

Transnational effectiveness of precautionary measures

Fresnedo de Aguirre, Cecilia

Cecilia Fresnedo de Aguirre *

ceciliafresnedo@gmail.com

Universidad de la República, Uruguay

PAPELES del Centro de Investigaciones de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL

Universidad Nacional del Litoral, Argentina

ISSN: 1853-2845

ISSN-e: 2591-2852

Periodicidad: Semestral

vol. 14, núm. 25, 2022

papelesdelcentro@fcjs.unl.edu.ar

Recepción: 05 Septiembre 2022

Aprobación: 02 Noviembre 2022

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/500/5003622002/>

DOI: <https://doi.org/10.14409/pc.v14i25.12278>



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-
NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Resumen: La cooperación cautelar es de principio, pero está regulada en normas convencionales y autónomas. Algunos aspectos como el control de la competencia del juez exhortante, la competencia de urgencia del juez en cuya jurisdicción se encuentra la persona o la cosa a cautelar, la no revisión de la procedencia de la medida por parte del requerido, la contracautela, la vía particular de transmisión de los exhortos y la legalización han planteado algunos problemas, derivados del texto convencional o legal, o de la interpretación que del mismo hace la doctrina y la jurisprudencia. Se sugieren algunas formas de solución.

Palabras clave: contracautela o garantía, exhorto, medidas cautelares, juez o tribunal del Estado requerido, competencia urgente del juez.

Abstract: *International cooperation regarding provisional and protective measures is a matter of principle, though regulated in conventional and autonomous norms. Some aspects such as the control of the jurisdiction of the requesting court, the urgent competence of the judge in whose jurisdiction the person or thing to be protected is located, the non-review of the origin of the measure by the requested court, the guarantee, the private way of transmission of the rogatory letter and legalization have raised some problems, derived from the conventional or legal text, or the interpretation that the doctrine and jurisprudence make of them. Some ways of solution are suggested.*

Keywords: *counterpreventive measure or guaranty, rogatory letter, preventive measures, judge or court of the State of destination, urgent competence of the judge.*

I. Planteo introductorio

El objetivo de este trabajo^[1] es mostrar algunas dificultades que se presentan a veces en la práctica con relación a la cooperación jurisdiccional internacional cautelar, desde el punto de vista uruguayo, a partir de la normativa vigente tanto de fuente internacional como nacional, así como plantear algunas vías de solución. También destacar los casos en que las cosas funcionan bien.

II. Cooperación cautelar

II.1. Internacionalidad de la medida

La medida cautelar es internacional cuando es dispuesta por el tribunal de un Estado, pero está destinada a cumplirse en otro, a través de los tribunales de ese otro Estado, a los cuales se les pide su cooperación internacional. Cuando la medida cautelar debe hacerse efectiva en el extranjero, se plantean cuestiones que son propias del Derecho internacional privado (DIPr), como la identificación de la fuente normativa aplicable y la determinación de la competencia legislativa y judicial.

Si bien la cooperación cautelar internacional –al igual que los demás grados de la cooperación- es de principio,^[2] dada la coerción y la afectación del orden jurídico local que casi todas las medidas cautelares implican, los tratados internacionales y las normas internas de DIPr han establecido ciertos requisitos a ser controlados por el juez requerido.

Las medidas cautelares en la esfera internacional constituyen uno de los aspectos más difíciles de la cooperación judicial internacional, tanto por el mayor compromiso que implica hacer efectivas medidas que pueden requerir el ejercicio de la coerción sobre bienes o personas, como por la incidencia del derecho de fondo en la adopción de estas medidas y asimismo por las diversidades existentes en el derecho de los distintos países respecto a las medidas que pueden adoptarse y las condiciones para hacerlo.^[3]

II.2. Tratados internacionales sobre medidas cautelares

Las medidas cautelares han sido reguladas en forma autónoma con relación a otras formas de cooperación jurisdiccional internacional en varias fuentes normativas sobre la materia, especialmente en las Convenciones interamericanas y en los Tratados del MERCOSUR.^[4]

Esta autonomía ya se vislumbraba en el Tratado de Derecho procesal internacional de Montevideo 1940, que rige desde hace décadas entre tres de los países del Mercosur – Argentina, Paraguay y Uruguay- y cuyos arts. 12 a 14 contemplan varios aspectos de los embargos trabados por exhorto, incluso el levantamiento de la medida y la oposición de tercerías. El Tratado de Derecho procesal internacional de Montevideo de 1889, menciona a los embargos entre otros objetos de los exhortos (art. 10), pues no se concebía en ese momento como un modo autónomo de cooperación.

La Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares (CICMC), suscripta en Montevideo, el 08/05/1979, en el marco de CIDIP-II, de la que son partes siete Estados latinoamericanos,^[5] se encuentra vigente en Argentina, Paraguay y Uruguay. Dado que los únicos países ratificantes del Tratado de derecho procesal internacional de Montevideo de 1940, son partes en la Convención interamericana, las normas del Tratado de 1940 referidas a medidas cautelares han quedado desplazadas, en principio, por las de la Convención interamericana.^[6]

El MERCOSUR elaboró su propio instrumento, el Protocolo de medidas cautelares (PMC),^[7] firmado en Ouro Preto el 16/12/1994 (decisión 27/94 CMC), vigente en los cuatro países del MERCOSUR.^[8] Este tratado internacional tuvo por finalidad, después de arduas negociaciones, facilitar la traba de medidas cautelares cuando el juicio se tramita en un país del MERCOSUR y la medida debe hacerse efectiva en otro, especialmente respecto de Brasil, que no era parte en la Convención interamericana. Como Brasil tampoco ha aprobado con posterioridad la Convención interamericana, en los casos que vinculen a este país con otros del MERCOSUR, se aplicará el Protocolo de medidas cautelares.

En cuanto a las situaciones de cooperación cautelar que vinculen a Argentina, Paraguay y Uruguay, hay que tener en cuenta que el Protocolo no deja sin efecto a la Convención interamericana, en virtud de la cláusula de compatibilidad que contiene el Protocolo de medidas cautelares, que establece que el 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” (art. 26).

Es decir que los Estados Partes de la Convención interamericana y del Protocolo de medidas cautelares 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 CICMC, y no prevista en el Protocolo de medidas cautelares de Ouro Preto.^[9]

No hemos de referirnos a las medidas cautelares internacionales previstas en tratados internacionales sobre materias específicas, como derecho marítimo y aeronáutico, alimentos, arbitraje, restitución de menores, propiedad intelectual, entre otros.

