringirse a la apreciación "prima facie" de la demanda y documentos que fundamentan la petición y en la medida en que en esos elementos no aparezca invadida una esfera de jurisdicción exclusiva reservada a los tribunales del propio Estado y se aprecie un razonable un vínculo jurisdiccional entre el Estado requirente y la litis en cuestión... la competencia del foro extranjero no debería merecer objeciones..." op cit. Nota 18 p. 332.

24 GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, 5ª ed, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 479, "La oposición al exhorto por la causal indicada (jurisdicción exclusiva del juez argentino), sólo se justifica si la jurisdicción internacional propia reclamada es la exclusiva; en caso contrario no debe alegar la falta de jurisdicción del juez exhortante".

2 y 4 respectivamente) hacen hincapié en que se trate de órganos que desempeñen función jurisdiccional habitual, tanto el que dispone la medida, como el que debe ejecutarla. La mención de que se trate de jueces competentes no significa que el juez exhortado pueda analizar la competencia del órgano requirente.

Esto significa que la cooperación debe ser requerida por tribunales de justicia o con funciones jurisdiccionales, lo que supone la actuación de órganos independientes – formen parte o no del Poder Judicial – capaces de resolver con autoridad de cosa juzgada. La notoria falta de independencia del rogante lesiona principios procesales básicos del Estado requerido, ya que normalmente en ese caso los interesados se hallan en imposibilidad o grave dificultad de defender sus derechos.²⁵

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

El Protocolo de Medidas Cautelares establece la autonomía de la cooperación cautelar al disponer en su art.10: “El cumplimiento de una medida cautelar por la autoridad jurisdiccional requerida no implicará el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera pronunciada en el proceso principal” principio que también recepta la CIDIP II de Medidas Cautelares Montevideo de 1979 (art. 6). Queda claro en esta norma que el criterio amplio que debe seguirse al trabar una medida cautelar, no obliga al juez exhortado a aceptar la jurisdicción internacional del juez donde tramita el proceso principal en el supuesto de que posteriormente se intentase el reconocimiento de la sentencia que se dicte en el mismo caso. ¿Qué sentido tendría establecer esta cláusula de salvaguarda, si el juez exhortado pudiera analizar la jurisdicción indirecta? Indudablemente, ninguno.

25 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Los Protocolos de Cooperación Jurisdiccional y de Medidas Cautelares del MERCOSUR”. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000-1, p. 570-609, esp. p. 599-600, con cita de PEYRANO, Jorge Régimen de las medidas cautelares en el MERCOSUR y anotaciones complementarias” en J. A., 1997-IV, p. 841 y TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Panorama de los Protocolos del MERCOSUR sobre Derecho Internacional Privado, con especial referencia a aquellos relativos a la cooperación jurídica internacional” en *Del MERCOSUR. Aduana. Jurisdicción. Informática. Relaciones Intercomunitarias*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1996, p. 187-241, esp. p. 227.

Tratándose de una diligencia de cooperación, no sería pertinente la apreciación de la competencia del juez que la dicta, pues ello equivaldría a pronunciarse en el proceso de asistencia sobre un requisito de fondo indiferente para el juez nacional.²⁶

El argumento de que el análisis de la jurisdicción indirecta persigue proteger los derechos de terceros que podrían resultar afectados por la medida, no tiene mucho sostén si se piensa que los derechos de los terceros se encuentran protegidos a través de las normas que les permiten deducir oposiciones o tercerías.

Puede también sostenerse que el juez exhortado solamente podría negarse a cumplir la medida cuando se invade su jurisdicción exclusiva, pues en este caso está comprometido el orden público internacional, pero que ello no autoriza a analizar en otros casos la jurisdicción indirecta.

Por último, no puede perderse de vista la necesidad imperiosa cada vez más evidente en las condiciones actuales de la economía mundial y especialmente en los procesos de integración, de prestar un eficaz apoyo a la cooperación judicial internacional, que se logra más acabadamente cuando se prescinde del análisis de la jurisdicción internacional indirecta. El valor de la cooperación judicial internacional sólo debe ceder ante motivos graves, evidentes y manifiestos de afectación de los principios de orden público internacional del juez requerido.

Todos estos aspectos mencionados, vienen a ilustrar lo que magistralmente con su silencio ha hecho la sentencia en análisis, ya que en ningún momento se dispuso el análisis de competencia internacional del juez argentino solicitante de la medida cautelar como recaudo para la procedencia y ejecución de la misma ante la jurisdicción de la República Oriental del Uruguay.

1. Reconocimiento extraterritorial de la contracautela

Otra de las cuestiones no expresamente tratadas en el fallo en comentario lo constituye la recepción y reconocimiento de la contracautela dispuesta y efectivizada en el país de origen del proceso.

²⁶ OPERTI BADAN, Didier. *Exhorto y embargo de bienes extranjeros. Medios de cooperación judicial internacional*, Montevideo 1976, p. 329.

En efecto, tal como dispone el Protocolo de Medidas Cautelares, la ejecución y trámite de la medida así como la fijación de la correspondiente contracautela queda a cargo de la competencia del juez o tribunal requerido y conforme su ley (art. 6). Igual normativa se encuentra dispuesta en la CIDIP II sobre medidas cautelares en su artículo 3.

La finalidad de la contracautela es justamente evitar los efectos disvaliosos que una medida excesiva o injustificada pueda causar al afectado. Pero la particularidad de las medidas cautelares internacionales, es que los daños no se producen generalmente en el país del juez que decretó la medida, sino que se trasladan en toda su intensidad al territorio en el cual se traba la misma.

Por ello, en la contracautela, la intervención del juez exhortante y su derecho ceden en pos del juez exhortado y del derecho del lugar de cumplimiento de la medida.

La contracautela pues, debe ser resuelta por el juez requerido conforme a su derecho.

Menudo problema se genera con la interpretación práctica de esta norma. La parte que solicita la medida cautelar normalmente tiene sus bienes y respaldos económicos en el Estado donde tramita el proceso principal. ¿Deberá prestar cautela en el país del juez requirente u ordenante de la medida o en el del juez requerido o exhortado? Respecto de esta cuestión Eduardo Vescovi sostiene que “...del texto de la CIDIP II no surge que la contracautela se deba otorgar en el estado requerido, sino que, lo que se dice, es que debe ser resuelta por el juez requerido conforme a sus leyes. En consecuencia resulta perfectamente posible que la contracautela se ofrezca, e inclusive se disponga y se otorgue ante la jurisdicción requirente. Lo que debe quedar claro es que ello en nada obliga al juez requerido, que puede perfectamente analizar –previo a hacer lugar al cumplimiento del exhorto –, conforme a su ley, si la contracautela es correcta (su monto, su oportunidad, su eventual exención, etc.). Pensamos pues que no está mal ni contraviene el texto de la norma que el Juez que dispone la medida cautelar, también disponga sobre la contracautela y que la misma pueda ser otorgada inclusive en el estado del proceso principal; pero en todo caso el juez requerido, según sus leyes, debe evaluar también la contracautela otorgada en el extranjero”.²⁷

27 VÉSCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional*, Montevideo, Ediciones Idea, 2000, p. 137.

A nuestro parecer, tal solución es la aplicada en el fallo en comentario puesto que el Tribunal se considera satisfecho con la contracautela fijada en el país de origen (caución juratoria) sin establecer observaciones ni exigencias adicionales para el cumplimiento de la rogatoria.

Pero esto puede acarrear inconvenientes desde el momento que si la medida cautelar fuera dejada sin efecto por el juez de origen, (haciendo lugar a las oposiciones presentadas) y eso causara un daño que debiera ser reparado al afectado, tal reparación debería desarrollarse fuera de su jurisdicción con el dispendio económico e incluso procesal que ello podría acarrearle o la imposibilidad de satisfacer su reparación.

Por ello algunos autores sostienen que esa postura contradice el criterio de las normas convencionales. En efecto, tal como mencionáramos, el juez que decide la medida (juez principal o requirente), en virtud de su propio derecho exigiría que el peticionante preste la correspondiente contracautela. Pero ello es así en tanto y en cuanto se trate de medidas cautelares internas y no de aquellas que deban efectivizarse más allá de las fronteras.

El fundamento de la norma de los tratados (CIDIP II y Protocolo de Medidas Cautelares) es respetar la finalidad de la contracautela y proteger los intereses y derechos del afectado por la medida cautelar internacional, ya que los hipotéticos perjuicios que se puedan causar, habrán de producirse en el lugar donde se traba la medida -ya sea sobre bienes, empresas o personas existentes en ese país- y son totalmente distintos y ajenos al Estado del juez ordenante.

En consecuencia, es lógica y comprensible la solución normativa en el Protocolo del MERCOSUR de someter al juez del cumplimiento de la rogatoria y a su ley, la fijación de la contracautela al peticionante que requiere se haga efectiva una medida cautelar.

La circunstancia de que el solicitante no posea bienes o respaldo económico en el lugar donde pretende ejecutar una medida cautelar puede ser superado sin mayores dificultades, ya que existen diversos medios y formas para trasladar el respaldo que posee en su país hacia el Estado donde se debe trabar la medida y garantizar así la ejecución de la misma

ante posibles daños y perjuicios que pudieran ocasionarse al afectado.²⁸

Por lo expuesto, a nuestro entender, el juez que ordena la medida en el proceso principal no debería requerir al peticionante que preste contracautela en su territorio, a pesar de que sea un recaudo de su propio derecho para el dictado de la medida cautelar. La solución de derecho interno, cede en supuestos de aplicación de la ejecución de la manda cautelar en extraña jurisdicción.

En la jurisprudencia argentina existen antecedentes en que los tribunales del país, al decidir sobre una medida cautelar a trabarse en un Estado extranjero, eximió del recaudo de otorgar contracautela en el país por entender que la misma debía brindarse ante el juez de cumplimiento de la medida cautelar.²⁹

Otro argumento a favor de que la contracautela se preste en el Estado donde habrá de trabarse la medida, lo constituye el hecho de que si correspondiere al juez de ejecución de la medida disponer sanciones por peticiones maliciosas o abusivas serán fijadas conforme su propia ley, es decir la del lugar de ejecución (art. 7 inciso 1) y 2) del Protocolo de Medidas Cautelares). Entendemos que si el juez exhortado posee dichas facultades sancionatorias, las garantías sobre las que se harán efectivas las mismas, no pueden ser otras que las constituidas en ese Estado.

Por lo tanto el Protocolo de Medidas Cautelares, así como la CIDIP II de Montevideo de 1979 buscan que la garantía sea fijada por los jueces del lugar donde se traba la medida y bajo el amparo de su propia ley a fin de proteger al afectado residente en su jurisdicción de los perjuicios o efectos disvaliosos que pudieran ocasionarse en ese Estado ante el exceso o abuso en la traba de la medida cautelar.

En síntesis, el juez del proceso principal (exhortante) dispone conforme su propia ley la procedencia de la medida cautelar y el juez del lugar de cumplimiento de la medida (exhortado) conforme su ley resuelve el otorgamiento de contracautela o garantía necesaria que deberá brindar el peticionante. El sostener simplemente la cautela otorgada en origen puede llevar a resultados injustos en la reparación de los daños de quien resulte afectado por una medida improcedente o abusiva.

28 Por ejemplo: contratar un seguro de caución, obtener una garantía bancaria independiente o abstracta.

29 C. Fed. Crim. Corr, Sala I, 12/11/90 Causa 22.222, "Incidente de embargo de A. E. L.", citado en nota 12.

VI. Conclusiones

La cooperación cautelar se encuentra regulada básicamente por la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, Montevideo 1979 (CIDIP II) y por el Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994, que constituyen dos instrumentos muy importantes en el continente americano y en particular este último en el ámbito del MERCOSUR, que permiten hacer efectivos actos jurisdiccionales cautelares dispuestos en un Estado que deben cumplirse en otro.

La distribución de competencias entre los jueces exhortante y exhortado se encuentra equilibrada en razón de la importancia que reviste para el Estado del juez exhortado el cumplimiento de la medida cautelar. La ley del lugar donde tramita el proceso y la del lugar donde debe cumplirse la medida cautelar rigen distintos aspectos de las mismas.

El Protocolo de Medidas Cautelares dispone la realización de actos procesales a distancia, cuando media oposición del demandado o de un tercero, oposición que se presenta ante el juez que hizo efectiva la medida, pero es resuelta por el juez del proceso principal, salvo algunos supuestos,³⁰ lo que otorga seguridad y certeza en el proceso cautelar.

La recepción de limitar el análisis de la jurisdicción indirecta del juez requirente revela su innecesaridad y la inconveniencia y jerarquiza y favorece los principios de cooperación judicial internacional.

La imposición de contracautela ante el juez o tribunal que dicta la medida cautelar resulta innecesaria ante las medidas a desarrollarse en otro Estado, perjudicando la finalidad de la misma de asegurar al afectado su reparación por daños que pudiere ocasionar la medida en la persona o en su patrimonio, siendo necesaria su fijación por el juez o tribunal de la ejecución conforme sus leyes.

Destacar en el fallo en comentario sus afirmaciones y sus silencios que conllevan en conjunto a la correcta aplicación de los principios de cooperación judicial, celeridad y efectividad y por ende a una efectiva prestación de justicia.

30 NOODT TAQUELA, op cit., p. 312.

**ARMONIZACIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE
COOPERACIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL.
CONSIDERACIONES EN TORNO A UNA SENTENCIA
URUGUAYA DE SEGUNDA INSTANCIA QUE ACOGE
EL PRINCIPIO DE “APLICACIÓN DE LA SOLUCIÓN
MÁS FAVORABLE” EN RELACIÓN A LAS POSIBLES
VÍAS DE TRANSMISIÓN DE LAS SOLICITUDES
DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL
EN EL ÁMBITO ARGENTINO – URUGUAYO**

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil No. SEI-0006-
00020/2016-6, “Diligenciamiento de Exhorto”, 09/03/16**

*Eduardo Tellechea Bergman**

Sumario: I. Consideraciones liminares, aproximación al tema; II. Marco normativo; III. Los hechos del caso; IV. Decisión judicial de segunda instancia; V. Análisis del fallo: 1. El rol de la vía Autoridad Central. 2. Otras vías igualmente aptas para la transmisión de las solicitudes de cooperación jurídica internacional: A) Vía particular; B) Comunicación directa entre jueces de zonas fronterizas. 3. La mención del Protocolo de las Leñas a la Autoridad Central, no es excluyente de otras vías: A) Fundamentos emanados de textos convencionales y de fuente nacional vigentes: a) Lo resultante de los Protocolos del MERCOSUR. b) Lo resultante de las Convenciones Interamericanas. c) Lo resultante del Código

* Profesor de Derecho Internacional Privado. Antiguo Titular de la Cátedra en la Facultad de Derecho - Universidad de la República, Uruguay. Director, 1985 -2011, de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional de Uruguay. Delegado uruguayo a las CIDIP. Presidente, 1992 – 2011, de la Delegación de Uruguay a la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR. Ex Director del Instituto de Derecho Internacional Privado y actual miembro de Honor del mismo. Miembro Honorario de la ASADIP.

General del Proceso de la República Oriental del Uruguay; B) Desarrollos doctrinales: a) Posición adoptada por la doctrina iusprivatista internacional de Argentina y Uruguay en ocasión del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional; b) Los Principios de ASADIP; c) El Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial Internacional; VI. Conclusiones.

I. Consideraciones liminares, aproximación al tema

La cooperación jurídica internacional, actividad procesal desplegada en un Estado al servicio de un proceso tramitado o a tramitarse ante los tribunales de otro, tradicionalmente ha sido fundada ya en la reciprocidad, ya en la conveniencia, ya en la *comitas gentium*,¹ asentándose hoy en una práctica consolidada entre las naciones que responde a la preocupación que la justicia, cometido esencial a toda sociedad jurídicamente organizada, no resulte frustrada por fronteras nacionales que se erijan en obstáculo a su realización.²

Alcalá Zamora advertía al respecto hace ya medio siglo, con palabras que aún conservan plena vigencia, “el progreso incesante de los medios de comunicación y las cada día mayores relaciones mercantiles entre las naciones del mundo, son factores que contribuyen a fomentar y aún a exigir la cooperación entre los distintos Estados de la tierra”.^{3,4}

La necesidad de facilitar la cooperación jurisdiccional internacional en sus distintos niveles o grados -mero trámite, probatorio, cautelar,

1 Noción que en su origen, en la estatutaria holandesa del siglo XVII, Hulrico Huber le atribuyera un sentido más profundo que el de mera cortesía internacional, fundándola en el interés común y la convención tácita entre las naciones, MEIJERS, Eduard Mauritz. “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé a partir de Moyen Age spécialement dans l’Europe occidentale”, *Recueil des Cours*, La Haye, Académie de Droit International Privé, 1933, vol.49, pp. 543-686.

2 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Profundización de la Cooperación Jurisdiccional Internacional y el Reconocimiento de los Fallos Extranjeros en el Ámbito Interamericano”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión - MERCOSUR- 2017*, año 5, no.10, pp. 29 - 55. En conformidad, SENTÍS MELENDO, Santiago. “El auxilio entre jueces de distinta jurisdicción”, *La Ley*, 1956, no. 48. pp. 70 y ss; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Derecho Internacional Privado*, 8ª. ed., Madrid, ATLAS, 1978, pp. 499 y ss; DE ARAÚJO, Nadia. *Direito Internacional Privado - Teoria e Prática Brasileira*, 3ª. ed., Río de Janeiro, Renovar, 2006, especialmente, pp. 266 - 267; GASPÁR ALVAREZ, Renata y KLEIN, Luciane. “La cooperación jurídica internacional en Brasil: especial referencia al diálogo entre el DIPr. autónomo y convencional y los derechos humanos”, en: MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio y MARQUES LIMA, Claudia (coords.), *Los servicios en el Derecho Internacional Privado*. Jornadas de ASADIP 2014, Porto Alegre, Gráfica e Editora RJR, 2014, pp. 191 - 217.

3 Palabras citadas por CAPELETTI, Mauro. “Riconoscimento delle sentenze straniere e basi ideologiche della interpretazione giuridica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1975, vol. 3, no. 22/23, p. 33.

4 En igual sentido, SCOTTI, Luciana. “El acceso a la justicia en el Derecho Intencional Privado argentino, nuevas perspectivas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en: *El acceso a la justicia en el derecho intencional privado* - Jornadas de ASADIP, VVAA, Asunción, CEDEP - ASADIP, 2015, pp. 213-236.

reconocimiento de fallos extranjeros- en tanto instrumento de especial relevancia para la realización transnacional de la justicia, ha determinado a nivel de derecho comparado la existencia de múltiples normas, convencionales y de fuente nacional, que prevén distintas vías para la transmisión de las rogatorias, permitiendo al justiciable optar por uno u otro de los procedimientos previstos a tales efectos.

El marco convencional en materia de Derecho Intencional Privado que vincula a la República Argentina y a la República Oriental del Uruguay desde muy temprano ha atendido la cooperación jurisdiccional internacional.

El Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889, Título III, “Del cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales”, ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay y Perú, al que Colombia adhirió, regula la materia en el Título III, “Del cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales”, y luego se suscribe en Montevideo, el 7 de setiembre de 1903, el Convenio argentino - uruguayo Ampliatorio del Tratado de Derecho Procesal de 1889, canjeadas la ratificaciones en Buenos Aires el 4 de octubre de 1907, que exime de legalización las rogatorias transmitidas vía diplomática o consular, artículo 1, y pone a cargo del Estado rogado los gastos ocasionados por el diligenciamiento de los exhortos librados de oficio, artículo 3.

El Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1940, aprobado por Argentina, Paraguay y Uruguay, en el Título III, “Del cumplimiento de los exhortos, sentencias y laudos arbitrales”, profundiza la cooperación jurídica internacional, regulando detalladamente la cooperación cautelar internacional, artículos 8, 12, 13 y 14; previendo procedimientos específicos aplicables tanto a la ejecución de las sentencias y fallos arbitrales extranjeros así como a las sentencias dictadas por los tribunales internacionales, artículo 7, cuanto a los casos en que los fallos se hagan valer como prueba, artículo 9, en tanto que por el artículo 11 dispone, por primera vez en la región a nivel multilateral, que los exhortos cursados vía diplomática o consular no requerirán de legalización.

Con propósitos de actualizar el Derecho Intencional Privado a nivel continental, que había quedado congelado en las soluciones de los Tratados de Derecho Internacional de 1940, así como con finalidad de homogenizar las soluciones en la materia, superando una situación en la que había Estados Partes ya de los Tratados de Montevideo, ya del Código

de Bustamante,⁵ ya de ambas codificaciones, lo que producía dificultades notorias de armonización, y Estados no vinculados por ninguna de estas codificaciones, México y Estados Unidos de América, se inicia en 1975, en Panamá, un proceso de codificación por etapas constituido por las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, CIDIP, que en sus distintas instancias ha aprobado más de veinte convenciones vigentes. Uno de los núcleos temáticos más importantes regulados por las Convenciones de las CIDIP es el referido a la realización transnacional de la justicia y específicamente a la cooperación jurisdiccional internacional, ámbito en el que es posible señalar la existencia de un verdadero cuerpo normativo cuyos hitos más importantes están conformados por las Convenciones Interamericanas de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, en adelante, Convención sobre Exhortos, y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, en adelante, Convención sobre Recepción de Pruebas, y de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, en adelante, Convención sobre Medidas Cautelares, y sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, todas ellas vigentes, entre otros Estados, entre Argentina y Uruguay.⁶

La necesidad de profundizar en el ámbito del MERCOSUR las soluciones referidas a la realización transnacional de la justicia, posibilidad específicamente prevista por las Convenciones Interamericanas en relación a países pertenecientes a sistemas de integración⁷ -atento a que algunas de sus soluciones, con miras a alcanzar un amplio consenso continental, optaron por prever limitados niveles de asistencia-⁸ así como actualizar

5 El Código de Bustamante ha sido ratificado por: Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Rep. Dominicana y Venezuela. Argentina, Paraguay y Uruguay, por razones técnicas no ratificaron el Código de Bustamante.

6 Convenciones a las que corresponde añadir los Protocolos Adicionales de Montevideo de 1979 a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias y de La Paz de 1984 a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, ambos Protocolos aprobados por Argentina y Uruguay, y la Convención Interamericana de La Paz de 1984 sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, vigente entre Uruguay y México.

7 Convención sobre Exhortos, artículo 14, "Los Estados Partes que pertenezca a sistemas de integración económica podrán acordar directamente entre sí procedimientos y trámites particulares más expeditos que los previstos en esta Convención. Estos acuerdos podrán ser extendidos a terceros Estados en la forma que resolvieren las partes".

Convención sobre Medidas Cautelares, artículo 17, "Los Estados que pertenezcan a sistemas de integración económica o que sean fronterizos podrán acordar directamente entre sí procedimientos y trámites especiales más expeditos que los previstos en esta Convención. Estos acuerdos podrán ser extendidos a terceros Estados en la forma que resolvieren las partes".

8 Tal lo dispuesto por las Convenciones sobre Exhortos y sobre Recepción de Pruebas en relación al ámbito materia de la asistencia, que lo limitan a la materia civil y comercial, artículos 2 de los textos citados, quedando sujeta su extensión a otras materias a la declaración unilateral de los Estados, Convención sobre Exhortos,

respecto a Brasil el marco convencional vigente, constituido hasta ese momento por algunos pocos y obsoletos textos bilaterales, determinaron la concreción de los Protocolos del MERCOSUR de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión CMC 05/92, en adelante, Protocolo de Las Leñas, y de Ouro Preto de Medidas Cautelares, Decisión CMC N° 27/94, en adelante, Protocolo de Ouro Preto. Acuerdos vigentes entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, a través de cuya aplicación se tramitan anualmente miles de exhortos entre dichos países.^{9,10}

La pluralidad normativa expuesta, plantea a los operadores de la justicia, magistrados y abogados actuantes, complejas interrogantes de necesaria respuesta, referidas a cual o cuales normas regulan la situación planteada y si las mismas deben considerarse como complementarias o excluyentes. Cuestión de especial relevancia que corresponde resolver con arreglo a los principios del Derecho Internacional consagrados en textos fundamentales como la Convención de Viena de 23 de mayo de 1989 sobre el Derecho de los Tratados,¹¹ así como en la materia que nos ocupa, atinente al Derecho Internacional Privado, atendiendo, también, los principios emergentes de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, observando el ámbito de aplicación de las distintas normas y analizando las cláusulas de compatibilidad que consagren los textos convencionales vinculados al caso, tal, la aplicación de la norma más favorable, principio acogido tanto por las Convenciones Interamericanas sobre cooperación jurídica internacional,¹² cuanto por los Protocolos de MERCOSUR.¹³

artículo 16, Convención sobre Recepción de Pruebas, artículo 15.

9 A los mencionados Protocolos corresponde agregar, por su importancia en la realización transnacional de la justicia, los Protocolos de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, Decisión CMC N° 01/94, y de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito - ley aplicable y jurisdicción competente-, Decisión CMC N° 01/96; acuerdos vigentes entre Argentina, Brasil Paraguay y Uruguay.

10 En relación a las solicitudes de asistencia jurisdiccional internacional provenientes de Estados no vinculados a Uruguay por regulaciones convencionales vigentes en materia de cooperación jurisdiccional internacional, la prestación de la cooperación es regulada por el Código General del Proceso, Libro Segundo, Título X, Normas Procesales Intencionales”, artículos 524 a 536.

11 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en especial, Parte III, “Observancia e Interpretación de los Tratados”; la Convención de Viena esta ratificada por un gran número de Estados, entre ellos, Argentina y Uruguay.

12 Convención sobre Exhortos, artículo 15; Convención sobre Recepción de Pruebas, artículo 14; Convención sobre Medidas Cautelares, artículo 18.

13 Protocolo de Las Leñas, artículo 35; Protocolo de Ouro Preto, artículo 26.

II. Marco normativo

Aplicación armoniosa de las soluciones previstas en el ámbito convencional vigente entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay en materia de asistencia jurisdiccional internacional, en especial, de las soluciones emanadas de los Protocolos del MERCOSUR y las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado.

III. Los hechos del caso

Se trata de una Sentencia de Segunda Instancia dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno de la República Oriental del Uruguay, ante recurso de apelación interpuesto contra Sentencia Interlocutoria proveniente del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 11 Turno de Montevideo, en autos, “Diligenciamiento de Exhorto, IUE 23 – 13/2015”.

El fallo de primera instancia, de conformidad con Vista Fiscal, no hace lugar a la tramitación de un exhorto requirente de cooperación jurídica probatoria librado por el Juzgado Letrado Civil y Comercial No. 3 de la ciudad de San Nicolás, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, en razón a que la rogatoria no fue transmitida a través de la vía Autoridad Central, prevista por el artículo 2 del Protocolo de Las Leñas.

La decisión de segunda instancia objeto de análisis se funda en una aplicación e interpretación armoniosa de lo dispuesto en el ámbito del MERCOSUR por el Protocolo de Las Leñas, así como también por el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, con la normativa referida al tema consagrada en el ámbito convencional interamericano vigente entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay.

La sentencia del tribunal se basa, asimismo, en la posición acogida por la doctrina mayoritaria en la materia.

IV. Decisión judicial de segunda instancia

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to Turno de la República Oriental del Uruguay de fecha 9 de marzo de 2016, Sentencia T.A. Civil N° SEI-0006-000020/2016-6. Tribunal integrado por las

Ministras: Dras., Selva Anabella Klett Fernández, Martha Elizabeth Alves de Simas Grimón y Martha Gómez Haedo Alonso. Secretaría a cargo de la Esc. María Luisa Levrero. Ministra Redactora: Dra. Selva Anabella Klett Fernández.

V. Análisis del fallo

1. El rol de la vía Autoridad Central

El Protocolo de las Leñas si bien prevé únicamente a texto expreso como instrumento para la transmisión de las solicitudes de cooperación jurisdiccional internacional la Autoridad Central, artículos 2, 5, 19, 26 y 28, no es excluyente, como habrá de verse, de otras vías contempladas en el marco convencional vigente entre Argentina y Uruguay para la remisión de solicitudes relativas a la asistencia jurídica internacional.

Las Autoridades Centrales, organismos especializados en cooperación jurídica internacional, generalmente ubicados en los Ministerios de Justicia, o en aquellos a cargo de cometidos de apoyo a la función jurisdiccional, o en los Ministerios de Relaciones Exteriores, tienen origen en los Convenios de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales o Extrajudiciales en Materia Civil y Comercial y de 18 de marzo de 1970 sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, siendo consagradas en el contexto continental, atento al éxito de dicha vía en la aplicación de los Convenios de La Haya, por las Convenciones Interamericanas de Panamá de 1975, CIDIP I, sobre Exhortos y sobre Recepción de Pruebas y luego, por la Convención de Montevideo de 1979, CIDIP II, sobre Medidas Cautelares y los Protocolos Adicionales de Montevideo de 1979 a la Convención sobre Exhortos y de La Paz de 1984, CIDIP III, a la Convención sobre Recepción de Pruebas.

En el ámbito del MERCOSUR tanto el Protocolo de Las Leñas, artículos antes citados, cuanto el Protocolo de Ouro Preto, artículos 19 y 20, atienden con especial cuidado esta vía.

El Convenio de la Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana de Montevideo de 1989, CIDIP IV, sobre Restitución Internacional de

Menores, hacen de las Autoridades Centrales un instrumento básico para su funcionamiento.

La transmisión de las solicitudes de cooperación jurídica internacional a través de las Autoridades Centrales, al igual que por las vías diplomática y consular, en razón del carácter oficial de estas vías, se encuentra exenta de la exigencia de legalización, apostilla u otros requisitos de acreditación de la autenticidad de las rogatorias.

Con finalidad de agilizar las comunicaciones jurisdiccionales internacionales se advierte actualmente un creciente empleo por las Autoridades Centrales de medios electrónicos tanto para la transmisión de los exhortos, cuanto para las comunicaciones libradas entre las mismas referidas a la tramitación de las solicitudes de cooperación.

Posibilidad de empleo de medios electrónicos que cuando las Autoridades Centrales fueran creadas en los años sesenta y setenta del siglo veinte por los Convenios de la Haya y luego por las Convenciones Interamericanas no era previsible, pero que hoy constituye una realidad que permite a través de las tecnologías vigentes una comunicación instantánea y segura, capaz de acreditar la autenticidad de la solicitud.

A nivel del MERCOSUR el Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales. Decisión CMC 02 /96, vigente entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, Capítulo II, “Cumplimiento de la solicitud”, artículo 6, “Forma y contenido de la solicitud”, avanza soluciones sobre el tema, previendo que las solicitudes de cooperación puedan ser transmitidas por medios electrónicos.¹⁴

En el mismo sentido, los Principios de ASADIP Sobre el Acceso Transnacional a la Justicia, en adelante, Principios de ASADIP, aprobados en Buenos Aires el 12 de noviembre de 2016,¹⁵ disponen, Capítulo 4, “Cooperación jurisdiccional”, artículo 4.7: “En los actos de cooperación jurídica internacional, los jueces y demás operarios de justicia procurarán y favorecerán el uso de nuevas tecnologías de información y comunicación a su alcance, tales como comunicaciones telefónicas y videoconferencias,

14 Artículo 6. 2. “Si la solicitud fuere transmitida por telex, facsímil, correo electrónico o similares, deberá confirmarse por documento original firmado por la autoridad requirente dentro de los diez (10) primeros días siguientes a su formulación, de acuerdo a lo establecido por este Protocolo.

15 Los Principios fueron aprobados por la Asamblea de la ASADIP, en base a un documento final redactado por una Comisión integrada por los colegas, Profesores, Dres. Diego P. Fernández Arroyo, Alejandro M. Garro, Eduardo Vescovi, Claudia Madrid Martínez y Javier Ochoa Muñoz.

mensajes electrónicos y cualquier otro medio disponible, siempre que se garantice la seguridad de las comunicaciones”.

El Protocolo Iberoamericano de Cooperación Jurídica Internacional,¹⁶ en adelante, Protocolo Iberoamericano, aprobado por la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana de Santiago de Chile de 2014 -la Cumbre Judicial Iberoamericana está constituida por los Presidente de las Cortes y Tribunales Supremos de Justicia de la Comunidad Iberoamericana de Naciones y lo Presidentes de los Consejos de la Judicatura y Magistratura-¹⁷ también contempla el uso de medios electrónicos al enunciar los “Principios Básicos en Materia de Cooperación Judicial Internacional”, numeral 6.

2. Otras vías igualmente aptas para la transmisión de las solicitudes de cooperación jurisdiccional internacional

El actual auge de las actuaciones de las Autoridades Centrales no debe suponer, empero, un obstáculo a la posibilidad de emplear otros medios igualmente idóneos para la transmisión de los pedidos de asistencia jurisdiccional internacional, tales, la tradicional vía diplomática o consular, la remisión por las partes interesadas y la comunicación directa entre jueces de zonas fronterizas. Vías, estas dos últimas, de notoria utilidad para la prestación de una eficiente y ágil cooperación interjurisdiccional.

A) Vía particular

La vía particular, también denominada “transmisión por las propias partes interesadas”, se encuentra prevista, entre otros textos, por las Convenciones sobre Exhortos, artículo 4, y sobre Medidas Cautelares, artículo 13, así como por el Protocolo de Ouro Preto, artículo 19.

En esta modalidad el interesado retira la rogatoria de la sede jurisdiccional exhortante y la remite a un corresponsal en el Estado rogado que, de conformidad con la normativa de éste, se encarga de hacerla llegar al tribunal competente para su diligenciamiento, por lo que se trata de un procedimiento que permite una transmisión rápida y reservada de las solicitudes de auxilio judicial.

16 El Protocolo fue declarado con valor de Acordada por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Acordada no. 7815 de 20 de agosto de 2014.

17 La Comunidad Iberoamericana de Naciones está conformada por 23 países.

El funcionamiento de esta vía, por su propia naturaleza, requiere acreditar la autenticidad del exhorto, para lo cual tradicionalmente se ha exigido la legalización, con todas las demoras que ello supone derivadas de las actuaciones burocráticas que la misma conlleva. Actualmente en la medida que un gran número de Estados son Partes del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, todos los países del MERCOSUR son Partes del mismo, el procedimiento de acreditación de la autenticidad del exhorto en tanto documento extranjero se ha simplificado a través de la apostilla¹⁸ y con ello, la transmisión de las rogatorias vía particular resulta especialmente ágil y efectiva.

B) Comunicación directa entre jueces de zonas fronterizas

Distintos convenios prevén esta vía en relación a la cual es excluido el requisito de la legalización, tales, las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos, artículo 7 y sobre Tráfico Internacional de Menores, artículo 15, y el Protocolo de Ouro Preto, artículo 19, párrafo cuarto.

Esta modalidad de comunicación interjurisdiccional se adecua a la realidad de las zonas de frontera, en las que el entorno sociológico favorece el planteo de relaciones privadas internacionales de todo tipo y de litigios surgidos en relación a las mismas y consecuentemente hace necesario atender un significativo volumen de cooperación internacional entre magistrados muy próximos ente sí.

En la frontera argentino - uruguaya sobre el Río Uruguay ya tiene aplicación esta modalidad de comunicación judicial, incluso en materia cautelar. Situación que no se constata, lamentablemente, en la frontera con la República Federativa del Brasil, país que en base a una interpretación de su jurisprudencia de la exigencia de su Constitución referida a que las rogatorias deben estar sujetas a un contralor centralizado, exequatur, ante el Tribunal Superior de Justicia -Enmienda Constitucional N° 45 de 2004, con anterioridad el contralor también era realizado de manera centralizada por el Supremo Tribunal Federal- rechaza la posibilidad de

18 El artículo 2 del Convenio de La Haya Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, dispone: "Cada Estado contratante eximirá de legalización a los documentos a los que se aplique el presente Convenio y que deban ser presentados en su territorio. ...". En tanto que el artículo 1, precisa: "El presente Convenio se aplicará a los documentos públicos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado contratante y que deban ser presentados en el territorio de otro Estado contratante", agregando: "Se considerarán como documentos públicos en el sentido del presente Convenio: a) los documentos dimanantes de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción del Estado, incluyendo los provenientes del ministerio público, o de un secretario, oficial o agente judicial".

remisión directa de rogatorias entre jueces de frontera, aun cuando el tema de la remisión de los exhortos se inscribe, en puridad, en el capítulo de las transmisiones de las solicitudes de cooperación jurisdiccional intencional y no en el de su contralor.

El desarrollo de esta vía de cooperación directa entre jueces fronterizos que permite una más eficaz cooperación jurisdiccional en dichas zonas, resulta coincidente con las “Recomendaciones a los Estados Americanos para la integración fronteriza o vecinal”, adoptadas por el Comité Jurídico Interamericano el 13 de marzo de 2014 en su 84 Período Ordinario de Sesiones, CJI/RES.206.

En relación a la comunicación interjurisdiccional fronteriza argentino - uruguaya, corresponde recordar que por Acordada N° 7885, aprobada el 11 de diciembre de 2016, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en aplicación del Convenio Marco de Colaboración entre la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay y la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, designa “Jueces de Frontera”, a los Juzgados limítrofes con la República Argentina de los Departamentos de Artigas, Salto, Paysandú, Río Negro, Soriano y Colonia, a los efectos de la tramitación de las solicitudes de auxilio jurisdiccional emanadas de la otra margen del Río Uruguay. La acordada entró a regir para las comunicaciones judiciales recibidas a partir del 1 de abril de 2017.

3. La mención del Protocolo de Las Leñas a la Autoridad Central, no es excluyente de otras vías

La referencia única a la Autoridad Central responde a la finalidad de poner en funcionamiento esta vía entre todos los Estados de la región, cuanto que al momento de negociarse el acuerdo, no obstante estar prevista la Autoridad Central en numerosos convenios interamericanos y de alcance mundial que habían demostrado su utilidad como instrumento para la realización transnacional de la justicia, sólo operaba efectivamente en el ámbito espacial del MERCOSUR entre Argentina y Uruguay.¹⁹

¹⁹ En aplicación de la Convenciones Interamericanas señaladas en el numeral anterior, así como del Convenio bilateral entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, vigente desde comienzo de los años ochenta.

A) Fundamentos emanados de textos convencionales y de fuente nacional vigentes

a) Lo resultante de los Protocolos del MERCOSUR

La no exclusión por el Protocolo de Las Leñas de otros procedimientos aptos para la transmisión de las solicitudes de cooperación jurisdiccional internacional es avalada por su artículo 35, que dispone: “El presente Protocolo no restringirá las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscriptas anteriormente entre los mismos Estados en tanto no lo contradigan”, y, precisamente, la posibilidad del empleo de otras vías previstas en las regulaciones convencionales vigentes entre los Estados Partes para la transmisión de las solicitudes de asistencia jurídica no sólo no contradice, sino que se inscribe, en los objetivos enunciados por el Preámbulo del Protocolo referidos a: “...promover e intensificar la cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, a fin de contribuir de este modo al desarrollo de sus relaciones de integración”.

Conceptos ratificados por la Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión CMC N° 07/02, en la nueva redacción dada al artículo 35, también citada por el Tribunal de Apelaciones en la Sentencia en análisis, en tanto texto, que empero no haber sido ratificado por Uruguay,²⁰ explicita de modo aún más claro, el espíritu común a los Protocolos del MERCOSUR de armonizar y no restringir las disposiciones de convenciones internacionales concluidas con anterioridad por los Estado Partes, en tanto sean más “beneficiosas” para la cooperación.²¹

Posición compartida por la otra regulación de especial relevancia a nivel del MERCOSUR en materia de asistencia jurídica internacional, el Protocolo de Ouro Preto, cuyo artículo 26, expresa al respecto: “Este Protocolo no restringirá la aplicación de disposiciones más favorables a la

20 La Enmienda ha sido aprobada por Argentina, Brasil y Paraguay. Sus soluciones son reproducidas por el Acuerdo (espejo) de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial y Administrativa entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02, aprobado por Argentina, Brasil, Paraguay, Chile, Ecuador y Perú.