II.3. Control de la competencia del juez exhortante

II.3.1. Las normas

El juez al que se le pide que ejecute una medida cautelar está obligado a cumplirla si la medida fue decretada por jueces “competentes en la esfera internacional” (art. 2 CICMC, art. 4 del PMC,^[10] art. 530.1 CGP^[11] uruguayo),^[12] es decir, “por los jueces competentes para conocer en el litigio al cual esa medida cautelar accede o va a acceder”.^[13] Sin embargo, “los tratados internacionales sobre la materia no contienen una norma expresa sobre la facultad del juez requerido de analizar la jurisdicción indirecta, lo que ha dado lugar a diversas posturas doctrinarias”.^[14]

La doctrina uruguaya en general interpreta que el juez exhortado debe controlar la competencia del exhortante,^[15] en tanto en Argentina existen diferencias interpretativas al respecto. Antes de analizar los fundamentos teóricos sobre la procedencia o no de este control, veamos las consecuencias prácticas que estas dos interpretaciones de la normativa vigente tienen en los casos reales.

II.3.2. La jurisprudencia

En un caso concreto, por ejemplo, un juez de primera instancia de concursos de Uruguay decretó medidas cautelares, que debían cumplirse en Argentina; dichas medidas habían sido confirmadas en Uruguay por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno. No obstante ello, uno de los codemandados replanteó ante el juez argentino requerido la discusión sobre la procedencia de la medida, que ya estaba procesándose en Uruguay. Ello llevó a una duplicación de los procesos en Uruguay y en Argentina. Cabría plantearse si es procedente que se permita esta doble revisión de la medida en sede de los tribunales del país exhortado. Una cosa es que el juez exhortado pueda y deba controlar si el exhortante es el competente en la esfera internacional, y otra que el exhortado pretenda revisar la procedencia de la medida en su totalidad, lo cual implica abrir una puerta a oposiciones abusivas e improcedentes. El tribunal argentino dejó en suspenso el cumplimiento de la medida cautelar hasta que el tribunal uruguayo ampliara los fundamentos. Esa ampliación de fundamentos debía referirse a los fundamentos que tuvieron las medidas cautelares, tal y cómo estaban decretadas por el Juzgado uruguayo y tal y cómo habían sido confirmadas por el Tribunal de Apelaciones uruguayo.^[16]

Transcurrieron años desde que se solicitaron las medidas en el 2003 hasta que algunas de ellas se hicieron efectivas, desvirtuándose totalmente el objetivo buscado por las normas y por la propia medida cautelar solicitada.

II.4. La doctrina

II.4.1. Control de la jurisdicción del juez exhortante

Para algunos autores, el juez al que se solicita la traba de una medida cautelar debe analizar la jurisdicción indirecta y como los tratados sobre medidas cautelares no indican el criterio en base al cual debe realizarse dicho análisis, recurren a las convenciones sobre reconocimiento de sentencias, 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.^[17]

II.4.2. Control de la jurisdicción sólo cuando se invade la jurisdicción exclusiva del juez exhortado

Para Tellechea^[18] y Opertti en la doctrina uruguaya, debería analizarse la jurisdicción indirecta cuando se trate manifiestamente de un asunto de jurisdicción exclusiva del juez al que se solicita la traba de la medida cautelar. Afirmaba Opertti que el juez requerido no puede imponer otra limitación contra la medida cautelar decretada por el juez del proceso, “que la emanada del orden público del Estado de situación de los bienes, el cual, a nuestro criterio, no está implícito en ellos (en los bienes) sino que para su verificación han de concurrir las notas propias de dicha noción”.^[19] Más aún, afirmaba el maestro uruguayo que “el juez exhortado sólo podrá dar cabida a la excepción de incompetencia cuando

se trate manifiestamente de un asunto de su jurisdicción exclusiva”.^[20] Esta era también la postura que sostenía en Argentina Goldschmidt.^[21]

II.4.3. Improcedencia del control de la jurisdicción del juez exhortante

Otros autores entienden que el juez exhortado no debe ni puede analizar la jurisdicción internacional del juez que le requiere la cooperación cautelar. Kemelmajer de Carlucci, Tellechea y González Pereira interpretan que los arts. 2 de la CICMC y 4 del PMC significan “que la cooperación debe ser requerida por tribunales de justicia, lo que supone la actuación de órganos independientes – formen parte o no del Poder Judicial – capaces de resolver con autoridad de cosa juzgada”.^[22] Se descartan las medidas cautelares decretadas por autoridades administrativas o gubernamentales, ya que normalmente en ese caso los interesados se hallan en imposibilidad o grave dificultad de defender sus derechos.^[23]

Otro argumento que menciona González Pereira es que los tratados de cooperación cautelar “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”.^[24]

La cuestión del análisis de la jurisdicción indirecta del juez requirente por parte del juez rogado fue discutida durante la Conferencia de CIDIP II; la falta de regulación expresa no fue una omisión, sino que, habiéndose planteado el tema, se rechazó tal posibilidad. En la Comisión respectiva Ronald Herbert manifestó la posición de Uruguay contraria al control de la competencia internacional en materia de cooperación cautelar.^[25]

II.4.4. Conclusión

Pensamos que el tribunal exhortado no puede entrar a considerar el tema de la competencia de fondo, salvo en casos flagrantes de incompetencia. El art. 2 de la CICMC impone al juez requerido la obligación de cumplir las medidas cautelares que fueran decretadas por jueces de otro Estado Parte, “competentes en la esfera internacional”. Ello implica que el tribunal requerido puede examinar si el otro lo es y lo es si tiene competencia en el juicio de fondo. Pero no lo habilita a permitir que se debata en su Sede la competencia en el juicio de fondo, duplicándose así los juicios. En suma: el control de competencia que efectúa el requerido con respecto al requirente debe hacerse con extrema cautela, y debe limitarse a comprobar que *prima facie* el requirente tenga competencia en el juicio de fondo, pero sin dar lugar a que se discuta en paralelo con el juicio de fondo la competencia del exhortante.

II.5. Medidas cautelares urgentes y el principio de la jurisdicción más próxima

El art. 10 de la CICMC y el art. 535 del CGP prevén, a diferencia del PMC la posibilidad de las llamadas medidas cautelares urgentes. La presentación de la solicitud de medida cautelar al juez competente en el asunto de fondo, su evaluación, su decisión, la elaboración del exhorto, su transmisión, su presentación al juez requerido y su correspondiente evaluación por éste, hasta finalizar con su decisión y cumplimiento, es un proceso demasiado largo cuyo recorrido frustraría el derecho que se quiere proteger. Y ello porque si bien en general en todos los casos de medidas cautelares hay apuro, determinados casos son especialmente urgentes.^[26]

Es por eso que, en estos casos, el art. 10 de la CICMC y el art. 535 del CGP habilitan al interesado a recurrir directamente al juez del lugar donde está ubicado el bien o persona que va a ser objeto de la medida, y solicitarle la adopción de la misma, independientemente de que el juez internacionalmente competente sea otro. Existe entonces, en materia cautelar internacional, una especie de competencia de urgencia, que es excepcional, para los jueces bajo cuya jurisdicción está ubicado el bien o persona a cautelar. En esos casos, por definición, el juez internacionalmente competente para entender en el juicio de fondo es diferente al que asume competencia de urgencia a los solos efectos de decretar inmediatamente la medida solicitada por la parte. Si fuera el mismo, estaríamos dentro del marco general, de que quien decreta la medida es el internacionalmente competente en el fondo.

La cuestión de la urgencia no varía el principio de que la procedencia de la medida cautelar debe ser decidida por el juez competente en el asunto de fondo, quién es en definitiva el competente para decidir sobre la procedencia de la medida cautelar. No obstante, el juez del lugar donde se encuentra la cosa o persona a cautelar (art. 10 CICMC y art. 535 del CGP) debe evaluar que la solicitud acredite el *fumus bonis jure*, el *periculum in mora* y que preste contra cautela y, si lo entiende pertinente –por haberse acreditado los antedichos requisitos legales-, disponer la medida. Ello no significa que pueda negarse a decretar y ejecutar la medida si el solicitante ha cumplido con los requisitos legales.

Inmediatamente, si existe un proceso iniciado en el extranjero -ante el juez competente- debe comunicarle la medida tomada y estar en definitiva a lo que este resuelva; si aún no se hubiere iniciado el proceso, deberá fijarle un plazo al interesado para que lo haga ante el juez competente, debiendo estar siempre a lo que decida dicho juez.

Sostenía Operti en ocasión de la CIDIP II, que “...cuando hay un bien jurídico a proteger en el territorio de determinado juez, este podría adoptar esa medida en base al principio de la jurisdicción más próxima, sin mengua del principio de la competencia internacional, devolviendo el resultado obtenido al juez natural internacional”.

Este mecanismo habilita entonces a los jueces del Estado donde se encuentra el bien o persona a cautelar, a adoptar medidas conservatorias o de urgencia, a solicitud fundada de parte. Es precisamente el hecho de que el bien o persona a tutelar se encuentren en su territorio lo que legitima la intervención del juez, otorgándole competencia de urgencia, y no la solicitud de un juez extranjero.

La extraterritorialidad de la medida se produce cuando, luego de cumplida, se incorpora - como toda medida de cooperación - al proceso principal de que se trate.^[27]

Otro tema es la utilización del argumento de la jurisdicción más próxima “ad inverso”. Nos explicamos: hemos visto escritos forenses en los cuales los abogados del litigante sobre quien pesa la medida cautelar en cuestión, alega que de acuerdo al principio de la jurisdicción más próxima (art. 10 CICMC y art. 535 CGP) el único competente para decretar medidas cautelares es el juez del lugar de los bienes. Esto es un sofisma evidente: el principio es que el juez competente para decretar medidas cautelares es el competente en el juicio de fondo (presente o futuro). A vía de excepción y como una jurisdicción de urgencia y adicional a la competencia normal, la CICMC (art. 10) y el CGP (art. 535) admiten la competencia del juez en cuya jurisdicción se encuentra la persona o la cosa a cautelar. Los textos legales y convencionales que establecen la jurisdicción más próxima no son interpretables a *contrario sensu*, para oponerse a la traba de medidas por el tribunal del juicio de fondo.

Por último, nótese que en el caso de la jurisdicción más próxima, dado que no se requiere exhorto a otro Estado sino que es el propio interesado quien se presenta directamente ante el juez en cuyo territorio se encuentra la persona o la cosa a cautelar, no puede plantearse el control de la competencia indirecta del requirente por el requerido, como ocurre en la cooperación cautelar internacional común.

III. El tribunal requerido tiende a revisar la procedencia de la medida decretada por el requirente

Los requisitos necesarios para que proceda la adopción de una medida cautelar son, básicamente, la justificación de la existencia o apariencia de un derecho (*fumus bonis jure*), y la posibilidad de lesión o frustración del mismo si se espera el desarrollo de todo el juicio (*periculum in mora*). Estos aspectos son pues regulados por la ley del lugar del proceso principal, y son decididos por el juez de ese proceso. El juez del proceso es el que asumió jurisdicción para entender en el asunto de fondo, en base a sus reglas de competencia directa. Es por eso que, como explicaba Opertti^[28] ya antes de que se elaboraran los textos convencionales que hoy vinculan a los países de MERCOSUR y otros de Latinoamérica, “cuando un juez decreta el embargo sobre bienes sitios en territorio sometido a un ordenamiento jurídico ajeno al suyo, lo hace en ejercicio de las facultades para entender en el juicio que tiene lugar ante su jurisdicción”.

No obstante, con frecuencia se plantea en la práctica que la parte demandada contra quien se decretó la medida, comparece directamente ante el requerido contravirtiendo diversos aspectos del juicio de fondo, no sólo la jurisdicción del juez de lo principal, sino también la procedencia misma de la medida. Peor aún, a veces se discuten estas cuestiones antes de que se haya trabado la medida por el requerido, con lo cual el riesgo de que el deudor enajene sus bienes aumenta y el acreedor se ve desprotegido. En uno de los casos mencionados *supra*, el tribunal argentino exhortado suspendió la medida mientras se remitía un exhorto a Uruguay solicitando al Juez exhortante que ampliara los fundamentos de la medida decretada. Ello implica en la práctica una duplicación del juicio de fondo

en el tribunal requerido. Aunque este último concluya que el demandado no tiene razón y que debe cumplirse la medida, ello plantea graves problemas.

Aun cuando la procedencia de la medida se discuta luego de trabada ésta, a veces sucede que el tribunal requerido solicita al Juez exhortante que funde más ampliamente su competencia o los fundamentos de la propia medida (para juzgar su procedencia o conveniencia en el fondo). Y aún a veces se levanta la medida mientras un exhorto ampliatorio viaja de ida y vuelta al país exhortante.

Los jueces que decretan medidas cautelares, raras veces expresan fundamentos muy extensos. Son lacónicos, se limitan a decir que la prueba adelantada del *fumus bonis juris* y del *periculum in mora* es convincente y que decretan la medida sin prejuzgar. Es precisamente el temor a que se les acuse de haber prejuzgado, lo que hace que raras veces funden en forma extensa la jurisdicción de fondo o cautelar, ya que se reservan para pronunciarse en forma extensa para el caso de que la parte afectada recurra ante su sede.

En consecuencia, en la práctica la exigencia de que la medida sea “fundada” pueda transformarse en un requisito muy difícil de cumplir por parte del exhortante.

Entendemos que la correcta interpretación de esta exigencia debe limitarse a un resumen de los fundamentos de hecho y probatorios de la propia medida. El juez exhortante hace bien en no pronunciarse por anticipado en forma extensa sobre aspectos que luego deberá estudiar una vez ambas partes hayan hablado y planteado sus defensas y recursos. Pero ello conspira contra la eficacia de la medida o la rápida traba de la misma si se choca con un juez exhortado que interpreta la exigencia del PMC y la CIDIP en forma exagerada.