21 Enmienda, artículo 35, “El presente acuerdo no restringirá las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieren sido suscriptas anteriormente por los Estados Parte, en tanto sean más beneficiosas para la cooperación”.

cooperación contenidas en otras Convenciones sobre Medidas Cautelares en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados Partes”.

La postura de los Protocolos del MERCOSUR resulta consonante con postulados básicos del Derecho Internacional, tal, el principio de armonización, consagrado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 30, “Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia”, numeral 3, que en relación a casos que vinculen a Partes de un tratado anterior que también sean Partes de un tratado posterior en el que el convenio anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida, dispone que el tratado anterior se continuara aplicando en la medida “en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior”.

Y debe tenerse presente, asimismo, como lo hace el fallo comentado, que el Protocolo de Medidas Cautelares, artículo 19, consagra con amplitud la pluralidad de vías para la transmisión de rogatorias en un nivel de asistencia jurisdiccional significativamente más complejo, como es el de la cooperación cautelar, contemplando inclusive la posibilidad de comunicación directa entre jueces de zonas de frontera, párrafo cuarto del artículo 19, por lo que no existe razón lógica alguna para excluir la aplicación de otros modos distintos a la vía Autoridad Central para la transmisión de rogatorias requirentes de auxilios de menor grado.

b) Lo resultante de las Convenciones Interamericanas

Cabe recordar que la República Argentina y la República Oriental del Uruguay son Estados Partes de las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos y sobre Recepción de Pruebas, que consagran la pluralidad de vías para la transmisión de las rogatorias requirentes de cooperación jurisdiccional internacional.

La Convención sobre Exhortos en el Capítulo III, “Transmisión de los exhortos o cartas rogatorias”, artículo 4, prevé que los exhortos podrán ser transmitidos “al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad central del Estado requirente o requerido según el caso” y el artículo 7 introduce, además, en el ámbito continental, la posibilidad de comunicación directa, sin necesidad de legalización, entre tribunales de zonas fronterizas.

Corresponde acotar que las soluciones de la Convención sobre Exhortos resultan aplicables tanto a nivel de la cooperación de mero trámite, cuanto a la cooperación probatoria-materia a la que refiere el fallo en análisis- según lo que resulta de su artículo 2, literales a y b; y, asimismo, que la Convención sobre Recepción de Pruebas, específicamente aplicable al caso, y citada por el Fallo de Segunda Instancia, dispone que los exhortos en la materia puedan ser transmitidos por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la Autoridad Central, artículo 11. Vías que entre los Estados Partes de la Convención sobre Exhortos-Argentina y Uruguay, como se ha dicho, son Partes de la misma- se amplían a las demás previstas por ésta (comunicación por las partes interesadas y directa entre jueces fronterizos), de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 14 de la Convención sobre Recepción de Pruebas: “Esta Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que en materia de exhortos o cartas rogatorias sobre recepción u obtención de pruebas hubieren sido suscriptas o se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral entre los Estados Partes, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia”.

c) Lo resultante del Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay

En coincidencia con la admisión de pluralidad de vías como modo de facilitar la transmisión de las solicitudes de cooperación jurisdiccional internacional también se pronuncia el Código General del Proceso de Uruguay, Ley N° 15.982 del 18 de octubre de 1988, entrado en vigor el 20 de noviembre de 1989, que de manera pionera regula la realización transnacional de la justicia en el Libro Segundo, Título X, “Normas Procesales Internacionales”.²² En relación al tema el Código dispone en el Capítulo II, “De la Cooperación Judicial Internacional”, artículo 527, “Exhortos o cartas rogatorias”, numeral 1, “Los exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidos por las propias partes interesadas, por intermedio de los agentes consulares o diplomáticos o a través de la autoridad administrativa competente en la materia (la Autoridad Central), o en su defecto, por vía judicial”. De lo que cabe concluir que si en el sistema jurídico uruguayo de fuente nacional son aceptadas las solicitudes de auxilio jurisdiccional recibidas a través de multiplicidad de vías, aún en casos de provenir de países ajenos a regulaciones convencionales en

²² El Título X del Libro Segundo del Código General del Proceso fue elaborado, a solicitud de la Comisión Redactora del Código, integrada por los procesalistas, Profesores, Dres. Adolfo Gelsi Bidart, Enrique Vescovi y Luis Torello, por el Profesor, Dr. Didier Operti Badán y el autor.

la materia, tal como resulta del ámbito de aplicación del Título X,²³ con mayor razón deben admitirse tales vías cuando aparezcan consagradas por tratados vigentes entre el Estado requirente de la asistencia y nuestra República.

B) *Desarrollos doctrinales*

El fallo del Tribunal de Apelaciones comentado se afianza no sólo en sólidos argumentos emanados de los textos convencionales reguladores de la asistencia jurídica internacional vigentes entre Uruguay y Argentina, sino que la posición que sustenta, tendiente a favorecer la realización transnacional de la justicia a través de la cooperación jurídica internacional, también encuentra fundamento en importantes desarrollos doctrinales.

a) Posición adoptada por la doctrina iusprivatista internacional de Argentina y Uruguay en ocasión del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional

En el referido Congreso, celebrado en La Plata los días 26 y 27 de septiembre de 2013,²⁴ la Sección de Derecho Intencional Privado abordó el tema a partir de valioso Relato de la Prof. Dra. María Blanca Noodt Taquela,²⁵ referido a la “Aplicación de la norma más favorable a la cooperación judicial internacional”. Instancia en la que se concluyera por unanimidad: “1.2. En caso de pluralidad de fuentes en principio aplicables y sin perjuicio de las normas de compatibilidad del derecho de los tratados en lo que fueren pertinentes, se deberá aplicar la norma más favorable a la cooperación judicial internacional” y “1.3. En particular, la cooperación puede prestarse con el recurso a normas de distintas fuentes con arreglo al método del Derecho Internacional Privado y a principios generales aceptados en la materia”.

b) Los Principios de ASADIP

23 Libro Segundo, Título X, Capítulo I, “Principios Generales”, artículo 524, “Normas Aplicables”, “En defecto de tratado o convención, los tribunales de la República deberán dar cumplimiento a las normas contenidas en el presente Título”.

24 En el Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y en las Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional Privado celebradas en La Plata el 25.9.2013, que lo precedieran, participaron por Uruguay, además del autor, los colegas, Profesores, Drs. Didier Opertti Badán y Cecilia Fresnedo de Aguirre.

25 NOODT TAQUELA, María Blanca. “Aplicación de las normas más favorables a la cooperación judicial internacional”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. 22, 2013, pp. 163 - 226.

En similar sentido se pronuncia la doctrina a nivel continental a través de los “Principios de ASADIP, que en el Capítulo 1, “Disposiciones y principios generales”, artículo 1.2.b, consagran el aforismo *in dubio pro cooperationis*, preceptuando: “La cooperación jurídica internacional es un presupuesto necesario para ponderar los derechos de todas las partes. Las dudas que susciten los conflictos normativos presentes, se resolverán en favor de una solución que favorezca la cooperación internacional”; explicitando en el Capítulo 4, “Cooperación interjurisdiccional”, artículo 4.1: “La cooperación interjurisdiccional constituye una obligación internacional de todo Estado, no solamente a los efectos de realizar emplazamientos, notificaciones y audiencias, sino que el deber de cooperar se extiende a todos aquellos actos o medidas necesarios para la consecución de los fines del proceso, incluyendo la cooperación en el procesamiento y ejecución de medidas cautelares, así como en la identificación, conservación y producción de pruebas.

La imposición de limitaciones a las obligaciones de cooperación interjurisdiccional se considerará como una violación al derecho de acceso a la justicia, a menos que la limitación encuentre fundamento en una razonable y necesaria protección de los derechos fundamentales, o que la cooperación solicitada comporte una violación manifiesta a los principios esenciales del ordenamiento jurídico del Estado requerido. Todo requerimiento de cooperación interjurisdiccional se presumirá excluido de las excepciones antes mencionadas. El acto de cooperación debe prestarse bajo especiales criterios de eficacia y brevedad”.

c) El Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Jurídica Internacional

El Protocolo Iberoamericano, en posición coincidente con los desarrollos doctrinales precedentemente citados, consagra expresamente el principio de flexibilidad en la realización internacional de la justicia, proclamando en los “Principios Básicos en Materia de Cooperación Judicial Internacional”, Principio 6to., “forma libre para los actos y documentos necesarios para la prestación jurisdiccional transnacional, incluyéndose los medios electrónicos y la video conferencia” y en consonancia con lo expuesto, agrega en el numeral 9º, “Desarrollo de las comunicaciones judiciales directas”.

VI. Conclusiones

La necesidad de asegurar, sin perjuicio de esenciales garantías que hacen al debido proceso, una cooperación jurisdiccional internacional segura, ágil y flexible, en la que la posibilidad de recurrir a distintas vías para la transmisión de las solicitudes de asistencia coadyuve con los objetivos de evitar demoras frustrantes cuando se requiera la tramitación de actos procesales más allá de las fronteras del Estado donde se desarrolla el juicio, tales, el diligenciamiento de pruebas, constituye la base conceptual de la sentencia comentada, afianzada en sólidos fundamentos normativos, convencionales y de fuente nacional, a los que nos afiliamos, aplicables a la cooperación jurisdiccional internacional entre Argentina y Uruguay, así como en la doctrina más recibida en la materia. Posición que planteáramos ya hace años en relación al tema²⁶ y con la que coinciden los planteos doctrinales en los que el fallo que se funda. En tal sentido la sentencia transcribe conceptos del colega, Prof. Dr. Eduardo Véscovi, que compartimos plenamente, que en su parte medular expresan: “La cooperación judicial internacional, actividad prevista para que la acción de la justicia no se detenga en la frontera de los Estados, debe desarrollarse con celeridad, pues, como sabemos, la tardanza desmedida supone, muchas veces, denegación de Justicia”.²⁷ Criterio del que también participan, entre - otros, Marcel Storme y George Bermann, así como la Prof. Dra. Aída Kemelmager de Carlucci, cuyas posiciones también son citadas por el fallo abordado.

Tales, algunas reflexiones que nos merece la Sentencia objeto del presente análisis.

26 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *Derecho Internacional Privado. Cooperación jurisdiccional internacional. Condición procesal del litigante ajeno al fora. Documentación extranjera en juicio. Aplicación del Derecho extranjera. Regulación del proceso y la prueba en los litigios vinculados a los casos privados internacionales*, Montevideo, La Ley - Uruguay, 2010. En igual sentido, del autor, *Balance y perspectivas de la elaboración en materia de cooperación jurisdiccional en el MERCOSUR*, RUDIP, 2005, año 6, n° 6, pp. 55-73; ídem, del autor, “El Protocolo de las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional”, en: *Estudios Multidisciplinarios sobre el MERCOSUR*, VV. AA., Facultad de Derecho, Universidad de la República, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995, pp. 135 -173.

27 VÉSCOVI, Eduardo. “El acceso a la justicia como principio fundamental del proceso, con especial referencia a los litigios internacionales en América”, en: *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado* - Jornadas de ASADIP 2015, VVAA, Editado por el Centro de Estudios de Derecho Economía y Política (CEDEP), la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) y Mizrachi y Pujol S. A., Asunción, 2015.

EFICACIA DE LA SENTENCIA EXTRANJERA. COMENTARIO DE UN CASO DE EXEQUATUR QUE PLANTEA NUEVOS PROBLEMAS

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay N°
691/017, “Rodríguez Puga, Ignacio c/ Ministerio de Relaciones
Exteriores - Ejecución de sentencia extranjera”, 25/12/17

*Eduardo Vescovi**

Sumario: I. Breve aproximación al tema; II. Marco normativo; III. Los hechos del caso; IV. La decisión judicial; V. Análisis del caso: 1. Fuentes aplicadas, 2. Otros temas que sobrevuelan el caso y la sentencia; VI. Conclusiones.

I. Breve aproximación al tema

El tema de la eficacia de la sentencia extranjera es muy vasto y muy actual.

Vasto porque incluye no solo el examen de los requisitos que habitualmente se exigen para dicha eficacia (competencia del Juez que dictó el fallo, debido proceso, fallo firme y no oposición al orden público internacional del estado receptor), lo que ya es mucho, sino también otros temas ciertamente complejos. Tal es el caso, por ejemplo, del alcance del principio de la no revisión del fallo en cuanto al fondo, el eventual control

* Profesor Agregado Grado IV de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Autor de trabajos en publicaciones locales e internacionales y Ponente en diversos Congresos y Conferencias Internacionales sobre la materia. Abogado en ejercicio desde 1980, ex Presidente de ASADIP.

de la ley aplicable, el alcance subjetivo de la cosa juzgada en el estado receptor del fallo (y conforme a que ley debe decidirse el tema), el alcance del procedimiento de exequatur en los países que lo tienen legislado como un proceso previo e independiente, etc.¹ Algunos de estos temas se plantean en el caso en estudio, aunque no necesariamente fueron abordados en profundidad en la sentencia. Otros no se plantean directamente o en su mayor profundidad, pero la sentencia que comentamos nos da pie para incursionar en ellos, aunque sea de un modo preliminar.

Y es actual porque se plantea cada vez con mayor frecuencia, ha incrementado su importancia acompañando la creciente internacionalización de la vida de relación, tanto que, para la gran mayoría de los autores, decidir en relación a la eficacia de los fallos extranjeros constituye la respuesta a una de las tres preguntas esenciales que conforman el objeto más básico del Derecho Internacional Privado moderno, o sea definir, frente a un determinado caso o situación jurídica internacional: ¿los jueces de qué país son competentes?; ¿cuál es la ley que van a aplicar?; y, finalmente, algo también muy trascendente: ¿la sentencia que dicten será reconocida en el extranjero?

Tanto es actual el tema, además, que la Conferencia de La Haya le ha prestado primordial atención en los últimos años, sus estudios han culminado a mediados de 2019 con la aprobación de una Convención de alcance global sobre la materia,² que todavía no ha entrado en vigencia, contando recién con la firma de dos estados, que son Uruguay y Ucrania. Todos los que seguimos el prolongado proceso de elaboración de este instrumento conocemos las dificultades que el mismo ha presentado, y los esfuerzos realizados para su conclusión. El tema es percibido por los estados como sumamente trascendente, y de verdad lo es. Sienten que está en juego su propia soberanía, también la defensa de los intereses más importantes de sus nacionales, todo lo cual evoca muchas resistencias, y requiere una gran dosis de comprensión y de espíritu internacionalista, para reconocer que los tribunales extranjeros son tan buenos –o malos– como los propios, y que no solo tenemos que ver el tema del lado pasivo (reconocimiento en nuestro país de una sentencia extranjera) sino también del lado activo, o sea cuando se abre la oportunidad para que los fallos

1 Para quién quiera profundizar en estos temas indicamos como altamente recomendable el formidable Trabajo de Tesis que produjo el Jurista Venezolano Javier OCHOA sobre *La Eficacia de las Sentencias Extranjeras y el Derecho de Acceso a la Justicia – Una mirada desde la Gobernanza Global*, Universidad Central de Venezuela – Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas . Caracas Año 2019.

2 Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Asuntos Civiles o Comerciales de La Haya del 2 de julio de 2019.

adoptados por nuestros tribunales sean reconocidos y ejecutados por los jueces de otros países.

En definitiva, regular la eficacia de los fallos extranjeros supone la delimitación de las fronteras jurídicas de cada estado en orden a la recepción de los fallos foráneos, lo cual sin duda, en caso de regularse mediante una norma convencional, otorga un muy alto grado de previsibilidad y certeza que favorece el “*commercium*” internacional.

II. Marco normativo

El caso en estudio vincula a Brasil (país en el cual se dictó la Sentencia) y Uruguay (país en el cual se presentó la misma para su reconocimiento). Existen entre los dos países múltiples instrumentos de fuente internacional que podrían ser aplicables y tendrían vocación reguladora, no todos ellos fueron relevados en el fallo.

Comenzando por los regionales debemos mencionar a la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, de CIDIP II, ratificada por Uruguay y Brasil.³

Siguiendo por los subregionales citamos El Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Protocolo de Las Leñas), ratificado por todos los países del MERCOSUR.⁴

Existe además un Tratado bilateral entre Uruguay y Brasil, el Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa.⁵

En realidad, la normativa de derecho internacional privado de fuente convencional aplicable es toda similar, difiere en aspectos muy puntuales, que no tienen incidencia en el caso que nos ocupa. Sin embargo, es oportuno expresar que el fallo que comentamos no menciona a la Convención de CIDIP, sino que se maneja exclusivamente con el

3 Uruguay la ratificó el 15 de mayo de 1980 y Brasil el 27 de noviembre de 1995.

4 Que entró en vigor el 20 de julio de 1999.

5 Aprobado en Uruguay por Ley N° 16.728 del 5 de diciembre de 1995.

Protocolo de las Leñas, descartando la aplicación del Convenio bilateral entre Uruguay y Brasil en base a la opinión del Profesor Tellechea citada en el fallo. Son realmente complejos los temas de compatibilidad entre los tratados sucesivos suscritos entre los estados sobre las mismas materias⁶, la norma de referencia para la solución de estos problemas es el artículo 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, sin perjuicio de las eventuales cláusulas de compatibilidad que puedan contener los referidos tratados.⁷

Es entonces, en base a lo dispuesto en el Protocolo de Las Leñas, que la Suprema Corte de Justicia resuelve el proceso de exequatur mediante el fallo en análisis.

Es necesario aclarar que toda la normativa internacional aplicable (antes citada), confía a la ley de procedimiento del estado receptor, la regulación del proceso para la solicitud de la eficacia de la sentencia extranjera, así lo hace el Protocolo de Las Leñas en su artículo 24.⁸ Uruguay tiene legislado en instancia única ante la Suprema Corte de Justicia el procedimiento de exequatur para determinar si las sentencias extranjeras de condena cumplen con los requisitos exigidos por la normativa internacional para ser reconocidas y luego ejecutadas en nuestro país.

III. Los hechos del caso

Como venimos de explicar el fallo de exequatur que analizamos refiere a un particular –de nacionalidad uruguaya- que demandó por haber trabajado en el Consulado General de Uruguay en Rio de Janeiro, al referido consulado en esa misma Ciudad, reclamando diversos rubros laborales. No lo explicita en el fallo, pero por la relación de antecedentes podemos saber que el Consulado Uruguayo demandado por un trabajador ante la Justicia de Brasil, no opuso – en nuestro concepto, podría haberlo hecho- la excepción de inmunidad de jurisdicción. No solo no lo hizo,

6 Sobre esta temática recomendamos muy especialmente el libro de la Profesora Argentina María Blanca NOODT TAQUELA sobre *Relaciones entre Tratados de Derecho Internacional Privado en Materia de Cooperación Judicial Internacional* Serie Tesis, publicado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1ª. Edición, Noviembre de 2018.

7 En particular el artículo 35 del Protocolo de las Leñas dice: “Artículo 35.- El Presente Protocolo no restringirá las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscriptas anteriormente entre los Estados Partes en tanto no lo contradigan”.

8 Protocolo de Las Leñas: “Artículo 24.- Los procedimientos, incluso la competencia de los respectivos órganos jurisdiccionales, a los efectos de reconocimiento y ejecución de las sentencias o laudos arbitrales, se regirán por la ley del Estado requerido”.

sino que además reconvinó contra el actor, no surge de los antecedentes la razón de esta contrademanda. Pero dicha reconvencción, en todo caso, da por superado cualquier intento de oponer la referida inmunidad, que es renunciable.

El hecho es que, luego de las instancias correspondientes al proceso de conocimiento, el Tribunal Regional de Trabajo de 1° Región 37, Junta de Conciliación Ejulgamento RJ de Río de Janeiro, dictó la sentencia – la cual pasó en autoridad de cosa juzgada- condenando al Consulado a abonar la suma de 18.746,73 Reales. Cumplido lo cual se intimó el pago, pero no fue satisfecho.

No hay información, pero es probable que el actor se haya topado en esta instancia en Río de Janeiro, tratándose de un consulado, con la inmunidad de ejecución consagrada en las convenciones internacionales⁹. Seguramente por esa razón optó por presentarse luego buscando satisfacer su crédito en Uruguay ante la Suprema Corte de Justicia, solicitando el reconocimiento de la sentencia mediante el procedimiento de exequatur, citando como demandado en el referido proceso al Ministerio de Relaciones Exteriores (o sea al Estado Uruguayo).

El Ministerio de Relaciones Exteriores se opuso a la solicitud de reconocimiento expresando los siguientes argumentos:

-Que la Sentencia cuyo reconocimiento se pretendía había sido dictada contra el Consulado Uruguayo, y no contra el Ministerio ni contra el Estado Uruguayo, y que, por lo tanto, nuestros tribunales no eran competentes para la ejecución porque la misma tenía que ser ejecutada en Río de Janeiro contra el Consulado que había sido el demandado. Según el Ministerio no se daba cumplimiento en el caso a lo dispuesto por el art. 20 del Protocolo de las Leñas. El referido artículo 20 es el que establece los requisitos para al reconocimiento de la sentencia extranjera, según lo indica su acápite¹⁰, y en particular su literal d expresa: “d. que la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión haya sido debidamente citada y se haya garantizado el ejercicio de su derecho de defensa”.

En la óptica del opositor, ni el Ministerio ni el Estado Uruguayo

⁹ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963.

¹⁰ Protocolo de Las Leñas: “Artículo 20.- Las sentencias y laudos arbitrales a que se refiere el artículo precedente, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las siguientes condiciones: ...”

habían sido citados ni habían tenido oportunidad de defensa, ello porque se había demandado al Consulado.

Además el Ministerio se opone a través de la excepción de prescripción y caducidad, porque ya había pasado largo tiempo, expresando que conforme al derecho brasileiro las obligaciones personales prescriben a los 10 años siempre que la ley no haya fijado un plazo menor. Asimismo, conforme al derecho uruguayo, de aplicarse la Ley N° 18.091 el crédito también se encuentra prescripto atento a que han pasado más de 5 años.

Como veremos estas dos defensas opuestas, y más allá de la decisión recaída que analizaremos en el siguiente capítulo, nos darán la posibilidad de ingresar en dos temas trascendentes. El primero relativo al alcance subjetivo de la cosa juzgada en relación a la eficacia de las sentencias extranjeras, y el segundo vinculado a la naturaleza y alcance del procedimiento de exequatur.

IV. La decisión judicial

Lo primero que corresponde consignar es que en Uruguay el procedimiento de exequatur se lleva a cabo ante nuestro máximo órgano (Suprema Corte de Justicia) y se ventila en instancia única. O sea que nuestro análisis se ha de limitar necesariamente a un solo fallo.

El fallo recaído, en decisión unánime, rechazó las defensas opuestas por el Ministerio e hizo lugar a la solicitud de reconocimiento, la cual fue amparada, en aplicación fundamentalmente del Protocolo de Las Leñas.

En primer lugar, la Suprema Corte en los Considerandos cita lo que llama el “principio de la efectiva circulación de los fallos internacionales”, señalando que la Corte, si bien debe ser rigurosa a la hora de habilitar la ejecución de una sentencia extranjera, en esa tarea no debe perderse de vista que existe un principio en materia de cooperación jurídica internacional que impone privilegiar la circulación de los fallos extranjeros. Insistiendo sobre este concepto establece otra importante conclusión, expresando que cuando exista duda en torno al tema del reconocimiento de una sentencia extranjera, debe privilegiarse precisamente el reconocimiento. Y concluye más adelante, en torno a este aspecto, afirmando que, si bien es cierto que dicho reconocimiento está sujeto a normas, éstas deben

interpretarse siempre a favor del reconocimiento, pues su función es precisamente superar las divergencias legislativas de los Estados y el respeto por las normas y fallos de cada uno (citando en su apoyo doctrina y jurisprudencia anterior).

A continuación aborda uno a uno los requisitos exigidos siguiendo al pie de la letra el Protocolo de Las Leñas. Así, refiere primero a las formalidades externas (legalización, traducción) relevando que están cumplidas, y pasa luego a los requisitos procesales. El primero que analiza es el de la jurisdicción, que no plantea problemas en el caso. Es necesario apuntar que lleva a cabo en esta parte un control que, desde nuestro punto de vista, no era necesario realizar (aunque sabemos que existe más de una opinión al respecto). Pues cita primero el Protocolo de Las Leñas (lo cual es correcto) en su art. 20 literal c (análisis de la jurisdicción indirecta conforme a la ley del estado receptor del fallo); pero a continuación realiza el mismo análisis conforme a la norma de Dip internacional de fuente nacional, o sea el art. 539.1 numeral 4 del Código General del Proceso.

Es oportuno recordar que dicho artículo 539.1 regula el tema de la eficacia de la sentencia extranjera en caso de fallos provenientes de países con los cuales no tenemos tratado. Obviamente que en una parte de dicha norma, precisamente el numeral 4, se regula la jurisdicción indirecta, pero en mi concepto este numeral no debería aplicarse a los casos de los países con los que si tenemos tratado. La disposición confía la regulación de la jurisdicción indirecta a la ley del estado emisor del fallo, salvo los casos de jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios. La Suprema Corte en el fallo de exequatur considera la aplicación de esta norma, y llega a la conclusión que el fallo cuyo reconocimiento se pretende no vulnera nuestra jurisdicción exclusiva.

La Suprema Corte aborda a continuación el tema quizás más espinoso del fallo, lo establecido en el art. 20 literal d. del Protocolo de Las Leñas, en relación al cumplimiento del debido proceso en relación a la parte contra la cual “se pretende ejecutar la decisión haya sido debidamente citada y se haya garantizado el ejercicio de su derecho de defensa”. Es claro que en el proceso llevado a cabo en Brasil la parte demandada fue citada y se garantizó su derecho de defensa, pero lo que aquí se discute es si se trata de la misma parte, lo cual nos traslada a otro problema frente al cual se abren un sinnúmero de interrogantes, algunas propias de este caso y otras que exceden al mismo, sobre todo lo cual haremos alguna primaria incursión.

Frente a la defensa ensayada por el Ministerio, en el sentido de que el Consulado es una cosa y el Ministerio de Relaciones Exteriores o bien el Estado Uruguayo son otra, la Suprema Corte no duda, y con énfasis particular señala que se trata de la misma persona, afirmando que es notorio que la entidad demandada en Brasil (Consulado Uruguayo) es un órgano dependiente del Estado – Poder Ejecutivo – Ministerio de Relaciones Exteriores, sometido a su jerarquía y contralor.¹¹ Concluye afirmando, en nuestro concepto acertadamente, que los consulados no son “de generación espontánea”, sino producto de la voluntad y contralor del Estado, por lo que mal podría sostenerse la posición de la Cancillería en este punto.

Otros aspectos del fallo merecen también mención. En relación a la acreditación del requisito del art. 20 literal e del Protocolo de Las Leñas (que la decisión tenga fuerza de cosa juzgada en el estado en que fue dictada) el fallo lo da por cumplido, haciendo hincapié en una declaración expedida por abogados brasileños,¹² y también por una constancia del propio Tribunal que dictó el fallo en el sentido de venció el plazo de los recursos sin que se hayan interpuesto los mismos.

Otro elemento bien importante, que figura dentro de los Considerandos del fallo, es la referencia a un proceso anterior entre las mismas partes por la misma razón, o sea exequatur de la misma sentencia. Si bien el proceso anterior fue rechazado, la razón del rechazo había sido referente a aspectos puramente documentales formales. Podríamos decir que no se trató pues, en la anterior ocasión, de un rechazo “de fondo” sino de un rechazo motivado por deficiencias documentales. Lo cual, en la opinión de la Suprema Corte, no es obstáculo – por lo tanto no hace cosa juzgada- para reiterar el planteo con éxito una vez completada y en forma la documentación requerida.¹³

Finalmente, en el último de los Considerandos, el fallo rechaza los planteos defensivos de prescripción y caducidad que había interpuesto el Ministerio, pero no por razones sustanciales o de fondo, sino porque

11 Y cita en su apoyo normativa relativa a los consulados, como lo dispuesto en los artículos 2.1, 2.2, 4.2, 5 literal m, 10.1 y 19 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, ratificada por Ley No. 13.774; indica que en este artículo 19 se establece que es “el Estado” quien designa a los funcionarios consulares, por lo que mal podría ahora el Estado - Ministerio de Relaciones Exteriores pretender desligarse de las contrataciones laborales realizadas por sus funcionarios.

12 La acreditación de este requisito suele plantear problemas sobre todo cuando los fallos provienen de estados del common law, en los cuales los tribunales no expiden habitualmente este tipo de constancias.

13 En nuestro país ha existido más de un caso en el que se han sucedido los pedidos de reconocimiento (exequatur) de la misma sentencia extranjera, agregando o mejorando documentación, hasta lograr el éxito, casos resueltos no siempre por unanimidad (Por ejemplo Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 640/2016).

considera que no es ese el momento ni la circunstancias para considerar esas defensas, sino que deberán ser consideradas en el proceso mismo de ejecución que sobrevendrá una vez habilitado el reconocimiento. Pues en nuestro sistema, luego de la sentencia exitosa de exequatur, la parte actora gananciosa queda habilitada para iniciar la ejecución ante la Justicia de Instancia competente. O sea que la única constatación que tiene por objeto el proceso de exequatur ante la Suprema Corte es verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de un fallo extranjero, y nada más. Si es negativo termina, y si es positivo, se remite el expediente al juzgado de instancia a efectos que prosiga con la ejecución.

V. Análisis del caso

1. Fuentes aplicadas

A nuestro entender la Suprema Corte encaró bien el caso en análisis y dictó un fallo correcto adecuadamente fundado. En tal sentido corresponde mencionar, en primer lugar, la cita del principio de la circulación internacional de los fallos, principio que, por otra parte, siempre ha sido respetado por nuestro máximo órgano jurisdiccional¹⁴. Además la existencia y vigencia de dicho principio ha sido recibida en el Continente en la más reciente consagración de los Principios de Asadip, lo cual sitúa al fallo en esa materia en posiciones de vanguardia.

En segundo lugar, debemos hacer hincapié en la normativa concreta mediante la cual la Suprema Corte analizó y resolvió el caso, que es el Protocolo de Las Leñas, llevando a cabo un ordenado estudio -conforme a dicho Protocolo- para comprobar el cumplimiento de cada uno de los requisitos exigidos para el reconocimiento de una sentencia extranjera. Así, se analizaron primero los aspectos formales (artículo 20 literales “a” y “b”), para ingresar luego en los requisitos procesales (artículo 20 literales “c”, “d”, “e” y “f”). En primer lugar, se estudió la jurisdicción del juez que dictó el fallo, tema sobre el que no se planteaban problemas. Seguidamente los Considerandos ingresaron en el punto más “álgido” del

14 Un resumen de la jurisprudencia de la Suprema Corte puede verse en el trabajo del Dr. Paul ARRIGHI sobre “Jurisprudencia Uruguaya Actual de Derecho Internacional Privado, - Fallos de la Suprema Corte de Justicia Ejecución de Sentencias Extranjeras” publicado en la *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Año IV, N° 4, Ed. FCU 2001, p. 145 y ss.

fallo, en relación a si la parte contra la cual se pretendía ejecutar la sentencia había sido correctamente citada, emplazada, etc. Fue aquí donde, como ya explicamos, se centró la mayor problemática de la discusión, puesto que la defensa había controvertido precisamente este requisito por entender que NO se trataba de la misma parte, entendiendo que había sido demandado originalmente en Brasil el Consulado Uruguayo, y por tanto no podía pretender ejecutarse la sentencia contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, o sea el Estado uruguayo. La Suprema Corte entendió aquí que se trataba de la misma parte, acudiendo a otras fuentes supranacionales, como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en virtud de que los Consulados son producto de la voluntad de los estados que los crea, designa sus autoridades y los controla.

El fallo analiza luego el carácter firme de la sentencia, estableciendo que el requisito debía darse por cumplido en virtud no solo del informe de dos abogados brasileños, sino también en virtud de la constancia expedida por el tribunal de origen en el sentido de que habiendo transcurrido los plazos no se habían interpuesto los recursos correspondientes¹⁵.

Extremando las precauciones, la Suprema Corte comprueba que, conforme a lo dispuesto por el art. 22 del Protocolo de Las Leñas, no se verificara ninguna hipótesis de litispendencia ni de cosa juzgada, es decir existencia de algún proceso o fallo en Uruguay entre las mismas partes por la misma causa. En realidad no existía en Uruguay ningún proceso de fondo entre las mismas partes y sobre la misma causa (créditos laborales), pero si existía, como ya explicamos, un proceso anterior de exequatur de la misma sentencia que había sido rechazado, entendiendo la Suprema Corte que ese fallo anterior, si bien rechazó el reconocimiento de la sentencia, no lo hizo por razones de fondo, sino por cuestiones de insuficiencia documental, lo cual es subsanable. En nuestro concepto el art. 22 del Protocolo de las Leñas está previsto para los casos en los cuales se pretende el reconocimiento de una sentencia extranjera, cuando puede existir en el país receptor o bien un proceso en trámite, o bien un proceso ya finiquitado por sentencia firme, entre las mismas partes y por la misma causa que el proceso que se desarrolló en el extranjero. En este caso no lo había. Pero como había existido un proceso de exequatur frustrado anterior entre las mismas partes y por la misma sentencia, la Suprema Corte tomó el art. 22° del Protocolo y realizó el análisis de litispendencia y cosa juzgada, confrontando el caso con el exequatur anterior. Entendemos

15 No lo fue, pero podría haberse invocado en esta parte el artículo 25 del Protocolo de Las Leñas sobre la fuerza probatoria de los instrumentos públicos.

que, en realidad, no debió ampararse para el referido análisis en el art. 22º del Protocolo de Las Leñas que tiene otro sentido, que es el de confrontar con eventuales procesos paralelos que a menudo se llevan a cabo en diferentes países entre las mismas partes por el mismo motivo.

Finalmente la Suprema Corte descarta que pudieran existir razones de orden público para el rechazo de la sentencia extranjera, y no se pronuncia sobre las excepciones de prescripción y caducidad, considerando que eso podrá ser, en todo caso, tema para el juez de instancia.

2. Otros temas que sobrevuelan el caso y la sentencia

Como explicamos, a nuestro entender y sin perjuicio de otros aspectos, el tema más interesante que abordó la sentencia que comentamos es el de la existencia o no de identidad entre la parte demandada en el proceso original y la parte contra la cual se pretende la ejecución de la sentencia en el extranjero.

Nadie duda que, en principio, se puede solicitar en el extranjero el reconocimiento de una sentencia, contra la parte demandada en el proceso en el cual esa sentencia fue dictada. Y no contra un tercero. Sin embargo, esta situación plantea a menudo problemas prácticos de difícil solución. Como sabemos en todos los sistemas procesales la regla es que las sentencias obligan a las partes litigantes, pudiendo ejecutarse contra ellas. Sin embargo, muchos sistemas procesales legislan los casos en los cuales las sentencias tienen efectos contra terceros. El Código General del Proceso de Uruguay tiene un artículo especial que regula el tema.¹⁶ Frente a este tipo de disposiciones que son comunes en el derecho comparado, podríamos preguntarnos si el tema del alcance de la cosa juzgada respecto de terceros debe regularse por la ley del estado emisor del fallo o por la ley del estado receptor del mismo. Podría argumentarse, en el primer caso, qué conforme al principio de la contextualidad, o de interpretación “in

16 Art. 218.- Eficacia de la sentencia frente a terceros.

218.1 La cosa juzgada alcanza a las partes y a sus sucesores a título universal.

218.2 También alcanza a: a) a los codeudores solidarios; b) a los titulares del dominio desmembrado en cuando se refiere a un desmembramiento que no es el propio respecto del mismo bien.

218.3 Los socios, los comuneros, los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, aquellos cuyos derechos dependen de éstas o del acto o del contrato cuya validez o eficacia ha sido juzgada, son terceros a los que alcanza la cosa juzgada solamente si han tenido conocimiento judicial del pleito o si se amparan a la decisión en la primera oportunidad de que dispongan. También comprenderá a los que pudieron conocer la cuestión debatida en el proceso en virtud de información registral, la hubieren o no solicitado.

ordinem”, el alcance subjetivo del fallo debería regularse por la misma ley del país en el cual el fallo fue dictado. Desde otra perspectiva, el estado receptor podría reclamar para su ley la dilucidación de esta cuestión, porque en definitiva se está evaluando el alcance subjetivo del fallo en el extranjero, esto es para aplicarle sus efectos a un tercero que está en el estado receptor del fallo. Tema complejo, sin duda, sobre el cual no existe –que sepamos– ningún tipo de solución legislativa.

Emparentado con esta problemática, aunque conceptualmente distinguible, está el tema que se planteó en el fallo que comentamos, es decir, si la persona contra la cual se pretende hacer valer la sentencia en el extranjero, es o no la misma persona que litigó en el proceso original en el cual recayó la sentencia. El caso de autos parecía bastante claro, ya que pretender –como lo hacía el opositor– que el Consulado de un país, es una entidad diferente a ese país (o a su Ministerio de Relaciones Exteriores), no parece procedente. Pero en muchas ocasiones la temática puede ser confusa, más bien cuando se trata de personas jurídicas, por ejemplo cuando se trata de dos entidades societarias¹⁷ que tienen nombre igual, similar o parecido: una es XX Sociedad Anónima, otra es XX Corporation, una puede ser XX Brasil y otra XX Uruguay, en fin, la actividad comercial presenta infinidad de ejemplos como estos, en los cuales las entidades no solo tienen el mismo nombre (o muy similar) sino que además, generalmente, están fuertemente vinculadas, y pertenecen también a las mismas personas o grupos de personas. El tema se plantea, en no pocas ocasiones, en los casos de grupos de sociedades, grupos económicos o conjuntos económicos, en los que se demanda a uno o varios integrantes del grupo (quizás no a todos) y se pretende luego el reconocimiento y la eficacia de la sentencia obtenida contra otros integrantes del mismo grupo que están en otro país, pero que son –o pretenden ser– diferentes personas jurídicas que las demandadas. El problema planteado muchas veces hace crisis porque, obviamente, cuando alguien se presenta en un país extranjero a solicitar el reconocimiento de una sentencia para ejecutarla, es porque a pesar de haber resultado ganancioso en el proceso original, no obtuvo el cumplimiento voluntario del fallo y, generalmente, no lo obtuvo porque no hay solvencia del condenado en origen. Lo cual lo obliga a buscar el reconocimiento y ejecución en el país donde el demandado, o

17 Este tipo de nomenclatura es común en el caso de entidades financieras, pero no solo en ellas, existe una gama muy grande de la actividad comercial internacional que se desarrolla en diversos países a través de nombres comerciales idénticos o muy similares, los que además se utilizan por diversas razones: a veces por pertenecer al mismo grupo económico, otras porque se busca la ventaja comercial del prestigio de la marca distintiva (nombres, colores, tipo de negocio, etc.), por la cual además se paga, pero no supone que se trate de la misma persona jurídica, etc.

alguien con idéntico o similar nombre y fuertemente vinculado a aquel, está afincado y posee solvencia.