La conclusión *de lege ferenda* es que habría que determinar con más claridad qué temas pueden ser revisados por el tribunal requerido y cuáles no pueden plantearse y deben ser rechazados *in limine* para evitar una duplicación de juicios en los dos tribunales. El tribunal requerido debe actuar como un mero ejecutor y remitir toda discusión sobre la legalidad de la medida al tribunal requirente, que es el internacionalmente competente para ello. Si permite que recurran y apelen las medidas, aunque al final el tribunal requerido rechace la oposición y sostenga la tesis correcta, los juicios se habrán duplicado, con varias instancias en dos países distintos. En principio toda oposición debería ser remitida al tribunal requirente que es el tribunal que decretó la medida y la dueña del caso.

IV. ¿En qué país se otorga la contracautela?

Supongamos que un juez uruguayo libra un exhorto a Argentina para que se trabe una medida cautelar. El juez uruguayo seguramente debe haber exigido que se otorgue contracautela en Uruguay por diversos motivos: primero, porque sus normas procesales exigen que no se conceda la medida sin previa contracautela. Y segundo, porque es ante dicha Sede que se efectivizará cualquier eventual reclamo por daños y perjuicios. No obstante, tanto la CICMC (art. 3) como el PMC (art. 6) le atribuyen competencia para ello al juez requerido, quien aplica su propia ley para la determinación y efectivización de la contracautela (PMC: art. 6 y CIDIP: art. 3).

Cuando el exhorto llega a Argentina, el solicitante de la medida ya ha otorgado una garantía en Uruguay a satisfacción del juez exhortante. ¿Puede o debe el juez

argentino exhortado exigir una nueva contracautela en Argentina, aplicando el derecho argentino? El texto literal de los arts. 3 CICMC y 6 PMC nos llevaría a decir que el juez exhortado debe resolver sobre la garantía y por lo tanto podría exigir una contracautela en Argentina, como veremos más adelante en el análisis de tres hipótesis concretas.

La exigencia de la contracautela tiene por finalidad prevenir el pago de los perjuicios que puedan causarse en caso de medidas cautelares infundadas o excesivas, y las soluciones adoptadas tanto en la CICMC como en el PMC se basan en que supuestamente el perjuicio se produce en el Estado de cumplimiento de la medida. Es por eso que el codificador –nacional e internacional- ha creído más conveniente confiar la regulación del tema de la contracautela a la ley del Estado requerido, y confiar la decisión sobre ese tema también al juez del Estado requerido.

Si tenemos presente el objetivo de la norma, el juez exhortado debería tener en consideración la posibilidad real de que el afectado por la medida pueda hacer efectiva la contracautela prestada en el Estado donde tramita el proceso principal. Pensamos que esa posibilidad dependerá de la naturaleza de la garantía prestada –caución de un banco internacional con sucursales en ambos países por ejemplo o inmueble ofrecido en garantía- y de la situación del afectado por la medida –empresas multinacionales o nacionales con actividad en el extranjero o una persona física-.

Otra circunstancia que debería tener en cuenta el juez exhortado es la mayor o menor verosimilitud del derecho que siempre se considera a nivel interno como factor decisivo para graduar la contracautela o incluso eximir de ella. Para que la verosimilitud del derecho pueda tener incidencia sería importante que el juez exhortante funde la medida al otorgarla – lo que generalmente no sucede – o que el juez exhortado valore la documentación que debe acompañarse con el exhorto, en particular el escrito en el que se solicita la medida (art. 15. a CICMC y art. 21 PMC).

No obstante ello, la argumentación que funda la competencia del juez exhortado para exigir la contracautela no tiene en cuenta un hecho evidente: cualquier acción de daños y perjuicios por una medida cautelar injustificada, va a ser ejercida en la sede del tribunal que la decretó, o sea del exhortante y no de la sede del juez exhortado, que se limitó a cumplir con lo resuelto y decretado por el exhortante. En otras palabras, el responsable por los eventuales daños que pudiera causar la medida es el juez que la decretó.

IV.1. Hipótesis 1: contracautela ya otorgada en el país donde tramita el proceso

Un juez uruguayo libra un exhorto a su par argentino, disponiendo la interdicción de salida de puerto e inmovilización de un remolcador de bandera argentina.^[29] La demanda iniciada en Uruguay era un reclamo por los daños producidos por un abordaje causado por el buque de la demandada que había colisionado el muelle ubicado en Uruguay, de propiedad de la empresa asegurada por las actoras. Con anterioridad al libramiento del exhorto a Argentina, las accionantes solicitaron y obtuvieron como medida cautelar la interdicción de salida del buque que debía efectivizarse cuando el remolcador ingresara a puertos

uruguayos, a cuyo efecto prestaron una garantía bancaria que el juez uruguayo consideró suficiente.

Como el remolcador argentino no entró a puertos uruguayos y la medida cautelar no pudo hacerse efectiva en Uruguay, se libró el exhorto a Argentina para su cumplimiento. La parte solicitante de la medida planteó al juez argentino que la medida cautelar debía trabarse sin exigir una nueva contracautela, ya que se había prestado garantía bancaria suficiente ante el Juez exhortante. Sostuvo que la competencia atribuida al juez exhortado no significa que necesariamente la caución deba ser otorgada en el Estado donde ha de trabarse la medida cautelar. El juzgado civil y comercial federal de la Ciudad de Buenos Aires que entendía en la cuestión, ordenó la interdicción de salida de puerto e inmovilización del remolcador, sin exigir una nueva garantía.^[30]

Eduardo Véscovi ha sostenido con respecto de esta cuestión 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."^[31]

IV.2. Hipótesis 2: medida cautelar cuando hay sentencia ya dictada en el extranjero. Se prescinde de la contracautela

En un exhorto internacional que tramitó en Argentina, librado por un juez de Uruguay para que se trabara la inhibición general de bienes del demandado^[32] en los Registros de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal y de la Provincia de Buenos Aires y en el Registro Nacional de Buques, se solicitó que se prescindiera de la contracautela para la traba de una medida cautelar, porque existía sentencia dictada en Uruguay. El juez argentino ordenó la medida cautelar solicitada, sin exigir caución en Argentina.^[33]

Se trata aquí de casos en que se solicita una medida cautelar cuya procedencia se basa en una sentencia extranjera, pero no se pide una medida de ejecución, ni el reconocimiento de la sentencia. Ello se debe a que cuando se desconoce la existencia de bienes del demandado en un país extranjero, no tiene sentido pedir el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera, por los costos en que se incurriría sin saber si podrán ser recuperados. Lo apropiado en esos casos es solicitar medidas cautelares que impidan que el demandado disponga de los bienes que pudiera eventualmente tener o adquirir.^[34]

Como la contracautela se rige por la ley del lugar de cumplimiento de la medida (art. 3 CICMC y en forma coincidente art. 6 del PMC), dependerá de la ley

procesal del juez exhortado que se exima de contracautela a quien ha obtenido sentencia a su favor. En Argentina, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no requiere que se otorgue contracautela, ni siquiera caución juratoria, para que se decrete una medida cautelar, cuando se hubiese obtenido sentencia favorable, aunque estuviese recurrida. (arts. 199, 2 párrafo y 212 inc. 3 del CPCCN)

Al invocar la sentencia extranjera, sin pedir su ejecución, a los fines de prescindir de la contracautela para la traba de una medida cautelar, ¿podría decirse que la sentencia extranjera produce efectos extraterritoriales a estos fines y que se asimila a la sentencia local? ¿Es necesario que el juez exhortado analice que se cumplen las condiciones para el reconocimiento? En el caso no se verificaron esos requisitos, al menos no se explicitó y se otorgó la medida cautelar.