Estimo muy difícil establecer criterios generales para este tipo de casos que involucran sociedades, más bien la situación debe definirse en cada caso concreto. Si me aventuro a sugerir que en el análisis de los casos concretos han de tener relevancia ciertos elementos, como, por ejemplo, si se trata de una sucursal o una filial de la matriz, si se trata de un conjunto o grupo económico, el modo que se haya acreditado -o pueda acreditarse- la existencia del mismo (titularidad accionaria, dependencia económica, vinculación efectiva, toma de decisiones trascendentes, personas involucradas, quizás también publicidad y aspectos exteriores, etc.).

Resulta también difícil establecer cual es -o debe ser- la oportunidad procesal para realizar este tipo de constataciones. Nos explicamos: nadie duda qué si en un país se llevó a cabo un proceso contra un conjunto de sociedades y se las demandó a todas, obteniéndose una sentencia favorable, si la condena las abarca, todas ellas pueden ser perseguidas en el extranjero. La duda se plantea cuando la sentencia se pretende ejecutar extraterritorialmente contra una sociedad o persona que no fue parte -como tal- del proceso original de conocimiento, pero se la pretende involucrar en el proceso de reconocimiento y eficacia que se lleva a cabo en el extranjero. Pues generalmente los procesos de exequatur tienen por objeto el análisis del cumplimiento de los requisitos de las sentencias extranjeras para su posible reconocimiento; pero no la eventual ampliación del alcance subjetivo del fallo cuyo reconocimiento se impetra.

Esta eventual ampliación del alcance subjetivo del fallo, si realmente es tal, requeriría en el estado receptor un nuevo proceso de conocimiento. Pero esta afirmación, aún muy preliminar, requiere dos importantes puntualizaciones:

-La primera, es que se requeriría dicho nuevo proceso salvo que exista una norma aplicable al alcance subjetivo de la cosa juzgada que involucre a esta nueva entidad, norma aplicable que puede estar en el sistema procesal del estado emisor del fallo o en el sistema procesal del estado receptor del fallo (según se opte por una u otra de las posiciones ut supra explicadas).

-La segunda, que, realmente, no se trate de la misma persona como sucedió en el caso de autos. Por eso referimos arriba a la ampliación del alcance subjetivo del fallo, cuando realmente es tal, y no cuando se trata una misma persona que aparece

“disfrazada” bajo diferentes nombres o diferentes ropajes.

Tema particularmente complejo sin duda, pero que se plantea a veces cuando se pretende la eficacia extraterritorial de una sentencia extranjera.¹⁸ Es complejo por varias razones, entre ellas:

- carece de normativa específica (me refiero a la determinación de ley aplicable al alcance subjetivo de la cosa juzgada).

-involucra a la vez temas sustanciales y procesales, pues a nadie escapa que está en juego uno de los principios cardinales de cualquier sistema procesal, como lo es sin duda el derecho de defensa en juicio, pues se puede ver comprometido quien ni siquiera fue parte en el proceso de conocimiento original. Y, a la vez, pone en juego temas y principios de derecho civil y comercial, como la existencia de las sociedades, la responsabilidad de las personas físicas accionistas o directores, el “disregard of the legal entity”, los conjuntos económicos, etc.

-no resulta claro cómo ha de darse desde el punto de vista procedimental, ese gran paso que supone comprometer a una determinada persona jurídica a partir de la eficacia de un fallo extranjero, recaído en un proceso que, en principio, le ha sido ajeno.

VI. Conclusiones

Luego del análisis del fallo realizado es oportuno resumir algunas conclusiones:

El fallo bajo análisis ha llevado a cabo una correcta utilización de los principios y normas aplicables, más allá de algunas consideraciones menores que hemos expuesto a lo largo del presente comentario.

Se ha puesto de manifiesto la bondad y utilidad de la normativa mercosureña, que puede requerir pequeños ajustes de detalles o de puesta al día,¹⁹ pero que, en mi concepto, cumple los estándares modernos más exigentes en la materia.

A esta altura podemos afirmar que los tribunales de nuestro país

18 Vuelvo a remitir aquí al lector inquieto al trabajo de Ochoa, Javier identificado en la nota 2 del presente.

19 Tomando en cuenta los adelantos tecnológicos en materia de comunicación de la primera parte del presente siglo XXI, sería muy saludable incorporar la tecnología a toda la mecánica de la cooperación judicial internacional a nivel de MERCOSUR (exhorto electrónico, etc.) lo que redundaría en un altísimo beneficio en relación a la eficiencia y rapidez de la administración de justicia.

tienen un adecuado conocimiento y realizan una correcta aplicación de la normativa mercosureña en todos los aspectos. Estimamos que el nivel de la jurisprudencia resulta aceptable, por más que algunos fallos dejan cierta sensación de que el dominio de la normativa como así también de las técnicas del Dip requieren mayor profundización. Es por ello que pensamos que debe seguirse trabajando tanto en el perfeccionamiento como en la difusión de la referida normativa y su correcta aplicación.

El tema de la eficacia de la sentencia extranjera tiene gran importancia y actualidad práctica. Está situado en el centro mismo de las interrogantes de nuestra materia. Es tan viejo como los primeros tratados, ya los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 contenían la regulación básica en la materia, no obstante la compleja realidad que vivimos ha complicado sin duda el análisis, planteando nuevos problemas y desafíos.

Es un tema suficientemente regulado, tanto en la fuente nacional como supranacional, también se ocupan de él los principios procesales,²⁰ estamos asomando al primer esfuerzo global de regulación a partir de la Convención de La Haya de 2019, cuyo éxito todavía estamos muy lejos de poder evaluar.

La temática es muy variada y rica, y nos interpela en forma permanente con casos jurisprudenciales cuya solución trasciende sin duda los aspectos que están regulados, obligándonos a incursionar sobre áreas poco exploradas, aportando soluciones que sean razonables y compatibles con otros principios y normas adyacentes. En esa medida el estudio de los casos jurisprudenciales enriquece sin duda el análisis, nos hace pensar, aportar soluciones nuevas e ingeniosas, a las que debemos dotar de fundamentos convincentes.

²⁰ En efecto le han dispensado atención prioritaria los Principios de ASADIP y también los Principios Ali – Unidroit.

PARTE II

CONTRATOS INTERNACIONALES Y ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

LA ALINEACIÓN DE LOS ASTROS RESCATAN UNA SENTENCIA JUDICIAL MAL FUNDAMENTADA

*Ruben Santos Belandro**

Sumario: I. El caso. Un paso previo a resolver: la multiplicidad de convenciones sobre arbitraje. 1. La Convención de Nueva York. 2. La Convención de Panamá. 3. el Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR. 4. Algunas referencias adicionales: el soft law. 5. El aporte a la homogeneidad internacional del arbitraje proporcionado por los reglamentos de las instituciones permanente de arbitraje; II. Los problemas que debe resolver el caso. 1. La validez formal del acuerdo de arbitraje. 2. La excepción de arbitraje, su alcance y oportunidad temporal. 3. Defectos en la designación de árbitros. 4. La ausencia de designación de una sede. 5. La falta de designación de la ley aplicable y de la jurisdicción competente; III. Una última alineación de los planetas luego de cerrado el litigio; IV. Conclusiones.

I. El caso. Un paso previo, resolver la multiplicidad de convenciones sobre el arbitraje

El caso hace alusión a una sociedad constituida en Islas Vírgenes Británicas pero que estableció la sede efectiva de la administración en Uruguay desde donde operó. El socio-actor ha explicado abundantemente que, para determinar la sede de la sociedad, es de aplicación el art. 198 de la ley 16.060, el cual establece que:

Art. 198. Sociedades con sede principal u objeto principal en el país. Las sociedades constituidas en el extranjero que se propongan establecer su sede principal en el país o cuyo principal

* Ex Profesor de Derecho Internacional Privado en régimen de dedicación total y ex Profesor de Derecho Extranjero y Comparado. Miembro ad honorem del Instituto de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Uruguay.

objeto esté destinado a cumplirse en el mismo, estarán sujetas, aun para los requisitos de validez del contrato social, a todas las disposiciones de la ley nacional. (Una disposición similar se halla contenida en el art. 5 de la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles, CIDIP II. Montevideo, 1979).

Habiendo surgido diferencias entre los socios, en cuanto el socio-actor considera que no le ha sido reconocido el derecho de preferencia en la compra de algunas acciones, inicia un juicio ante un magistrado uruguayo por daños y perjuicios, desconociendo el estatuto social que contenía un acuerdo de arbitraje para dirimir las “discrepancias” entre los socios. El juicio se desarrolló en dos instancias: la primera ante el Juzgado Letrado de 1ª Instancia en lo Civil de 15º Turno (Gueicamburú, Wilmer c/Inforworld International Corp. y otros. Daños y perjuicios. Cobro de pesos. IUE 2-3588/2010); y la segunda, ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil Nº 2/011-2.

El arbitraje es un medio alternativo a la justicia estatal, e integra junto con la mediación y la conciliación ese conjunto de medios que habilitan la posibilidad de resolver los conflictos humanos. Esta institución fue mirada con desconfianza en Latinoamérica durante mucho tiempo, pero la progresiva desvalorización de los argumentos de la soberanía estatal y de la exclusividad en la administración de la justicia por parte del Estado, ha permitido que nuestra región evolucione favorablemente a la consideración del arbitraje como una herramienta socio-jurídico-política útil, buscando la mejor forma de resolver los conflictos privados.

En la actualidad, felizmente, se ha establecido un provechoso *quid pro quo* entre autoridades judiciales y arbitrales, intentando la primera en apoyar, complementar y permitir, la libre actuación de la segunda.

Uno de los problemas que se presenta cuando accedemos a este tema lo constituye la proliferación de convenciones, tratados, protocolos internacionales respecto del arbitraje, lo cual genera dudas sobre cuál es el instrumento internacional que deberá ser tomado en consideración. Pasemos una ligera revista de estos instrumentos: existen, por un lado, convenciones internacionales con un objetivo de cubrir la totalidad del arbitraje (o gran parte del mismo) y aquí podemos ubicar a la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrita en Nueva York el 10 de junio de 1958, la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional, suscrita en Panamá

el 30 de enero de 1975, y el Acuerdo de Arbitraje comercial internacional del MERCOSUR, suscrito en Buenos Aires el 23 de junio de 1998; y por el otro, a instrumentos internacionales más específicos, que se centran exclusivamente en el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, como: los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940; y la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979. En cuanto a objeto de análisis, este último grupo de instrumentos debe ser desechado por cuanto no hace al tema que se debate en este momento.

Partiendo de la base de que en nuestro ordenamiento jurídico las convenciones internacionales prevalecen sobre las legislaciones estatales (art. 1 de la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979), desde ya parece claro que resulta imposible aplicar todos los instrumentos, sino que debe existir una depuración a fin de determinar cuál de ellos es de aplicación específica. Para ello, las propias Convenciones han establecido las denominadas “cláusulas de compatibilidad”.

En el caso litigioso se citó abundantemente a la Convención de Nueva York, a la Convención de Panamá y a la Ley Modelo de la CNUDMI, por lo que corresponde su análisis para determinar si su aplicación es correcta o si debió recorrerse otro camino.

1. La Convención de Nueva York

Es indiscutible la importancia que ha tenido la Convención de Nueva York en el desarrollo y evolución del arbitraje internacional. El sueño del redactor del anteproyecto, el profesor holandés Peter Sanders, se ha cumplido con creces al obtener en la actualidad, más de una centena y media de ratificaciones en un mundo de 193 Estados. Al desplazar los Protocolos de Ginebra de 1923 y de 1927 (art. VII.2) se ha abierto la puerta a un arbitraje decididamente moderno y en consonancia con las necesidades del tráfico internacional. Esta convención, inicialmente proyectada para facilitar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales (devenidos luego, en “extranjeros”), durante las discusiones en la ONU se incorporaron disposiciones sobre el acuerdo de arbitraje, quedando su título desajustado al no cubrir esta nueva temática.

La característica principal de esta convención es la de ser una convención abierta, o sea, que es de aplicación provenga el laudo arbitraje de un Estado Parte o no Parte. Es cierto que tiene dos reservas para facilitar su ratificación (la consagración de la reciprocidad, y la aplicación a la comercialidad), pero Uruguay no recurrió a ninguna de las dos, por lo que la Convención ha mantenido para nuestro país, su calidad originaria.

Ahora, si bien la Convención de Nueva York desplaza siempre a la legislación interna sobre el arbitraje dada su condición de “abierta”, ¿desplazará siempre en su aplicación, a toda otra norma supranacional? Para responder a esta interrogante debemos acudir, por un lado, al art. VII.1, que establece un criterio de *favor negotii* al considerar que:

las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los Tratados del país donde dicha sentencia se invoca.

O sea que su aplicación puede ceder ante otros instrumentos internacionales más favorables al arbitraje. Más clara, para nuestro tema, parece ser la Recomendación de 7 de julio de 2006, realizada por la CNUDMI, en cuanto a proponer a los Estados ratificantes una interpretación progresiva del art. II.2. respecto a lo que debe entenderse por “escrito”.

Allí se “recomienda que el párrafo 1) del art. VII de la Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique de forma que permita a toda parte interesada, acogerse a los derechos que puedan corresponderle en virtud de las leyes o Tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje”.

2. La Convención de Panamá

La Convención de Panamá es posterior a la de Nueva York y al no contener reglas de compatibilidad, corresponde acudir a la Convención

de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, para resolver los conflictos de Convenciones, que consagra dos principios aplicables al caso: el Tratado posterior prevalece sobre el anterior y el Tratado específico prevalece sobre el general.

Pero, ni la Convención de Nueva York, ni la de Panamá, resuelven los temas en debate: la autonomía del acuerdo de arbitraje respecto del contrato principal, la competencia de los árbitros para resolver sobre su propia competencia, la ley aplicable al fondo del litigio, dándole preferencia a la parte procesal.

Sin embargo, podría argumentarse que la Convención regional tiene una vía de escape, al consignar en el art. 3, que

a falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial

que sí atiende a estas cuestiones. Quedémonos, por el momento, con esta afirmación.

3. El Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR

Este Acuerdo cubre todas las cuestiones relacionadas con los temas en debate en el litigio comentado de un modo directo y expreso. El referido Acuerdo se encontraba en vigor al momento de formalizarse el litigio ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 15° Turno. Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay, lo habían ratificado entre los años 2000 y 2008, por Ley N° 25.223, Decreto legislativo N° 483, Ley N° 17.751 y Ley N° 3447 respectivamente.

No había ningún inconveniente, ni formal, ni sustantivo, para la aplicación de este Acuerdo y, sin embargo, no fue mencionado ni por las partes, ni por sus abogados patrocinantes, ni por la firma consultora internacional local, ni por los propios tribunales de primera y de segunda instancia. Es común que instrumentos internacionales sean literalmente no conocidos por los sujetos involucrados, los operadores jurídicos y, lo que es más grave, por los tribunales estatales, en tanto les rige el principio *iura novit curia*. Esta precisión cabe hacerla si nos hallamos conmemorando los 30 años de vigencia del MERCOSUR. Y lo más sorprendente es que

dicho Acuerdo contiene todas y cada una de las respuestas a las objeciones vertidas por el socio-actor a la validez del acuerdo arbitral, en forma clara, moderna y precisa.

Por otro lado, cabe citar el importante art. 23, que más que una norma de compatibilidad establece una regla de jerarquía entre diferentes instrumentos internacionales. Este artículo establece que el Acuerdo de Arbitraje mercosureño mantiene su primacía y que “en lo pertinente”, para la ejecución del laudo o sentencia arbitral, serán aplicables la Convención de Panamá, el Protocolo de Las Leñas, y la Convención de Montevideo de 1979, *excluyendo de las menciones a la Convención de Nueva York*.

4. Algunas referencias adicionales. El soft law

En lugar de aplicar el Acuerdo del MERCOSUR, los involucrados en el proceso han preferido referirse a la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, redactada por la CNUMDI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), y puesta a circulación el 21 de junio de 1985, con una nueva versión en el año 2006.

En realidad, no hay tal “ley modelo”, en cuanto este instrumento desde ningún punto de vista es una ley; el sustantivo habría que centrarlo en el vocablo “modelo” y no el de “ley”, por tanto, lo correcto sería hablar de “modelo de ley” y no de una ley modelo.

Este “modelo de ley” carece absolutamente de coactividad, es un *soft law* puro, una propuesta, un ofrecimiento, una invitación que realiza un organismo internacional como la CNUMDI, para que, aquellos Estados que deseen actualizar su legislación arbitral, o aquellos otros que tienen un vacío legislativo sobre el tema, se acerquen a este modelo, lo tomen en cuenta, con la finalidad de obtener una cierta homogeneidad de regulación en todas partes del mundo. Que así la persona, física o jurídica, litigue en Hong-Kong, París, Nueva York, Sao Paulo o Buenos Aires, perciba que las reglas del arbitraje son semejantes en todos esos lugares. La intención evidente es la de crear una *lex arbitri communis*, con indudables ventajas para los litigantes.

Conviene acotar que no es necesario respetar el modelo en todas sus partes, sino que permite algunas modificaciones para adaptarlo a las exigencias locales, pero siempre respetando su espíritu. Además, cabe

decir, que su naturaleza es muy diferente de la denominada “ley uniforme” que, contenida en una convención, al ratificarse esta última, obliga al Estado a incorporarla sin modificaciones a su ordenamiento jurídico.

Uruguay carecía al momento de ventilarse la controversia, de una normativa legal sobre el arbitraje comercial internacional. Pero, de todos modos, no parecía adecuado invocar la Ley Modelo en cuanto no es un Derecho objetivo, y la doctrina y la jurisprudencia no constituyen fuentes de Derecho en nuestro ordenamiento jurídico. Dicho en otros términos: su valor era escaso y su invocación era querer legitimar ciertos principios que “ya estaban en el aire”, pero que, en modo alguno, habían obtenido una consagración legal. Este “modelo” de convirtió en “ley” para Uruguay, recientemente, con la vigencia de la Ley N°. 19.636 de 26 de julio de 2018, donde se da una respuesta de Derecho positivo a todas las cuestiones planteadas. Pero, evidentemente, no era de aplicación al caso.

5. El aporte a la homogeneidad internacional del arbitraje proporcionado por los reglamentos de las instituciones permanentes de arbitraje

Luego de la aprobación de la Convención neoyorquina, se produjo una proliferación de instituciones permanentes de arbitraje, las cuales contaban con un reglamento de arbitraje, con una sede, con personal administrativo para colaborar en el desarrollo del arbitraje, etc. Su actuación ha sido importante en todo momento, pues los reglamentos no solo tienen un valor pedagógico en sí, sino que también las instituciones permanentes de arbitraje se dedicaron a publicitar y a enseñar el arbitraje a un público que cada vez miraba con más simpatía, este medio alternativo de solución de los conflictos entre particulares.

Parece imprescindible señalar que, a partir del año 1958, fecha en la que se aprueba la Convención de Nueva York, todas las convenciones internacionales posteriores, las legislaciones nacionales, las normas propuestas por el Derecho dúctil o *soft law*, y los reglamentos de las instituciones permanentes de arbitraje, han tenido por objetivo el de complementar, desarrollar las normas que surgen de la convención de las Naciones Unidas y, colmar todos los aspectos no cubiertos por la misma. De esta manera se ha construido un verdadero mosaico andaluz, donde con el paso del tiempo la colocación de cada azulejo ha permitido ir

visualizando un diseño arbitral de una gran belleza, profundidad y acierto. Se trata de una verdadera proeza jurídica. Esa consonancia de miras y objetivos proveniente de todos los autores concernidos, no es fácil ver en otra institución de Derecho privado.

II. Los problemas que debe resolver el caso

Las objeciones formuladas por el socio-actor son las siguientes:

- 1) La no interposición de la excepción de arbitraje en la etapa conciliatoria
- 2) la validez formal del acuerdo de arbitraje,
- 3) una inadecuada designación de los árbitros,
- 4) la falta de una designación una sede arbitral, y
- 5) la falta de designación de una ley aplicable.

Cabe decir, que los estatutos de la sociedad que integra, contienen las cláusulas 123 y 124 que reproducimos a continuación:

Cláusula 123. Cualquier discrepancia que tenga lugar entre la sociedad, por una parte, y cualquiera de sus socios o sus albaceas, administradores o causahabientes, por la otra parte, que haga alusión a la verdadera razón e interpretación de la incidencia o consecuencias de estos estatutos o de la ley, que haga alusión a cualquier cosa hecha o realizada, omitida o soportada de acuerdo con la ley, o que haga alusión a cualquier infracción o supuesta infracción, o que de otro modo se relacione con el objeto del presente o con estos estatutos, o a cualquier legislación o ley que afecte a la sociedad o a cualquiera de los asuntos de la sociedad, tal discrepancia, salvo que las partes convengan en remitir la misma a un solo árbitro, se remitirá a dos árbitros, escogidos uno por una de las partes en la discrepancia y los árbitros antes de hacerse cargo, nombrarán un dirimente.

Cláusula 124. Si cualquier de las partes en su ponencia incumpliera en el nombramiento de un árbitro, ya sea originalmente o por sustitución (en caso de que un árbitro falleciera, resultara incapaz para actuar o se negara a actuar) por 10 días posterior al aviso que haya recibido de la otra parte correspondiente, podrá nombrar un árbitro para que actúe en el lugar del árbitro de la parte en mora.

Quien siga de cerca los litigios que habilitan la vía arbitral, podrá comprobar que el ataque a la validez del acuerdo de arbitraje es uno de las estrategias más frecuentes cuando, planteado un litigio o controversia imposible de resolver amigablemente, se acude a la vía judicial. Y esta actitud, aunque deleznable, no deja de comprenderse, porque el acuerdo, convenio o pacto arbitral es la base del arbitraje; sin acuerdo, el arbitraje no existe (salvo el arbitraje necesario establecido legalmente, cada vez menos frecuente). Por tanto, atacando al acuerdo arbitral se desiste de la vía arbitral y podrá iniciarse y convalidarse el funcionamiento de la justicia estatal. Pero ¿es tan fácil ser exitoso en la realización de esta maniobra? Veamos lo que disponen los instrumentos internacionales, los invocados y los que debieron aplicarse.

1. La validez formal del acuerdo de arbitraje

En este sector podemos reunir todos aquellos aspectos que pueden incidir sobre el pacto arbitral, preferentemente su forma y su autonomía.

Ya desde el año 1958 se ha establecido la necesidad de un acuerdo de arbitraje escrito como requisito formal mínimo. Y más allá de si es un requisito de solemnidad o de prueba, su pertinencia se impone por un sencillo motivo práctico: los árbitros no podrán determinar el contenido del litigio si no consultan permanentemente a las partes involucradas (que debemos recordar que están en conflicto y que, a pesar de ello, deberán actuar en todo momento en sintonía), también deberán averiguar constantemente sobre sus facultades y sobre un sinnúmero de aspectos procesales y de fondo. Es posible incluso, que aun cuando ambas hayan coincidido, luego se retracten. Si bien estos argumentos son ya suficientes para rechazar un acuerdo oral, igualmente de importante es el hecho de que si se pretende ejecutar o reconocer un laudo arbitral en el extranjero es indispensable exhibir el acuerdo de arbitraje como fundamento de una decisión arbitral y ello no podría hacerse si no existe una constancia escrita.

El mencionado convenio arbitral no necesariamente debe ir firmado. Ya desde el año 1958, se ha consignado de forma no taxativa, que el mismo debe constar en el mismo contrato base, o en un intercambio de cartas o telegramas. En esa época, evidentemente, la transmisión de la oferta y de la aceptación de ir al arbitraje se realizaba fundamentalmente

por cartas que correspondía que fueran firmadas. Luego, los desarrollos tecnológicos, han modificado profundamente los medios de comunicación entre particulares, y las cartas han perdido su lugar de preferencia, acudiéndose a la vía informática, con o sin encriptación o firma electrónica. El Acuerdo del MERCOSUR ha recogido los últimos adelantos, al referirse a “telex, correo electrónico o medio equivalente” dejando así, la puerta abierta a nuevas formas de comunicación. Es importante el numeral 5 del art. 6, que contiene una solución favorable al arbitraje, al determinar que “si no se hubiere cumplido los requisitos de validez formal exigidos por el Derecho del lugar de celebración, la convención arbitral se considerará válida si cumpliera con los requisitos formales del Derecho de alguno de los Estados con el cual el contrato tiene contactos objetivos, de acuerdo a lo establecido en el art. 3.b)”.

Lo explicitado anteriormente tiene su aplicación en el caso de marras, por cuanto da respuesta a las diversas objeciones realizadas por el socio-actor. La primera, es que él no había firmado el convenio arbitral, argumento que debe desecharse por la claridad del art. 6 del Acuerdo. La segunda, que haya sido socio fundador o socio accionista con posterioridad a la constitución de la sociedad comercial, el ingreso a la misma en calidad de socio implica aceptar ineludiblemente su estatuto que contenía el pacto arbitral. La tercera, que no resulta admisible que no hubiere leído las estipulaciones estatutarias antes de ingresar a la sociedad.

Si bien pensamos que no tiene incidencia en el caso litigioso, conviene destacar que, por primera vez, un instrumento internacional de aplicación regional como el Acuerdo del MERCOSUR, reconoce la autonomía de la convención arbitral, al establecer que “la convención arbitral es autónoma respecto del contrato base. La inexistencia o invalidez de éste no implica la nulidad de la convención arbitral”.

Una última acotación: el socio-actor había descalificado la posibilidad de interponer el acuerdo arbitral contenido en el estatuto social basándose en que el término “discrepancia” utilizado no estaría cubriendo el reclamo que él presenta. Sin embargo, los tribunales consideraron que el vocablo “discrepancia” es general y su alcance no puede ser otro que comprender las pretensiones contenidas en la demanda, en tanto se halla vinculada a “interpretación, infracción o presunta infracción de los estatutos o de la ley” por lo que rechazó, correctamente, la objeción interpuesta.

2. La excepción de arbitraje, su alcance y su oportunidad temporal

Antes de ingresar al examen de las objeciones formuladas parece pertinente examinar la naturaleza de la oposición de la otra parte a acudir a un juicio estatal cuando se ha pactado la vía arbitral. Si una de las partes que ha celebrado un acuerdo arbitral, acude una vez surgido un litigio concreto a un tribunal judicial en lugar de iniciar el procedimiento alternativo, lo lógico es que la contraparte responda presentando una “excepción de arbitraje”, indicándole al juez que no está dispuesta a seguir los procedimientos, por cuanto no es la vía idónea para resolver el o los conflictos planteados.

La Convención de Nueva York y el Acuerdo del MERCOSUR tratan de manera diferente esta importante cuestión. En tanto la Convención consigna en el art. II.3 que “el tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz e inaplicable”. De este modo, puede decirse que un litigio presentado ante un juez estatal (naturalmente despojado por el acuerdo de partes de la competencia para resolver el conflicto), no se traslada automáticamente a la sede arbitral para su resolución, sino que pueden suceder una de dos cosas:

- i) o la contraparte no opone la excepción de arbitraje, con lo que el acuerdo arbitral queda tácitamente renunciado y, por tanto, el juez estatal seguirá con los procedimientos como si nunca hubo acuerdo arbitral;
- ii) o la contraparte opone la excepción y el juez tiene facultades para rechazar la excepción y asumir competencia para resolver el conflicto, si comprueba que el acuerdo es “nulo, ineficaz o inaplicable”. Con la finalidad de evitar chicanas procesales, existe opinión compartida que el vicio que afecte al acuerdo debe ser grueso, importante.

El Acuerdo del MERCOSUR cambia ostensiblemente esta visión y prescinde del control judicial, al afirmar en el art. 8 que: “las cuestiones relativas a la existencia y validez de la convención arbitral serán resueltas por el tribunal arbitral, de oficio o a solicitud de partes”. Por tanto, ni siquiera permite la evaluación del convenio por los jueces estatales, sino que estas facultades se las confiere exclusivamente a los propios árbitros.

O sea que, planteada la *litis* ante un juez estatal e interpuesta la excepción de arbitraje, el juez *sin más*, remitirá a las partes al arbitraje, ordenará acudir a la vía arbitral, aun cuando la contraparte no se lo haya pedido.

Tanto en uno como en otro caso (cuando el juez estatal considera que el acuerdo arbitral no tiene vicios, o los que pueda adolecer son irrelevantes según la Convención; o cuando se prescinde de la intervención judicial como en el acuerdo), ello no quiere decir que el juez estatal queda inhibido de realizar cualquier tipo de control. Simplemente, los ha postergado para dos etapas posteriores: al momento de interponerse el recurso de nulidad del laudo y al momento de solicitarse el exequátur de un laudo arbitral extranjero. Por tanto, de acuerdo a ambas normativas, no nos encontramos ante una justicia arbitral completamente desprendida de los controles estatales, sino que su intervención se concentra en etapas o estadios precisos, aunque debemos reconocer, con facultades bastante recortadas y generalmente con una enumeración taxativa, todo ello, en beneficio de la institución arbitral.

En síntesis, lo expresado significa que, en el caso bajo análisis, interpuesta la excepción de arbitraje, como se hizo, de conformidad con el Acuerdo, al tribunal no le quedaba otra opción que ordenar el envío del litigio al arbitraje sin otra consideración que la de observar que realmente existía un acuerdo arbitral; y dejar al tribunal arbitral para que resuelva sobre “la existencia y validez de la convención arbitral”, tal como lo establece el art. 8. Quizás de este modo, podría haberse ahorrado incluso, una segunda instancia.

En el expediente el socio-actor sostuvo que la contraparte perdió la oportunidad de exigir el arbitraje al no oponer la excepción al momento de la conciliación (obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico) por lo que no sería de recibo la excepción y habría que desestimarla. Los tribunales estatales, con justa razón, han rechazado este argumento, en cuanto a que en la etapa conciliatoria aún no hay arbitraje, solo una tentativa de lograr un acuerdo que haga innecesaria la vía arbitral (conciliación que tiene la misma finalidad en la vía judicial).

La mediación y la conciliación son medios alternativos a la justicia estatal y perfectamente diferenciados, tanto del arbitraje como de la justicia estatal y, si bien puede haber una cierta complementariedad, no se confunden. Por tanto, la excepción de arbitraje corresponde oponerla cuando fracasada la conciliación (que evitaría un desarrollo

institucionalizado del conflicto) se acude efectivamente ante un juez estatal *para que resuelva sobre el fondo del asunto*, desconociendo la existencia y validez del acuerdo de arbitraje. Compartimos, por ende, la postura de los tribunales estatales que rechazaron esta objeción.

3. Defectos en la designación de árbitros

La forma de designación del o de los árbitros, así como el alcance de sus facultades, puede ser objeto de impugnación cuando no se cumple con el principio general consagrado en el art. 4.1 del Acuerdo, que dice así:

la convención arbitral dará un tratamiento equitativo y no abusivo a los contratantes, en especial en los contratos de adhesión y será pactada de buena fe.

Hemos expresado al comienzo, que la cláusula 123 del estatuto societario establece que “(...) salvo que las partes convengan en remitir la misma a un solo árbitro, se remitirá a dos árbitros, escogidos cada uno por una de las partes involucradas en la discrepancia, y los árbitros antes de hacerse cargo, nombrarán un dirimente”. Y la cláusula 124 prosigue la idea de la siguiente manera: “si cualquiera de las partes (...) incumpliera en el nombramiento de un árbitro (...) por 10 días posterior al aviso que haya recibido de la otra parte correspondiente, podrá nombrar un árbitro para que actúe en el lugar del árbitro de la parte en mora”.

El socio-actor se ha visto agraviado por esta redacción, por lo que corresponde realizar una evaluación de la misma. Podemos decir al respecto, que el arbitraje puede ser desarrollado por un árbitro único o tener una composición plural. El primer caso es completamente lícito, aun cuando cabe reconocer que es poco corriente, debido a que se requiere una extrema confianza de las dos partes en la imparcialidad e independencia de ese único árbitro. Lo normal es designar un tribunal plural, generalmente de tres árbitros, uno designado por cada parte y el tercero por los dos árbitros así designados. Un tribunal compuesto de una mayor cantidad de árbitros es posible, pero debemos recordar que el arbitraje es financiado por las partes y un número que sobrepase los tres, lo encarecería en demasía.

¿La forma de designación del tribunal arbitral merece objeciones? En modo alguno. Es totalmente cierto que la designación de un tribunal

arbitral no puede quedar en manos exclusivas de una de las partes pues ello iría contra la equidad y la buena fe. Pero en el presente caso, si bien una de las partes puede designar el árbitro que le correspondía a la contraparte, ello no se da en forma automática, sino luego de un plazo concedido a la contraparte para que corrija su omisión, haciéndose responsable por el perjuicio que ella misma se irrogue por su falta. Con ello quedan vigentes y no resultan desmerecidos los principios de equidad y buena fe, en tanto dentro del plazo fijado, la contraparte puede regularizar su situación y proceder a la designación que se le reclama. La solución pactada, va en beneficio del arbitraje para evitar que, mediante del recurso a chicanas procesales, pueda trancarse su desarrollo. Nuevamente coincidimos con los fallos judiciales.

4. La falta de designación de una sede

El arbitraje carece de un foro con las características propias de un foro judicial estatal. El hecho de ser una institución con un fundamento contractual, le da la posibilidad de actuar con una mayor libertad. De todos modos, el arbitraje necesita de una sede por dos motivos fundamentales: será allí donde se presenten los alegatos de cada parte, y sería allí donde se interponga el recurso de nulidad del laudo arbitral. Por lo demás, el tribunal arbitral goza de una amplia libertad para realizar actuaciones y reuniones fuera de dicha sede. Una evolución similar, aunque más tímida, se puede apreciar en la justicia estatal al poder solicitar la cooperación de autoridades judiciales extranjeras y la posibilidad de que el juez rogante se halle presente en la práctica de dichas actuaciones.

La sede puede ser fijada por las partes en el propio acuerdo arbitral, pero de no hacerlo, ello no será obstáculo para el desarrollo del arbitraje, ya que puede ser acordada por los árbitros. El Acuerdo mercosuriano consigna en el art. 13.1, la posibilidad de que las partes establezcan la sede arbitral, y que en caso de no hacerlo “el tribunal determinará el lugar del arbitraje (...) atendiendo las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes”. Los tribunales judiciales de primera y segunda instancia del caso examinado han coincidido en reconocer esta libertad, decisiones con las que coincidimos.

5. La falta de designación de la ley aplicable y de la jurisdicción competente

El último agravio destacable es, según manifiesta el socio-actor que, en el acuerdo arbitral contenido en el estatuto social, no existen selección de jurisdicción competente, ni de ley aplicable. El primer punto fue rechazado puesto que, como lo destaca el tribunal “la jurisdicción es el arbitraje y no puede contener un fuero oficial porque dejaría de ser arbitraje”, y en cuanto a lo segundo, si las partes no han seleccionado la ley aplicable, ello será decidido por el propio tribunal arbitral, como acontece normalmente.

Rige también en este caso, el principio de la autonomía de la voluntad, por cuanto, de acuerdo al art. 10 del Acuerdo del MERCOSUR, las partes podrán elegir el Derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al Derecho internacional privado y sus principios, así como al Derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieran en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes.

Los tribunales de primera y segunda instancia han coincidido con este enfoque, por lo que coincidimos con sus decisiones.

III. Una última alineación de los planetas luego de cerrado el litigio

En estas reflexiones finales volvemos a referirnos a la decisión, consciente y meditada, seguida durante décadas por todos los operadores del comercio internacional, de conformar un *puzzle* normativo de alcance mundial, donde la pieza maestra estuviera constituida por la Convención onusina.

Al respecto podemos decir –simplemente como un informe complementario para el lector- que en el año 2018, mediante la aprobación de la Ley N° 19.636 de 26 de julio, Uruguay comenzó a contar con las herramientas de Derecho positivo a nivel nacional y a prescindir de todos los argumentos de doctrina que se habían manejado hasta ese momento. A partir de julio de 2018, será el mencionado texto positivo sobre el cual debemos basarnos para el caso en que no exista tratado o este se mostrare insuficiente, conteniendo nuevas posturas que durante décadas estaba reclamando el comercio internacional. Se agrega pues, un nuevo planeta

al alineamiento ya existente en el universo llamado arbitraje. Por medio de esa ley, Uruguay ha decidido renovar sus fuentes en materia arbitral y alinearse a las soluciones más modernas en la materia.

IV. Conclusiones

¿Qué queda en limpio de todo lo expuesto que corresponda ser contemplado en el litigio?

En primer lugar, la Convención de Nueva York da como única regla aplicable al caso el art. II, que contiene la formalidad del acuerdo de arbitraje, ningún otro de los criterios utilizados (autonomía del acuerdo, competencia de la competencia, facultad para decidir sobre el Derecho de fondo y la sede del arbitraje para el caso de que las partes nada hubieren previsto o le hubiere delegado esas facultades a los árbitros) ha sido tomado en consideración por la Convención, por dos motivos:

- primero, su objetivo inicial fue el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, que fue modificado a último momento para incluir el pacto arbitral; y
- segundo, en los años 50 era muy difícil suponer mayor radio de acción del arbitraje, en tanto los Estados miembros de la ONU suponían, de todos modos, que el Derecho estatal tenía una última palabra a decir sobre el arbitraje. Solo bastante tiempo después la política del organismo internacional adoptó una postura favorable a una interpretación progresiva de los términos del Tratado y, en definitiva, una actitud más liberal;
- por último, y de acuerdo al art. XII la Convención, permite ser desplazada por otra más favorable. Por tanto, su aplicación al caso es muy limitada: exclusivamente a la consignación del escrito de la convención arbitral. Habrá que buscar otro tratado que cubre todas las interrogantes planteadas y, quizás, desplazar totalmente su aplicación.

En segundo lugar, la Convención de Panamá aparenta ser más adecuada para ser tomada en cuenta, debido a la materia que es objeto: la comercial. Pero tampoco regula directamente ninguno de los criterios hoy impuestos y señalados en el párrafo anterior. Podría consignarse en apoyo de su aplicación, el hecho de que el art. 3 prevé una vía de escape, al establecer que lo no regulado en “el arbitraje” se hará de conformidad con el Reglamento de Procedimientos de la CIAC, que menciona algunos

de los principios hoy impuestos por el Derecho positivo (no de todos, por su propia condición de Reglamento privado). Una parte de la doctrina uruguaya considera que la remisión tiene un carácter restrictivo a aspectos puramente procesales, salvo que haya cambiado a último momento. Sin perjuicio de lo dicho, también esta Convención es susceptible de ser desplazada por otra posterior en el tiempo.

En tercer lugar, aludir a la Ley Modelo de la CNUDMI, de conformidad con lo explicado, no parece adecuado. La Ley Modelo no es Derecho objetivo, no hay ningún instrumento internacional conectado al caso que se remita a ella y, por tanto, no es fuente de obligaciones que puedan permitir el dictado de una sentencia.

En fin, en cuarto lugar, así como todos los caminos conducen a Roma, el análisis del Derecho comparado vinculado con el caso nos lleva indefectiblemente al Acuerdo de Arbitraje Comercial del MERCOSUR: especial por la materia, posterior en el tiempo, y con un criterio jerárquico que enuncia que las Convenciones que señala en el art. 23 serán de aplicación “en lo pertinente”, excluyéndose de la enumeración a la Convención neoyorquina.

Los desarrollos precedentes tienen su importancia, por cuanto a pesar de haberse decidido sobre un fundamento jurídico equivocado, el fallo no puede ser atacado. Y no puede serlo porque sería un intento fútil, totalmente superfluo por parte del socio-actor, por cuanto de cualquier manera, aun aplicando el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial del MERCOSUR, se habría llegado a las mismas soluciones que las consagradas en las dos instancias judiciales.

Y ello se debe a la afortunada armonía normativa lograda a lo largo de 60 años contados desde la aprobación de la Convención de Nueva York y a lo largo de 20 años contados desde la aprobación del Acuerdo del MERCOSUR, lo que ha permitido llegar a soluciones semejantes aun basándose en documentos distintos.