IV.3. Hipótesis 3: medida cautelar y acceso a la justicia

En algunos casos el juez de origen libra el exhorto sin exigir contracautela, ya sea porque considera que no debe hacerlo, según el art. 3 de CICMC o el art. 6 PMC, o por otros motivos, por ejemplo, porque el solicitante de la medida actúa con beneficio de litigar sin gastos o beneficio de pobreza o acceso gratuito a la justicia en el país donde tramita el proceso principal, o porque se trata de un asunto de familia.

Un juez uruguayo libró un exhorto a Argentina para que se traben varias medidas cautelares, en un tema de familia entre ex – cónyuges, en el que no había menores comprometidos y en el que el actor actuaba con beneficio de pobreza, sin que se prestara contracautela.

El juez argentino exhortado ordenó las medidas cautelares sin pedir contracautela y sin dar fundamento para no requerirla. Probablemente, tuvo en mente que en Argentina, en casos internos de divorcio y liquidación de la denominada sociedad conyugal, en general no se exige contracautela, salvo cuando se afecte a terceros, por ejemplo intervención en una sociedad.

IV.4. Conclusiones

Como se explicó *supra*, la contracautela o garantía, se regula por la ley del lugar de ejecución o cumplimiento de la medida, y se resuelve por el juez de ese mismo Estado (art. 3 CICMC, arts. 5 a 8 del PMC y art. 530 del CGP).

En la práctica, este sistema no funciona conforme a lo previsto en las normas, al menos en Uruguay. El juez que dicta la medida pide muchas veces al solicitante que previamente le dé una contracautela, por lo que en esos casos se exhorta la traba de la medida con una contracautela ya aceptada y otorgada ante el requirente. Probablemente los jueces piensan que si dictan la medida sin contracautela se arriesgan a que les pidan a ellos los daños y perjuicios que ésta pudiera causar. Dado lo que establecen las normas de los tratados internacionales, no habría responsabilidad del juez exhortante ni del Estado al que pertenece, si la medida fue trabada sin derecho o resulta abusiva. Será en todo caso responsabilidad del juez que traba la medida y del Estado al que éste pertenece.

El solicitante cumple con la exigencia de la contracautela, con los costos que ello implica, para encontrarse con que cuando el exhorto va al tribunal exhortado, éste le vuelve a solicitar una contracautela, basándose en los textos legales que así lo autorizan a ello. La doble contracautela que implica dicha práctica causa graves problemas al solicitante, tales como demoras y duplicación de costos.

Si el juez que ordena la medida cautelar no exige contracautela alguna, como surge de las normas convencionales, podría indicar expresamente en el exhorto que la caución deberá ser resuelta por el juez exhortado, de acuerdo a su ley, a fin de evitar planteos del demandado ante el juez exhortado de que la medida fue trabada sin ninguna garantía.

En los casos en los que por distintos motivos la contracautela ya se otorgó ante el juez exhortante, el juez exhortado debería evaluar si la aceptación de la garantía no lesiona la finalidad que persigue.

Cuando la cooperación jurisdiccional internacional llegue a un nivel más avanzado, seguramente la contracautela otorgada ante el exhortante, deberá ser aceptada por el exhortado, lo que requiere una modificación de las normas convencionales.

V. La vía privada de transmisión de los exhortos y las legalizaciones

La Convención interamericana establece cuatro vías de transmisión de los exhortos: la vía particular ("por las propias partes interesadas"), la vía judicial, la vía diplomática o consular, y la vía autoridad central (art. 13.1CICMC. El Protocolo de medidas cautelares elimina la vía judicial, salvo en el caso de los tribunales fronterizos (art. 19 PMC). El CGP no regula específicamente las vías de tramitación de los exhortos en materia cautelar, por lo que deben admitirse las cuatro vías previstas en el art. 527.1 CGP.^[35]

La vía particular es sin duda la de mayor celeridad, pero requiere legalizaciones o apostillas que implican un costo adicional. Basta retirar el exhorto del tribunal rogante, llevar a cabo las legalizaciones (la última firma es la del cónsul del Estado exhortado en el país exhortante), enviarlo a la persona encargada -profesional o corresponsal- en el país requerido, y éste lo presenta directamente en el tribunal rogado solicitando su cumplimiento. Lógicamente esta vía requiere tener un corresponsal (abogado, estudio o encargado) para que se ocupe del tema en el Estado requerido. Por lo tanto, si bien es rápida, no es la más económica.

Entre Argentina, Paraguay y Uruguay no es necesario certificar la autenticidad de la firma del cónsul por la Cancillería de su país (arts. 3 y 4 del Tratado de Derecho procesal internacional de Montevideo de 1940).^[36]

Los países del MERCOSUR son parte de la Convención de La Haya de 1961, que totaliza a la fecha 107 Estados Parte.^[37]

Los exhortos que se transmiten por vía privada no gozan de la exención de legalizaciones prevista en el art. 26 del Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (Las Leñas, 1992),^[38] ya que ella se refiere solamente a los exhortos y documentos transmitidos por Autoridad Central.

Ahora bien, en la práctica, en la cooperación cautelar entre las autoridades de Argentina y Uruguay, se admite la solicitud de la parte interesada de diligenciar

por sí misma el exhorto en cuestión, pero aun cuando la parte cumpla con todos los requisitos legales, incluida la legalización o la apostilla, hay muchas veces cierta resistencia en los Juzgados de Uruguay.

Cuando la cooperación es entre Uruguay y Brasil, o Chile, la vía particular no funciona, debido a que estos últimos no lo admiten. Ello a pesar de existir, al menos con Brasil, una norma convencional vinculante que así lo ordena (art. 19 PMC). Hay que tener en cuenta que los formularios aprobados por el Acuerdo Complementario al Protocolo de medidas cautelares, firmado en Montevideo, 15/12/1997, están previstos para su transmisión por la Autoridad Central.^[39]

El trámite burocrático es pesadísimo. Las exigencias de fotocopias completas de expedientes de miles de hojas, selladas y firmadas en todas las fojas por la oficina actuaria, traban las medidas y las hacen dificultosas. Deberían dictarse medidas adecuadas para aligerar el trámite, evitar certificaciones innecesarias y no exigir legalizaciones inútiles.