Pero, no debe justificarse la homogeneidad de las soluciones posibles -una hazaña, que solo ha ocurrido en el campo del arbitraje- con una errónea aplicación de una Convención internacional de alcance mundial como la de Nueva York, y una de alcance regional como la de Panamá, además de una plétora de opiniones de doctrina que “estaban en el ambiente” pero que no eran Derecho.

Aparte de que los jueces estatales deben mantenerse fieles al principio *iura novit curia*, de haberse aplicado el Acuerdo, el trámite hubiera sido mucho más expeditivo y quizás hubiera desalentado al reclamante a iniciar acción alguna.

JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA ENTENDER EN EL RECURSO DE NULIDAD CONTRA UN LAUDO ARBITRAL Y CAUSALES DE NULIDAD

**Tribunal de Apelaciones Civil 2° de Uruguay, “AES
Uruguiana Emprendimientos SA y otro c/ YPF SA
y otro s/nulidad de laudo arbitral”, 20/08/14**

*Cecilia Fresnedo de Aguirre**

Sumario: I. Breve aproximación al tema; II. Los hechos del caso: 1. Los tribunales actuantes, 2. El asunto de fondo, 3. Procedimiento Arbitral: A) Arbitraje CCI con Sede en Montevideo, B) Laudo dictado el 8 de mayo de 2013, C) Recurso de nulidad interpuesto por YPF ante el Tribunal Arbitral y solicitud de elevación a la Cámara Nacional de Apelaciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, D) Laudo dictado el 29 de julio de 2013 decretando suspensión del procedimiento, E) Recurso de nulidad interpuesto ante el Tribunal de Apelaciones 2° de Uruguay por AESU y otro; IV. La decisión judicial: 1. El TAC 2° hace lugar al recurso de nulidad, 2. Es el Tribunal uruguayo, y no el argentino, el internacionalmente competente para entender en el recurso de nulidad: A) Sentencia arbitral extranjera, B) El rol de la justicia estatal respecto del arbitraje, C) Diferencias entre las soluciones de las varias fuentes normativas en cuanto a la jurisdicción competente respecto del recurso de nulidad, D) El laudo es susceptible del recurso de nulidad: la instancia no ha quedado vacía de contenido, E) Causales de nulidad; V. Análisis del caso: 1. Identificación y aplicación de la fuente de DIPr que corresponde: A) Obligación de aplicar los Tratados, B) El Tribunal

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República, Uruguay. Profesora titular (catedrática) de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho (UdelaR), en la Universidad Católica del Uruguay (1994-2016), en la Academia de Derecho Internacional de La Haya (2015) e invitada en diversas universidades extranjeras. Integrante de la Delegación uruguaya en diversos foros internacionales de codificación del DIPr. Directora del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado.

de Apelaciones uruguayo identificó y aplicó la fuente convencional correcta, 2. Competencia judicial internacional con relación al recurso de nulidad: A) Jurisdicción exclusiva de la jurisdicción uruguaya, B) Cláusula de compatibilidad del cuerdo del MERCOSUR, 3. Causales de nulidad del laudo, 4. Nulidad de la parte final de la cláusula arbitral: A) Contraviene el art. 22.1 del Acuerdo del MERCOSUR, B) Inaplicabilidad del art. V.1.e) de la Convención de Nueva York, C) Limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes, A) Concepto y alcance de la jurisdicción exclusiva, E) Jurisdicción exclusiva establecida en una Convención internacional multilateral, F) Jurisprudencia uruguaya; VI. Conclusiones.

I. Breve aproximación al tema

La sentencia resuelve un recurso de nulidad interpuesto el 7 de agosto de 2013 por AES Uruguiana Empreidmientos SA y Companhia de Gas do Estado Do Rio Grande do Sul contra lo resuelto en la letra B del numeral 61 del laudo arbitral del 29 de julio de 2013.

En el fallo se analizan fundamentalmente la internacionalidad del caso, la identificación de la fuente normativa aplicable y su interacción con respecto a las demás fuentes existentes en la materia, la jurisdicción internacionalmente competente para entender en el recurso de nulidad presentado, y las causales de nulidad invocadas.

II. Marco normativo

La fuente normativa aplicable es el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, y es la que aplica el TAC 2°.

A lo largo del fallo se hace referencia a otras fuentes normativas y se analiza en qué medida pueden ser consideradas: el Derecho uruguayo en materia de arbitraje, incluyendo los principios fundamentales del debido proceso, por ser Uruguay la sede del arbitraje; la Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 10 de junio de 1958; la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 30 de enero de 1975 y la Convención de Ginebra de 1927.

En suma: el Tribunal de Apelaciones identificó y aplicó

correctamente la fuente normativa que debía aplicar para resolver el recurso de nulidad que se le planteara.

III. Los hechos del caso

1. Los tribunales actuantes

La sentencia que se comenta fue dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno de Uruguay (Tabaré Sosa Aguirre, John Pérez Brignani (redactor) y Álvaro França Nebot) el 20 de agosto de 2014. Resuelve el recurso de nulidad deducido el 7 de agosto de 2013 por AES Uruguaiana Empreendimientos SA y Companhia de Gas do Estado Do Rio Grande do Sul contra lo resuelto en la letra B del numeral 61 del laudo arbitral del 29 de julio de 2013. El Tribunal Arbitral estuvo conformado por los Profs. Gabrielle Kaufmann Kohler, Roque J. Caivano y Alejandro M. Garro.

2. El asunto de fondo

El asunto de fondo planteado en el arbitraje refería a un contrato internacional entre YPF SA y Transportadora de Gas del MERCOSUR SA, por un lado, y AES Uruguaiana Empreendimientos SA y Companhia de Gas do Estado Do Rio Grande do Sul, por el otro.

El contrato incluía una cláusula arbitral (20.2) que en su parte final establecía: “La ejecución de cualquier laudo que no fuera cumplido, podrá demandarse ante cualquier tribunal que tenga jurisdicción sobre la/s PARTES y/o los PARTICIPANTE/S que conforme al laudo deba/n efectuar pagos o ejecutar acciones o que tenga jurisdicción sobre los activos de tal/es PARTES y/o PARTICIPANTES; disponiéndose, sin embargo, que cualquier Apelación Especial deberá ser presentada exclusivamente ante los tribunales y de conformidad con las leyes de la República Argentina (omissis)”.

3. Procedimiento arbitral

A) Arbitraje CCI con Sede en Montevideo

Tal como fuera pactado, se llevó a cabo un arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional, el que tuvo como sede Montevideo, Uruguay. Las partes habían pactado que dicho arbitraje se llevara a cabo en dos etapas: en la primera, se determinaría la existencia o no de incumplimientos contractuales y se establecerían las responsabilidades consecuentes. En la segunda, se fijaría la extensión patrimonial que cabe a la responsabilidad determinada en la etapa anterior.

B) Laudo dictado el 8 de mayo de 2013

El 8 de mayo, concluida la primera etapa del arbitraje, el Tribunal Arbitral dictó un laudo en el que concluyo básicamente, que el Contrato de Gas fue terminado conforme a Derecho por AESU en virtud del incumplimiento culpable de YPF. El laudo fue notificado a las partes el 24 de mayo de 2013.

C) Recurso de nulidad interpuesto por YPF ante el Tribunal Arbitral y solicitud de elevación a la Cámara Nacional de Apelaciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El 31 de mayo de 2013 YPF manifestó ante el Tribunal Arbitral que interponía recurso de nulidad contra el laudo solicitando al Tribunal Arbitral que: “limitándose a analizar el cumplimiento de los recaudos formales de tiempo y forma de interposición del presente recurso de nulidad, sin más lo conceda y orden su elevación a la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina a los efectos de que dicho tribunal resuelva el fondo del recurso aquí interpuesto”.

El 7 de junio de 2013 el Tribunal Arbitral informó a las partes del Arbitraje de la presentación de YPF, confirió traslado a las demás partes de la carta de YPF y las invito - incluyendo a YPF- a pronunciarse respecto del eventual impacto del derecho uruguayo -Sede del arbitraje- sobre la procedencia del recurso de nulidad presentado por YPF, y a exponer las razones que habilitan al Tribunal Arbitral a expedirse acerca de la procedencia del recurso de nulidad interpuesto por YPF. Sostuvo

el Tribunal Arbitral que su obligación era atender a lo prescrito por el derecho uruguayo en materia de arbitraje, incluyendo en particular los principios fundamentales en materia de debido proceso.

El 12 de junio de 2013 YPF volvió a dirigirse al Tribunal Arbitral solicitándole que revocara el trámite indicado el 7 de junio, argumentando que, si no se remitía el recurso a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ello significaría una ofensa a las garantías del debido proceso e igualdad de las partes. El Tribunal Arbitral confirmó el trámite ordenado mediante su nota del 7 de junio.

D) Laudo dictado el 29 de julio de 2013 decretando suspensión del procedimiento

El 29 de julio del 2013 el Tribunal Arbitral dictó el Laudo que establece, en la letra b) del numeral 61, lo siguiente: "...b) se suspende el procedimiento arbitral hasta el 30 de setiembre de 2013. Transcurrida esa fecha, las partes podrán dirigirse al Tribunal Arbitral para que reconsidere su decisión".

Ninguna de las partes había solicitado la referida suspensión, y el contrato de Gas sólo preveía la suspensión de la ejecución del laudo final.

E) Recurso de nulidad interpuesto ante el Tribunal de Apelaciones 2º de Uruguay por AESU y otro

AES Uruguiana Emprendimientos y Companhia de Gas Do estado Do Río Grande do Sul dedujeron recurso de nulidad contra la suspensión del procedimiento arbitral decretada en la letra B del numeral 61 del laudo arbitral de fecha 29 de julio de 2013 ante el TAC 2º de Uruguay, que dictó la sentencia que aquí comentamos.

IV. La decisión judicial

1. El TAC 2º hace lugar al recurso de nulidad

El TAC 2º decide, en la sentencia que comentamos, hacer lugar al recurso de nulidad deducido y en su mérito declarar la nulidad del literal

B del punto 61 del laudo arbitral de fecha 29 de julio de 2013.

El Tribunal funda su decisión en los siguientes argumentos:

2. Es el Tribunal uruguayo, y no el argentino, el internacionalmente competente para entender en el recurso de nulidad

A) Sentencia arbitral extranjera

El TAC 2º determina que es el Tribunal uruguayo, y no el argentino, el internacionalmente competente para entender en el recurso de nulidad planteado. Cita jurisprudencia y doctrina sobre este punto. Afirma que se trata de una sentencia arbitral extranjera ya que el procedimiento en el cual se dictó estuvo desprendido de toda ley nacional (se reguló por el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje); las partes tenían sus domicilios y lugar de negocios fuera de Uruguay; el caso involucraba un contrato celebrado y con lugar de ejecución en el extranjero y se regulaba por normas no nacionales; eventualmente el laudo arbitral que se dictara en dicho procedimiento se ejecutaría fuera de Uruguay (concretamente en la República Argentina); la institución actuante fue la Corte Internacional de Arbitraje; además de otros elementos coadyuvantes como la constitución del Tribunal Arbitral y la naturaleza de la controversia.

Señala que es al ordenamiento jurídico uruguayo al que corresponde calificar el laudo arbitral como tal, por ser el Estado donde se dictó la misma, siendo de aplicación las convenciones de las que el país forma parte. Refiere aquí sólo a la Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 10 de junio de 1958 y a la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 30 de enero de 1975.

B) El rol de la justicia estatal respecto del arbitraje

En cuanto al rol de la justicia estatal respecto del arbitraje, afirma el fallo que “los jueces estatales se erigen en autoridades de apoyo o control de segundo grado” y que “La autonomía del proceso arbitral no implica su intangibilidad respecto a las situaciones indispensables de fiscalización

jurisdiccional”. Agrega que el juez del país de origen del laudo arbitral tiene “...la facultad de intervenir en la acción de nulidad que se instaure” (con cita de Santos Belandro). Cita luego abundante doctrina, no siempre referida a la fuente normativa aplicable en este caso (Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR).

C) Diferencias entre las soluciones de las varias fuentes normativas en cuanto a la jurisdicción competente respecto del recurso de nulidad

a) La Convención de Nueva York: dos bases de jurisdicción

Señala el fallo la diferencia en las soluciones de la Convención de Nueva York, la Convención de Ginebra y el Acuerdo del MERCOSUR en cuanto a la jurisdicción competente respecto del recurso de nulidad: El art. V.1 de la Convención de Nueva York establece que “el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral extranjera serán denegados si queda probado que la sentencia (...) ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, la sentencia ha sido pronunciada. Se amplía de esta forma la competencia para anular una sentencia arbitral a los tribunales de dos países: aquellos del país en que se dicta la sentencia y aquellos del país conforme a cuyo Derecho se pronuncia”, expresa el TAC 2°.

b) El Acuerdo del MERCOSUR: competencia exclusiva de los tribunales de la Sede

El art. 22.1 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, normativa aplicable en el caso concreto, establece en cambio que “El laudo o sentencia arbitral sólo podrá impugnarse ante la autoridad judicial del Estado sede del tribunal arbitral mediante una petición de nulidad”.

Se expresa en el fallo “que las partes, dentro del ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden acordar que la resolución de todas las controversias o ciertas controversias que pudieran surgir entre ellas se someterían a Arbitraje, la ley que se aplicará y la Sede en que se realizaría el mismo, pero no pueden en virtud de la misma determinar la competencia de los Tribunales de otro Estado diferente a la Sede para entender en el recurso de nulidad, porque carecen de dicha facultad”.

Agrega el fallo, citando a la suscrita, que: “La competencia exclusiva supone una reserva que hace un Estado para sí de la jurisdicción determinada, se basa en consideraciones de orden público y funciona como una reserva análoga a éste, excluyendo toda otra jurisdicción en cualquier hipótesis. Cuando la jurisdicción exclusiva se haya establecido en una Convención Internacional multilateral como ocurre en el este caso, los tribunales de los estados partes deben respetar la calificación acordada y declinar competencia en favor del foro exclusivo. El derecho internacional privado uruguayo en especial el art. 2403 establece que las reglas de competencia legislativa y judicial son preceptivas no pudiendo ser modificadas por la voluntad de las partes. Ello se debe a que las competencias internacionales son fundamentalmente de orden público por que afectan en su faz legislativa o judicial la soberanía del país”.

D) El laudo es susceptible del recurso de nulidad: la instancia no ha quedado vacía de contenido

Una vez determinada la jurisdicción internacional preceptiva y excluyente del Tribunal uruguayo en el caso, el fallo establece que el laudo es susceptible del recurso de nulidad.

Establece a continuación que no obstante haber vencido, durante el curso del proceso, el término de suspensión y reanudado el procedimiento, la instancia no ha quedado vacía de contenido, “no sólo por cuanto la resolución impugnada no fue objeto de reforma por parte del Tribunal Arbitral, sino porque no surge de la orden procesal Nro. 9 que la reanudación sea definitiva”. Además, porque la resolución impugnada (letra b) del numeral 61 del laudo) “produjo efectos durante un periodo determinado”.

E) Causales de nulidad

A continuación, el fallo pasa a considerar si se dan o no los presupuestos necesarios para hacer lugar al recurso de nulidad deducido, y lo hace conforme a la normativa aplicable, que es el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, suscrito en la ciudad de Buenos Aires, República Argentina, el 23 de julio de 1998, aprobado en Uruguay por la Ley N° 17.834. Analiza entonces las causales y las consecuencias de las nulidades previstas en el art. 22.2 del Acuerdo.

a) La suspensión dispuesta por el Tribunal Arbitral se

pronuncia sobre puntos no comprometidos

El Tribunal de Apelaciones entiende que la suspensión dispuesta por el Tribunal Arbitral efectivamente se pronuncia sobre puntos no comprometidos, ya que la demanda de YPF no solicitó la suspensión del procedimiento arbitral, sino que se elevara el mismo ante la Cámara Nacional de Apelaciones de la República Argentina, siendo el propio Tribunal Arbitral que introduce la posibilidad de suspensión.

b) La decisión del Tribunal arbitral excede los términos de la convención arbitral

Asimismo, afirma el Tribunal de Apelaciones uruguayo “dicha suspensión implica una decisión que excede los términos de la convención arbitral, ya que se pronuncia indirectamente sobre la competencia de la Justicia Argentina para entender en el conocimiento del recurso de nulidad”.

En consecuencia, el Tribunal de Apelaciones concluye que “... dándose en la especie los supuestos de los literales f y g (del Art. 22.2 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR) corresponde declarar la nulidad parcial del literal B del punto 61 del laudo objeto de impugnación”.

El referido art. 22.2 en que se funda la decisión del TAC 2º establece que el laudo será impugnado de nulidad cuando: “f) se refiera a una controversia no prevista en la convención arbitral”, y “g) contenga decisiones que excedan los términos de la convención arbitral”.

V. Análisis del caso

1. Identificación y aplicación de la fuente de DIPr que corresponde

A) Obligación de aplicar los Tratados

La correcta identificación de las fuentes de DIPr aplicables es una

obligación impuesta por las normas de fuente internacional¹ -incorporadas al orden jurídico uruguayo- y también al DIPr autónomo de Uruguay,² las cuales tienen un claro fundamento constitucional: “Todos los Jueces son responsables ante la Ley (...) por separarse del orden de proceder que en ella se establezca”,³ por lo que si frente a un caso internacional que encuadra en el ámbito de aplicación de un tratado internacional ratificado por la República, se dejara de aplicar éste para recurrir a la ley interna, se estaría incumpliendo el compromiso internacional asumido por la República al ratificar el tratado internacional y la obligación que la Constitución impone a los jueces de respetar las leyes que conforman su ordenamiento jurídico, lo cual obviamente incluye las que aprueban tratados internacionales.⁴

En virtud de las reglas básicas en materia de determinación de la fuente normativa aplicable, si existe tratado en cuyo ámbito de aplicación (material, espacial y temporal) esté comprendida la cuestión, debe aplicarse el mismo, no pudiendo dejarse de aplicar el tratado internacional vigente para recurrir al derecho autónomo (nacional o interno) de uno de los Estados involucrados.⁵

Lo mismo ocurre en la República Argentina, como lo ha sostenido la Dra. Ana Piaggi de Vanossi,⁶ en los siguientes términos:

“Es principio en mi país, en materia de hermenéutica jurídica, procurar armonizar las decisiones de los tribunales locales relacionadas con la Convención de Nueva York de 1958, o con cualquier otro tratado vigente, con las resoluciones extranjeras dictadas respecto de cuestiones similares. En particular, las sentencias judiciales o los laudos arbitrales extranjeros son pautas o guías en el ámbito nacional, con el objeto de optimizar la armonización y predictibilidad de la solución legal. Y en caso de

1 Art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y art. 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II, Montevideo, 1979).

2 Art. 524 Código General del Proceso (C.G.P.) de Uruguay.

3 art. 23 de la Constitución de la República de Uruguay.

4 Así lo ha entendido la doctrina. Ver por ejemplo FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª edición, Madrid, Tecnos, 1995, p. 737.

5 Art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II, Montevideo, 1979), art. 524 CGP.

6 Disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/Enforcing_Arbitration_Awards_S.pdf, pp. 34-35. Consideramos ilustrativo transcribir aquí las palabras de la Magistrada argentina, por lo específico de su desarrollo argumental con relación al caso cuya sentencia comentamos. Resultan extensibles sus palabras respecto de las convenciones de Nueva York y de Panamá al Acuerdo del MERCOSUR.

distintas interpretaciones o inteligencias posibles de una norma interna relacionada con un tratado internacional, se elige aquella que deje a salvo el cumplimiento de las obligaciones asumidas; la pauta interpretativa del carácter obligatorio de los compromisos asumidos por el Estado es una prioridad de rango que integra el orden público argentino. Si el legislador dictase una ley con disposiciones contrarias a un tratado o hiciese imposible su cumplimiento, ésta comportaría una transgresión al principio de jerarquía de las normas y sería constitucionalmente inválida. A esta altura, parece pertinente precisar las consecuencias que tal posición comporta, desde el punto de vista de la validez constitucional de la delegación de funciones, pues es un principio implícito en el orden jurídico argentino que las facultades delegadas deberán ejercerse respetando los convenios internacionales vigentes.

Desde otra óptica, la participación del Congreso en el acto complejo federal que culmina con la aprobación y ratificación de un tratado, comporta siempre la existencia de una directiva política que queda incorporada en todo acto de delegación y en el ejercicio de la facultad delegada. *La pauta interpretativa es favor tractatus*. Por lo tanto, la solución del problema de la relación entre derecho interno y tratados internacionales remite a la organización constitucional del país, constituye una directiva del orden interno y decidir lo contrario implicaría un avance inconstitucional del poder legislativo sobre atribuciones del ejecutivo que es quien conduce las relaciones exteriores.

Los tratados internacionales -en el orden jurídico argentino- son normas federales aprobadas o rechazadas por el Congreso Nacional mediante una ley federal. El poder ejecutivo nacional ratifica aquellos aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional; es irrelevante que la materia del tratado o convención refiera al derecho común. Desde tal perspectiva, es inadmisibles la derogación de un tratado internacional por una ley del congreso -o por cualquier otro acto interno de menor jerarquía- porque violaría la distribución de competencias constitucionalmente impuestas.

Se recoge así la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 27) y el derecho internacional consuetudinario reconocido en la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Queda clara entonces, la supremacía de los tratados sobre el derecho interno. Ello implica reconocer que no sólo las leyes

nacionales preexistentes que resulten total o parcialmente contradictorias con los tratados aprobados por el Congreso y ratificados por el poder ejecutivo nacional, quedan derogadas, sino que también el poder legislativo queda limitado por cuanto no puede dictar leyes que los contradigan. Desde luego, esa supremacía cede frente a la Constitución Nacional. Como consecuencia directa de esta línea de pensamiento la Argentina, en tanto parte de las Convenciones sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros (Nueva York 1958 y Panamá 1975) no puede dictar normas internas que impongan condiciones más gravosas que las que surgen de esos tratados para reconocer o ejecutar un laudo arbitral extranjero. Así, un laudo dictado en cualquiera de los 117 Estados partes tiene asegurada una vía expedita y condiciones uniformes para su aplicación. En tal sentido, desde hace algunos años (1995) la Corte Suprema Nacional y los tribunales inferiores establecen como principio general la irreversibilidad de las decisiones que los tribunales arbitrales tomen en el ámbito de su competencia.”

B) El Tribunal de Apelaciones uruguayo identificó y aplicó la fuente convencional correcta

a) Aplicación del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR

Por tratarse de un arbitraje *internacional*,⁷ debía aplicarse – y así se hizo, correctamente- la normativa de derecho internacional privado de fuente convencional referida a la materia y que resultaba vinculante entre los Estados afectados en el caso.

En el caso se le ofrecían al Tribunal de Apelaciones uruguayo tres fuentes normativas en la materia, ratificadas por los Estados Parte: el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, (Dec. N° 3/98), la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York de 1958 y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.

Por consiguiente, debía resolver cuál de ellas debía aplicar en el

⁷ Este punto no sólo surge claramente de los elementos del caso, sino que no parece haber sido controvertido, al menos ello no surge de la sentencia que se comenta, por lo que no se profundizará al respecto.

caso en base a lo establecido a esos efectos por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁸, en particular su art. 30.3:

“Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no queda terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior”.

De la norma anterior resulta claramente que en el caso el Tribunal de Apelaciones uruguayo debió aplicar -y así lo hizo- el *Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR* (Dec. N° 3/98), que fue ratificado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, con posterioridad a los otros dos instrumentos (Convenciones de Nueva York y de Panamá), salvo y únicamente en la medida en que las disposiciones de estas dos últimas fueren compatibles con las del tratado posterior (el Acuerdo del MERCOSUR).

b) Normas de compatibilidad

A la misma conclusión llegamos a través de las normas de compatibilidad contenidas en el art. 26.3 del Acuerdo del MERCOSUR y en el art. Art. VII de la Convención de Nueva York.

A mayor abundamiento: el caso se inscribe indubitablemente en el ámbito material y espacial de aplicación del Acuerdo del MERCOSUR de 1998 (art. 3), y dicho Acuerdo regula específicamente el tema de cuál es la jurisdicción competente para entender en el recurso de nulidad del laudo en su art. 22.1. Con la salvedad hecha respecto a que resulta aplicable el Acuerdo del MERCOSUR, y las que haremos en el apartado siguiente, el caso también se inscribe en los ámbitos de aplicación espacial y temporal de la Convención de Nueva York, por afectar Estados ratificantes de la misma y por haberse planteado con posterioridad a su entrada en vigor en dichos países (art. I.1).

⁸ Aprobada en Uruguay por Ley N° 16.173 de 30 de marzo de 1991.

2. Competencia judicial internacional con relación al recurso de nulidad

A) Jurisdicción exclusiva de la jurisdicción uruguayo

La normativa convencional aplicable en este caso - el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR de 1998-, establece a texto expreso en su art. 22.1 que “El laudo o sentencia arbitral sólo podrá impugnarse ante la autoridad judicial del Estado sede del tribunal arbitral mediante una petición de nulidad”.

Por consiguiente, los tribunales uruguayos tienen jurisdicción exclusiva para entender en el recurso de nulidad que se plantea en el caso en consulta, como bien lo sostuvo el Tribunal de Apelaciones uruguayo.

La doctrina es conteste en la interpretación de esta norma, cuyo tenor literal gramatical no admite duda alguna. Así, Noodt Taquela afirma que “el tribunal estatal que tiene jurisdicción para entender en la nulidad es el del país sede del arbitraje”.⁹ Esta es también la solución general en el derecho comparado, como ha sido comentado por la doctrina.¹⁰

Es más, la doctrina advierte que “uno de los mayores efectos de la elección de la sede arbitral es la determinación de los tribunales estatales que intervendrán en las funciones de apoyo y control”.¹¹

9 NOODT TAQUELA, María Blanca. *Arbitraje Internacional en el MERCOSUR*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1999, p. 136.

10 GÓMEZ, Manuel A. “La Difícil Relación entre la Anulación y el Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral Internacional”, en *Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*, OAS, Documentos oficiales: OEA/Ser.D/XIX.15, pp. 295-307, p. 297; DREYZIN DE KLOR, Adriana. “El acuerdo sobre arbitraje comercial internacional. Nuevo instrumento jurídico del MERCOSUR”, *BIBLID* [1138-8552 (1999), 14; 73-94], p. 90, <http://hedatuz.euskomedia.org/6423/1/14073094.pdf>; DÍAZ, Soledad, ROTHCHILD, Julie, RUANOVA, Mariela. *El Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR*, <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Diaz-Rothschild-Ruanova-El-Acuerdo-de-Arbitraje-Comercial-Internacional-del-Mercosur.pdf>, p. 23; PARODI, Gustavo. *La cláusula arbitral: efectos de la elección de la sede del arbitraje y el control judicial. Hacia un 'Sistema de Congruencias'*, <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Parodi-La-clausula-arbitral-efectos-de-la-eleccion-de-la-sede-del-arbitraje-y-el-control-judicial.-Hacia-un-sistema-de-congruencias.pdf>

11 VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. “Nulidad y Ejecución del Laudo en el Arbitraje Comercial Internacional. Disquisiciones sobre este doble control, causales de nulidad y revisión de la jurisprudencia chilena”, *Vniversitas*, 2018, núm. 136, ISSN: 0041-9060 / 2011-1711, <https://www.redalyc.org/jatsRepo/825/82555137010/html/index.html>

B) *Cláusula de compatibilidad del Acuerdo del MERCOSUR*

El art. 26.3 del Acuerdo del MERCOSUR incorpora una cláusula de compatibilidad especial, que sigue no obstante la solución general establecida en el art. 30 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, que establece: “*El presente Acuerdo no restringirá las disposiciones de las convenciones vigentes sobre la misma materia entre los Estados Partes, en tanto no las contradigan.*”

La solución de la Convención de Nueva York es en parte coincidente con la solución del Acuerdo (jueces del país donde se dictó el laudo, en este caso Uruguay) y en parte no (jueces del país “conforme a cuya ley” se dictó el mismo) - arts. VI y V.1.e)-, por lo que respecto a esta segunda opción, no puede aplicarse la Convención de Nueva York porque contradice lo establecido en el Acuerdo: la jurisdicción exclusiva (la norma utiliza la expresión “sólo”) de los jueces del Estado sede del tribunal arbitral.

No obstante, cabe señalar con respecto a las soluciones de la Convención de Nueva York, arts. VI y V.1.e) que, como advierte Fouchard,¹² el criterio que se toma en cuenta para determinar la competencia para entender en el recurso de anulación del laudo es muy frecuentemente el del Estado en cuyo territorio ha sido dictado dicho laudo. Esta es, por otra parte, la solución prevista en la ley modelo de UNCITRAL, art. 34.

Conforme al art. 25 (3) del Reglamento de Arbitraje de CCI, “(E) l laudo se considerará pronunciado en el lugar de la sede del arbitraje y en la fecha que en él se mencione”, por lo que, también conforme a dicha regla, en este caso resultarían competentes para entender en este recurso de nulidad los Tribunales uruguayos.

3. Causales de nulidad del laudo

El recurso de nulidad del laudo es un recurso extraordinario, que sólo puede proceder por las causales taxativas -y de interpretación restrictiva¹³- establecidas en la fuente normativa aplicable, en este caso, el

12 FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Editions Litec, 1996, pp. 924-25, N° 1592 y 1593.

13 CANTUARIAS S., Fernando. “Cuestiones Generales aplicables a las causales de anulación de laudos arbitrales dictados en el foro y a las causales para no reconocer y ejecutar laudos arbitrales dictados en el extranjero”, *Themis*

Acuerdo del MERCOSUR. En palabras de Mereminskaya, “un tribunal competente para resolver sobre la petición de nulidad del laudo, debe ceñirse estrictamente al análisis de las causales de nulidad sin pretender transformar su revisión en una segunda instancia ordinaria”.¹⁴

El Tribunal uruguayo actuante hizo lo correcto: se limitó a analizar las causales establecidas en el art. 22.2 del Acuerdo del MERCOSUR y sus consecuencias, concluyendo que en el caso que tenía a estudio se habían configurado las causales previstas en los literales f) y g) del referido art. 22.2, y que la consecuencia era la nulidad relativa del laudo. El literal f) establece: que el laudo “se refiera a una controversia no prevista en la convención arbitral”, y el g) que “contenga decisiones que excedan los términos de la convención arbitral”. El Tribunal de Apelaciones uruguayo entendió que, en el caso, la suspensión dispuesta por el Tribunal Arbitral excedía los términos de la convención arbitral, por lo que decretó la nulidad parcial del laudo, es decir, sólo del literal B del punto 61 del mismo.

Debe tenerse siempre presente que “son las partes las que libremente deciden qué cuestiones serán sometidas a arbitraje, y ello marca el límite de actuación del Tribunal”. En el caso a estudio se da la hipótesis en que “... el árbitro resuelve sobre pretensiones que no fueron sometidas al arbitraje, aquí nos encontramos frente a supuestos de incongruencia de la decisión respecto de las pretensiones de las partes. Puede ser *extra petita*, que abarca aquello no solicitado por las partes, *ultra petita*, que va más allá de lo solicitado por las partes o *infra petita*, que no contempla alguna de las peticiones de las partes”.¹⁵

Esta causal de nulidad en que se basó el Tribunal de Apelaciones se basa en que el acuerdo arbitral “confiere competencia al árbitro y allí se contienen sus límites”.¹⁶

50, *Revista de Derecho*, pp. 92-93, <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wnL46LPp1pkJ,https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110774.pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=py>, pp. 87-95.

14 MEREMINSKAYA, Elina. “El Camino se Hace al Andar: Recurso de nulidad en la jurisprudencia latinoamericana”, en *Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*, OAS, Documentos oficiales: OEA/Ser.D/XIX.15, pp. 309-329, p. 311.

15 HULBERT, Andrea. *La nulidad del laudo en el arbitraje internacional*, <https://www.linkedin.com/pulse/la-nulidad-del-laudo-en-el-arbitraje-internacional-hulbert-mciarb>

16 VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. “Nulidad y Ejecución del Laudo en el Arbitraje Comercial Internacional. Disquisiciones sobre este doble control, causales de nulidad y revisión de la jurisprudencia chilena”, *Vniversitas*, 2018, núm. 136, ISSN: 0041-9060 / 2011-1711, <https://www.redalyc.org/jatsRepo/825/82555137010/html/index.html>

4. Nulidad de la parte final de la cláusula arbitral

A) Contraviene el art. 22.1 del Acuerdo del MERCOSUR

La parte final de la cláusula arbitral pactada en el caso que diera origen al laudo arbitral y el recurso de nulidad que se analiza, en cuanto dispone que “cualquier Apelación Especial deberá ser presentada exclusivamente ante los tribunales y de conformidad con las leyes de la República Argentina”, es nula por ser contraria a lo que dispone la normativa aplicable, en particular el art. 22.1 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR de 1998.

Como ya se explicó, la referida norma establece la jurisdicción exclusiva de “la autoridad judicial del Estado sede del tribunal arbitral”, que en el caso fue Uruguay.

B) Inaplicabilidad del art. V.1.e) de la Convención de Nueva York

No cabe aplicar en este punto el art. V.1.e) de la Convención de Nueva York, en cuanto admite la opción de la jurisdicción del Estado conforme a cuya ley se dictó el laudo, porque como se explicó *supra*, esta norma contradice la solución del Acuerdo del MERCOSUR (art. 26.3).

C) Limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes

No cabe tampoco admitir la validez de la referida parte final de la cláusula arbitral en base al criterio de la autonomía de la voluntad de las partes, dado que en este caso, la autonomía de la voluntad de las partes está dada en el Acuerdo del MERCOSUR para algunas cuestiones puntuales, como la elección de la ley aplicable a la controversia (art. 10) y para establecer el procedimiento arbitral en el arbitraje ad hoc (art. 12.2.a), pero no para elegir la autoridad judicial competente para entender en el recurso de nulidad. Por el contrario, el art. 22.1 establece una solución preceptiva al respecto: la competencia exclusiva de la autoridad judicial del Estado sede del tribunal arbitral.

D) Concepto y alcance de la jurisdicción exclusiva

La competencia exclusiva supone la reserva que hace un Estado

para sí de la jurisdicción en un asunto determinado¹⁷. Se trata de un concepto basado en consideraciones de orden público y funciona “como una reserva análoga” a éste¹⁸. Ello cobra particular fuerza en un sistema de Derecho Internacional Privado como el uruguayo, donde predomina “una concepción publicista de la función jurisdiccional, en la cual las normas de competencia judicial internacional –inspiradas en una filosofía estatal, unilateral y cerrada de los conflictos de jurisdicciones- tienen una naturaleza imperativa”.¹⁹

La jurisdicción exclusiva “excluye toda otra jurisdicción en cualquier hipótesis”.²⁰ Eso es lo que establece el art. 22.1 del Acuerdo del MERCOSUR: “El laudo o sentencia arbitral sólo podrá impugnarse ante la autoridad judicial del Estado sede del tribunal arbitral”.

En otras palabras, la jurisdicción exclusiva funciona “como un mecanismo de defensa del orden jurídico nacional, cuando inequívocamente estamos en presencia de una solución jurisdiccional que le atribuye únicamente al Estado uruguayo el conocimiento del asunto de que se trata”.²¹ Ello es exactamente lo que hace, en el caso a estudio, el art. 22.1 del Acuerdo del MERCOSUR en cuanto a la jurisdicción de los tribunales uruguayos para entender en el recurso de nulidad contra el laudo dictado en Uruguay.

E) Jurisdicción exclusiva establecida en una Convención internacional multilateral

Cuando la jurisdicción exclusiva se haya establecido en una Convención internacional multilateral, como ocurre en el caso bajo análisis, significa que “ella es producto del ejercicio de varias soberanías estatales”. En consecuencia, “los tribunales de los Estados partes deben respetar la calificación acordada y (...) declinar competencia en favor del

17 VÉSCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional. Uruguay, el MERCOSUR y América*, Montevideo, Ed. Idea, 2000, p. 168-169, con cita de GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*, Buenos Aires, Depalma, 3ª ed., 1977, p. 434-435 y de BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Depalma, 2ª ed., 1983, T. I, p. 240 y T. II p. 896.

18 SOLARI, Marcelo. *Pactos Procesales de La Paz*, Montevideo, FCU, 1986, p. 58-59.

19 SOLARI, Marcelo. *Pactos Procesales de La Paz*, Montevideo, FCU, 1986, p. 57.

20 HERBERT, Ronald. “El concepto de jurisdicción exclusiva en el art. 539.1.4 del Código General del Proceso”, *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán*, Montevideo, FCU, 2005, pp. 239-267, p. 241.

21 OPERITTI BADÁN, Didier. “Competencia internacional y jurisdicción exclusiva”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 2003/1, pp. 71-78, p. 77.

foro exclusivo”.²²

Ello significa que, en el caso en consideración, si el recurso de nulidad se presentara ante los jueces de un Estado que no sea Uruguay, por ejemplo, en Argentina, dichos jueces tendrían que declinar competencia en favor del foro uruguayo, que tiene jurisdicción exclusiva en virtud de la norma internacional aplicable (art. 22.1 Acuerdo del MERCOSUR). De lo contrario se estarían apartando del mandato claro de una norma internacional incorporada a su ordenamiento jurídico y que tiene rango superior al de su derecho interno.

E) Jurisprudencia uruguaya

Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia, por ejemplo el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno (Sassón, Chediak, Sosa –r–), en sentencia N° 161/03, de 18/VI/03, sostuvo a este respecto: “La eventual anulación del laudo por la autoridad judicial competente del país en que ha sido dictado, conforme el art. V.1.e) de la Convención de Nueva York tiene efectos fundamentales “erga omnes” desde que obtura el reconocimiento y ejecución en cualquier Estado”.²³

Nuestra jurisprudencia ha sostenido siempre la solución antes referida. A modo de ejemplo cabe señalar que el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno. Sentencia 74/2011, 23 de febrero de 2011,²⁴ sostuvo al respecto: “La elección de nuestro país como sede del arbitraje hace a los tribunales uruguayos internacionalmente competentes para conocer en la pretensión anulatoria decidida por ser el país en que se ha dictado el laudo (Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá, 1975 art. 5 núm. 1 lit e y Convención de Nueva York, art. 5, parágrafo 1, lit. e), a la vez que determina que la pretensión deba ser analizada desde la óptica del Derecho Internacional Privado”.

En igual sentido, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno ha señalado por sentencia 106/2007 de fecha 16 de mayo de 2007²⁵ que “compartiendo lo sostenido por el Homólogo de Segundo Turno en sentencia 161/2003, habida cuenta que nuestro país (ciudad

22 HERBERT, Ronald. “El concepto de jurisdicción exclusiva en el art. 539.1.4 del Código General del Proceso”, *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Dr. Didier Operti Badán*, Montevideo, FCU, 2005, pp. 239-267, p. 245.

23 LJU caso 14744, cita online UY/JUR/134/2003.

24 Inédita.

25 Inédita.

de Montevideo) fue elegido como sede del arbitraje, nuestros tribunales resultan competentes exclusivamente a fin de examinar a las formas observadas conforme a la normativa internacional vigente y aplicable a la especie”.

El fallo citado del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno. Sentencia 161/2003 de fecha 18 de junio de 2003,²⁶ afirma: “A nuestro orden jurídico (el ordenamiento jurídico Uruguayo) como antes se expresó, le corresponde calificar el laudo o la sentencia arbitral como tal, por ser el Estado donde se dictó la misma (ergo, ser el Estado Sede del arbitraje) y calificado como internacional el arbitraje, es de aplicación el derecho positivo de las convenciones de que el país forma parte, siendo éstas las normas de la Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 10 de junio de 1958 y Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 30 de enero de 1975”.

Comentando la sentencia anterior, señalan González y Gómez que “bajo la Convención de Nueva York, el laudo debe ser válido en el país sede del arbitraje, aun cuando las partes hubieran determinada ley procesal extranjera o reglamento de arbitraje. La competencia de los Tribunales uruguayos para entender en el recurso de nulidad del laudo deriva de la propia autonomía de las partes al elegir la sede del arbitraje”.²⁷

Tampoco se admite la autonomía de la voluntad con relación al juez competente para entender en el recurso de nulidad del laudo en el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual,²⁸ cuyo art. 4 inc. 2 se limita a admitir “la prórroga a favor de tribunales arbitrales”. Como toda excepción, esta disposición es de interpretación restrictiva y no se podría extender su alcance a una hipótesis no prevista, como lo es la jurisdicción competente para entender en el recurso de nulidad del laudo. Mucho menos podría efectuarse esta interpretación amplia en contra de lo que dispone la norma especial en la materia, que es el art. 22.1 del Acuerdo del MERCOSUR de 1998.

Nuestro sistema de Derecho Internacional Privado vigente

26 LJU Tomo 128, caso 14744 <http://www.laleyonline.com.uy/>

27 GONZÁLEZ, Sandra; GÓMEZ, Fernando. “Arbitraje Comercial Internacional en Uruguay: Marco Legal y Jurisprudencial”, Cristian CONEJERO ROOS, Antonio HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, Valeria MACCHIA, Carlos SOTO COAGUILA (Coords.), *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco Legal y Jurisprudencial*, p. 712.

28 CMC/Dec. 1/94, de 6/4/94, aprobado en Uruguay por Ley N° 17.721 de 24/12/03.

adopta como regla general la proscripción de la autonomía, y sólo en casos excepcionales, autorizados a texto expreso, la admite (art. 2403 del Apéndice del Código Civil y art. 5 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940), lo cual no ocurre en el caso que se comenta.

Es evidente que en este caso la regla de derecho competente en la esfera internacional respecto de la jurisdicción competente para entender en el recurso de nulidad contra el laudo dictado en Montevideo –sede del tribunal arbitral–, es el Acuerdo del MERCOSUR de 1998 y éste establece la jurisdicción exclusiva de los tribunales uruguayos a esos efectos.

VI. Conclusiones

La correcta identificación de las fuentes de DIPr aplicables es una obligación impuesta por las normas de fuente interna e internacional que componen el orden jurídico uruguayo, las cuales tienen un claro fundamento constitucional.

Por tratarse éste de un arbitraje internacional, debe aplicársele la normativa de derecho internacional privado de fuente convencional existente en la materia y que resulte vinculante entre los Estados afectados en el caso; en el caso, el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, y en subsidio, en cuanto no contradiga las normas del Acuerdo (art. 26.3), la Convención de Nueva York de 1958.

Los jueces uruguayos tienen competencia exclusiva con relación al recurso de nulidad interpuesto –o a interponer– contra el laudo dictado en el caso en consulta, por ser éstos los del Estado de la sede del tribunal arbitral (art. 22.1 del Acuerdo).

La parte final de la cláusula arbitral, en cuanto dispone que “cualquier Apelación Especial deberá ser presentada exclusivamente ante los tribunales y de conformidad con las leyes de la República Argentina”, es nula por ser contraria a lo que dispone la normativa aplicable, en particular el art. 22.1 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR de 1998.

La competencia exclusiva supone la reserva que hace un Estado para sí de la jurisdicción en un asunto determinado, se basa en consideraciones de orden público y funciona “como una reserva análoga”

a éste, excluyendo toda otra jurisdicción en cualquier hipótesis. Cuando la jurisdicción exclusiva se haya establecido en una Convención internacional multilateral, como ocurre en este caso, “los tribunales de los Estados partes deben respetar la calificación acordada y (...) declinar competencia en favor del foro exclusivo”.

El Derecho Internacional Privado uruguayo, en especial en el art. 2403 del Código Civil, establece que las reglas de competencia legislativa y judicial son preceptivas, no pudiendo ser modificadas por la voluntad de las partes salvo en los casos en que la ley competente lo autorice.

La parte final de la cláusula arbitral que pretende asignarle competencia a los tribunales argentinos para entender en el recurso de nulidad del laudo es nula, por ser contraria a Derecho y por atentar contra la jurisdicción exclusiva de los tribunales uruguayos, que le fuera atribuida por una norma convencional vinculante para todos los Estados involucrados en este caso.

En suma: el Tribunal de Apelaciones uruguayo que resolvió el recurso de nulidad contra el laudo recaído en el caso que comentamos, actuó conforme a derecho, identificando correctamente la fuente normativa aplicable (el Acuerdo del MERCOSUR), interpretando y aplicando correctamente sus disposiciones, asumió su competencia exclusiva y decretó la nulidad del numeral 61, literal b) del laudo impugnado conforme al art. 22.2. f) y g) del referido Acuerdo.

APUNTES SOBRE LA PRÓRROGA TERRITORIAL DE JURISDICCIÓN

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno,
“Datawaves S.A. c/ Odecar S.A. y otro - Daños y
Perjuicios”, IUE: 31-296/2003”, 16/06/09

*Bruno J. Rivero**

Sumario: I. Breve aproximación al tema; II. Marco normativo; III. Los hechos del caso: 1. Antecedentes, 2. Los hechos alegados por la parte actora, 3. Los hechos alegados por la parte demandada Odecar S.A, 4. Los hechos alegados por la parte codemandada Velocom Argentina S.A; IV. La decisión judicial: 1. Fallo de Primera Instancia, 2. Fallo de Segunda Instancia; V. Análisis del caso: 1. Precisiones preliminares, 2. Errónea aplicación del derecho por el a quo, A) Sobre la admisibilidad de la prórroga territorial de jurisdicción prevista en el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, a) Ámbito de aplicación, b) Acuerdo de elección de foro pre litem y prorroga de competencia post litem. B) Sobre la oportunidad procesal para relevar la incompetencia: a) La ley aplicable al proceso.

I. Breve aproximación al tema

En los autos caratulados “Datawaves S.A. c/ Odecar S.A. y otro - Daños y Perjuicios”, IUE: 31-296/2003, el Tribunal de Apelaciones

* Aspirante a Profesor Adscripto en Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Ayudante en Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

en lo Civil de 6° Turno, por sentencia N° 175/2009¹ de fecha 16 de julio de 2009 afirmó que en el ámbito del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual rige el principio de prórroga de competencia, es decir, la disponibilidad de la competencia internacional, principio que fuera desplazado por la Sede de primera instancia.

En el marco de este Protocolo, se encuentra expresamente consagrada la autonomía de la voluntad en materia de elección de foro, pero además, se admite la prórroga territorial de la jurisdicción con algunas limitaciones según se analizará seguidamente.

II. Marco normativo

En el caso objeto de la sentencia en análisis, fueron aplicados el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual CMC/Dec. N° 1/94² (en adelante el Protocolo), el Tratado de Montevideo Derecho Civil Internacional de 1940³ (en adelante el TMDCI 1940) y el art. 322 de la Ley N° 16.226,⁴ actualmente derogado por el art. 5 de la Ley N° 19.090 del 14 de junio de 2013.

III. Los hechos del caso⁵

1. Antecedentes

El caso en estudio refiere a un litigio por un alegado incumplimiento de un contrato de compraventa internacional de mercaderías (“shelters”) celebrado entre una empresa argentina (“Datawaves S.A.”), domiciliada en Argentina (vendedora en el contrato y actora en el proceso) y dos sociedades anónimas constituidas según el Derecho de Uruguay (una de

1 Sentencia N 175/2009, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, de fecha 16 de julio de 2009, Base de Jurisprudencia Nacional.

2 Aprobado por Ley N° 17.721, publicada en el D.O. el 7 de enero de 2004.

3 Aprobado por Decreto –Ley N° 10.272 de enero de 1942.

4 Art. 322, Ley N° 16.226: “La incompetencia por razón de materia, excepto la penal, solamente podrá ser invocada de oficio o a petición de parte, antes o durante la audiencia preliminar”.

5 El presente relato de hechos fue extraído del considerando II de la sentencia, cuyo texto completo se encuentra referenciado en la cita 1.

ellas, la compradora (“Odecar S.A”), y la otra una supuesta subsidiaria (“Velocom Argentina S.A.”).

Las empresas Datawaves S.A. y Odecar S.A., habían celebrado además, un acuerdo preventivo⁶ en el que pactaron una prórroga anticipada de competencia a favor de los tribunales argentinos.

2. Los hechos alegados por la parte actora

La actora promovió su demanda ante un Juzgado Letrado en lo Civil de Montevideo y expresó que según documento fechado el 22 de marzo del 2000, se produjo la aceptación de la propuesta de compraventa de mercaderías y servicios de dos “shelters”. Uno de los “shelters” fue enviado a Montevideo y colocado en el Hotel Victoria Plaza, habiéndose abonado su precio. Sin embargo y a juicio de la actora, habría quedado pendiente el pago del segundo “shelter” terminado, que no fue enviado, por falta de pago del precio correspondiente, costos aduaneros y demás impuestos.

3. Los hechos alegados por la parte demandada Odecar S.A.

Odecar S.A contestó la demanda, rechazando la pretensión. Expresó, en lo medular, que el 22 de marzo del 2000 aceptó la cotización de dos “shelters”, sujeta a varias condiciones, entre las cuales destaca que se trataba de un valor CIF y que, al establecer la cláusula de rescisión, se aludía a los avances de obras y al precio proporcional.

En cuanto al cumplimiento del contrato, la operativa desarrollada era la siguiente: la actora facturaba la mercadería en Buenos Aires (valor CIF); y, recibida la mercadería, Odecar S.A, realizaba una transferencia bancaria a favor de la actora. Luego de recibido el primer “shelter” del Victoria Plaza, no se tuvo más noticias de la actora.

Odecar S.A alegó tener una legítima expectativa de que, respecto del segundo “shelter”, se seguiría el mismo procedimiento que el empleado con el primero.

⁶ No fue objeto de controversia la validez del acuerdo regulado en el art. 4 del Protocolo.

La demandada opuso la excepción de contrato no cumplido señalando que la actora no cumplió, ni demostró disposición a hacerlo. Dado que la operación comercial era CIF, y como la reclamante no había realizado ningún acto tendiente al envío de la mercadería (trámites aduaneros para la exportación, entrega al transportista, contrato de seguro y flete), no puede aseverar que estaba en condiciones de cumplir.

Por último, también descartó toda relación de subsidiariedad con la empresa Velocom Argentina S.A y sostuvo la competencia de la Sede *a quo* para entender en la presente causa.

4. Los hechos alegados por la parte codemandada Velocom Argentina S.A.

La empresa Velocom Argentina S.A, supuestamente subsidiaria, opuso la excepción de falta de legitimación pasiva, alegando no haber sido parte del negocio por cuyo incumplimiento se reclama, según lo dispone el art. 1291 del Código civil uruguayo.

Asimismo, estableció, expresamente, que la Sede *a quo* es competente para entender en el presente asunto, en virtud de lo dispuesto por el art. 56 del TMDCI de 1940.

IV. La decisión judicial

1. Fallo de Primera Instancia

Por sentencia definitiva N° 63/008 de fecha 8 de octubre de 2008 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 15° Turno la Sra. Jueza *a quo* declaró la incompetencia absoluta de la Sede, por haber existido entre las partes un acuerdo preventivo, es decir, una prórroga anticipada de competencia a favor de los tribunales argentinos.

2. Fallo de Segunda Instancia

Por sentencia N° 175/009 de fecha 16 de julio de 2009 el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno revocó la sentencia recurrida, y

habiéndose entendido previamente competente desestimó la demanda.⁷

V. Análisis del caso

1. Precisiones preliminares

Señalaba Carolina Iud que el reclamo de solución ante un juez de un “caso con elementos extranjeros relevantes, plantea un primer interrogante cual es el de si éste se encuentra dotado de jurisdicción internacional para entender en la controversia”.⁸

Y el juez, para decidir, deberá analizar las bases de jurisdicción consagradas en su propio sistema de Derecho Internacional Privado sea de fuente internacional o en su defecto, de fuente nacional.⁹

Los criterios atributivos de jurisdicción en el TMDCI 1940 son: el criterio tradicional de nuestro sistema de conflicto (forum causae o criterio Asser), que vincula el juez competente al derecho aplicable al caso objeto del juicio, el domicilio del demandado (actor sequitur forum rei) y la prórroga territorial de jurisdicción.

Los criterios atributivos en el Protocolo son los acuerdos de elección de foro (pre litem y post litem) y los criterios subsidiarios (lugar de cumplimiento, domicilio del demandado y domicilio del actor)¹⁰ sin perjuicio de las especiales situaciones reguladas en los artículos 10 a 12 que exceden los comentarios de esta sentencia.

Asimismo, en el Protocolo se encuentran regulados los acuerdos de elección de foro, causales de invalidez de dichos acuerdos, prórroga de jurisdicción aun cuando el acuerdo fuere válido (como en el caso), y finalmente criterios subsidiarios ante ausencia de acuerdo.

7 No se analizan en el siguiente trabajo los fundamentos por los que se desestimó la demanda, en tanto no resultan relevantes al objeto del presente.

8 Conf. IUD, Carolina. *Contrato Internacional y Juez Competente*, La Ley, 200-A, pp. 404-426.

9 Conf. FRESNEDO, Cecilia. *Curso de Derecho Internacional Privado*, T.2, VII, 1 ed, Montevideo, FCU, 2009. pp. 170.

10 El desarrollo los criterios distributivos señalados se encuentra ampliamente analizado en Conf. IUD, Carolina, Ob.cit.; TELECHEA, Eduardo. *El Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual*, RUDIP, 2001. pp. 66-74.

Según indicara Vescovi,¹¹ “En el ámbito internacional también el examen de la competencia se realiza al comienzo del juicio, y el tema queda definido desde el principio. Pero no es esta la única instancia de evaluación para la competencia internacional, y esta es una de las diferencias fundamentales con la competencia interna”.

Tal como se analizará seguidamente, en el caso no ocurrió lo indicado, si no que por el contrario, el análisis de la competencia directa¹² fue realizado al momento del dictado de la sentencia definitiva.

2. Errónea aplicación del derecho por el a quo

De la lectura de la sentencia de Segunda Instancia se advierten dos errores en la aplicación de derecho que se analizarán a continuación.

A) Sobre la admisibilidad de la prórroga territorial de jurisdicción prevista en el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual

Según se analizará en los párrafos siguientes, en el caso sometido a estudio resulta aplicable el Protocolo de Buenos Aires. En éste se consagra la admisibilidad de la prórroga post litem, aún cuando hubiere acuerdo previo de selección de foro.

La Sede a quo, aplicó el Protocolo en forma parcial y por tanto erróneamente.

En breve síntesis, resulta incuestionable que la Sede a quo aplicó el Protocolo. Esta afirmación se funda en la validez que le otorgó al acuerdo preventivo de elección de foro en tanto, efectivamente el multicitado Protocolo consagra la autonomía de la voluntad en tan amplios términos.

No obstante, pasó por inadvertido para el a quo lo dispuesto en el artículo 6 que inequívocamente admite la prórroga territorial de jurisdicción aun ante la existencia de un acuerdo pre litem.

11 Conf. VÉSCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional. Uruguay, el MERCOSUR y América*, 1 ed, Montevideo, Idea, 2000 p. 32.

12 Con respecto a los conceptos de jurisdicción directa e indirecta, se recomienda las numerosas publicaciones que abordan con profundidad el tema.

a) *Ámbito de aplicación*

Según viene de verse, la actora, sociedad domiciliada en Argentina, promovió demanda contra la sociedad domiciliada en Uruguay, ante los tribunales uruguayos, y la demandada compareció, contestó, y no sólo no opuso la excepción de incompetencia, sino que además expresamente admitió la competencia de la Sede.

También fue admitida por la codemandada la competencia de la Sede, aunque con fundamento en el artículo 56 del TDMCI de 1940.

Como fuere indicado, la controversia planteada tiene su origen en un supuesto incumplimiento de un contrato de compraventa de mercaderías celebrado por una empresa con domicilio en Argentina y otra con domicilio en Uruguay.

El ámbito de aplicación material se encuentra regulado en su art. 1 en el que se dispone que resultan comprendidos aquellos contratos internacionales de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares, sean estas personas físicas o jurídicas. Asimismo, el artículo 2 de forma taxativa excluye de su ámbito de aplicación determinados contratos.¹³

En mérito a lo expuesto y atento a la naturaleza del contrato, éste se encuentra bajo el ámbito de aplicación explicitado en el párrafo precedente.

b) *Acuerdo de elección de foro pre litem y prorrogación de competencia post litem*

Fue adelantado, que los contratantes habían celebrado un acuerdo preventivo, prorrogando para el caso de litigio, la competencia a favor de los tribunales argentinos.

Este Protocolo admite como regla general el principio de la autonomía de la voluntad para la elección de foro.¹⁴

En Alzada, señaló el Tribunal al respecto, que es menester

¹³ No es objeto de este trabajo el análisis integral de este Protocolo, por lo que se sugiere la lectura de los numerosos trabajos que existen sobre el mismo.

¹⁴ Conf. FRESNEDO, op. cit., p. 173.

establecer que la autonomía de la voluntad en el ámbito de la jurisdicción es diferente en el orden interno y en el internacional. Así, en el primero se admite, con amplitud, la prórroga de competencia en razón de lugar, ya sea en forma anticipada o post litem. En cambio, en el ámbito de la jurisdicción internacional, rige el principio contrario, es decir, la no disponibilidad de la competencia internacional.¹⁵

Para que resulte *válido el acuerdo* de elección de foro – celebrado en el marco de la autonomía de la voluntad de los contratantes - , este debe revestir determinadas condiciones, a saber, la elección debe recaer en un Estado Parte del Protocolo, el acuerdo debe ser celebrado por escrito, no puede ser obtenido de “forma abusiva”, y puede pactarse tanto al momento de la celebración del contrato, durante su vigencia o una vez surgido el litigio (arts. 4 y 5).

Una vez alcanzado ese acuerdo, el mismo puede ser declarado nulo, puede celebrarse otro distinto, o sencillamente, puede ser ignorado por las partes a través del instituto de la prórroga territorial de competencia.

Puede ser declarado nulo, de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo, si los contratantes hubieren elegido los tribunales de un Estado que no fuere Parte del mismo, si el acuerdo no hubiere sido celebrado por escrito, si el acuerdo hubiere sido celebrado en forma abusiva, o si vulnerara, naturalmente, el orden público internacional.

Nótese que el legislador advirtió la eventual existencia de situaciones de inequidad al determinar la selección del foro, y por ello exige que para la validez del acuerdo, éste no sea celebrado de forma abusiva.

En este sentido, en oportunidad de determinar la aplicación o no de la mentada cláusula en un contrato celebrado en la República Argentina, entre argentinos, con domicilio en la Provincia de Buenos Aires, sobre productos elaborados en Argentina, en virtud de su pretendida calificación como abusiva, señala el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1º Turno, en sentencia N° 254/2011:¹⁶

Se ha individualizado como abusiva a la cláusula de una especie contractual no paritaria, violatoria del principio de igualdad, que

¹⁵ Véscovi, op. cit., p. 34.

¹⁶ Sentencia 254/2011, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1º Turno, de fecha 11 de mayo de 2011, Base de Jurisprudencia Nacional.

determina una relación arbitrariamente desequilibrada, en favor de la parte con mayor poder negocial.- Esta se singulariza por dos elementos a) uno subjetivo: la existencia de partes contractuales dotadas de dispar poder de negociar; b) otro objetivo: una relación contractual injustificadamente desequilibrada en favor de la parte dominante”. Y agrega: “La abusividad se da por aprovecharse del poder negocial para obtener ventajas indebidas, y no por confeccionar el contenido del negocio (Conf. Jorge Gamarra “Tratado de Derecho Civil Uruguayo” t. IX, p. 310/311).

Asimismo, puede resultar *ineficaz*, si se celebrare un nuevo acuerdo, o si, como en el caso, se ignorara el mismo a través de la admisión de la prórroga territorial de jurisdicción.

Ahora bien, el actor presentó su demanda ante los tribunales uruguayos, el demandado contestó la demanda admitiendo expresamente la competencia de la Sede, temperamento que fue ratificado por la codemandada (aunque por distinto fundamento, según se verá infra).

De esta manera, los contendientes ignoraron, expresa y voluntariamente el acuerdo preventivo oportunamente celebrado.

El error de derecho del juzgado de primera instancia radicó precisamente en no admitir la prórroga territorial de jurisdicción admitida voluntariamente, en forma positiva y no ficta, por los demandados.

De modo que la Sede vulneró lo dispuesto - con meridiana claridad - en el art. 6 del Protocolo, que reza:

Haya sido elegida o no la jurisdicción, ésta se entenderá prorrogada en favor del Estado Parte se promoviere la acción cuando el demandado después de interpuesta ésta la admita voluntariamente, en forma positiva y no ficta.

Es decir, la normativa invocada expresamente prevé la prórroga *post litem*, aun cuando existiera acuerdo previo de elección de foro (como en el caso), siempre que el demandado la admita voluntariamente, en forma positiva y no ficta.

La prórroga de jurisdicción regulada en el art. 6 del Protocolo, consagra la misma solución que el art. 56 del *TMDCI 1940* para el caso de acciones personales patrimoniales, esto es, si después de promovida la acción el demandado la admite voluntariamente expresando su voluntad

en forma positiva y no ficta.

Pero en el caso, no resultaba aplicable el TMDCI de 1940 - como sostuvo la codemandada Velocom Argentina S.A - por haber sido sustituido en ese aspecto por el Protocolo.

A mayor abundamiento, el art. 30.3 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados dispone: “Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicara únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior”.

Resulta evidente, que la regulación en materia de jurisdicción prevista en el art. 56 del TMDCI 1940 fue sustituida por las disposiciones del Protocolo, siempre que se trate de cuestiones que son alcanzadas por su ámbito de aplicación.

Por tanto, la base de jurisdicción en la que se fundó el Tribunal para declararse competente es la correcta.

Al examinar la prórroga de competencia en el Tratado de Montevideo de 1940, el Tribunal sostuvo que: “estas exigencias significan, por un lado, la prohibición de la prórroga anticipada de la jurisdicción internacional y, por otro, que la voluntad del demandado debe constar de una manera clara e inequívoca. Sin requerirse términos sacramentales, debe exigirse que la voluntad del accionado emane claramente de su conducta. Así,... el acto de contestar la demanda sin referir, de ningún modo, a la temática de la competencia significa aceptación de aquella. Se trata de la aplicación del principio de preclusión... Empero, no podría deducirse la misma conclusión en el caso de silencio, es decir, cuando no existe contestación de la demanda, por cuanto se requiere una voluntad positiva que no es lo mismo que expresa”.¹⁷

Los conceptos antes analizados, son enteramente trasladados al caso por el Tribunal, al afirmar que: Por tratarse de una compraventa internacional de mercaderías, rige el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, cuyo artículo 6 consagra el principio autónomico y admite la prórroga siempre que se cumplan determinados

17 VÉSCovi, E. “La jurisdicción internacional”, en *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del MERCOSUR*, ps. 102-103; cf., op. cit., ps. 42-43.

presupuestos. Así, se admite la elección de la jurisdicción acordada “por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva” (art. 4). Y, agrega el art. 6: “haya sido elegida o no la jurisdicción, esta se entenderá prorrogada a favor del Estado Parte donde se promoviere la acción cuando el demandado después de interpuesta ésta, la admita voluntariamente, en forma positiva y no ficta”.

El caso, encuadra fácticamente a la perfección en el citado artículo 6 ejusdem en tanto los contendientes admitieron expresamente la jurisdicción de los tribunales patrios, conducta que fue ratificada en los escritos de apelación y contestación a la misma.

La fórmula recogida en el art. 6 del Protocolo es una fórmula más garantista, más proteccionista incluso para el demandado que a la que pudiere llegar a través de un acuerdo preventivo antes del litigio.

Esta norma, tiene su antecedente en el ya mencionado inciso tercero del art. 56 del TMDCI 1940, y más recientemente en el art. 1.A.4 en la Convención Interamericana de 1984 sobre Competencia en la Esfera Internacional.

Por todo lo expuesto es que el Protocolo exige – para que opere la prórroga post litem – que el demandado la admita voluntariamente, en forma positiva y no ficta.

Se ha entendido que si el demandado comparece a contestar la demanda, ello constituye una manifestación válida de admisión de la prórroga de competencia. Como es pacíficamente admitido, tanto en doctrina como en jurisprudencia, no se requieren términos sacramentales y es suficiente con que el demandado no oponga la excepción de incompetencia. Naturalmente, si el demandado comparece y no opone la mencionada excepción, hay una admisión tácita de la competencia a través de un hecho positivo. Y no es ficta, precisamente, por su comparecencia¹⁸.

Se ha señalado que: “Además de la elección expresa, el Protocolo prevé la tácita, llamada también prórroga (art. 6), que es aquella que se configura por el sólo hecho de que el demandado ha contestado la demanda ante una jurisdicción elegida por el actor no prevista en el Protocolo o por el acuerdo de elección – caso que lo hubiere – sin oponer la excepción

18 Conf. VÉSCOVI, op. cit., p. 44; TELLECHEA, op. cit., p. 69.

de incompetencia. No se admite la autonomía hipotética que se daría si el actor – presuntamente haciendo uso de la autonomía – interpusiere la demanda en un país que no tiene jurisdicción y el demandado no contesta, por lo cual se sigue el juicio en rebeldía. El Protocolo exige, entonces, que la voluntad sea real, no ficticia – expresa o tácita”.¹⁹

En nuestro Derecho Internacional Privado de fuente nacional, no contábamos con una norma que admitiera la prórroga internacional de jurisdicción. Sin embargo, la recientemente aprobada Ley General de Derecho Internacional Privado recoge esta solución.²⁰ Lamentablemente, el primer proyecto presentado al Parlamento fue en setiembre de 2004, habiendo perdido nuevamente estado parlamentario en el período pasado.

Señalaba Véscovi que “tratándose de acciones personales patrimoniales, cuando el tema se relacione con los países vinculados por el Tratado de 1940, no corresponde que el Juez examine – menos aún que deniegue – su competencia a la presentación de la demanda, pues puede suceder que el demandado acepte la prórroga, en cuyo caso será competente aunque al principio no lo fuera; solo debe el Magistrado ingresar al análisis si el demandado controvierte el tema competencial o no contesta”.²¹

Lo reseñado por Véscovi respecto de la regulación de la prórroga de jurisdicción en el TMDCI 1940 es enteramente trasladable mutatis mutandi a las disposiciones del Protocolo en tanto la solución preceptuada es idéntica.

Pero la particularidad del caso se encuentra en que aun cuando existió admisión expresa de la competencia, la Sede a quo, resolvió declararse incompetente.

B) Sobre la oportunidad procesal para relevar la incompetencia

En primer lugar, la Sede se declaró incompetente al dictar la

19 GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado, 10ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011. Según nota 55 p. 889. “En lo esencial, se reproduce el artículo de Alicia Perugini sobre el Protocolo publicado en la revista Jurisprudencia Argentina, Colección MERCOSUR, Junio de 1997, con la coordinación de María Blanca Noodt Taquela”.

20 Art. 57 numeral 7): “En caso de acciones personales, cuando el demandado, después de promovida la acción, comparezca en el proceso ejerciendo actos positivos de defensa, sin cuestionar la jurisdicción internacional del tribunal de la República en el momento pertinente.”

21 VÉSCOVI, op. cit., p. 44.

sentencia definitiva, vale decir, extemporáneamente. Ello por cuanto la norma procesal del foro prevé expresamente la etapa procesal oportuna para relevar la incompetencia: hasta la audiencia preliminar.

Igual término disponía el actualmente derogado²² art. 322 de la Ley N° 16.226,²³ mencionado en la sentencia.

Lo regulado en forma aislada por el referido artículo, pasó a integrar el plexo normativo del Código General del Proceso en su art. 133.2. La nueva disposición, mantuvo el ámbito temporal en cual el Juez puede relevar, de oficio o a instancia de parte, la incompetencia, agregando que no sólo sería por razón de materia, sino además por razón de cuantía, grado o turno.

En síntesis, la última oportunidad procesal para que el juez releve la incompetencia es la celebración de la audiencia preliminar. Cumplida la misma, precluye tal oportunidad.

El fundamento de la norma es de una lógica incuestionable ya que no resulta razonable tramitar todo un proceso para que a su finalización se releve tal incompetencia.

Con referencia al derogado art. 322 de la Ley N° 16.226, Vescovi expresó: “que existe desde tiempo atrás una norma expresa que impide la consideración del tema competencial luego de la audiencia preliminar en base a la cual la competencia del tribunal que está actuando queda firme a partir de ese momento.”²⁴

Finalmente, cabe destacar que el Tribunal ad quem no se afilió a la tesis del reenvío,^{25,26} y por ello dictó sentencia sobre el fondo del asunto

22 Art. 5 de la Ley N° 19.090 de 14 de junio de 2013.

23 Ver nota 4.

24 VÉSCOVI, op. cit. p. 32.

25 La referencia realizada en la sentencia al reenvío no hace alusión al instituto del reenvío previsto en materia de Derecho Internacional Privado. Este último consiste en aquella remisión hecha por la norma de conflicto al ordenamiento jurídico señalado por el punto de conexión.

26 Al respecto señaló el Tribunal: “Se ha planteado con frecuencia en los tribunales de segunda instancia la cuestión relativa a la necesidad o no de reenviar los autos a la Sede a quo -o en su defecto a la Sede a quo subrogante- en hipótesis en que la sentencia definitiva de primer grado que declara la falta de algún presupuesto procesal (art. 133 in fine CGP) es revocada y procede examinar el mérito de la cuestión. Esto acontece, por ejemplo, cuando en primera instancia, se declara la incompetencia de la Sede, se desestima la pretensión por falta de agotamiento de la vía administrativa o por falta de legitimación activa o pasiva, o se declara la nulidad. En tales hipótesis, resultan teóricamente admisibles dos soluciones: reenviar el proceso

desestimando la demanda.

a) La ley aplicable al proceso

El principio rector en materia de ley aplicable al proceso, radica en que los juicios y sus incidencias se regulan por la ley del proceso.²⁷

En la clasificación de Balduini,^{28,29} la oportunidad procesal para resolver acerca de la competencia es considerada un elemento ordenatorio, y como tal se rige por la ley del foro, esto es, por la ley donde se tramita el proceso.

En efecto, este autor clasificó en elementos ordenatorios y elementos decisorios, los primeros son aquellos que ordenan el proceso y se rigen por la ley del foro, en tanto los elementos decisorios son los relativos a la cuestión de fondo, y no necesariamente se regulan por ésta, pudiendo regularse también por una ley extranjera.

Este principio se mantiene vigente y se encuentra recogido en los Tratados de Montevideo de Derecho Procesal de 1889 (art. 1) y 1940³⁰ (art. 1), y en el derecho internacional privado de fuente interna en el art. 2402 del Código Civil y en el art. 525.1 del Código General del Proceso.

VI. Conclusiones

El derecho de acceso a la justicia puede considerarse como uno de los derechos humanos fundamentales en un Estado de Derecho. La importancia que reviste para el Derecho en general, así como para el Derecho Internacional Privado en particular, fue puesta de manifiesto en

para su re-consideración en primera instancia o que el tribunal ad quem decida derechamente el fondo de la cuestión. Se señala por los partidarios de la primera posición que, de lo contrario, se estaría afectando el principio de la doble instancia, por cuanto debe existir una decisión de primer grado sobre todas las cuestiones. Por el contrario, los sostenedores de la segunda posición, entre los que se hallan los integrantes de la Sala, entienden que basta que exista un pronunciamiento de primer grado, tenga el contenido que tenga, contemple las cuestiones que contemple, para que se haya cumplido con el principio mencionado. No se trata de que ambos tribunales se pronuncien sobre todas las cuestiones, sino de que las decisiones judiciales puedan ser revisadas en segunda instancia, no resultando de precepto el reenvío⁹.

27 Conf. VÉSCOVI, op. cit. p. 71.

28 Conf. FRESNEDO, Cecilia. *Curso de Derecho Internacional Privado*, T.1. Parte General, 2 ed, Montevideo, FCU, 2004. p. 66-67.

29 VÉSCOVI, op. cit. p. 71.

30 Aprobado por Decreto-Ley N° 10.272, publicado en el D.O. el 22 de diciembre de 1942.

el año 2015 en oportunidad de celebrarse las IX Jornadas de ASADIP en Panamá, denominadas “El acceso a la justicia en el Derecho Internacional Privado”.

Según Najurieta, “Las llamadas “garantías judiciales” o “garantías del debido proceso” comprenden el derecho a disponer de un tribunal competente para dirimir el conflicto, en condiciones de imparcialidad, idoneidad y celeridad; el derecho a procedimientos que respeten las garantías de la defensa y de la audición; el derecho a llegar a un resultado sustancial en tiempo útil y con posibilidad de que esa decisión sea reconocida y que despliegue efectos en extraña jurisdicción, a fin de no duplicar gastos, tiempo y esfuerzos; el derecho a que la voluntad humana sea respetada en materias disponibles y a que el sistema favorezca el goce – sin discriminación – de los derechos sociales, económicos y culturales”.³¹

Desde el Derecho Internacional Privado se han realizado acciones concretas a tales efectos. Tradicionalmente se ha pretendido que esta rama del derecho de respuesta a tres problemas fundamentales: la jurisdicción competente, la ley aplicable y el reconocimiento de fallos extranjeros.

El presente caso invita a reflexionar sobre la respuesta del ordenamiento jurídico uruguayo y la actuación judicial respecto al primero de ellos. Pareciera que cuando el legislador regula distintas bases de jurisdicción a las que se puede acceder de forma alternativa, subsidiaria u optativa según el caso, lo hace persiguiendo una elección de política legislativa determinada. Esta elección de política legislativa, refleja un fin y este no es más que facilitar el acceso de los justiciables a un proceso adecuado. Los esfuerzos desplegados -por el legislador - para la consagración de la autonomía de la voluntad, debieran contar con el respaldo de una adecuada aplicación de la norma de derecho, so pena de verse frustrados.

Corresponde advertir al lector las circunstancias en las que se elaboró el presente artículo, las que tuvieron una particular incidencia en su óptica, y principalmente en estas breves reflexiones.

El mundo entero está atravesando la Pandemia de coronavirus, también conocido como COVID-19. Por obvios motivos, esto convocó

31 NAJURIETA, María Susana. *El acceso a la justicia como principio fundamental del proceso, con especial referencia a los litigios internacionales en América. Jornadas de la ASADIP 2015*, CEDEP, ASADIP, Mizrachi & Pujol SA, Paraguay, 2015, p.194.

múltiples esfuerzos de diversa índole, por parte de todos los Estados. Entre otros, y dentro de los que revisten mayor interés para el Estado Uruguayo, se encuentran: la educación y el sistema de justicia.

Particularmente, el esfuerzo desplegado en no detener el andamiaje del sistema educativo y del sistema de justicia, en el entendido de que asumir tal postura supondría incuestionables daños, en algunos casos, irreparables. Es en estas circunstancias que se pone de manifiesto - aun con mayor claridad que en situaciones de normalidad - la importancia de un adecuado sistema de justicia en la vida de las personas, particularmente, la garantía de su acceso.

Recientemente, Uruguay ha aprobado la Ley General de Derecho Internacional Privado, que contempla la analizada prórroga territorial de jurisdicción, así como moderna regulación de aspectos fundamentales.

De todas maneras, vale tener presente las acertadas reflexiones vertidas en las Jornadas de 2015 por Véscovi, las que permanecen plenamente vigentes: “Dediquemos recursos materiales y humanos a la capacitación de todos los operadores del sistema”³² porque como hemos visto, en algunos casos, no es suficiente el texto normativo.

32 VÉSCOVI, Eduardo. *El acceso a la justicia como principio fundamental del proceso, con especial referencia a los litigios internacionales en América, Jornadas de la ASADIP 2015*, CEDER, ASADIP, Mizrachi & Pujol SA, Paraguay, 2015, p. 128.

PROTOCOLO DE BUENOS AIRES Y ELECCIÓN DE FORO, UNA MIRADA REGIONAL DESDE LA PRAXIS JURISPRUDENCIAL URUGUAYA

Tribunal de Apelaciones de 5° Turno, Montevideo,
Sentencia No. 100/2015, 18/03/15

*Candela Villegas**

*Santiago Theoduloz***

Sumario: I. Breve aproximación al tema; II. Marco normativo; III. Los hechos del caso; IV. La decisión judicial; V. Análisis del caso: 1. Jurisdicción internacional en materia contractual, 2. El Protocolo de Buenos Aires como herramienta de armonización en el ámbito integrado; VI. Conclusiones.

I. Breve aproximación al tema

La Sentencia N° 100/2015 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° turno (en adelante la “Sentencia”) objeto del presente comentario, refiere a uno de los aspectos controversiales del “Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual” (en adelante el “Protocolo de Buenos Aires”). La discusión principal de la Sentencia radica en la posibilidad de elegir jurisdicción por parte de la actora en base

* Abogada. Escribana. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Facultad de Derecho, UNC). Maestranda en Derecho y Argumentación (UNC). Becaria Posdoctoral CONICET en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales CIJS-CONICET. Profesora de Derecho Internacional Privado (UNC y Universidad Siglo 21). Asistente de investigación en Secyt (UNC).

**LLM, Queen Mary, University of London. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Licenciado en Relaciones Internacionales, Universidad de la República Oriental del Uruguay. Abogado Asociado Guyer & Regules. Profesor Asistente (Grado II, int.) Derecho Privado II-III, Universidad de La República.

a los foros concurrentes que habilita el Protocolo.

Así, el artículo 7 dispone que en la ausencia de acuerdo en relación a la jurisdicción, serán competente –a elección del actor–; (a) Los jueces del lugar del cumplimiento del contrato; (b) Los jueces del domicilio del demandado; (c) Los jueces de su domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación.

En el caso particular, el aspecto que analiza la Sentencia –y que ha sido punto de discusión– refiere justamente al literal c del artículo 7 del Protocolo de Buenos Aires y su aplicación. Es menester señalar que dicha disposición le otorga un beneficio al actor –altamente relevante– que a los efectos de hacer uso del mismo debe acreditar en el caso que cumplió con su prestación, es decir, con la prestación que le correspondía conforme contrato.

Por tanto, existiendo un contrato que se enmarque en el ámbito del Protocolo de Buenos Aires y habiendo cumplido el actor con la prestación emergente del mismo, podrá hacer uso de dicha potestad. Ahora, claramente, y conforme ha advertido la doctrina, este es un aspecto que genera inconvenientes, principalmente porque supone determinar para el caso concreto e incluso en forma liminar, el cumplimiento de la pretensión por quien solicita ampararse en la presente disposición. Siendo éste el aspecto que la Sentencia analiza y que se desarrolla en el presente.

II. Marco normativo

Conforme se explicitó supra, el marco normativo del presente trabajo se limita al “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual”, el cual se encuentra vigente en los Estados Partes (EP) del MERCOSUR.

La discusión del presente trabajo se centra en el literal c del artículo 7, pero deberán considerarse en el caso las demás normas del Protocolo de Buenos Aires que conllevan a una mirada armónica del mismo y que hacen a su espíritu y ámbito de aplicación.