VI. Conclusiones

La cooperación cautelar internacional –al igual que los demás grados de la cooperación- es de principio, sin perjuicio de su regulación normativa en los distintos instrumentos –nacionales e internacionales- de DIPr.

Las soluciones positivas existentes han dado lugar a problemas prácticos de diversa índole y su aplicación desvirtúa muchas veces su finalidad. Ello muestra la necesidad de encontrar alguna vía de solución, como la que se acordara en la Asamblea Anual de ASADIP 2013, conjuntamente con la Organización de los Estados Americanos, de elaborar un Protocolo a las Convenciones interamericanas de derecho procesal internacional, que permita ajustar, actualizar y complementar las normas existentes, permitiendo subsanar las dificultades prácticas que plantean actualmente. Ello sin duda haría más accesible y más eficiente la integración entre los Estados Parte de las Convenciones, facilitando la cooperación jurisdiccional internacional e impidiendo que la justicia se vea frustrada y detenida en las fronteras estatales.

Coexiste una pluralidad de fuentes convencionales que, en materia de medidas cautelares, vinculan a los mismos Estados. Las dificultades que ello genera se solucionan en base a las reglas y principios generales de derecho de los tratados y a las cláusulas de compatibilidad incluidas en los respectivos textos convencionales.

El juez al que se le pide que ejecute una medida cautelar está obligado a cumplirla si la medida fue decretada por jueces “competentes en la esfera internacional”. Pero las normas de DIPr sobre la cooperación cautelar no regulan en forma expresa acerca de la facultad del juez requerido de analizar la jurisdicción indirecta, lo que ha dado lugar a diversas posturas doctrinarias. En la doctrina uruguaya prima la tesis de que debe existir un control de la competencia del juez exhortante por parte del juez exhortado, en tanto en Argentina existen posiciones encontradas al respecto.

El tribunal exhortado no puede entrar a considerar el tema de la competencia de fondo, salvo en casos flagrantes de incompetencia.

La CICMC y el CGP prevén, a diferencia del PMC, las medidas cautelares urgentes, lo cual implica la aceptación de una especie de competencia de urgencia, que es excepcional, para los jueces bajo cuya jurisdicción está ubicado el bien

o persona a cautelar. En esos casos, por definición, el juez internacionalmente competente para entender en el juicio de fondo es diferente al que asume competencia de urgencia a los solos efectos de decretar inmediatamente la medida solicitada por la parte. Ello no varía el principio de que la procedencia de la medida cautelar debe ser decidida por el juez competente en el asunto de fondo, conforme a su derecho.

Las diferencias en la interpretación y aplicación práctica de las normas convencionales generan incertidumbre, desvirtúa la ratio de las mismas y atenta contra el funcionamiento eficiente de la cooperación cautelar internacional, como lo demuestran los casos prácticos referidos a vía de ejemplo. La elaboración del Protocolo referido *supra* podría ser la vía para subsanar los mencionados problemas. Ello no resulta excluyente de otras vías que podrían resultar complementarias del mismo y colaborar en un mejor funcionamiento de la cooperación jurisdiccional internacional. Así, podría pensarse en la elaboración de una Guía de buenas prácticas en materia de cooperación jurisdiccional internacional, al estilo de la elaborada por la Conferencia de La Haya en materia de aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Por todo lo anterior, consideramos que sería deseable, de *lege ferenda*, que se determine con más claridad qué temas pueden ser revisados por el tribunal requerido y cuáles no. El tribunal requerido debe actuar como un mero ejecutor y remitir toda discusión sobre la legalidad de la medida al tribunal requirente, que es el internacionalmente competente para ello. Si permite que recurran y apelen las medidas, los juicios se habrán duplicado en dos países distintos.

Las normas vigentes establecen que la contracautela o garantía se regula por la ley del lugar de ejecución o cumplimiento de la medida, y se resuelve por el juez de ese mismo Estado. No obstante, en la práctica, el juez que dicta la medida pide muchas veces al solicitante que previamente le dé una contracautela, por lo que cuando se exhorta la traba de la medida ya existe una contracautela aceptada y otorgada ante el requirente. Consideramos que en esos casos, el juez exhortado debería aceptar la contracautela ya otorgada ante el requirente.

La vía particular de transmisión de los exhortos es sin duda la más rápida, aunque no la más económica. En la práctica, aun cuando la parte opte por esta vía y cumpla con todos los requisitos legales, incluida la legalización o apostillado, hay muchas veces cierta resistencia en los tribunales intervinientes, los cuales ponen trabas que dificultan su rápido y efectivo diligenciamiento.

Bibliografía

- BOGGIANO, A. (1991). Derecho Internacional Privado, t. I, 3ª. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- COLLINS, L. (1992). "Provisional and Protective Measures in International Litigation", *Recueil des Cours*, vol. 234, t. III.
- DE HEGEDUS, M. (1997). Cooperación Judicial Internacional en Materia Cautelar. En: LANDONI SOSA, A. (dir.), Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del MERCOSUR. Montevideo: FCU.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, C. y NOODT TAQUELA, M.B. (2006) "¿Es posible hacer efectivas las medidas cautelares en el extranjero?", *XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Maldonado, Uruguay.

- FRESNEDO DE AGUIRRE, C. (1997). La cooperación cautelar internacional en el Mercosur. En: El Derecho Procesal en el Mercosur. Libro de Ponencias. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral.
- GOLDSCHMIDT, W. (1985). Derecho Internacional Privado, 5ª ed., Buenos Aires: Depalma.
- GONZALEZ PEREIRA, O. (2000). “Cooperación Cautelar en el derecho internacional privado”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, t. III.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2000). “Los Protocolos de Cooperación Jurisdiccional y de Medidas Cautelares del MERCOSUR”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (nº 1).
- NOODT TAQUELA, M.B. (2005). Embargos y otras medidas cautelares en el Mercosur. En: Liber Amicorum en homenaje al Profesor Doctor Didier Opertti Badán, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- OPERTTI BADÁN, D. (1976). Exhortos y Embargo de bienes Extranjeros. Medios de Cooperación Judicial Internacional, Montevideo: Ed. A. Fernández,
- PEYRANO, J. (1997). “Régimen de las medidas cautelares en el MERCOSUR y anotaciones complementarias”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, t. IV.
- SCHLOSSER, P. (1997). Protective Measures in Various European Countries. En: GOLDSMITH, J.L. (ed.). International Dispute Resolution: The Regulation of Forum Selection (Fourteenth Sokol Colloquium). New York: Transnational Publishers, inc.
- TELLECHEA BERGMAN, E. (1996). Panorama de los Protocolos del MERCOSUR sobre Derecho Internacional Privado, con especial referencia a aquellos relativos a la cooperación jurídica internacional. En: CIURO CALDANI, M.A. (coord.). Del MERCOSUR. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- TELLECHEA BERGMAN, E. (1998). “Sobre las Normas Procesales Internacionales del CGP”, *Revista de Derecho Procesal* (Montevideo), (nº 4).
- TELLECHEA BERGMAN, E. (2002). La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- VESCOVI, E. (2000). Derecho Procesal Civil Internacional. Uruguay, el MERCOSUR y América, Montevideo: Ediciones Idea.
- VESCOVI, E. (con la colaboración de FRESNEDO DE AGUIRRE, C.). (2003). Problemas del proceso “internacional” y cooperación jurídica internacional en los Estados mercosureños. En: FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. (coord.), Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, Buenos Aires: Zavallía.