III. Los hechos del caso

El caso de análisis llega a conocimiento del Tribunal de

Apelaciones en lo Civil de 5° turno por recurso de apelación interpuesto por la actora en el expediente caratulado “Pígola Monfort, Geanella c/ Tongil Foundation y otros. Embargo Preventivo. Cobro de Pesos” I.U.E: 2–7761/2014, cuya Sentencia en primera instancia fue dictada por el Juzgado Letrado en lo Civil de 11° de Montevideo.

La actora, Geanella Pígola Monfort compareció promoviendo medida cautelar y demanda de cobro de pesos, contra Tongil Foundation y otros, a los efectos de reclamar honorarios profesionales impagos los que se habrían generado en virtud de su actividad en carácter de abogada. El caso objeto de la Sentencia se caratula como “Embargo Preventivo. Cobro de Pesos”, encontrándonos ante un procedimiento de estructura ordinaria, precedido de una medida cautelar (embargo preventivo).

La actora solicitó ampararse en el literal c del artículo 7° del Protocolo de Buenos Aires a los efectos de que los jueces de la República Oriental del Uruguay resultaran competentes. En este sentido, habiendo promovido los procedimientos ante el Juzgado Letrado en lo Civil de 11° Turno, la Sede luego de enmarcar el contrato como “contrato internacional” y aceptando la aplicación del Protocolo de Buenos Aires, indicó: “En dicho Protocolo el principio es la elección de jurisdicción por las partes a la hora de contratar (art. 4 a 6), a falta de esta elección, como es el caso de autos, se estará a los elementos subsidiarios artículos 7 y siguientes”¹ y en base a lo anterior agrega que “Conforme lo dispuesto por el art. 7 lit.c, al elegir el actor los jueces de su domicilio, debe demostrar que se cumplió con su prestación”.²

Indicando además que: “Sin perjuicio de lo anterior, del contrato que se invoca, que obra a fs. 78 y su traducción a fs.83, como lo observa la Oficina Actuarial, no surge individualizado “el Cliente”, existiendo un claro en el lugar donde va su nombre y demás datos”³ y en base a esta situación solicita se acredite tal extremo.

En mérito a ello, recayó la Sentencia 1672/2014 de fecha 26 de agosto de 2014 que en su parte dispositiva expresó que: “A fs.270, comparece la actora agregando una serie de documentación y fotocopias simples, que no cumplen con lo establecido por el art.72 del CGP.– En su

1 Decreto 1253/2014 del Juzgado Letrado en lo Civil de 11° Turno de fecha 26/6/14.

2 Decreto 1253/2014 del Juzgado Letrado en lo Civil de 11° Turno de fecha 26/6/14.

3 Decreto 1253/2014 del Juzgado Letrado en lo Civil de 11° Turno de fecha 26/6/14.

escrito la compareciente en el nul. 3) se remite a la enumeración de tareas que le encomendó la parte demandada, que surgirían del contrato, que fuera objeto de observación por la Oficina Actuarial, al no encontrarse individualizada la parte denominada “Cliente” existiendo un claro en lugar de sus datos.— Respecto a la referida observación la parte actora, no efectúa aclaración alguna.— El referido art. 7 del Protocolo de Buenos Aires, sobre Jurisdicción en materia contractual, es claro al indicar que cuando no hay acuerdo, la determinación de la jurisdicción queda a elección del actor entre los Jueces comprendidos en los literales a, b y c del mismo artículo. La actora en estos procedimientos optó por los “Jueces de su domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación” (lit.c).⁴

La Sentencia en Primera Instancia resolvió que: “Entendiendo esta proveyente que no ha quedado demostrado el cumplimiento de la prestación conforme a la normativa invocada, por lo que esta Sede no es competente para conocer en los presentes procedimientos”.⁵

Dicha Sentencia de Primera Instancia fue revocada en su totalidad por el Tribunal de Apelaciones de 5º turno quien consideró competente al Juez a quo en base al análisis que pasaremos a desarrollar en el presente, en el cual no se discute la aplicación del inc. “c” sino su alcance a la luz del caso concreto.

IV. La decisión judicial

El Tribunal de Segunda Instancia en la Sentencia objeto de comentario, resolvió revocar la decisión de primera instancia y declarar competente la sede del a quo para entender en el caso en mérito a la opción que le otorga al actor el literal c del Art. 7 del Protocolo de Buenos Aires.

En lo medular, sostuvo el Tribunal que en la instancia en su decisión no se discutía la aplicación del literal c sino su respectivo alcance. Así, en base a doctrina iusprivatista internacional que la Sentencia desarrolla y mencionaremos infra, manifestó: “En el subcausa, el proceso que se anuncia es ordinario, de manera que la comprobación del cumplimiento de la prestación por parte del actor y su examen judicial no han de llevarse a cabo de modo definitivo ni implicando resolución sobre el fondo del

4 Sentencia 1672/2014 del Juzgado Letrado en lo Civil de 11º Turno de fecha 26 de agosto de 2014.

5 Sentencia 1672/2014 del Juzgado Letrado en lo Civil de 11º Turno de fecha 26 de agosto de 2014.

objeto litigioso, sino que han de llevarse a cabo de modo provisorio, *prima facie*, al solo efecto de verificar si se configura competencia internacional al abrigo de la norma citada”.

En lo que respecta al análisis del cumplimiento de la prestación, el Tribunal entendió que: “se realiza en el actual estado de la causa al único efecto de comprobar la competencia internacional invocada, sin perjuicio de la oportuna defensa de la contraparte y de las resultancias de la completa instrucción de la litis y su eventual decisión por sentencia definitiva, entiende el Tribunal que para la comprobación exigible en la presente fase del proceso, basta con la proponibilidad de las postulaciones de la parte actora, sin que resulte necesario ni corresponda examinar verdaderamente su mérito.; porque ello permite deslindar lo competencial y el fondo del asunto, dar cumplimiento a la norma cuya aplicación se pretende, habilitar el acceso a la Justicia, no incurrir en prejuzgamiento ni perjudicar el desarrollo futuro del proceso”.

Así, al momento de decidir en relación al caso concreto, el Tribunal entendió que se había justificado en grado suficiente el supuesto de la norma competencial invocada por la actora, todo lo cual llevó a la revocatoria del fallo en primera instancia, conforme fuere mencionado.

V. Análisis del caso

Como ya fue afirmado en el XXX Congreso Argentino de Derecho Internacional, “la integración del MERCOSUR es un proceso irreductible e irreversible en el que interactúan permanentemente la lógica de lo político, lo económico y lo jurídico”.⁶ Lo jurídico tiene un rol trascendental en el proceso de integración puesto que de su armonización dependerá el flujo de relaciones jurídicas y su efectividad.

Para estudiar el aspecto jurídico, piedra angular en el proceso de integración, el mejor camino a seguir es mediante el análisis de la jurisprudencia que emana de los tribunales internos de cada uno de los EP en la aplicación de los instrumentos que emanan de la fuente institucional.

A los fines de poder estudiar críticamente los instrumentos actuales de MERCOSUR, resulta imprescindible estudiar la aplicación

⁶ Conclusiones de la sección Derecho de la Integración en el XXX Congreso Argentino de Derecho Internacional, los días 01 y 02 de noviembre de 2018 en la Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe.

judicial identificando los problemas que puede plantear su entendimiento, puesto que “una comunidad de derecho a la que aspira todo proceso de integración requiere –necesariamente– que las normas sean aplicadas e interpretadas de una manera unívoca y uniforme”.⁷

1. Jurisdicción internacional en material contractual

En materia de jurisdicción internacional, los Estados poseen la libertad de legislar conforme los parámetros que consideren adecuados. Resulta fundamental contar con normativa que permita el acceso a la jurisdicción a los fines de garantizar la tutela judicial efectiva.

En el ámbito integrado, en la dimensión institucional se ha abordado la temática específicamente en el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual. Desde la perspectiva convencional los Estados Parte (EP) se encuentran vinculados también por normativa de fuente convencional en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

Es importante destacar en el caso que como señala Fresnedo de Aguirre⁸ en base a lo que dispone el art. 30.3 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el Protocolo que rige para Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, sustituye en materia de jurisdicción en materia contractual a las previsiones del artículo 56 del TMDCI de 1940. Rigiendo el presente específicamente en relación a aspectos de jurisdicción pare resolver disputas en bases a contratos internacionales en materia civil y comercial.

2. El Protocolo de Buenos Aires como herramienta de armonización en el ámbito integrado

Este Protocolo tiene su nacimiento en la aprobación realizada por la IV Reunión del Consejo Mercado Común llevada a cabo en Buenos Aires en el año 1994. Este Protocolo en la actualidad se encuentra en vigor entre los cuatro EP de MERCOSUR.

Nace con el objetivo de uniformar uno de los aspectos más

7 DREYZIN DE KLOR, Adriana, PEROTTI, Alejandro. *El Rol de los Tribunales Nacionales de los Estados del MERCOSUR*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2009. p.197.

8 FRESNEDE DE AGUIRRE, Cecilia. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Tomo II. Parte Especial. Volumen 2. p. 172.

controvertidos de las relaciones contractuales internacionales, la jurisdicción internacional competente para resolver en el ámbito integrado, promoviendo y facilitando las relaciones comerciales entre los EP y dotando al bloque de seguridad jurídica que garantice soluciones justas y armonía internacional de las decisiones judiciales y arbitrales vinculadas a la contratación internacional.

Surgió de la necesidad de los EP de avanzar en la armonización de las legislaciones en las áreas pertinentes a fin de profundizar el proceso de integración, acordando soluciones jurídicas comunes. En el artículo 1 del Tratado de Asunción expresamente los EP se comprometen a “armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”.

En este sentido, la armonización que se tiene en miras en el ámbito de MERCOSUR, se debe plantear como un proceso continuo, que requiere ir acompañando las necesidades del proceso de integración y no se agota en los instrumentos realizados hasta el momento. Debe valerse de la “técnica de *adaptación* que, a través de la coordinación de soluciones nacionales, conduce a la elaboración de instrumentos de naturaleza internacional, ya sea con fórmulas combinadas, o ya con fórmulas nuevas que no se correspondan con las soluciones jurídicas nacionales”.⁹

Pocos años pasaron desde el Tratado de Asunción, para que los EP identificaran a la jurisdicción contractual internacional como materia relevante para asegurar las negociaciones comerciales en el bloque. Luego de haberse regulado la cooperación y asistencia jurisdiccional en el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, conocido como Protocolo de Las Leñas, se consideró relevante avanzar en esta materia, con el objetivo de legislar importantes temas de Derecho internacional procesal, facilitando en consecuencia el reconocimiento y ejecución de sentencias en el bloque. Scotti hace notar que “el instrumento elegido para ello fue, en un primer momento, el Protocolo. Es decir, acuerdos complementarios al Tratado de Asunción. Cuando se incorporaron a las negociaciones los dos primeros Estados Asociados, Bolivia y Chile, se implementó un nuevo instrumento: los acuerdos, que a diferencia de los Protocolos, no quedan sometidos automáticamente al sistema general

⁹ DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El MERCOSUR. Generador de una fuente de Derecho internacional privado*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1997.

de solución de controversias del MERCOSUR”.¹⁰

Del contenido del Derecho Internacional Privado (DIPr), el Protocolo de Buenos Aires sólo aborda las cuestiones relativas a la jurisdicción, pero como señala Dreyzin de Klor, implícitamente abordaría la determinación del Derecho aplicable al deducirse de la atribución de competencia a los tribunales de un Estado y facilitaría el camino en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales, ya que el seguimiento de sus normas allanaría el control jurisdiccional del Protocolo de las Leñas a la hora de evaluar la jurisdicción indirecta.

Albornoz, en relación al derecho aplicable resalta que “como cada juez analizará el contrato internacional y determinará qué ley aplicarle, partiendo del sistema de derecho internacional privado de su propio país, es muy probable que el derecho aplicable al fondo determinado por el órgano jurisdiccional de un Estado difiera del que determinaría el tribunal de otro Estado, por lo que el hecho de permitir que las partes escojan el tribunal implica –al menos de manera indirecta– concederles la facultad de elegir el derecho aplicable al caso iusprivatista multinacional”.¹¹

El Protocolo comienza delineando el ámbito de su aplicación y estableciendo claramente las materias excluidas. En su articulado omitió la incorporación de un concepto de contrato internacional pero resaltó la importancia de que vincula a partes (personas físicas o jurídicas) con domicilio o sede social en diferentes Estados del bloque a los fines de la internacionalidad del contrato. A renglón seguido, conforme el espíritu de flexibilidad que se puede observar en su articulado, habilita la posibilidad de acceder a la aplicación del Protocolo cuando sólo una de las partes tenga domicilio o sede social, pero acreditando la existencia de un acuerdo de elección de foro a favor de un juez de los EP y que exista una conexión razonable conforme sus normas atributivas de jurisdicción.

La autonomía de la voluntad de las partes desempeña un rol trascendental en el Protocolo de Buenos Aires y en este sentido el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR ha sostenido al respecto: “Las normas del PBA no son dudosas ni condicionales. Por el

10 SCOTTI, Luciana. “Instrumentos de integración jurídica en el MERCOSUR: el rol del derecho internacional privado”, en: SCOTTI, Luciana. *Balances y perspectivas a 20 años de la constitución del MERCOSUR*, ISBN 978-950-23-2106-6, 1ª edición, Editorial EUDEBA (Editorial Universitaria de Buenos Aires, UBA), Buenos Aires. Abril 2013, pp. 173-209.

11 ALBORNOZ, María Mercedes. “El derecho aplicable a los contratos internacionales en los Estados del MERCOSUR”. *Bol. Mex. Der. Comp.* vol. 42 no. 125 México may./ago. 2009.

contrario establecen claramente que, dentro de su ámbito de aplicación es competente en primer lugar el Juez que las partes ha elegido, libre y voluntariamente, pues no es otro el alcance del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el PBA”.¹²

A) Jurisdicción subsidiaria en el Protocolo de Buenos Aires

El protocolo de Buenos Aires establece como regla genérica la preminencia de la elección de foro por autonomía de la voluntad de las partes y subsidiariamente, establece en el artículo 7 foros atributivos de jurisdicción concurrentes. Entre las posibilidades que recepta, se enuncian a elección del actor, las siguientes: a) Los jueces del lugar de cumplimiento del contrato; b) Los jueces del domicilio del demandado y c) Los Jueces del domicilio o sede social del actor cuando demostrare que cumplió con su prestación. Estas reglas son alternativas y quedan sujetas a la elección del actor.

La idea de la concurrencia de foros plasmada en el Protocolo de Buenos Aires se encuentre en consonancia con las enseñanzas de Goldschmidt en relación a la jurisdicción internacional, materia en la que “rige en principio, la máxima de la generosidad”.¹³ En este sentido, en la medida que existan mayor cantidad de foros a disposición del actor, mayor serán las posibilidades de que la pretensión se encuentre satisfecha.

Los literales a) y b) del artículo en análisis, sin lugar a dudas responden a un criterio de razonabilidad y de conexión entre el foro elegido y la relación iusprivatista y su reconocimiento es universal; mientras que el literal c) ha sido objeto de algunos cuestionamientos en doctrina. La pauta de la razonabilidad del foro es una de las primeras que se debe abordar en su estudio, puesto que “cuando la jurisdicción asumida por los magistrados de un Estado no responde a criterios de razonable vinculación con el caso, sino que se funda en conexiones lábiles meramente tendientes a favorecer los intereses del país del foro, tal circunstancia puede originar que otros Estados denieguen el reconocimiento de aquellas decisiones fundadas en tales criterios exorbitantes”.¹⁴

12 Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, Voto del Dr. Antonio Moreno Rufinelli acompañado por el Dr. João Grondino Rodas, en Opinión Consultiva N° 1/2007, planteada por la Sra. Juez de 1ª. Inst. Civil y Comercial 1º Turno de Asunción de Paraguay en autos “Norte S.A. Imp.Exp. c/Laboratorios Northia S.A.C.I.F.J.Ya. S/indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”. Citado por: MEGLIOLI, María Fabiana. *Supuesto particular de competencia internacional previsto en el Protocolo de Buenos Aires válido para el MERCOSUR*, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2010 (abril), 05/04/2010, 34

13 GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, Ed Depalma, octava edición, 1995.

14 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “La jurisdicción internacional como condición para el reconocimiento del

La competencia de los jueces del lugar de cumplimiento del contrato como la del domicilio del demandado son reglas de atribución de competencia universalmente reconocidas que se encuentran previstas no sólo en las reglas de Derecho internacional procesal, sino también a nivel interno.

La novedad de este articulado se planeta con el literal c del artículo 7, por el cual se habilita la competencia de los jueces del domicilio o sede social del actor cuando demostrase haber cumplido con su prestación.

a) Foro del domicilio del actor como criterio de atribución de jurisdicción

Para analizar este foro, primeramente es necesario abordar el concepto de domicilio. El domicilio, como concepto jurídico puede generar conflictos en su calificación, puesto que cada ordenamiento jurídico puede conceptualizarlo de una manera diferente, en este sentido, el artículo 9 del Protocolo de Buenos Aires viene a complementar el artículo 7 otorgando los criterios que deben seguirse a los fines de calificar el domicilio, tanto para personas físicas como jurídicas, indicando que a los fines del artículo 7, literal b), se entenderá por domicilio del demandado en el caso de las personas físicas su residencia habitual, subsidiariamente el centro principal de sus negocios y en última instancia, frente a la ausencia de estas circunstancias, el lugar donde se encontrare la simple residencia, con una clara inclinación hacia las doctrinas modernas de objetivar el concepto clásico de domicilio.

En el caso de las personas jurídicas, el domicilio estará determinado por la sede principal de la administración. En el caso de que la persona jurídica tuviera sucursales, establecimientos, agencias o cualquier otra especie de representación se considerará domiciliada en el lugar donde funcionan, lo que no implica el actor no pueda interponer la acción ante los tribunales de la sede principal de la administración.

Como se puede apreciar, el artículo 9 se aparta de una concepción estricta de domicilio desde el punto eminentemente jurídico, flexibilizando el criterio con la acepción de la residencia habitual de fuerte contenido fáctico. En ambos conceptos, Fernández Arroyo señala que “la idea de base es que se trata de un elemento que presenta signos externos,

fallo extranjero, necesidad de una nueva regulación en el ámbito interamericano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIX, núm. 146, mayo-agosto de 2016, pp. 205-252.

visibles y al menos parcialmente objetivos para indicar el lugar en el cual una persona puede ser encontrada con un considerable margen de probabilidad y que al mismo tiempo le debe permitir, en principio, ejercer su derecho de defensa”.¹⁵ Siguiendo esta idea, el foro del domicilio del demandado refleja la razonabilidad de su elección como criterio atributivo de jurisdicción.

Como surge de su redacción, el artículo 9 brinda pautas el artículo 7 literal b, pero se entiende que debería también servir a los fines de calificar el domicilio del actor del literal c) que se verá *infra*.

La jurisdicción atribuida a los jueces del Estado de domicilio o residencia habitual del demandado, conforme la fórmula clásica *actor sequitur fórum rei* ha sido recepcionada ampliamente en el Derecho comparado. Es una de las conexiones preferentes a los fines de garantizar la tutela judicial efectiva del demandado y el derecho de defensa del demandado, ya sea persona física o jurídica. Asimismo, este foro permitiría garantizar la efectividad de la sentencia, facilitando su ejecución a *posteriori*.

Enmarcado en un análisis crítico al foro del domicilio del demandado Carrascosa González refiere que “todo foro de competencia judicial internacional debe responder a los intereses de los particulares. Debe, en dicha perspectiva, permitir la litigación internacional a un coste reducido, pues una litigación asequible favorece la realización efectiva de los derechos de los particulares. Es lo que la doctrina conoce como la “idea de proximidad en la competencia judicial internacional”. Según la misma, se debe poder acudir a los tribunales “próximos al litigio” porque litigar en dichos lugares comporta costes limitados y reducidos para ambas partes. “Proximidad” es “eficiencia” y eficiencia es “Justicia”.¹⁶

Como se destacó anteriormente, el literal c) del artículo 7 aporta una regla novedosa en materia de atribución de jurisdicción, se trata del foro del domicilio del actor. Este foro, que si bien en principio podría, según parámetros internacionales ser considerado exorbitante¹⁷, ha sido

15 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. “Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana”, *Curso de Derecho Internacional* (Washington. OAS XXXIII (2006), pp. 293-325.

16 CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. “Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas I–bis 1215/2012”. *Análisis crítico de la regla actor sequitur forum rei*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2019), vol. 11, n° 1, pp. 112–138.

17 En este sentido Dreyzin de Klor expresa: “Una certera aproximación de las conexiones que importan criterios de razonabilidad en materia jurisdiccional, la brinda la propuesta efectuada por Estados Unidos, a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, celebrada entre el 1° y el 4 de junio de 1992.

incorporado con un foro novedoso no sólo en este Protocolo, sino también en los posteriores que abordan cuestiones relativas a jurisdicción en el bloque. Así el Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Partes del MERCOSUR en su artículo 7, habilita como jueces competentes, a elección del actor, los del lugar donde se produjo el accidente, los del domicilio del demandado y los del domicilio del demandante (nótese que en este caso el demandante no debería cumplir con la acreditación de ningún requisito extra como sucede en el Protocolo de Buenos Aires).

En el mismo sentido, en una materia donde se requiere mayor protección del actor –de forma de corregir las desigualdades existentes– el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo¹⁸ dispone como principio que: “Tendrán jurisdicción internacional en las demandas entabladas por el consumidor, que versen sobre relaciones de consumo los jueces o tribunales del Estado en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor”.¹⁹ Sin perjuicio de soluciones alternativas a decisión exclusiva del consumidor. Esta solución también se presenta en otra materia de relevante interés social, como ser la Convención Interamericana de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, en su artículo 8 literal a) al establecer el domicilio o residencia habitual del acreedor a su propia opción.

No obstante, dichas disposiciones no dejan de suponer que, tratándose de materia contractual, la opción del literal c del artículo 7 es claramente innovadora.

El documento, que se destaca por su originalidad metodológica y sustancial, diferencia los criterios en los cuales se puede fundar la competencia de los tribunales de un Estado Parte en tres zonas: una blanca, una negra y una gris. La “lista negra” agrupa aquellas jurisdicciones estimadas irrazonables y exorbitante”. En materia de “Contratos: no se alcanzó una conclusión acerca de su inclusión en la lista blanca y en su caso, si debiera basarse en el lugar de celebración o ejecución del contrato. En el grupo de discusión hubo un relativo consenso respecto a que de incluirse una conexión especial, no debiera haber una multiplicidad de foros para las diferentes obligaciones emergentes del contrato. La “lista negra” generó consenso en relación a ciertos criterios jurisdiccionales aptos para ser incluidos en ella. Los que se relacionan con el problema contractual son: a) La nacionalidad del demandante, b) La residencia habitual o el domicilio del demandante, a excepción de los casos que podrían incluirse en la lista blanca, c) El doing business, entendido como ejercicio habitual de negocios, como contacto o fundamento de jurisdicción general, si bien no hubo consenso sobre si debiera ser incluido en la “lista negra” de la futura convención, d) Notificación del demandado durante su presencia temporaria, e) Determinación unilateral del foro del demandante sin aceptación del demandado. DREYZIN DE KLOR, Adriana, PEROTTI, Alejandro. *El Rol de los Tribunales Nacionales de los Estados del MERCOSUR*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2009. p. 197.

18 MERCOSUR/CMC/DEC N° 10/96.

19 Art. 4 Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de relaciones de consumo.

b) Problemática del literal c del artículo 7 en la Sentencia

El literal c del artículo 7 incorpora un foro novedoso, que ha sido aceptado por la doctrina, pero con algunas críticas hacia su redacción, que puede generar conflictos prácticos en su aplicación, tal como surge de la sentencia en análisis. Salvo en situaciones en las que se busca otorgarle una protección particular a una de las partes por su situación de debilidad, el foro del domicilio del actor no resulta común.

El primer conflicto de este literal, relativo a la calificación de domicilio se resuelve adecuadamente por el artículo 9 y en relación a la calificación del lugar de cumplimiento de la obligación, si bien en el artículo 8 se realiza una calificación, “al agregarse la novedosa conexión introducida en el art. 7.c, el art. 8.1 termina convertido en el criterio de atribuir jurisdicción internacional a los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las dos prestaciones”.²⁰

Este punto es el que genera conflicto en la sentencia en análisis, por la “falta de reglas procesales para que el “demandante cumplidor” pueda demostrar que se le puede calificar de ese modo. Teniendo en cuenta que el foro de jurisdicción depende de la demostración de tal carácter, harían falta disposiciones más precisas de cómo y en qué momento procesal el mismo debe probarse”.²¹

Es importante destacar en relación a este aspecto que conforme indica la Sentencia, en el caso particular no se discute la aplicación del literal c del artículo 7 sino que estrictamente su alcance. Es decir, no se discute que estamos frente a un contrato internacional dentro del ámbito de aplicación del Protocolo y que no existe en el caso acuerdo de partes en relación a la jurisdicción. Sino que lo que corresponde – y esto supone la dificultad misma de la cuestión debatida– es determinar si se cumplió o no con la prestación.

En sentido de lo anterior, si las partes en aplicación del Protocolo hubieran elegido como Sede competente los Tribunales de Montevideo, dejaría de discutirse en el caso el alcance del artículo 7, es decir, conocer si se cumplió o no la prestación respectiva.

20 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *Derecho internacional privado de los Estados de MERCOSUR*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2003, p.195.

21 Op. cit.

Es en el análisis de lo que el *ad quem* determina como “alcance” donde se produce la verdadera dificultad de este mecanismo. Así lo reconoce Fresnedo de Aguirre en la cita que toma la Sentencia en relación a un tema primordial, que es el eje angular de la presente disposición, el prejuzgamiento que supone determinar que quien realiza la elección de foro cumplió con su prestación. Luego de entenderse competente el Tribunal, de reclamarse un incumplimiento, no restará otra solución que una decisión favorable a quien se presenta a reclamar.

En el mismo sentido emerge la postura de Véscovi, si el demandado viene a discutir el cumplimiento o no de la respectiva pretensión, se encontrará con un Juez que ya resolvió en ese aspecto. Esto plantea otro interrogante ¿Qué sucede si el Tribunal entiende –en base a la defensa ejercida por el demandado– que existió un incumplimiento de la prestación del actor? ¿Se vuelve incompetente? ¿Deberá continuar conociendo en el caso respectivo? Este aspecto sin lugar a dudas deja en claro la poca conveniencia del texto en estudio.

De ahí que resulte discutible la verdad inobjetable que determina el Tribunal en relación a que resolver sobre la competencia, “no implica que el tema quede excluido de la discusión y decisión de mérito”. Siendo éste un elemento que en definitiva también critica el Tribunal, al establecer que el propio Protocolo carece de reglas procesales concretas. Carencia que se entiende que dificulta la posibilidad de ampararse en lo que dispone el propio Protocolo.

c) La influencia de la estructura de los procesos en el mecanismo previsto por el Protocolo

Uno de los aspectos que maneja la Sentencia y que en nuestra opinión es altamente relevante es qué influencia tiene la elección de foro en el marco del literal c del artículo 7 del Protocolo de Buenos Aires y el procedimiento aplicable al caso concreto. Es decir, cómo influyen los aspectos procesales y la determinación de la competencia en base a la necesidad de resolver en forma previa la existencia del eventual cumplimiento de la prestación por parte del actor.

Así, el Código General del Proceso Uruguayo (“CGP”) distingue los procedimientos monitorios y ordinarios, ambos procesos de conocimiento, donde corresponderá analizar el cumplimiento de la prestación en los términos dispuestos por el Protocolo de Buenos Aires.

La Sentencia en relación al tema señala –un elemento que en nuestra opinión supone un obstáculo– que es evidente la ausencia de reglas procesales concretas a los efectos de demostrar este punto.

En sentido de lo anterior, al mencionar a los procesos de estructura monitoria manifiesta: “tal comprobación y análisis liminares en nada dificultarían el acceso a la Justicia o el dictado de decisiones de mérito en la oportunidad debida y sin prejuizar, pues en esa estructura el Tribunal ha de resolver oyendo solamente al actor, sobre el fondo de la pretensión, sin perjuicio de la eventual impugnación posterior de su decisión a través de excepciones”.²²

El CGP estructura a los procesos monitorios en los artículos 354 y ss. del CGP, este procedimiento es un proceso sumario, que inicia con una providencia liminar que resuelve respecto de la pretensión sometida a decisión del Tribunal, otorgándole un plazo a la contraria a los efectos de oponer sus respectivas defensas en vía de excepción, momento en el cual comienza el contradictorio.

En este sentido, y en los términos de la opinión del Tribunal y bajo las reglas del propio Protocolo de Buenos Aires, en un proceso de estructura monitoria, correspondería que el juez al momento de decidir respecto de la sentencia liminar inicial, también deba reconocer la validez de la elección de foro en los términos del literal c del artículo 7. Sería al momento de excepcionarse donde eventualmente se debería discutir la elección de foro en base a lo dispuesto por el propio Protocolo.

Por otra parte, en relación al procedimiento ordinario y/o extraordinario, estructura que de base presenta mayores garantías, expresa: “... la situación es distinta, pues salvo hipótesis de manifiesta improponibilidad de la pretensión, el Tribunal no estudia el mérito del asunto sino luego de transitar toda la instancia, en la sentencia definitiva, y si lo hiciera antes, podría incurrir en prejuizamiento, según las circunstancias del caso”.

De esta forma, el CGP regula el proceso ordinario en los artículos 337 y ss. y el proceso extraordinario en los artículos 346 y ss., se presentan como procesos con mayores garantías en los cuales la providencia inicial –que generalmente tiene por iniciado el proceso y da traslado de la

22 Sentencia 1672/2014 del Juzgado Letrado en lo Civil de 11° Turno de fecha 26 de agosto de 2014.

demanda respectiva – no constituyen en sí un prejuzgamiento.

En ambas estructuras, el Tribunal otorga a la contraria un plazo respectivo a los efectos de contestar la demanda donde podrá ejercer sus defensas, lo que incluye en el caso la falta de jurisdicción o incompetencia del Tribunal respectivo para conocer respecto del asunto. Excepción que además deberá resolverse en forma previa al dictado de Sentencia definitiva y en el marco del proceso ordinario y/o extraordinario al momento de la audiencia preliminar.

Ahora, igualmente, entendemos que aún en esta estructura y sin perjuicio de que el Tribunal debe cuidar no efectuar un prejuzgamiento en forma inicial y sin ánimo de desconocer la postura del Tribunal, es claro que debe *prima facie* resolver en relación al cumplimiento de la prestación por parte del actor.

Véase que en relación al caso concreto, el propio Tribunal menciona que: “...su examen judicial no han de llevarse a cabo de modo definitivo ni implicando resolución sobre el fondo del objeto litigioso, sino que han de llevarse a cabo de modo provisorio, *prima facie*, al solo efecto de verificar si se configura competencia internacional al abrigo de la norma citada”. Igualmente, dicha expresión deja ver las dificultades que presenta el mecanismo indicado por el propio Protocolo. Elementos que se desarrollaran en el próximo apartado.

d) Provisoriedad del análisis de cumplimiento

Conforme se analizó con anterioridad, el Tribunal consideró el del elemento “cumplimiento de la prestación” en forma provisorio, a los solos efectos de determinar su propia competencia, en los términos señalados por el Protocolo.

En este sentido, el Tribunal realiza una comparación en modo de analogía con las medidas cautelares, donde indica que se efectúa un análisis: “sumario, hasta superficial, que tiene el examen judicial de las cuestiones de mérito, sin que ello determine prejuzgamiento o impida el oportuno análisis de todas las cuestiones de fondo de litigio, una vez oídas ambas partes con todas las garantías, en la eventual sentencia definitiva”. En este sentido, debería tenerse en cuenta que la hipótesis de base es distinta. Si bien al adoptar una medida cautelar específica, el Tribunal efectúa un análisis de la situación de hecho, el análisis es diferente es

decir, se analizan aquellos aspectos que refieren al “humor del buen derecho”, el “peligro de lesión”, pero no si existió un cumplimiento de la pretensión por parte de quien reclama. Por tanto, se podría entender que esta comparación al caso no sería aplicable.

Lo anterior, sin perjuicio de destacar la óptica que el Tribunal termina aplicando en base a lo dispuesto por el artículo 9 de la CIDIP II y ante la falta de reglas procedimentales en relación a lo dispuesto por el literal c del artículo. 7. Es por ello que seguidamente el Tribunal refiere a la acreditación de forma razonable de una relación contractual y la ejecución de un servicio por parte de quien reclama, situación, que en postura del Tribunal no significa el éxito posterior del caso. En este sentido, es importante destacar el lenguaje que el Tribunal utiliza para superar el escollo que produce el literal c del artículo 7 al referir a elementos que “hipotéticamente” habilitan la decisión respecto a la jurisdicción sin que en definitiva se esté resolviendo el fondo del asunto, cercenando el derecho de defensa de la contraria. Elemento este último que el Tribunal expresa en forma clara a modo de conclusión, considerando no solo la facultad de defensa de la contraparte, sino también la posibilidad de reexamen del propio Tribunal.

En relación a este aspecto, el Tellechea Bergman señala que el texto consensuado del literal c del artículo, 7 luego de arduas negociaciones, Goldschmidt en ocasión de la negociación del texto señaló que: “... en tanto la conexión condiona la jurisdicción a que el actor demuestre que cumplió con su prestación, puede originar sensibles dificultades prácticas en aquellos casos en que precisamente se encuentra en controversia tal circunstancia”.²³ Sin dejar de reconocer otros instrumentos que a nivel regional reconocerán la jurisdicción del Estado del domicilio del actor, conforme se señaló anteriormente.

VI. Conclusiones

A modo de consideraciones finales del análisis de este fallo, es importante resaltar el rol que vienen desempeñando los tribunales nacionales en relación a la interpretación de las disposiciones de Derecho internacional privado de fuente institucional en ámbito de MERCOSUR.

²³ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional” FCU. Montevideo. 2002, p. 85.

La interpretación armónica de sus disposiciones dota de seguridad jurídica a las transacciones internacionales y en materia contractual resulta imprescindible que se eviten interpretaciones judiciales contradictorias, en definitiva para que la normativa de fuente institucional sea útil para el proceso integrador, se requiere de la colaboración de todos los EP.

En el bloque integrado, se ha venido trabajando en miras de lograr la armonización legislativa en puntos trascendentales del Derecho internacional privado de los EP y el Protocolo de Buenos Aires ha abordado uno de sus temas principales, la jurisdicción en materia contractual.

Asegurar la efectiva realización de justicia no sólo requiere que los jueces asuman la jurisdicción directa en el caso, sino también que esa jurisdicción no sea cuestionable *a posteriori* en un proceso de reconocimiento y ejecución, por lo que contar con reglas claras facilita este camino en el objetivo de la realización del valor justicia.

La jurisdicción subsidiaria receptada en el Protocolo de Buenos Aires agrega un foro novedoso, que ha sido recepcionado favorablemente en la doctrina, pero que como se pudo observar en este caso en particular, les genera conflictos a los magistrados en la práctica, puesto que el criterio seguido por la normativa requiere un análisis, aunque más no sea preliminar, sobre el cumplimiento de la obligación del actor.

Posiblemente sea un punto necesario repensar en las futuras disposiciones que se reglamenten, poniendo de manifiesto que las disposiciones que surjan en el marco del proceso de integración requieren de una permanente actividad legislativa

Si bien la técnica legislativa puede resultar criticable en algún punto, resulta preferente contar este tipo de regulaciones a nivel institucional, que fortalezcan el ámbito integrado, puesto que como señala Methol Ferré, “la integración es el único modo de participar en la globalización, el único para poder entrar verdaderamente en el concierto mundial de las potencias contemporáneas sin ser aplastados”.

PARTE III

RESPONSABILIDAD CIVIL INTERNACIONAL

ACCIDENTES DE TRÁNSITO, UN COMENTARIO JURISPRUDENCIAL EN EL MARCO DEL PROTOCOLO DE SAN LUIS

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno
“Sanabria Robaina, Pablo y otro c/ Alassia,
Carlos - daños y perjuicios”, 14/09/16

*Ana de LLano**

Sumario: I. Breve aproximación al tema; II. Marco normativo: 1. Derecho Internacional Privado de Fuente Nacional en Uruguay; 2. Derecho Internacional Privado de fuente internacional que vincula a Uruguay; III. Los hechos del caso; IV. La decisión judicial - Sentencia de Segunda Instancia N° 127/016-1 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno; V. Análisis del caso: 1. Carácter internacional del caso; 2. Fundamento normativo invocado en la Sentencia; 3. Estudio del Protocolo de San Luis mediante las conclusiones a las que arriba la Sala; VI. Conclusiones.

I. Breve aproximación al tema

Los accidentes de tránsito corresponden al alcance extensivo de la categoría responsabilidad extracontractual, la que en Derecho Internacional Privado abarca hipótesis tan diversas como la contaminación transfronteriza, la responsabilidad por hecho de los productos, el daño a la imagen o al nombre, entre otros.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Profesora Adjunta de Derecho Internacional Privado, Universidad de la República, Facultad de Derecho, Uruguay.

Las obligaciones extracontractuales son todas aquellas que nacen sin convención, debemos excluir aquí de la presente definición, las que tienen su causa u origen en una relación preexistente como pudiera ser una relación de familia en cuyo caso será incluida en el alcance extensivo de la categoría que le dio origen. En este sentido afirman los Profesores Javier Carrascosa y Calvo Caravaca que “A efectos del Derecho internacional privado, la expresión obligaciones extracontractuales designa el conjunto de todas aquellas obligaciones que no derivan ni de contrato ni de cualquier otra institución jurídica, como los alimentos, matrimonio, filiación, derechos reales, etc”.¹

La amplitud de supuestos que comprende la categoría responsabilidad extracontractual ha hecho preguntarse a la doctrina si es necesario realizar un tratamiento específico de cada uno de ellos, o si por el contrario el estudio genérico bajo un mismo criterio o conexión es suficiente. En su momento, año 1969, el reconocido catedrático francés Henri Batiffol se inclinó por mantener siempre un criterio general para evitar supuestos no previstos por los estudios de las distintas variantes de responsabilidad.²

Como han indicado diversos autores, entre ellos la Profesora Martha Szeinblum: “Ya desde los albores del Derecho Internacional Privado, la regulación por antonomasia de la misma ha sido la “*lex loci commissi delicti*”, una ley que es realmente fácil de ubicar en el espacio (...)”.³

No obstante, la regla *lex loci* del lugar donde ha sucedido el hecho como conexión para la categoría de marras, ha sido objeto de críticas así también de interpretaciones tanto doctrinarias como jurisprudenciales, no resultando por si sola una conexión suficiente para los diferentes supuestos que componen el crisol de la responsabilidad extracontractual.

Sin pretender abarcar todas las posibles conexiones que se fueron planteando y tratando de propiciar por medio de estas líneas ante sala del tema que nos convoca, compartimos las palabras de la Profesora Berta Feder: “(...) la *lex loci* no se considera apropiada para todos los supuestos,

1 CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. *Derecho Internacional Privado*, volumen II, 16º ed, Granada, Ed. Comares, 2016.

2 FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. “Ley aplicable y jurisdicción competente en materia de responsabilidad extracontractual a las puertas del Siglo XXI”, *RUDIP*, Año II N°2 1997, p. 60.