Notas

[1] Este trabajo se basa en la ponencia titulada “Cooperación jurisdiccional internacional cautelar. Dificultades que representa en la práctica. Una visión desde Uruguay”, presentada en el Taller Participativo: “Dificultades metodológicas del discurso del Derecho Internacional Privado. Cómo superarlas y hacerlo más accesible”, desarrollado en el marco del Lanzamiento del proyecto de investigación: “El Derecho Internacional Privado y el desarrollo de los mercados integrados: colaboración interregional”, que tuvo lugar en Buenos Aires el 09/06/2014 y que fue auspiciado por la Universidad de Belgrano, The University of Edinburgh, la Universidad de Buenos Aires y la British Academy, bajo la coordinación de las Profs. Dras. V. RUIZ ABOU-NYGM y M.B. NOODT TAQUELA. También toma varios desarrollos ya efectuados en FRESNEDO DE AGUIRRE, C. y NOODT TAQUELA, M.B. “¿Es posible hacer efectivas las medidas cautelares

en el extranjero?”, *XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, 23 a 25/11/2006, Maldonado, Uruguay, pp. 411-434.

[2]OPERTTI BADÁN, D. (1976). Exhortos y Embargo de bienes Extranjeros. Medios de Cooperación Judicial Internacional, Montevideo: Ed. A. Fernández, pp. 56 a 58. Ello surge además de la formulación imperativa del art. 2 (exordio) de la Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares (CIDIP-II, Montevideo, 1979): “...darán cumplimiento...”

[3]Una circunstancia que normalmente dificulta el cumplimiento de medidas cautelares en el extranjero, es la diferencia existente entre las medidas precautorias conocidas en los distintos sistemas jurídicos, particularmente entre los países de derecho continental y los del *common law*. SCHLOSSER, P. (1997). Protective Measures in Various European Countries. En: GOLDSMITH, J.L. (ed.). *International Dispute Resolution: The Regulation of Forum Selection (Fourteenth Sokol Colloquium)*. New York: Transnational Publishers, inc., pp. 185-209; COLLINS, L. (1992). “Provisional and Protective Measures in International Litigation”, *Recueil des Cours*, vol. 234, t. III, pp. 9-238, esp. pp 69-91, cit. por NOODT TAQUELA, M.B. (2005). Embargos y otras medidas cautelares en el Mercosur. En: *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Doctor Didier Opertti Badán*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, pp. 873-906, esp. p. 875.

[4]FRESNEDO DE AGUIRRE, C. (1997). La cooperación cautelar internacional en el Mercosur. En: *El Derecho Procesal en el Mercosur. Libro de Ponencias*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, pp. 393-410, esp. pp. 394-395.

[5] Los siete Estados Partes al 08/10/2019 (<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-42.html>) son Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay.

[6]Decimos que las normas sobre medidas cautelares del Tratado de Derecho procesal internacional de Montevideo de 1940 han quedado desplazadas, en principio, por las de la Convención interamericana, pues en virtud de lo dispuesto por el art. 59 de la Convención sobre el derecho de los tratados, de Viena de 1969, de la que son parte los Estados del MERCOSUR, con excepción de Brasil, existe la posibilidad de que alguna norma del tratado anterior mantenga su vigencia si no resulta incompatible con las del tratado posterior, es decir con las de la Convención sobre cumplimiento de medidas cautelares, de Montevideo de 1979.

[7]Sobre el Protocolo de medidas cautelares puede verse GONZALEZ PEREIRA, O. (2000). “Cooperación Cautelar en el derecho internacional privado”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, t. III, pp. 1242-1262; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2000). “Los Protocolos de Cooperación Jurisdiccional y de Medidas Cautelares del MERCOSUR”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (nº 1), pp. 579-609; TELLECHEA BERGMAN, E. (2002). La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, pp. 60-72; VESCOVI, E. (2000). *Derecho Procesal Civil Internacional. Uruguay, el MERCOSUR y América*, Montevideo: Ediciones Idea, pp. 131-150; VESCOVI, E. (con la colaboración de FRESNEDO DE AGUIRRE, C.). (2003). Problemas del proceso “internacional” y cooperación jurídica internacional en los Estados mercosureños. En: FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires: Zavallá, pp. 387-392 y 395-396.

[8]Las normas aprobatorias y las fechas de ratificación del Protocolo de Medidas Cautelares, firmado en Ouro Preto el 16 de diciembre de 1994, son las siguientes: Argentina: ley 24.579 del 25/10/1995, depósito:14/03/1996; Brasil decreto legislativo 192 del 15/12/1995, depósito:18/03/1997; Paraguay ley 619 del 06/07/1995, depósito: 12/09/1995 y Uruguay ley 16.930 del 14/04/1998, depósito: 10/08/1998.

[9]TELECHEA BERGMAN, E. (1996). Panorama de los Protocolos del MERCOSUR sobre Derecho Internacional Privado, con especial referencia a aquellos relativos a la cooperación jurídica internacional. En: CIURO CALDANI, M.A. (coord.), *Del MERCOSUR*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, p. 226.

[10]El art. 2 de la Convención interamericana establece: “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* (cursiva nuestra), tengan por objeto...”. El art. 4 del Protocolo de medidas cautelares 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* (cursiva nuestra), adoptando las providencias necesarias de acuerdo con la ley del lugar donde estén situados los bienes o residan las personas objeto de la medida.”

[11]Aprobado por ley N° 15.982, del 18/10/988, *DO* del 14/11/988.

[12]La misma solución adopta el art. 132 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley 17.454, de 1967, modificado por ley 22.434, texto ordenado oficial por Decreto 1042/81, *BO* del 27/08/1981. La reforma introducida por la ley 25.488 del 24/10/2001 no modifica el art. 132 ni ninguna de las normas de derecho internacional privado.

[13]VESCOVI, E. y FRESNEDO DE AGUIRRE, C. (Nota 7), n° 347, p. 388.

[14]GONZÁLEZ PEREIRA, O. (Nota 7), p. 1253.

[15]Ver, por ejemplo, VESCOVI, E. (Nota 7), p. 147.

[16]Estas dificultades no son nuevas, sino que se planteaban ya en casos en que resultaban aplicables los Tratados de Montevideo de Derecho procesal internacional de 1889 y de 1940. Ver sobre el tema: OPERTTI BADÁN, D. (Nota 2), pp. 224-234.

[17]GONZÁLEZ PEREIRA, O. (Nota 7), pp. 1254; BOGGIANO, A. (1991). *Derecho Internacional Privado*, t. I, 3ª. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, p. 433; una posición más flexible plantea VESCOVI, E. (Nota 7), p. 147-149, admitiendo que el tema es opinable.

[18]TELLECHEA BERGMAN, E. (1998). “Sobre las Normas Procesales Internacionales del CGP”, *Revista de Derecho Procesal* (Montevideo), (n°4), pp. 536-537. Sin embargo Tellechea pareciera haberse inclinado posteriormente por la ausencia de control de la jurisdicción internacional indirecta al comentar el art. 4 del PMC en su obra *La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 63.

[19]OPERTTI BADÁN, D. (Nota 2), p. 327. El alcance dado al orden público como límite a la aplicación del derecho extranjero o al reconocimiento de sentencias o actos extranjeros está dado en la Declaración efectuada por Uruguay en ocasión de la CIDIP-II, Montevideo, 1979, que puede leerse en la página web de la OEA (www.oas.org), en el estado de firmas y ratificaciones de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr.

[20]OPERTTI BADÁN, D. (1985). “Medidas cautelares con especial referencia al Derecho Procesal Internacional”, trabajo realizado para las *III Jornadas de Derecho Procesal*, citado por VESCOVI, E. (Nota 7), p. 132, nota al pie n° 19, quien cita también, en igual posición, a TELLECHEA BERGMAN

[21]GOLDSCHMIDT, W. (1985). *Derecho Internacional Privado*, 5ª ed., Buenos Aires: Depalma, p. 479, quien expresaba que “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”.

[22]GONZÁLEZ PEREIRA, O. (Nota 7), pp. 1255-1256, con cita en nota 46 de KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (nota 7), pp. 570-609, esp. pp. 599-600, con cita de PEYRANO, J. (1997). “Régimen de las medidas cautelares en el MERCOSUR y anotaciones complementarias”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, t. IV, p. 841 y TELLECHEA BERGMAN, E. (Nota 9), esp. p 227.

[23]El exhorto debe proceder de una autoridad judicial propiamente dicha o de un organismo administrativo de carácter jurisdiccional cuyos pronunciamientos queden sujetos a control

judicial suficiente para impedir que tales órganos ejerzan un poder absolutamente discrecional sustraído a toda revisión ulterior (CSJN Argentina, 19/09/1960, “*Fernández Arias, Elena y otros c. Poggio, José, suc*”, Fallos t. 247, p. 646, citada por GOLDSCHMIDT, W. (Nota 21), p. 480. Así la Corte Suprema de Justicia de Chile en sentencia del 07/01/1957, resolvió no transferir a la Argentina los bienes de Perón sitos en Chile, conforme se lo había pedido la Junta Nacional de Recuperación Patrimonial por un exhorto tramitado por la Cancillería Argentina, citada por GOLDSCHMIDT, W. (Nota 21), p. 477. GONZÁLEZ PEREIRA, O. (Nota 7), p. 1255, nota 47.

[24]GONZÁLEZ PEREIRA, O. (Nota 7), p. 1255.

[25]Actas y Documentos CIDIP-II, vol. II, Washington, OEA, 1980, acta de la 5ª sesión de la Comisión I, p. 109, cit. por GONZÁLEZ PEREIRA, O. (Nota 7), p. 1256, nota 48.

[26]VÉSCOVI, E, Y FRESNEDO DE AGUIRRE, C. (Nota 7), n° 349, pp. 389-390.

[27]De Hegedus, M. (1997). Cooperación Judicial Internacional en Materia Cautelar. En: LANDONI SOSA, A. (dir.), Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del MERCOSUR. Montevideo: FCU, p. 175.

[28]OPERTTI BADÁN, D. (Nota 2), p. 322.

[29]Argentina: Juzgado Civil y Comercial Federal 11, secretaría 21, “*Royal & Sun Alliance Seguros c/ Samuel Gutnisky SAIC s/ Exhorto*”, 30/11/2001, expediente 10.642/2001, inédito. El proceso principal tramitaba en Uruguay: Juzgado letrado de 1º Instancia Civil de 9º Turno, de Montevideo, “*Royal & Sun Alliance Seguros (Uruguay) SA y otro c/ Samuel Gutnisky Soc. Anónima Ind. y Com. Medida cautelar*”, ficha 225/2000, comentado por NOODT TAQUELA, M.B. (Nota 3), pp. 893-896.

[30]La resolución se limita a ordenar la medida cautelar sin dar ningún fundamento, como sucede habitualmente cuando se acepta el pedido de cooperación internacional.

[31]VESCOVI, E. (Nota 7), p.137. En sentido contrario: GONZALEZ PEREIRA, O. (Nota 7), p. 1256, quien sostiene que la solución propiciada por E. VESCOVI, contradice el criterio de las normas convencionales, las cuales someten, lógicamente, al juez requerido la fijación de la contracautela.

[32] La inhibición general de bienes es la medida cautelar equivalente en el derecho argentino (art. 228 CPCCN) al embargo genérico contemplado en el derecho uruguayo (art. 380 CGP).

[33]Argentina: Juzgado Civil y Comercial Federal 1, secretaría 1, “*The Nippon Fire Marine Insurance c/Francisco Sguera s/Ejec. de Sentencia*” s/ Exhorto”, 08/02/2001, expediente 9721/2000, inédito, comentado por NOODT TAQUELA, M.B. (Nota 3), pp. 896-898.

[34]Los autores distinguen habitualmente entre las medidas cautelares previas a una sentencia, de aquellas propias de la ejecución de la sentencia, pero no siempre se tiene en consideración la posibilidad de solicitar medidas cautelares y no de ejecución, cuando existe sentencia firme. El PMC del MERCOSUR expresamente menciona los distintos momentos en que puede disponerse una medida cautelar: Art. 3: “Se admitirán las medidas cautelares preparatorias, las incidentales de una acción principal y las que garanticen la ejecución de una sentencia”

[35]VESCOVI, E. (Nota 7), p. 146.

[36]Cuando se trata de exhortos que deben cumplirse en Argentina, provenientes de países que no sean parte en la Convención por la cual se suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, firmada en La Haya, el 05/10/1961 ni del Tratado de Montevideo de 1940, tampoco es necesario certificar la firma del cónsul argentino por el Ministerio de Relaciones Exteriores, porque el requisito fue eliminado por el decreto 1629/2001 del 07/12/2001 (B.O. 12/12/2001), que modificó art. 229 del Reglamento Consular.

[37]<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=41>

[38] CMC Dec. 5/92, vigente en los cuatro países del Mercosur.

[39] Adoptado por el CMC/DEC N° 9/97, no ratificado por ninguno de los Estados Miembros al 01/02/2006.

Notas de autor

- * Cecilia Fresnedo de Aguirre es doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República (Uruguay). Profesora de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Miembro del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos. Miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado y de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).