3 SZEINBLUM FELSCHER, Martha. “Reflexiones sobre la responsabilidad por hecho de los productos”, *RUDIP*, Año 6 N°6 2005, p. 127.

dado que no siempre es la ley más relevante ni la que tiene los lazos más estrechos o significativos con el núcleo del asunto controvertido. Esta inadecuación es notoria, entre otros, en algunos casos de accidentes de tránsito.”⁴ El ejemplo notorio lo constituye aquel en que se produce un accidente en el territorio de un Estado, en tanto, todas las personas involucradas en el mismo tienen su domicilio en un mismo Estado y diferente al del lugar del accidente, recordemos que ya desde el año 1960 en el *Leading Case* “*Babcock v. Jackson*”⁵ el domicilio común de las partes ha sido considerado relevante en tanto conexión con vocación reguladora, en tanto el lugar del accidente pudiera resultar un elemento fortuito. Veremos más adelante en el título “III. Los hechos del caso” cuál de los supuestos se constata en cuanto al domicilio de las partes.

II. Marco normativo

1. Derecho Internacional Privado de fuente nacional en Uruguay

Conforme al artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979, así como también al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho Aplicable a los Tratados de 1969, procedemos a aplicar el Derecho Internacional Privado de fuente nacional o interna, solamente, en ausencia de normas supranacionales que regulen la categoría entre los ordenamientos jurídicos involucrados en el caso.

Hasta la entrada en vigor de la recientemente aprobada Ley General de Derecho Internacional Privado recurrimos a distintos cuerpos normativos de fuente interna que contienen normas de nuestra materia. El texto ya clásico es el Apéndice del Código Civil, también llamado ley Vargas en honor a su autor: el Profesor Álvaro Vargas Guillemette, donde encontramos el artículo 2399 que regula los Actos Jurídicos como una macro categoría que comprende tanto hipótesis contractuales como extracontractuales, esto último es el resultado de la remisión expresa que se realiza al Tratado de

4 FEDER, Berta. “La responsabilidad por contaminación transfronteriza (Tema III de la Agenda de la CIDIP VI: Responsabilidad extracontractual, con énfasis en la responsabilidad por contaminación transfronteriza)”, *RUDIP*, Año V, N°5, 2003, p. 20.

5 SZEINBLUM FELSCHER, Martha. “Reflexiones sobre la responsabilidad por hecho de los productos”, *RUDIP*, Año 6, N°6, 2005, p. 135.

Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889. Los Actos Jurídicos están regulados por la conexión “lugar de cumplimiento”. El mismo debe interpretarse dado que es un punto de conexión jurídico, y para ello la norma en cuestión nos indica que debemos recurrir al mencionado Tratado, específicamente a los artículos 34 a 38. El artículo 38 regula las obligaciones que nacen sin convención, encontramos pues aquí el fundamento para la inclusión de la responsabilidad extracontractual en el artículo 2399 del Apéndice del C.C.

Conforme al citado artículo 38 del Tratado, la conexión que regula las obligaciones que nacen sin convención es el lugar de producción del hecho (*lex loci commissi delicti*), por lo que no se aparta del criterio tradicional. Siendo el único consagrado para todos los casos de responsabilidad extracontractual que puedan suceder.

Lo antes mencionado es en cuanto a Ley aplicable, en tanto para conocer los jueces competentes encontramos en el Apéndice del C.C. las bases de jurisdicción indicadas en el artículo 2401. El actor podrá demandar ante los jueces del Estado cuya ley resulta aplicable al caso (criterio Asser), en virtud del cual son competentes, los jueces del Estado del lugar de producción del hecho. Así mismo, el artículo contiene una opción a favor del actor, ya que éste podrá demandar si así lo decide ante los tribunales del Estado del domicilio del demandado (criterio subjetivo domiciliario), siempre que se traten de acciones personales patrimoniales.

Al hablar de la fuente nacional no podemos dejar de mencionar el artículo 2403. Este permite modificar las reglas de competencia tanto legislativas como judiciales sólo cuando la ley que resulte aplicable al caso así lo permita. Algunos autores le han llamado autonomía de la voluntad chica, restringida o acotada; por lo general la misma es desarrollada al abordar los contratos internacionales.⁶

2. Derecho Internacional Privado de fuente internacional que vincula a Uruguay

Siguiendo un orden cronológico encontramos en primer lugar el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, como se mencionó *ut supra*, el mismo regula la ley aplicable en su artículo

⁶ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Jusprivatista Internacional Contemporánea”, *Revista Derecho Comercial y de la Empresa*, N°29-30, Enero-Junio 1984, pp. 73-90.

38, seleccionando la conexión tradicional de la *lex loci*. En cuanto al juez competente debemos dirigirnos al artículo 56 que al igual que el Apéndice del C.C. consagra el criterio Asser previamente explicado. Así como también el criterio subjetivo domiciliario, es decir el domicilio del demandado a opción del actor. Cabe agregar que el Tratado no ha perdido su ámbito de vigencia espacial por lo que vincula a Uruguay, Bolivia, Colombia y Perú.

El siguiente texto en la cronología es el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, el cual vincula en cuanto a su ámbito espacial de vigencia a Uruguay, Argentina, y Paraguay. Habiendo textos posteriores y vigentes que nos vinculan con estos mismos países lo tornan inaplicable en lo que respecta a accidentes de tránsito. Por lo cual no se procederá a realizar un análisis de su contenido.

El tercer texto supranacional es de carácter bilateral, que vincula a Uruguay y Argentina. Se trata del Convenio de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito, realizado en la ciudad de Buenos Aires en el año 1991. Pero existiendo un texto posterior que vincula a estos dos países y que relacionaremos inmediatamente, éste Convenio ha perdido también su vigencia espacial.

El cuarto texto supranacional es de carácter multilateral, emanado del Foro del MERCOSUR, y vincula en su ámbito espacial a Uruguay, Argentina, Brasil y Paraguay, siendo éste último el Estado depositario de los instrumentos de ratificación. Nos referimos al Protocolo de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Parte del MERCOSUR (de ahora en más le llamaremos El Protocolo o El Protocolo de San Luis), hecho en la Provincia de San Luis - Argentina en el año 1996, por decisión 001/1996 del Consejo del Mercado Común (CMC).

En cuanto a las aprobaciones legislativas del Protocolo fueron realizadas en el siguiente orden: Paraguay la realizó por Ley N° 1.205 de fecha 23 de diciembre de 1997, Uruguay la realizó por Ley N° 17.050 de fecha 14 de diciembre de 1998, Brasil la realizó por Decreto Legislativo N° 259 de fecha 15 de diciembre de 2000, por último Argentina la sancionó por Ley N° 25.407 con fecha 7 de junio de 2001. Todos los Estados depositaron los correspondientes instrumentos de ratificación encontrándose por tanto en vigor, según informa la autoridad depositaria.⁷

⁷https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado

A la decisión 001/1996 del CMC se le practicó una Fe de Errata por decisión 006/1997 del CMC, la cual reza: “(...) se incurrió en un error en la redacción final, al omitir un apartado en el artículo 3º, correspondiendo su rectificación a la Sección Nacional Argentina del Grupo Mercado Común, en virtud de que la República Argentina ejercía la Presidencia Pro Tempore cuando se acordó dicho Protocolo. El texto que deberá ser incorporado como párrafo tercero del referido artículo es el siguiente:

El Tribunal determinará el domicilio común atendiendo la razonabilidad de las circunstancias del caso, si alguno de los hechos contemplados en el art. 2º literal a) y b) ocurrieran en un mismo Estado.

El Protocolo será analizado durante el desarrollo del análisis del caso en el Título V del presente trabajo, por lo que no nos adentraremos en su contenido en este apartado.

III. Los hechos del caso

El accidente de tránsito sucede en la localidad de San Carlos del departamento de Maldonado – Uruguay con fecha 30 de abril del año 2006. El día de los hechos se encontraba lloviendo y estaba anocheciendo, por lo que la visibilidad no era buena. Los vehículos involucrados se dirigían por la Ruta Nacional N°10 en el mismo sentido. Uno de los automóviles era manejado por Pablo, siendo su acompañante Romina, ambos con domicilio en Uruguay. El otro automóvil era conducido por Carlos con domicilio en Argentina.

Si bien ambos vehículos circulaban en la misma dirección, el automóvil de Carlos llevaba la delantera respecto del de Pablo. Carlos circulaba por la derecha a baja velocidad ya que se estaba aproximando a la vivienda donde estaba residiendo en ese momento, Pablo en tanto circulaba a 80 Km por hora en zona de 90 Km por hora por el lado izquierdo.

Carlos realiza una maniobra de giro a la izquierda para ingresar a su vivienda (la misma quedaba sobre el lado izquierdo, en tanto el circulaba por el lado derecho). Para proceder a realizar el giro, previamente se hace aún más hacia la derecha para no “comerse”⁸ la entrada de la

⁸ Extraído de la Sentencia de Segunda Instancia N° 127/016-1 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1º Turno.

casa. El consideró que encendió el señalero y que la distancia por la que veía en el espejo retrovisor al coche de Pablo era suficiente para concretar la maniobra con éxito. No obstante alega que al momento de girar se encontró con el automóvil de Pablo casi encima o como expresó literalmente “clavado” a su lado.

Pablo por su parte sostuvo no haber visto encendido nunca el señalero del automóvil delantero, observando que el vehículo de Carlos se hacía cada vez más hacia la derecha, entendió le estaba permitiendo adelantarle, sin embargo, se encontró con una repentina maniobra de giro por parte de éste que le cierra el paso. Es entonces cuando Pablo tratando de no colisionar con el vehículo de Carlos, se desvió hacia su derecha por lo cual finalmente el automóvil de Pablo se estrelló contra una alcantarilla.

Para mayor claridad, ambos vehículos circulaban en una misma dirección, al realizar Carlos el giro a la izquierda, y habiendo partido desde el lado derecho de la ruta para hacerlo, se coloca en posición perpendicular al sentido de circulación. Es así como bloquea el paso de Pablo que venía circulando por la izquierda unos metros más atrás. La única salida de Pablo para no chocar a Carlos fue dirigir el volante a su derecha, logró evitar a Carlos pero se topó contra una alcantarilla, produciéndose un accidente del que emergieron distintos perjuicios.

Tenemos por tanto un accidente de tránsito que tiene lugar en Uruguay entre una persona domiciliada en Argentina y otra en Uruguay, quedando clara la existencia de los elementos de extranjería relevantes para nuestra materia.

IV. La decisión judicial - Sentencia de Segunda Instancia N° 127/016-1 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno

Pablo y Romina son los actores del caso judicial, quienes habiendo presentado demanda en el año 2008 contra Carlos, obtienen una sentencia de Primera Instancia dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de San Carlos de 1° Turno. Por la referida “se amparó parcialmente la demanda y, en su mérito, se condenó a Carlos (...) a pagar a los actores Pablo (...) y Romina (...) la suma de \$ 134.670 en concepto de daño emergente y la suma de U\$S 223 por concepto de gastos médicos, según

9 Extraído de la Sentencia de Segunda Instancia N°127/016-1 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno.

lo expuesto en los Considerandos 8 y 9 de la presente sentencia, más el reajuste establecido en el Decreto-Ley N° 14.500 e intereses legales desde la fecha del evento dañoso, desestimando las pretensiones de reparación de daño moral y de costo de alquiler de la vivienda, todo sin especial sanción procesal”.¹⁰

Por tanto con una sentencia de primera instancia que acogió parcialmente la demanda y siendo condenado el demandado, éste procedió a apelar, acto procesal con el que da comienzo a la segunda instancia con fecha 19/05/2016¹¹ y culmina con Sentencia de fecha 14 de setiembre de 2016 del TAC de 1° Turno siendo su redactora la Ministro Dra. Nilza Salvo.

La Sala resolvió dictar decisión anticipada conforme lo dispuesto por el artículo 200.1 del Código General del Proceso,¹² por este procedimiento no se dilata innecesariamente la resolución del caso.

La Sentencia de primera instancia es confirmada parcialmente,¹³ ya que para el cálculo del daño emergente relativo al costo de reparación del vehículo dispone que el mismo debe realizarse mediante el procedimiento del artículo 378 del Código General del Proceso. El cual se trata de un incidente de liquidación, por lo que el monto definitivo por este concepto surgirá de dicho incidente procesal. Por lo demás la sentencia recurrida es confirmada incluso en lo relativo al momento desde cuando debieran computarse los intereses.¹⁴

10 Extraído de los Resultandos de la Sentencia de Segunda Instancia N°127/016-1 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno. Se han eliminado los segundos nombres de pila y los apellidos de las partes por la autora.

11 La fecha de inicio del trámite de segunda instancia surge del sitio Web de Consulta de Expedientes Judiciales: <http://expedientes.poderjudicial.gub.uy/Consulta.php>

12 CGP artículo 200.1 “En segunda instancia, los cuerpos colegiados podrán resolver, en cualquier momento, el estudio en el Acuerdo por unanimidad de votos, aunque se hubiere ofrecido prueba. En este último caso, deberá fundar las razones para prescindir de la prueba.

La integración del tribunal por discordia no obstará al dictado de decisión anticipada.”

13 El Tribunal F A L L A: CONFÍRMASE LA SENTENCIA APELADA, SALVO EN CUANTO CONDENÓ A PAGAR LA SUMA DE 134,670 POR CONCEPTO DE DAÑO EMERGENTE POR COSTO DE REPARACIÓN DEL VEHÍCULO, EN CUYO ASPECTO SE LA REVOCA Y, EN SU LUGAR, SE DIFIERE LA DETERMINACIÓN DEL MONTO AL PROCEDIMIENTO PREVISTO POR EL ART. 378 DEL CGP Y SOBRE LAS BASES ESTABLACIDAS EN EL CONSIDERANDO V.- SIN ESPECIAL CONDENACIÓN EN LA INSTANCIA. Extraído de la Sentencia de Segunda Instancia N°127/016-1 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno.

14 Ahora bien, sabido es que este Tribunal en su actual integración entiende, por unanimidad, que los intereses legales corren desde la exigibilidad, que puede coincidir o no con la fecha de producción del hecho ilícito.- En el presente, los gastos por asistencia médica se abonaron el 30/4/2006, que coincide con el día del accidente (véase recibo de fs. 13), de lo que se deriva que corresponde confirmar la recurrida en este aspecto. Extraído de

En suma, el perdidoso ha sido el demandado tanto en la Sentencia de primera instancia como en la confirmatoria parcial de segunda instancia que venimos de ver.

V. Análisis del caso

1. Carácter internacional del caso

Tal como pudo apreciarse en el Título III de los hechos del caso, nos encontramos ante un accidente de tránsito con elementos de extranjería relevantes que lo hacen objeto de estudio del Derecho Internacional Privado. El lugar del accidente ha sido en Uruguay y uno de los involucrados en el mismo se encuentra domiciliado en Argentina.

El carácter internacional del caso podemos obtenerlo o apreciarlo aplicando distintos criterios: el positivo, el teórico y el objetivo. Centrándonos en el criterio objetivo diremos que: “ (...) son internacionales las relaciones privadas que tienen contactos objetivos con más de un estado (...), debe observarse en principio todos los elementos fácticos o jurídicos que componen la relación. Si alguno de esos elementos está situado en otro estado, deberá recurrirse a las normas de conflicto aplicables”.¹⁵ Desde ésta óptica no quedan dudas sobre la internacionalidad en tanto lugar del accidente y domicilio de una de las partes se realizan en Estados diferentes., siendo los ordenamientos jurídicos involucrados el uruguayo y el argentino.

La Sala da por sentado el carácter internacional del caso, ya que no se detiene en los criterios o elementos internacionalizantes, se dedica a señalar el fundamento de Derecho Internacional Privado que le permitirá encontrar la ley material aplicable al mismo. Sin perjuicio de lo cual al adentrarse en las fuentes normativas menciona los elementos de extranjería dado que éstos se encuentran explicitados en El Protocolo de San Luis.

la Sentencia de Segunda Instancia N° 127/016-1 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno.

15 LORENZO IDIARTE, Gonzalo A. “¿Cuándo un contrato es internacional? Análisis desde una perspectiva regional”, KLEINHEISTERKAMP, Jan y LORENZO IDIARTE, Gonzalo A. (coords.), *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina* – Liber Amicorum Jürgen Samtleben, 1° ed., Montevideo, FCU, 2002, p. 114.

2. Fundamento normativo invocado en la Sentencia

El Tribunal realiza una correcta lectura de las fuentes normativas, mencionando el Convenio Bilateral entre Uruguay y Argentina en materia de accidentes, explicando luego que el mismo es inaplicable por existir una norma posterior, la cual es el multicitado Protocolo de San Luis. En tal sentido expresa: “Las soluciones de ambos instrumentos son prácticamente equivalentes y en tanto los Estados Parte del Convenio Bilateral (Argentina y Uruguay) lo son también del Convenio del MERCOSUR, como este último es posterior cronológicamente, corresponde analizar las soluciones consagradas en este Convenio.”¹⁶.

Existiendo norma de fuente supranacional, como se mencionó *ut supra* en el Título correspondiente al marco normativo, no corresponde consultar el Derecho Internacional Privado de Fuente Nacional.

El Protocolo de San Luis tiene como antecedente directo el texto Bilateral, inspirado también en soluciones del foro codificador de La Conferencia de La Haya. Se ha pretendido encontrar soluciones específicas para los países del MERCOSUR en una categoría que forma parte de nuestra cotidianeidad, tal como señala el Profesor Tellechea: “El Protocolo, aprobado por el Consejo del Mercado Común por Decisión 1/96 (37) del 25 de junio de 1996, reconoce como antecedentes directos el Convenio uruguayo-argentino sobre Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito, en vigor desde 7.5.1995, y a través del mismo, varias de las soluciones previstas por la Convención de La Haya de 1971 sobre Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por Carretera. Su finalidad ha sido dotar al MERCOSUR de una regulación específica y uniforme sobre la ley aplicable y la jurisdicción competente en relación al creciente número de accidentes de tránsito acaecidos en un Estado Parte, en el que participen o resulten afectadas personas domiciliadas en otros, arto 1. Hipótesis comprensiva tanto de accidentes en los cuales todos los afectados estén domiciliados en otro u otros Estados Parte, cuanto de aquellos en que uno de los involucrados posea su domicilio en el Estado Parte donde acaeció el accidente y el otro en una Parte diferente”.¹⁷

16 Extraído de la Sentencia de Segunda Instancia N°127/016-1 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno.

17 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Soluciones concluidas en el MERCOSUR en materia de jurisdicción internacional: Análisis de los protocolos de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual y de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 24, 2005, p. 84.

3. Estudio del Protocolo de San Luis mediante las conclusiones a las que arriba la Sala

Luego de proceder a identificar correctamente la fuente, el Tribunal comienza el análisis de la aplicación material y subjetiva del mismo. Explica por tanto que el caso de marras encuadra perfectamente en el artículo primero del Protocolo de San Luis.

De lo dicho anteriormente pasa al artículo tercero y afirma: “será regulada por la ley del Estado Parte en cuyo territorio se produjo el accidente, en el caso, Uruguay.”¹⁸ En este punto cabe detenerse un momento, ya que la norma en cuestión se refiere concretamente al “derecho interno del Estado Parte”, esto ha sido así para evitar cualquier posibilidad de reenvío. De todas maneras esta expresión hubiera podido ser mejorada técnicamente, tal como sostiene la Profesora Fresnedo. Pues para evitar el reenvío la norma debió haber dicho derecho material interno y no sólo “derecho interno”, ya que las normas de conflicto de fuente nacional pertenecen también al derecho interno.¹⁹ Siendo la referencia máxima lo que se ha buscado eliminar hubiera sido una mejor redacción la sugerida por la Profesora Fresnedo, sin perjuicio de lo cual es clara la intención de los legisladores internacionales en excluirlo.

Más allá de ésta teórica disquisición, la conclusión a la que se llega es que la ley aplicable es la Uruguaya en tanto lugar del accidente.

La sentencia también analiza la segunda hipótesis para ley aplicable, aunque no sea la que corresponde al caso. En esta segunda hipótesis si las partes involucradas en el accidente tuvieran todas un domicilio común en un mismo Estado Parte la ley aplicable sería de manera preceptiva la de dicho Estado. La Sala descarta esta posibilidad sosteniendo que los actores tienen su domicilio en Uruguay en tanto el demandado lo tiene en Argentina. Ahora bien, a la hora de hablar de domicilio, no se realiza un análisis del artículo segundo del Protocolo y se refiere únicamente al domicilio denunciado por la parte actora, por lo que en este punto la prueba sobre el domicilio se limita a una declaración de parte: “para esta hipótesis, el derecho aplicable sería el del Estado del domicilio común de las partes, lo que no se da en presente en tanto el actor denunció como

18 Extraído de la Sentencia de Segunda Instancia N°127/016-1 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno.

19 FRESNEDO, Cecilia. expresiones vertidas en clases de los cursos de los cuales es Titular en la Universidad de la República – Facultad de Derecho.

domicilio real el de la calle (...) de la ciudad de San Carlos (fs. 15)”²⁰.

Inmediatamente procede al análisis de la jurisdicción la que se encuentra regulada por el Protocolo de San Luis en el artículo séptimo cuyo contenido es el siguiente: “Para ejercer las acciones comprendidas en este Protocolo serán competentes, a elección del actor, los tribunales del Estado Parte: a) donde se produjo el accidente; b) del domicilio del demandado; y c) del domicilio del demandante”.

En el caso el Tribunal observa que el actor estaba en condiciones de optar por los jueces uruguayos en tanto son los del lugar de su domicilio (recordemos que es el domicilio declarado por la propia parte), como también son los jueces uruguayos los del lugar donde ocurrió el accidente.

Habiendo establecido la competencia y la ley aplicable, la sentencia se dedica a analizar los agravios del recurrente, aplicando como corresponde la ley uruguaya para analizar sobre el límite de velocidad, la maniobra de giro a la izquierda (sobre ésta, cita doctrina uruguaya: Profesor Gamarra), por su parte a la hora de analizar la cuantía del daño emergente aplica también la normativa uruguaya así como para la consideración desde cuando se computan los intereses. Por tanto todos los agravios incoados por el perdidoso fueron analizados y resueltos conforme a la ley que correspondía ser aplicada al caso de conformidad a la fuente normativa de Derecho Internacional Privado, esto es el ya mencionado Protocolo de San Luis.

VI. Conclusiones

Entendemos que es una muy buena sentencia de segunda instancia desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, pues existe una correcta aplicación de sus fuentes, y concluye acertadamente que debe aplicar las soluciones del Protocolo de San Luis para el accidente de tránsito. Sin perjuicio de lo cual nos merece tres consideraciones que hubieran hecho de esta sentencia un texto ejemplar para nuestra materia.

La primera consideración es referente al artículo segundo del Protocolo, ya que allí encontramos una norma material que ha definido el domicilio de las partes y debe ser tomada en consideración para que

²⁰ Extraído de la Sentencia de Segunda Instancia N° 127/016-1 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno. Se ha suprimido la dirección por parte del autor.

no se altere la conexión aplicable, tanto para ley como para juez. Como venimos de ver en el apartado anterior, el domicilio que la Sentencia toma en consideración para sostener que no existe un Domicilio común, es el proporcionado por declaración por la parte actora. No se ha relevado prueba alguna sobre la realidad de dicha declaración. Por lo que no hay una certeza razonable sobre el domicilio de al menos una de las partes, con lo cual eventualmente se pudiera estar modificando en el caso concreto la ley aplicable. Creemos necesario destacarlo, porque hemos observado como la jurisprudencia en diversas categorías y en reiteradas oportunidades, no realiza un relevamiento adecuado sobre la prueba de la conexión domicilio o sus elementos constitutivos, que en este caso se encuentran dados a texto expreso por el propio Protocolo. La conexión como clave o elemento que identifica el derecho aplicable y en otras ocasiones el juez competente (no se hace hincapié en el caso respecto de juez ya que la opción por el lugar del accidente nos conduce a la competencia de tribunales uruguayos), es un elemento fundamental, sobre el cual los jueces en general, debieran procurar obtener mayor prueba y certeza sobre el mismo en cuanto a su concreción. Más aún, si consideramos que el Protocolo busca unificar soluciones para el MERCOSUR e incluyó una norma para definir el domicilio de personas físicas y también de las jurídicas. Es práctica habitual que los jueces tomen como domicilio de las partes, aquel que declaran en la demanda o escrito de contestación sin mayores indagaciones de oficio.

La segunda consideración de menor peso, pero que entendemos debe efectuarse es la referencia al artículo tercero, donde no se realiza una cita textual del mismo en la sentencia, por lo que no se incluye la referencia al “derecho interno” que busca excluir el reenvío, en el caso concreto no generó dificultades prácticas ya que se procedió a aplicar el derecho material interno uruguayo. De todas maneras, entendemos superior la conducta de citar la fuente normativa fielmente ya que pudieran originarse problemas de aplicación por una errónea invocación, lo que en el caso, se aclara una vez más, no ha sucedido.

La tercera consideración guarda relación con lo que la sentencia no dice a texto expreso. No hace referencia al artículo quinto del Protocolo, aplica las normas de circulación del lugar del accidente, pero no realizó la correspondiente fundamentación. Así tampoco, hace referencia al artículo sexto del Protocolo, el mismo no es taxativo, nos habla de algunos de los aspectos regidos por la ley que resulte aplicable conforme a los artículos tercero y cuarto. Entre ellos a texto expreso se invoca el

plazo de prescripción, plazo que pudiera discutirse su naturaleza procesal, no obstante se encuentra dentro de la ley aplicable al fondo del asunto y que varía de un Estado a otro e incluso aún dentro del mismo Estado es modificado legislativamente en ocasiones. Seguramente la omisión se ha debido al grado de complejidad del caso, que no ha requerido realizar un análisis pormenorizado de los aspectos abarcados por la ley aplicable a la categoría.

En definitiva, sin perjuicio de las omisiones que muchas se comprenden por las características propias del caso. La consideración que nos merece cierta preocupación es la referente a la ausencia de prueba sobre la realización del punto de conexión domicilio. Por lo demás la sentencia es como se dijo al comienzo de las conclusiones, muy buena, ordenada, y a diferencia de algunas en las que se nombran todas las fuentes del marco normativo existente, hemos apreciado que en la estudiada, se ha realizado una descripción precisa y adecuada.

Para finalizar, pensemos que en un hecho tan recurrente como lo son los accidentes de tránsito con elementos de extranjería relevantes, si no tuviéramos el Protocolo de San Luis, estaríamos aplicando entre Argentina, Paraguay y Uruguay las soluciones del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940. El cual no contiene la solución especial de la ley del domicilio común y en cuanto a juez no posee la opción de recurrir por el actor ante los tribunales de su propio domicilio (a menos que lo hiciera como prórroga de jurisdicción y necesitaría de que el demandado compareciera y no objetase la competencia). En tanto Con Brasil estaríamos a los avatares de los Derechos Internacionales Privados de fuente interna y sus efectos territoriales. Pensemos que el Protocolo de San Luis ha dado, para una categoría de cotidiana realización, un paso sumamente relevante en el camino de la integración en su faceta jurídica entre los Estados que formamos parte del MERCOSUR. Pensemos por último, que cada día los Tribunales realizan una mejor aplicación de la norma, en mérito tanto, a la especialización de los operadores del Derecho, como también, por los esfuerzos desde la Academia por difundir el Derecho Internacional Privado, para que éste llegue a todos los operadores jurídicos.

PARTE IV

COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL

RECHAZO DE LA NACIONALIDAD COMO CAUSA DE RECHAZO DE LA EXTRADICIÓN

**Sentencia definitiva de la Suprema Corte de
Justicia, “AA-SU Extradición - CasaciónN
PENAL. IUE 566-15/2019”, 30/07/2020**

*Gonzalo A. Lorenzo Idiarte**

Sumario: I. Introducción; II. Marco normativo; III. Los hechos; IV. La decisión judicial; V. Análisis del caso: 1. El problema de las fuentes: incompatibilidad el tratado anterior con el posterior, 2. El principio de igualdad, 3. El principio de reciprocidad; VI. Conclusiones.

I. Introducción

La extradición es un instituto particular, donde deben contemplarse los intereses de la persona humana, los intereses de la Justicia y los de la comunidad internacional. Como dice Vieira, la extradición enfrenta “los derechos de un estado que reclama a una persona para un proceso penal y los de otro Estado que debe satisfacer un reclamo de un miembro de la comunidad internacional”.¹

Nuestra doctrina tradicional distingue tres aspectos conceptuales distintos: el acto de extradición, que consiste en la entrega de la persona

* Profesor Titular (Gr. 5) de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Profesor Titular en la Universidad de Montevideo, Dr. jur. Universität Bremen. Varias veces investigador en el Max Planck Institut de Derecho Internacional Privado y Comparado.

1 VIEIRA, Manuel. “L’évolution récente de l’extradition dans le continent américain”, en *Recueil des Cours* (Volume 185), p. 220.

reclamada al estado requirente, para someterse a proceso o para cumplir una condena ya determinada; el proceso de extradición, consistente en los actos jurisdiccionales tendientes a determinar si corresponde a derecho proceder a la entrega de la persona requerida, incluyendo la decisión sobre si corresponde mientras tanto la detención del individuo cuya entrega se requiere; y el procedimiento de extradición, que comprende los puntos anteriores pero también incluye las actuaciones y eventuales decisiones gubernamentales y administrativas que preceden y siguen al proceso de extradición.²

Todavía hoy es objeto de discusión si el instituto de la extradición debe posicionarse dentro del más amplio capítulo de la cooperación penal internacional, o si el instituto requiere un tratamiento con bases y principios propios, más garantistas para el individuo y más comprometedores para los Estados.

En efecto; Operti, ha sostenido la necesidad de separar a la extradición de la cooperación o asistencia penal, porque en el caso de la asistencia, “la actividad que se desarrolla en el Estado cooperador, en principio, es inocua para el propio Derecho territorial del Estado que la presta, y adquiere relevancia y significación jurídica en el Estado que la solicita”.³ La extradición supone, para el mismo autor, “una contribución efectiva a la privación de libertad y a la imposición de la pena, que convierte en primer lugar al acto de la detención provisoria luego a la entrega misma, en actividad jurisdiccional relevante, tanto para el Estado que presta la asistencia como para el Estado que recibe el beneficio.⁴ En esta misma tesitura se encuentra Tellechea, para quien para quien “la extradición supone una actividad jurisdiccional de especial importancia también para el Estado que presta la asistencia, traducida en la detención provisoria del requerido y luego, en su eventual entrega”.⁵

Por su parte, Cervini, entiende que no debería separarse tan marcadamente la extradición de la cooperación, asistencia o entreaayuda penal internacional, por cuanto entiende que “ello conlleva la tendencia

2 VIEIRA, Manuel, GARCÍA ALTOLAGUIRRE, Carlos. *Extradición*, Montevideo, FCU, 2001, p. 27.

3 OPERTTI, Didier, “Características de la moderna cooperación penal internacional en asuntos penales con especial referencia a los últimos desarrollos convencionales en el ámbito multilateral y bilateral” en *Curso de Cooperación Penal Internacional*, Montevideo, Carlos Alvarez Editor, 1994, pp. 224-225.

4 Op. cit. nota 4, p. 225.

5 TELLECHEA, Eduardo, “La extradición en el código del procesal penal, libro IV, Procesos especiales, Extradición y leyes modificativas”, *RUDIP 10*, 2018, p. 349.

a concentrar las garantías casi exclusivamente en el campo extradicional, donde la vulnerabilidad de los Derechos humanos aparece más evidente, dejando un tanto desprotegida la situación de los individuos involucrados en medidas de siempre asistencia, las que suelen interpretarse exclusivamente como formas de cooperación entre Estados”. Por ello, y sin perjuicio de aceptar ciertas particularidades, se inclina por la tesis más flexible, que incluye a la extradición dentro de la cooperación judicial penal internacional, como un “estatuto normal global de auxilio internacional y garantías en todos sus niveles”.⁶

La relevancia de la cuestión no es solo terminológica o sistemática (esto es dentro de qué categorías más amplias incluimos a la extradición), sino que la distinción tiene consecuencias en punto a los requisitos que deben controlarse para hacer lugar o no al pedido de cooperación, y fundamentalmente a las causales que pueden alegarse para negar la extradición. Son interesantes los desarrollos que realiza la Suprema Corte de Justicia en la sentencia que se comenta, relativos a estos aspectos que venimos de resaltar.

En Uruguay, luego de una cierta tendencia doctrinaria a reducir el carácter político del instituto, muy relacionado a la afectación de la soberanía estatal, para acercarlo cada vez más a un grado superior de cooperación judicial internacional y, por ello, a una obligación internacional propiamente dicha, el Nuevo Código de Procedimiento Penal,⁷ vino a reinstaurar la facultad del Poder Ejecutivo –aunque de manera excepcional– de “rechazar solicitudes de extradición, en casos extraordinarios en los que medien razones fundadas para estimar que de su cumplimiento o su mero diligenciamiento, puedan resultar consecuencias seriamente perjudiciales para el orden y la tranquilidad interna de la República, o para el normal desenvolvimiento de sus relaciones internacionales. También podrá rechazar las solicitudes formuladas por Estados cuya legislación y/o prácticas en la materia, no guarden razonable similitud con las del Estado uruguayo”.⁸ Esta ratificación de las facultades otorgadas al Poder

6 CERVINI, Raul, “La cooperación judicial penal internacional. Concepto y proyección”, en *Curso de Cooperación Penal Internacional*, Montevideo, Carlos Alvarez Editor, 1994, pp. 22-23.

7 Ley N° 19.293 de 19/12/2014.

8 Artículo 335. (Rechazo excepcional por el Poder Ejecutivo). El Poder Ejecutivo podrá rechazar solicitudes de extradición, en casos extraordinarios en los que medien razones fundadas para estimar que de su cumplimiento o su mero diligenciamiento, puedan resultar consecuencias seriamente perjudiciales para el orden y la tranquilidad interna de la República, o para el normal desenvolvimiento de sus relaciones internacionales. También podrá rechazar las solicitudes formuladas por Estados cuya legislación y/o prácticas en la materia, no guarden razonable similitud con las del Estado uruguayo.

Ejecutivo, por razones notoriamente políticas (inclusive la “similitud” de legislaciones o prácticas con el Estado requirente pueden calificarse como tales), aun cuando exista ya (aunque el punto no se aclara) un pronunciamiento judicial, sigue mostrando a la extradición como una institución donde la soberanía, las relaciones político-institucionales entre los Estados y otros factores políticos como “el orden y la tranquilidad interna”, juegan un rol preponderante. Más allá del carácter excepcional y reglado del rechazo político, es evidente que esto trasluce una cierta naturaleza diferente entre este instituto y la asistencia o entreatyuda internacional judicial penal en sentido estricto. Y aunque pueda no coincidir con la solución legislativa, asiste razón a Operti cuando resalta los componentes políticos –o extrajurídicos- que siguen vigentes en la extradición y no así en la entreatyuda. Además de este componente, es evidente que la afectación del bien jurídico tutelado, y del Estado requerido es de tal magnitud que ameritan otorgar al instituto una cierta naturaleza diferente a la mera cooperación internacional penal.

Finalizando esta breve introducción, destacamos que en el caso que se comentará se analizará exclusivamente un par de aspectos de lo que técnicamente se ha denominado *extradición pasiva*, esto es la que se da cuando el Estado en que se encuentra el delincuente, o presunto delincuente, recibe la petición para su extradición o hace entrega del mismo al reclamante. El comentario de otras manifestaciones de la extradición, como la denominada activa, que es la parte del proceso que se en el Estado que requiere a otro la entrega de la persona, no resulta pertinente para este trabajo.

II. Marco normativo

Uruguay es parte de innumerables acuerdos de extradición en línea con su vocación internacionalista e integracionista. El instituto es regulado no sólo en tratados específicos, sino también en otras convenciones cuya materia principal no es la extradición pero que contienen normas sobre la misma. Tal el caso, por ejemplo, de la Convención de Asilo de La Habana de 1928, la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de París de 1948, la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas de 1954, la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), hecha en Nueva York, el 15 de noviembre de

2000, el Protocolo Adicional a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional relativo a Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, el Protocolo Adicional a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, hecho en Roma, el 17 de julio de 1998, la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Ley N° 18.420), la Convención interamericana contra el terrorismo (Ley N° 18.070), la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley N° 18.056), entre muchos otros.⁹

Uruguay ha seguido celebrando tratados bilaterales específicos sobre extradición de manera ininterrumpida. A modo de ejemplos recientes, podemos mencionar con países europeos, los convenios con Portugal (Ley N° 19.704) o Italia (Ley N° 19.586), y con países latinoamericanos los convenios con Perú (Ley N° 18.584), Panamá (Ley N° 18583) o México (Ley N° 17.822).

Los tratados multilaterales mencionados, han sido de pacífica aplicación cuando los hechos caen en su ámbito de aplicación y no hay tratado de bilateral de extradición entre los países involucrados. Recientemente así fue dispuesto, por ejemplo, en relación a la Convención de Palermo sobre delincuencia organizada transnacional.¹⁰

Una reseña de todos los tratados, convenios, convenciones y protocolos que contengan normas sobre extradición excede el objeto de este comentario. Hemos mencionado sólo algunos para demostrar la posición constante y de larga data de Uruguay en favor de la celebración de este tipo de acuerdos y su vocación cooperativa en el ámbito internacional y en esta materia.

En lo que respecta al caso en análisis están fundamentalmente en juego dos instrumentos que nos vinculan en particular con Brasil: el Acuerdo sobre extradición entre los estados Partes del MERCOSUR

9 Una recopilación útil en su momento –ahora desactualizada– podemos encontrar en la obra de TELLECHEA, Eduardo y ALVAREZ Cozzi, Carlos. *Extradición, normas nacionales y convencionales*, 2ª Edición, Montevideo, Editorial Universidad, 1997.

10 Sentencia 372/2018 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er Turno, publicada en Base de Jurisprudencia Nacional.

y la República de Bolivia y la República de Chile, aprobado por la Ley N° 17.498 (en adelante “Acuerdo del MERCOSUR”) y el Tratado de extradición de criminales entre Uruguay y Brasil, aprobado por Ley N° 5.643, de 1916 (en adelante “el Tratado Bilateral”). Con carácter más general, en el caso se aplica y analiza especialmente la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados (en particular, su artículo 30). También resultó relevante en el caso la normativa interna en materia de extradición, en concreto el Nuevo C.P.P. su Libro IV Título I que trata del régimen y procedimiento de la extradición (en adelante denominado “CPP”).

III. Los hechos

Tomamos los hechos de la relación que consta en la propia sentencia.

El 26 de abril de 2019, la República Federativa de Brasil requirió, por vía diplomática, la extradición del ciudadano uruguayo “AA” (la sentencia se publica sin nombre), con los siguientes antecedentes. El requerimiento fue formulado en base a la resolución del Primer Juzgado Federal de la Subsección Judicial de Río Grande, que pidió su extradición y prisión preventiva en el marco de una investigación por la eventual comisión de los delitos de organización criminal o delictiva (artículo 2° de la Ley N° 12.850/13) y tráfico internacional de drogas (artículo 33 c/c artículo 40, inciso I, de la Ley N° 11343/06).

El Ministerio Público brasileño acusó al Sr. AA de formar parte de una organización delictiva que traficaba drogas entre Brasil y Uruguay (causa N° 5005886-50.2018.4.04.7101).

Se trata pues de lo que se denomina doctrinariamente una extradición *procesal o cognitiva*, que es la destinada a obtener la entrega de una persona para ser procesada, y se distingue de la denominada *extradición ejecutiva*, cuya finalidad es obtener la entrega de la persona para que cumpla con una condena ya impuesta.¹¹

El 29 de abril de 2019, el Ministerio de Relaciones Exteriores presentó ante la Suprema Corte de Justicia la documentación relativa

11 Cf. VIEIRA, Manuel, nota 3 p. 30.

al pedido de prisión preventiva y extradición del Sr. AA y se remitió el pedido de extradición al Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal Especializado en Crimen Organizado de Tercer Turno. Además, se dejó constancia de que el Sr. AA ya se encontraba privado de libertad a la orden del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal Especializado en Crimen Organizado de Cuarto Turno.

El Juzgado al cual se remitió el oficio, asumió competencia y, en el marco de lo dispuesto en el artículo 329.3 del C.P.P., Ley N° 19.293, tramitó el pedido de extradición aplicando el procedimiento previsto en ese código en el Libro IV (Proceso especiales), Título I (Del régimen y procedimiento de la extradición).

La sentencia definitiva de primera instancia desestimó la solicitud de extradición en los siguientes términos (Dra. Beatriz Larrieu, Sentencia N° 7/2019 de fecha 13 de agosto de 2019):

Desestímase la solicitud de extradición formulada por el 1er. Juzgado Federal de Rio Grande (Brasil) respecto del ciudadano uruguayo AA. Dése cumplimiento a lo dispuesto por el art. 11 N° 3 del acuerdo sobre extradición entre los estados partes del MERCOSUR, en virtud del cual las autoridades uruguayas competentes deberán proceder a la investigación de la actividad presuntamente delictiva desarrollada por AA, de acuerdo a las resultancias de la documentación remitida por el Juzgado requirente, y eventualmente someter al mismo a proceso penal en nuestro país, si correspondiere. Asimismo, deberán mantener informado al Juzgado requirente sobre la investigación y eventual proceso penal que se iniciare respecto del requerido. A tales efectos, expídase testimonio de la documentación remitida por el juzgado requirente de Brasil y de la presente sentencia, y remítase a la oficina de depuración, priorización y análisis (D.P.A.) de la Fiscalía General de la Nación, solicitando se sirva disponer la remisión de los antecedentes relativos a AA a la Fiscalía Penal que corresponda, oficiándose. Comuníquese la presente sentencia a la causa de IUE 567-108/2018 de la sede homóloga de cuarto turno.

Interpuesto recurso de Apelación por parte de la Fiscalía actuante, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno revocó la recurrida y, en su lugar, hizo lugar a requerimiento formulado por el estado brasileño, en los siguientes términos (Sentencia Definitiva

de Segunda Instancia N° 222/2019, Míguez (r), Balcaldi y Tapié):

1. Revocando la sentencia N° 7 de fecha 13 de agosto del año 2019 dictada en estos autos (fs. 227 a 232), y en consecuencia haciendo lugar a la extradición de AA por los motivos expuestos, el que será entregado a la autoridad Judicial Requirente de la República Federativa de Brasil (fs. 6 vto.), una vez que quede disponible para su entrega al requirente en la causa ficha IUE 567-108/2018, por la cual se encuentra privado de libertad. 2. Comuníquese a la causa referida a sus efectos y a la autoridad requirente por las vías correspondientes, la que deberá retirar al Sr. AA conforme a los plazos establecidos en el art. 22, debiendo tener especialmente presente los numerales 1, 3 y 4, así como el artículo 23 Nral. 2 del Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR, cuando el extraditado, se encuentre en condiciones de entrega, todo lo que se comete a la Sede Letrada de origen (...).

En tiempo y forma, la Defensa de AA interpuso recurso de casación contra la referida sentencia dictada por el *ad quem*, por lo que pasó a resolver la Suprema Corte de Justicia.

IV. La decisión judicial

La Defensa de AA basó su recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia sustancialmente en los siguientes argumentos:

a) En primer lugar, entiende que el TAP aplicó erróneamente lo dispuesto en el artículo 11, numerales 2 y 3, del Tratado de Extradición del MERCOSUR, el cual impone denegar las extradiciones cuando el Estado requirente sea Brasil dado que ese país no extradita a sus nacionales; por ello, dice Uruguay no puede extraditar nacionales uruguayos. Se trata de aplicar, el principio de reciprocidad en sentido negativo.

b) En segundo lugar, justamente, la Defensa entiende que al conceder el TAP la extradición de un nacional uruguayo a un Estado que no concede la extradición de sus propios nacionales, violó el *principio de reciprocidad* del Derecho Internacional Público. En consecuencia, si Brasil no extradita sus nacionales a Uruguay –ni a ningún país del mundo– nuestro estado no debe extraditar sus ciudadanos a Brasil.

c) En tercer lugar, estima que el TAP *ad quem* debió aplicar el Tratado bilateral Uruguay-Brasil para la extradición de criminales de 1916, por encontrarse vigente. Este tratado bilateral, dice, prohíbe la extradición de nacionales. La Defensa entiende que el referido tratado bilateral no quedó sin efecto por el acuerdo del MERCOSUR. Además, sostiene, no es aplicable el artículo 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, por ser diversas las partes firmantes en cada uno de los instrumentos internacionales.

La Suprema Corte de Justicia rechaza los argumentos esgrimidos por la Defensa y por lo tanto falla desestimando el recurso de casación interpuesto.

V. Análisis del caso

1. El problema de las fuentes: incompatibilidad el tratado anterior con el posterior

A) Los instrumentos internacionales en juego

Aunque no es el orden de la sentencia, corresponde referirnos primeramente al problema de las fuentes y su precedencia, que fue cuestionado por la Defensa, al no aplicarse el tratado bilateral de extradición de criminales de 1916 celebrado entre Brasil y Uruguay, como especie de norma especial. En particular, se pretendía la aplicación del Art. II lit. b que establece:

No será concedida la extradición:

[...]

b) Tampoco serán entregados los nacionales de cada país, por nacimiento o naturalización obtenida antes del hecho criminal; pero en estos casos la autoridad del país donde se hubiera cometido el delito podrá denunciarlo con antecedentes y pruebas, a las autoridades judiciales del país de refugio, y estas, en lo posible aplicarán sus propias leyes al autor del hecho denunciado.

El Acuerdo del MERCOSUR prevé también en su artículo 11 la hipótesis de extradición de nacionales, pero el tenor es diferente. Dice:

Artículo 11. Nacionalidad

1. La nacionalidad de la persona reclamada no podrá ser invocada para denegar la extradición, salvo que una disposición constitucional establezca lo contrario.
2. Los Estados Parte que no contemplen una disposición de igual naturaleza que la prevista en el párrafo anterior podrán denegarle la extradición de sus nacionales.
3. En las hipótesis de los párrafos anteriores el Estado Parte que deniegue la extradición deberá juzgar a la persona reclamada y mantener informado al otro Estado Parte acerca del juicio, así como remitirle copia de la sentencia una vez que aquél finalice.

Las diferencias son relevantes y las mencionaremos en los numerales siguientes. Ahora es importante subrayar que la Defensa entendió inaplicable al Acuerdo del MERCOSUR por no haber sido aprobado por las mismas partes que el Tratado Bilateral y por lo tanto no ser de aplicación el Art. 30 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados. La SCJ rechaza esta posición y –amparada en sus propios antecedentes- sostiene:

[...] el agravio no resulta de recibo dado que los pedidos de extradición solicitados por la República Federativa de Brasil se rigen por el Acuerdo sobre extradición del MERCOSUR.

El Tratado de extradición de Criminales de 1916 que nos vinculara con el Estado brasileño no es aplicable en virtud de existir un tratado posterior sobre la misma materia, tal como surge de lo dispuesto en el artículo 30 la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, aprobada por Ley N° 16.173.

Sobre la cuestión, tiempo atrás esta Corporación entendió: “En efecto, la Ley N° 17.499 (27 de mayo de 2002), que aprueba el acuerdo sobre Extradición suscrito entre los Estados Parte del MERCOSUR, vino simplemente a sustituir la legislación anterior que databa de 1916 entre Uruguay y Brasil” (Cfme. Sentencia N° 189/2006, LJU caso 15.520).

[...]

En efecto, en virtud de la firma de un acuerdo entre las mismas partes con contenido totalmente diverso al artículo 2 literal b del antiguo tratado de 1916, debe primar el más reciente en estricto cumplimiento del artículo 30 de la Convención de Viena sobre derechos de los Tratados.

En tal sentido, en el punto 3 de dicho artículo se establece: Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior”.

En el caso de autos, todas las partes del tratado anterior (Brasil y Uruguay), suscribieron el Acuerdo en el marco del MERCOSUR. Por su parte, las disposiciones del artículo 2 literal b, resultan incompatibles con la nueva regulación prevista para la nacionalidad en el artículo 11 (Cfme. Sentencia No. 157/2020).

B) Sinopsis sobre la precedencia de tratados sobre la misma materia

Cuando hay tratados que están vigentes entre los mismos países y la misma materia, en términos generales, lo primero que hay que estudiar es si existe efectivamente una verdadera yuxtaposición de textos vigentes, esto es, si el ámbito de aplicación es efectivamente el mismo entre los diversos tratados. Para esto, deben analizarse los cuatro tradicionales ámbitos de aplicación de las normas en cuestión, a saber: el objetivo, el subjetivo, el temporal y el territorial.

Respecto de la interpretación de los tratados rige indudablemente el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969: deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente de los términos utilizados “en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. En relación al objeto y fin de los tratados de Dipr. es esencial atender al carácter internacional del instrumento y a su propósito de unificación conflictual o material.¹²

Respecto del ámbito objetivo o material se sostiene que debe hacerse una interpretación amplia, no restrictiva, de la materia regulada por los tratados.¹³ En general, se admite que la interpretación del ámbito objetivo debe ser autónoma respecto del derecho interno de cada uno de los estados parte del tratado, atendiendo precisamente al carácter y propósito mencionados.

Sobre esta interpretación amplia, debemos ser cuidadosos en

12 NOODT TAQUELA, María Blanca. “Cuándo deben aplicarse los tratados de Derecho Internacional Privado”, *La Ley*, Año LXXXII, N° 50, 2018B, p. 2.

13 NOODT TAQUELA, María Blanca, nota 13, p. 2.

materia de extradición. Aquí es donde pesa aquella opinión inicial que compartimos en el sentido de que este instituto no puede verse meramente como un grado más de cooperación, donde ésta es de principio. La materia de la extradición implica una afectación superior de la libertad de los individuos, así como la soberanía de los estados vinculados, razón por la cual esta interpretación no restrictiva debería morigerarse. En contra de esta posición se encuentran Vieira y García Altolaguirre, al admitir la integración de las lagunas en el derecho interno porque – según ellos- “Al no constituir la extradición, un proceso que prejuzga acerca de la culpabilidad del reclamado, sino un procedimiento destinado a comprobar la ienidad del mismo y el cumplimiento de los requisitos legales contenidos en la normativa aplicable, no regirá la prohibición de integrar, sobre todo cuando el criterio rector, debe ser el de facilitar y ampliar la cooperación en la materia”.¹⁴ Esta idea sobrevoló la decisión de la SCJ en el caso.

El ámbito espacial o territorial de aplicación comprende tanto el ámbito de aplicación *strictu sensu*, como el ámbito de validez.

El ámbito de validez refiere a los territorios en los cuales el tratado es vinculante para sus autoridades; en este sentido, “un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo” (art. 29 de la Convención de Viena de 1969).

El ámbito de aplicación espacial o territorial *strictu sensu*, refiere al espacio en el cual las relaciones jurídicas comprendidas en el objeto (en su ámbito objetivo de aplicación) deben desenvolverse para que queden reguladas por el texto del tratado. El tratado puede comprender solamente las relaciones que se desenvuelven exclusivamente dentro de los Estados parte del mismo o comprender relaciones que superen los territorios de dichos Estados parte; es lo que Goldschmidt denominó ámbito espacial pasivo.¹⁵ Un ejemplo de la primera situación es el del art. 1º, nal. 1, a) de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, al hacer aplicable este tratado cuando los establecimientos de las partes contratantes se encuentran ambos en Estados parte del instrumento internacional. Un ejemplo de la segunda situación, es el de la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia

14 Op. cit. nota 3, p. 2.

15 Op. cit. nota 3, p. 2.

de Conocimientos de embarque marítimos (Bruselas, 1924), que en su artículo 10 indica que el convenio es aplicable a cualquier conocimiento de embarque expedido en uno de los Estados contratantes, aunque el puerto de carga o el de descarga, o ambos (si el conocimiento se expide en un tercer país), se encuentren en estados no ratificantes.

El ámbito de aplicación territorial *strictu sensu* también puede verse extendido por la naturaleza universal o *erga omnes* del tratado. Esto implica que los estados ratificantes deben aplicar el tratado aun en casos de relaciones vinculadas con estados no ratificantes. Se ha puesto como ejemplo la Convención de Naciones Unidas sobre utilización de comunicaciones electrónicas en contratos internacionales aprobada en 2005 (no vigente para. En nuestra región, se ha sostenido este carácter *erga omnes* en el caso de la CNG,¹⁶ aunque esta posición no es pacífica (en contra Lamm).¹⁷

El ámbito de aplicación subjetivo depende en alguna medida del objetivo. Cuando se pretende limitar la aplicación de ciertos textos a determinadas personas, los tratados deben realizar definiciones materiales. Así, por ejemplo, la CI. Restitución Internacional de Menores (1989), define lo que entiende por menor (toda persona que no haya cumplido dieciséis años, art. 2). Lo mismo sucede en el caso de la CI. Personas Jurídicas que entiende por persona jurídica “toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propias, distintas a las de sus miembros o fundadores” (art. 1). Y así sucesivamente.

Respecto del ámbito temporal de aplicación, también debe realizarse la distinción entre el ámbito de validez y el ámbito de aplicación *strictu sensu*. El ámbito de validez refiere al momento en que el tratado comienza a ser vinculante para un estado. Indica el tiempo de la entrada en vigor y también al momento en que deja de estarlo para cada estado contratante. A esta situación refiere el artículo 24 de la Convención de Viena 1969:

1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se dispone o que acuerden los Estados Negociadores”.
2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor

16 HERBERT, Ronald, FRESNEDO, Cecilia. “Flexibilización teleológica del derecho internacional privado latinoamericano 2002:62), en KLEINHEISTERKAMP, Jan y LORENZO IDIARTE, Gonzalo. *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Montevideo, FCU, 2002, p. 62.

17 Apud LORENZO, Gonzalo, GONZÁLEZ, Carmen y FERNÁNDEZ, Adriana. *Private International law, Uruguay*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, p. 50.

tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado.

Son variados los textos donde se acuerda la manera y la fecha en que entra en vigor un tratado, tanto en general, como específicamente para cada estado ratificante. Así, por ejemplo, la CI Adopción establece que entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación, y para cada estado en particular entrará en vigor al trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión (art. 26).

Lo mismo ocurre para el cese de sus efectos. En el ejemplo anterior, se establece que la Convención cesará en sus efectos para el estado denunciante, pasado un año contado a partir de la fecha de depósito de la denuncia (art. 28).

Los tratados pueden suspenderse en su aplicación respecto de todos los contratantes (art. 57 de la Convención de Viena de 1969) o respecto de algunos estados parte (art. 58 de la misma Convención).

El ámbito de aplicación temporal *strictu sensu*, indica el tiempo en que deben desarrollarse las relaciones jurídicas propias del objeto del tratado, para que queden comprendidas en su regulación. Esta es la situación a que refiere el art. 28 de la Convención de Viena de 1969:

Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

Al amparo de estas disposiciones, los diversos textos pueden establecer reglas de retroactividad o ultra actividad de sus normas.

C) Diversos tratados sobre la misma materia: orden de precedencia.

Si el ámbito de aplicación es el mismo, en el sentido de que hay más de un texto que regula la misma materia (aunque quede comprendida en una mayor, v.gr. contratos en general y contrato de transporte), entonces puede darse una contradicción normativa que hay que subsanar.

En primer lugar, debe analizarse la posible existencia de cláusulas

de compatibilidad entre los textos, las que precisamente tienen por función evitar la contradicción. En tal caso habrá que estar a lo que esas cláusulas dispongan. Esto es lo previsto con carácter general para los tratados por el artículo 30.2 de la Convención de Viena de 1969.

Los textos más modernos incluyen este tipo de cláusulas de compatibilidad, en general con miras a promover ciertos principios como, por ejemplo, el de cooperación judicial internacional (ver al respecto art. 35 del Protocolo de Las Leñas).

Si no hay cláusulas de compatibilidad, entonces debe recurrirse a las reglas de prevalencia indicadas: *lex posterior derogat priori*, y *legi speciali per generalem non derogatur*. La norma posterior se aplica sobre la anterior, pero la norma general no “deroga” la especial.

El principio *lex posterior derogat priori*, es reglamentado en el art. 59 de la C. Viena 1969. Según esta disposición, se considera que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente otro sobre la misma materia y se desprende o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por el nuevo, o las disposiciones del mismo son incompatibles con el anterior. Este es el caso, por ejemplo, del TMDCI 1940 que establece en su artículo 66 que, hecho el canje de comunicaciones según el art. 65, queda sin efecto el firmado en Montevideo el 12 de febrero de 1889. La misma disposición tiene el art. 55 del TMDCT de 1940. Nuestra jurisprudencia ha aplicado este criterio en ocasión de aplicar el Protocolo de Las Leñas sobre cooperación judicial internacional.¹⁸

Advierto, sin embargo, que estos criterios deben ser manejados con especial cuidado porque es habitual que los textos que regulan las diversas materias del Dipr no sean completos, es decir, no regulen absolutamente todos los aspectos de tal o cual categoría. En tal caso, habrá que recurrir a normas supranacionales vigentes que completen la regulación, aun cuando sean anteriores a la que se estaba aplicando, o recurrir a normas que regulen categorías más amplias y que comprendan a las primeras. Tal situación es la regulada por el art. 30. 3 de la Convención de Viena de 1969, para el caso en que el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59; en tal situación el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones

18 BJN, SCJ Sent. 691/2017.

sean compatibles con las del tratado posterior.

También es importante considerar las particularidades que puede tener el hecho de que las partes en el tratado anterior no sean todas ellas parte en el tratado posterior. En tal situación, entre los estados partes en ambos tratados aplicará el tratado posterior, y el anterior sólo en cuanto no sea incompatible con el posterior (art. 30.4 lit. a) de la Convención de Viena de 1969). En relación a los Estados que sólo son partes de uno de ellos y los demás Estados que lo son de todos, aplica el tratado en que son unos y otros son partes (art. 30.4, lit. b).

Finalmente, y sin pretender agotar las particularidades de este sistema de precedencia de los tratados, debemos mencionar dos criterios un tanto particulares en este ámbito. El primero es el relativo a la precedencia de las obligaciones previstas en la Carta de las Naciones Unidas (incluido el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) sobre cualquier otro convenio que la contradiga. La Carta prevalece sobre cualquier tratado que la contradiga, aunque éste sea posterior. El segundo, tiene relación con las normas imperativas de derecho internacional general (normas de *ius cogens*). Si cuando se celebra un tratado, este viola una norma de *ius cogens* anterior, el tratado es nulo (art. 53 de la Convención de Viena de 1969); y si aparece una nueva norma de *ius cogens*, todo tratado anterior que se oponga a ella se convertirá en nulo y terminará (art. 64 de la Convención de Viena de 1969). A estos efectos, una norma de *ius cogens*, es “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” (art. 53 de Convención de Viena de 1969).¹⁹

D) Orden de precedencia aplicado en el caso

En el caso que se comenta, la SCJ sostuvo que el Tratado Bilateral, no aplicaba por existir un tratado posterior, esto es el Acuerdo del MERCOSUR, en lo relativo a la denegación de la extradición de nacionales. En concreto, sostuvo que resulta aplicable el principio *lex posterior derogat priori*. E implícitamente, entiende la SCJ que la el art. II del Tratado Bilateral no es compatible con el Artículo 11 del Acuerdo del MERCOSUR.

¹⁹ Las consideraciones anteriores fueron expuestas por nuestra parte en LORENZO, Gonzalo. *Derecho internacional privado uruguayo codificado*, Montevideo, FCU, 4ª ed, 2020: pp. 21-29.

Parece claro que en el Acuerdo del MERCOSUR no encontramos disposiciones que dejen sin efecto normas anteriores y en particular el Tratado Bilateral, en los términos del art. 59 de la Convención de Viena. Aplica por lo tanto lo dispuesto en el art. 30 de la misma convención, que establece que “Cuando todas las partes en el tratado anterior, sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior”. La cuestión entonces es determinar si la *obligación* de no extraditar nacionales prevista en el art. II del Tratado Bilateral, es compatible con la *facultad* que otorga el Acuerdo del MERCOSUR a los demás países que no tienen normas constitucionales que prohíban dicha extradición.

La incompatibilidad deriva, según la SCJ, de que el Acuerdo del MERCOSUR *faculta* al Estado requerido a denegar la extradición (“podrán denegarle la extradición de sus nacionales.”, dice el Acuerdo), mientras que el Tratado Bilateral lo *obliga* (“*Tampoco serán entregados* los nacionales de cada país”, dice). De tal forma que la SCJ entiende que no es compatible una prohibición anterior con una facultad posterior.

Ahora bien, ¿es realmente incompatible el Tratado Bilateral con el Acuerdo? Lo es respecto de la conducta que puede asumir el Tribunal requerido, pero no en cuanto a los resultados. Si un juez está facultado para no extraditar, y un tratado anterior se lo prohíbe, el cumplimiento de la prohibición, en cuanto a sus resultados, es compatible obviamente con la facultad que le otorga el tratado posterior si decide no extraditar. En términos de lógica deóntica, la conducta asumida por el tribunal conforme al Tratado Bilateral, no sería contradictoria con la conducta permitida por el Acuerdo del MERCOSUR. No hay incompatibilidad de resultados, porque desde el punto de vista lógico, lo obligatorio está obviamente permitido.²⁰ En otras palabras la facultad prevista en el Acuerdo, no es incompatible el Tratado Bilateral, si se resolviera no extraditar.

El punto neurálgico parece ser entonces una idea que subyace a la decisión de la SCJ y que nos interpela sobre la posición según la cual la extradición debe verse como un instituto autónomo del de la asistencia o entrea ayuda penal internacional. El verdadero fundamento de la incompatibilidad entre el Tratado Bilateral y el Acuerdo del MERCOSUR,

²⁰ Sobre estos puntos nos basamos en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Sistemas normativos*, Astrea/ Universidad de Medellín, 2ª Edición, 2013, pp. 18 y ss.

está en la cita que hace la SCJ a su sentencia anterior N° 157 de 2020, remitiéndose a la historia fidedigna de la aprobación del Acuerdo para lo cual transcribe el informe de la Comisión de Asuntos Internacionales de la Cámara de Senadores en oportunidad en la que se discutió la ratificación del Tratado que en lo central dice: “*Se optó por una fórmula, que impusiera la extradición com principio*, sin desmedro del respeto la jerarquía constitucional de la norma brasileña” (considerando IV *in fine*, itálica nuestra). Siendo la extradición de principio, y sin perjuicio de los estrictos controles a que debe quedar sujeta por los bienes jurídicos a tutelar, esta solución se acerca más al mismo principio que rige en materia de entreatuda o asistencia penal internacional: la cooperación es de principio.

De esta manera la incompatibilidad manifestada por la SCJ se produce entre principios: el principio recogido en el Tratado Bilateral (se prohíbe la extradición de nacionales) con el principio recogido en el Acuerdo del MERCOSUR (debe extraditarse a los nacionales, salvo disposición constitucional expresa). Pero este principio sobre el que se basa la decisión no es estrictamente compatible con la facultad otorgada al juez requerido. Si el juez, de principio, debe proceder a la extradición, ¿en qué queda su facultad de hacerlo o no? Esa posibilidad sólo quedaría para Brasil porque así lo disponen sus normas constitucionales (Art. 11 nal. 1).

En el fondo entonces, se está tomando a la tradición como un 4° grado de cooperación penal internacional, sujeto a los mismos principios de la misma y sin perjuicio de las normas especiales. Esta es la consecuencia implícita de la decisión de la SCJ, en este caso (y en la anterior sentencia 157/2020 a la que se remite). Es en definitiva lo que sostienen Vieira y García Altolaguirre, en el sentido de que “...existe una verdadera obligación internacional de extraditar a las personas reclamadas con fines de extradición....no es facultativo, sino preceptivo, entregar al reclamado en las condiciones antes expresadas, porque se han superado ya, las doctrinas que basaban el fundamento de la extradición en un acto de soberanía, para dar paso a las que la conciben como un acto de asistencia recíproca”.²¹

La facultad otorgada a Brasil por sus normas constitucionales, ha terminado influyendo en una especie de retroceso respecto del principio de la obligación internacional de conceder la extradición. Y el NCPP

21 Op. cit. nota 3, p. 115.

del Uruguay, al habilitar al Poder Ejecutivo a negar la extradición por razones políticas (que lo son, aunque estén determinadas), también. La SCJ, reafirma el principio, en el ámbito del MERCOSUR.

2. El principio de igualdad

La sentencia también se pronuncia lacónicamente sobre otro argumento de la Defensa, que indica que la sentencia de segunda instancia habría violado el principio de igualdad debido a que “en otra solicitud de extradición, tramitada también ante la Sede Letrada especializada de Crimen Organizado de Tercer turno respecto e un requerido por la misma causa brasileña se denegó el pedido de extradición” (Considerando, III, A., (i)) de la sentencia).

La SCJ rechaza este argumento, indicando que el error de la defensa está en que la “considerar –en forma errónea que el Acuerdo sobre extradición del MERCOSUR establece que los Estados signatarios deben rechazar los pedidos de extradición de Brasil cuando refieran a sus nacionales” y “Ello no es correcto, como anteriormente se señaló”.

Es evidente que si es facultad de los jueces extraditar nacionales o no, no puede hablarse de desigualdad si resuelven casos diferentes de manera diferente. No surgen datos del otro proceso al que se refiere la Defensa, pero en la medida que los precedentes no obligan en el derecho uruguayo, nada impide resolver de diferente manera cada caso.

3. El principio de reciprocidad

La reciprocidad no es defendida doctrinariamente como un principio de la extradición, sin embargo, se ha planteado como una fuente de su obligatoriedad. En este sentido, para la doctrina y jurisprudencia uruguaya la reciprocidad no es considerada como fuente de la extradición, pero ha resultado importante para la interpretación de los textos internacionales o a falta de tratados o normas internas, para llenar los vacíos legales.²²

Ahora bien, la Defensa justamente invoca a la reciprocidad como

22 Cf. VIEIRA y ALTOLAGUIRRE, op. cit. nota 3, pp. 56-57.

un principio, que a su vez constituiría fuente de derecho. En nuestro sistema general de leyes, los principios generales del derecho son una fuente subsidiaria, ante la inexistencia de normas legales (art. 16 del Código Civil).²³ Pero justamente la SCJ entendió en el caso que existiendo reglas jurídicas que regulan el punto (la facultad de extraditar nacionales), no cabe invocar principios como fuente de derecho. No cabe citar principios cuando hay norma positiva a aplicar. Citando a Vieira, la SCJ sostiene que en nuestro derecho solamente se admiten como fuente en la materia, el Tratado y la Ley.

Así, la SCJ da un nuevo paso reafirmando que la reciprocidad no puede ser invocado como fuente de derecho de la extradición, y en la medida que reafirmó la idea de la extradición corresponde justamente de principio, tampoco podría invocarse para interpretar ciertas normas jurídicas o, eventualmente, en caso de vacío normativo. Sólo podría invocarse la reciprocidad como fundamento de extraditar o no extraditar, cuando un texto expreso lo permita.

VI. Conclusiones

En relación al caso comentado, concluimos entonces que según lo dispuesto por la SCJ, es de aplicación a la precedencia de tratados lo dispuesto en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados (en particular en el caso, los arts. 59 y 30).

La SCJ entiende implícitamente que la extradición es la regla – cumpliéndose los requisitos legales, claro está– y el rechazo a la extradición la excepción.

En términos generales reafirma la idea de que la reciprocidad no es fuente jurídica de la extradición, y también operaría solamente a texto expreso como fundamento para aceptarla o negarla.

Creemos que a pesar de las reglas en contrario a la idea de que la extradición debe regirse por principios similares a la asistencia penal internacional, como son el art. 11 del acuerdo del MERCOSUR que permite a Brasil negar la extradición de sus nacionales basado en normas constitucionales propias, así como la disposición del NCPP uruguayo que

23 Cf. Lorenzo, Gonzalo, op. cit. p. 34.

habilita al Poder Ejecutivo a negar la extradición por razones políticas, la SCJ termina reafirmando los principios más actuales de la extradición: ésta corresponde de principio y no queda sujeta a causales de negación que ya no se corresponden con el desarrollo actual del instituto y con el supremo deber de colaboración existente entre los estados.

ANEXOS

ÍNDICE DE FALLOS



ÍNDICE DE FALLOS

SECCIÓN ARGENTINA

PARTE I - COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL CIVIL Y COMERCIAL

1. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, “Sotelo Buenaventura, Rubén c. Grupo Velox - Grupo Peirano”, 12/05/06.

<http://fallos.diprargentina.com/2007/12/sotelo-buenaventura-rubn-c-grupo-velox.html>

2. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, “Varessio, Luis Paulino Gerónimo c. Peirano Basso, Dante y otros s. Exhorto”, 20/09/07.

<http://fallos.diprargentina.com/2007/12/varessio-c-peirano-basso-s-exhorto-2.html>

3. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, “Sosa, Lucas Ramón y otros c. Varena Maritime Services S.A. s. embargo de buque interdicción de navegar”, 20/05/19.

<http://fallos.diprargentina.com/2019/07/sosa-lucas-ramon-c-varena-maritime.html>

4. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, “Vega, Juan C. y otro c. Royal Ahold y otros”, 04/08/05.

<http://fallos.diprargentina.com/2007/09/vega-juan-c-c-royal-ahold.html>

5. Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, “ASSINE SA Y Otro c/ Estado Nacional Ministerio de Defensa s/ Proceso de Conocimiento”, 31/10/2017.

<http://fallos.diprargentina.com/2019/09/assine-sa-c-estado-nacional-ministerio.html>

PARTE II - Contratos internacionales arbitraje comercial

1. Suprema Corte de Justicia de la Provincia, “Agencia Especial de Financiamiento Industrial FINAME y Gobierno Federal contra C.I.D.E.F. Argentina Corporación de Inversiones s/Exhorto”, 14/11/2018.

<http://fallos.diprargentina.com/2017/05/agencia-especial-de-financiamiento.html>

2. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, “La Papelera del Plata S.A. c/ Dipropar SRL s/ordinario”, 28/10/2016.

<http://fallos.diprargentina.com/2017/08/la-papelera-del-plata-c-dipropar-2.html>

3. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, “YPF S.A. c. AES Uruguaiana Emprendimientos S.A. y otros s. recurso de queja”, 7/10/14.

<http://fallos.diprargentina.com/2014/10/ypf-c-aes-uruguaiana-emprendimientos-s.html>

PARTE III - RESPONSABILIDAD CIVIL INTERNACIONAL

1. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, “Márquez López, M D c. Desteffani, G L. s daños y perjuicios”, 23/08/18.

<http://fallos.diprargentina.com/2019/06/marquez-lopez-melina-daniela-c.html>

2. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, “R. M. L. y otros C/ F. A. P. L. y otros S/ Daños y perjuicios”, 18/08/15.

<https://www.cij.gov.ar/sentencias.html>

3. Cámara Civil y Comercial Departamento Judicial de Formosa, “Carabajal, Paz Martina por sí y por sus hijos menores c. Juarez, Gabriel y/u otro y/o quien resulte responsable s. ordinario”, 08/03/10.

<http://jusformosa.gov.ar/index.php/jurisprudencia/jurisprudencia-fallos-autos.fallo14257>

PARTE IV - PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA NIÑEZ

1. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, “P. N., S. E. c. O., P. A. s. reintegro de hijo”, 16/07/99.

<http://fallos.diprargentina.com/2010/10/p-n-s-e-c-o-p-s-reintegro-de-hijo.html>

2. Juzgado de Familia de 4ta. Nominación, Ciudad de Córdoba, “F. F., A. H. y otro – Tutela”, 01/11/19.

<https://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=21974>

PARTE V - COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL

1. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala 2, “S. C., J. y otros s/ homologación”, 11/06/19.

<https://www.cij.gov.ar/sentencias.html>

2. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 1, “Giménez Güell, Carlos Daniel s/extrañamiento”, 15/12/17.

<https://www.cij.gov.ar/sentencias.html>

ÍNDICE DE FALLOS

SECCIÓN BRASIL

PARTE I - COOPERAÇÃO INTERNACIONAL CIVIL E COMERCIAL

1. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial N° 1308686 - SP, 17/04/2013.

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1223987&num_registro=201101773558&data=20130417&formato=PDF

2. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial N° 1.308.686 – SP, 11/04/2013.

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1223987&num_registro=201101773558&data=20130417&formato=PDF

3. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento N° 27.675/2007, 29/06/2011.

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZI-P=1&GEDID=00038D12BF2F26A79A85E98D25C9A-1D752BAC3C403073351&USER=>

4. Superior Tribunal de Justiça, AgRg na Medida Cautelar N° 14.605 - RJ, 17/02/2011.

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1038722&num_registro=200801768000&data=20110301&formato=PDF

5. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento N° 9038258-14.2009.8.26.0000 (994.09.344638-4), 23/02/2010.

<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>

6. Superior Tribunal de Justiça, Execução em Sentença Estrangeira Contestada N° 866 – GB, 09/04/2019.

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=90082076&tipo_documento=documento&num_registro=200702257167&data=20190411&formato=PDF

PARTE II – CONTRATOS INTERNACIONAIS E ARBITRAGEM INTERNACIONAL

1. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial N° 1.633.275 - SC, 14/11/2016.

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1552812&num_registro=201201763125&data=20161114&formato=PDF

2. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Agravo de Instrumento N° 0181467-15.2013.8.24.0000, 27/08/2019.

<https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/open.do>

3. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Agravo de Instrumento N° 1.000.17.032242-4/001, 29/11/2017.

<https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=1000017032242400120171386417>

PARTE III - RESPONSABILIDADE CIVIL INTERNACIONAL

1. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível N° CNJ 0296120-29.2014.8.21.7000, 23/04/2015.

https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70061035572&ano=2015&codigo=615907

PARTE IV – COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL

1. Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Habeas Corpus N° 118.277 – PR, 26/09/2019.

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=101422448&tipo_documento=documento&num_registro=201902866760&data=20190927&formato=PDF

2. Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Habeas Corpus N° 97.535 - RS, 01/08/2018.

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1729098&num_registro=201800973170&data=20180801&formato=PDF

3. Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Habeas Corpus N° 97.535 -

RS, 01/08/2018.

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1729098&num_registro=201800973170&data=20180801&formato=PDF

4. Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Habeas Corpus N° 97.535 - RS, 26/06/2018.

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1729098&num_registro=201800973170&data=20180801&formato=PDF

ÍNDICE DE FALLOS

SECCIÓN PARAGUAY

PARTE I - COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL

1. Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala de la Capital, A.I. N° 330/2000 - “Armando Horacio Cervone c/ Sara Carmen Mussi Carísimo s/ Ejecución de Sentencia”, 29/05/2000.

<https://www.csj.gov.py/resolucionesweb/>

Sentencia 330/2000

2. Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Sexta Sala, “Sindulfo Lopez Gonzalez s/ Reconocimiento y Disolución de Sociedad Comercial de Hecho”, 29/05/2017.

<https://www.csj.gov.py/resolucionesweb/>

Sentencia 226/2017

3. Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Tercera Sala, “Andrés García Galeano c/ Mateo Dichirico Palacions y otro s/ Acción Autónoma de Nulidad”, 30/09/2003.

<https://www.csj.gov.py/resolucionesweb/>

Sentencia 648/2003

4. Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Cuarta Sala, A.I. N° 745/2007, “Compañía de Petróleo y Asfalto SA (COMPASA) c. Petrobras Distribuidora SA y Petróleo Brasileiro SA s. Indemnización de Daños y Perjuicios”, 24/12/2007.

<https://www.csj.gov.py/resolucionesweb/>

Sentencia 745/2007

PARTE II - CONTRATOS INTERNACIONALES Y ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

1. Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala, A.I. N° 698, “Chemicorp SA c/ SOLVAY QUÍMICA SA s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Contractual”, 27/08/2012.

<https://www.csj.gov.py/resolucionesweb/>

Sentencia 698/2007

2. Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, “Norte Sociedad Anónima Importación – Exportación c/ Laboratorios Northia SAEFIA s/ Indemnización de daños y perjuicios y lucro cesante”, 06/08/09.

<https://www.csj.gov.py/resolucionesweb/>

Sentencia 515/2009

PARTE III – COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL

1. Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, Sala Penal, “Exhorto: Antonio Batista Rodríguez s/detención con fines de extradición”, 09/01/2020.

<https://www.csj.gov.py/resolucionesweb/>

Acuerdo 01/2020

- 2.** Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Segunda Sala, “Solicitud de traslado del ciudadano paraguayo Juan Domingo Viveros Cartes”, 16/03/2016.

<https://www.csj.gov.py/resolucionesweb/>

Sentencia 61/2016

- 3.** Corte Suprema de Justicia de Paraguay, “Acción de inconstitucionalidad de C.B.R. c/art. 19 de la Ley N° 1061/97 y art. 29 de la Ley N° 2753/2005”, 06/11/2013.

<https://www.csj.gov.py/resolucionesweb/Acuerdo1487/2013>

ÍNDICE DE FALLOS

SECCIÓN URUGUAY

PARTE I - COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

1. Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay, “Rivero, Carlos Andrés c/ Consulado General del Uruguay. Ejecución de sentencia extranjera”, 20/07/11.

[http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/
busquedaSimple.seam](http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam)

Sentencia Número 2.329/2011.

2. Tribunal de Apelaciones Civil de 6° Turno, “Cuñarro de Recanti, Sofía s/ Denuncia por Denegatoria de Recurso de Queja”, 29/08/12.

[http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/
busquedaSimple.seam](http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam)

Sentencia Número 226/2012

3. Tribunal de Apelaciones en lo Civil No. SEI-0006-000020/2016-6, “Diligenciamiento de Exhorto”, 09/03/16.

[http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/
busquedaSimple.seam](http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam)

Sentencia Número SEI-0006-000020/2016

4. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay N° 691/017, “Rodríguez Puga, Ignacio c/ Ministerio de Relaciones Exteriores - Ejecución de sentencia extranjera”, 25/12/17.

[http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/
busquedaSimple.seam](http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam)

Sentencia Número IUE 1-79/2016.

PARTE II - CONTRATOS INTERNACIONALES Y ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

1. Tribunal de Apelaciones Civil N° 2/011-2 “GUECAIMBURU, Wilmer C/ INFORWORLD INTERNATIONAL CORP.; y otros. Daños y perjuicio. Cobro de pesos.”, 16/02/11.

[http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/
busquedaSimple.seam](http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam)

Sentencia Número 2/2011.

2. Tribunal de Apelaciones Civil 2° de Uruguay, “AES Uruguiana Emprendimientos SA y otro c/ YPF SA y otro s/nulidad de laudo arbitral”, 20/08/14.

[http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/
busquedaSimple.seam](http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam)

Sentencia Número SEF 0005-000152/2014.

3. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, “Datawaves S.A. c/ Odecar S.A. y otro - Daños y Perjuicios”, IUE: 31-296/2003”, 16/06/09.

[http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/
busquedaSimple.seam](http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam)

Sentencia Número 175/2009.

4. Tribunal de Apelaciones de 5° Turno, Montevideo, Sentencia No. 100/2015, 18/03/15.

<https://uy.vlex.com/vid/578225898>

PARTE III - RESPONSABILIDAD CIVIL INTERNACIONAL

1. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno “Sanabria Robaina, Pablo y otro c/ Alassia, Carlos - daños y perjuicios”, 14/09/16.

<https://uy.vlex.com/vid/578225898>

Sentencia Número 127/2016