



EDUARDO TELLECHEA BERGMAN*

CONDICIÓN PROCESAL DEL LITIGANTE FORÁNEO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO INTERAMERICANO, DEL MERCOSUR Y URUGUAYO DE FUENTE NACIONAL

SUMARIO: I. Consideraciones liminares. - II. Tratamiento al litigante foráneo en el actual ámbito convencional regional e interamericano: 1. Regulaciones bilaterales concluidas por Uruguay con países de la región. - 2. Regulaciones del Mercosur: A) Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión CMC 05/92, Capítulo III, “Igualdad de Trato Procesal” y Acuerdo (espejo) entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02, Capítulo III; B) Acuerdos entre los Estados Partes del Mercosur y entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile sobre el Beneficio de Litigar sin Gastos y la Asistencia Jurídica Gratuita, decisiones 49/00 y 50/00 respectivamente. 3. La condición procesal del foráneo y las Convenciones Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado. 4. Disposiciones atinentes a la condición del litigante ajeno al foro contenidas en convenciones de alcance mundial sobre minoridad y familia. 5. Tratamiento al litigante foráneo en el actual derecho uruguayo de fuente nacional.

1. Consideraciones liminares

Un capítulo de especial relevancia en el acceso a la justicia refiere al tratamiento al litigante foráneo¹. Las personas físicas y jurídicas ajenas al foro tradicionalmente han sufrido discriminaciones procesales de diversa índole, tales: exigencia de prestación de fianza de arraigo o *cautio iudicatum solvi*², inversión en su perjuicio de la carga de la prueba, retaceo de los beneficios de litigar sin gastos y asistencia jurídica gratuita concedidos al litigante local carente de recursos, etc. Puede calificarse asimismo como trato procesal discriminatorio al

* Catedrático de Derecho Internacional Privado y Director del Instituto de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Director de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional de Uruguay, años 1985 - 2011.

¹ La calidad foránea del litigante es determinada en los distintos Derechos ya en razón de la nacionalidad, ya del domicilio.

² Exigida como medio de asegurar el pago de las costas y costos a los que pudiere ser condenado el actor no perteneciente al foro. El antiguo Código de Procedimiento Civil uruguayo preveía la fianza de arraigo en los arts. 120, 121 y 246 numeral 5.

deudor demandado no perteneciente al foro, la consideración de esa 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 contra³.

La doctrina privatista internacional reacciona tempranamente frente a estas discriminaciones y el Instituto de Derecho Internacional en la Sesión de Zurich de 1877, proclama: “El extranjero deberá ser admitido en juicio en las mismas condiciones que el nacional, es decir, en completa igualdad”. En similar sentido, el Delegado argentino al Congreso Sudamericano de Derecho Internacional de Montevideo de 1889, Dr. Manuel Quintana, expresaba con conceptos de total actualidad: “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, ni un privilegio del nacional, es por el contrario una garantía de la persona y un deber del Estado. Sin justicia eficaz, no se concibe derecho efectivo”⁴.

No obstante lo expuesto, los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889 sin perjuicio de establecer en el art. 1º del Protocolo Adicional, “Las leyes de los Estados contratantes serán aplicadas a los casos ocurientes, ya sean nacionales o extranjeras las personas interesadas en la relación jurídica de que se trate”⁵, 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. Posición mantenida por los Tratados de Montevideo de 1940, cuyo art. 1º del Protocolo Adicional, de igual contenido que el texto que le precediera medio siglo antes, no constituyó impedimento para evitar la aplicación de disposiciones procesales discriminatorias hacia el foráneo consagradas por las normativas nacionales de los Estados Partes.

Frente a este estado de cosas, el maestro Couture en ocasión del “Primer Congreso Nacional (argentino) de Ciencias Procesales”, celebrado en Córdoba en 1939, expresaba: “Es evidente que la fianza de arraigo toma partido por la aversión al extranjero. La sociedad en la que vivimos, felizmente, no obstante los desfallecimientos que pareciera tener en estos momentos ha progresado en este sentido. Desde el punto de vista de la consagración positiva, no tengo sino que referirme a los textos en los que están suprimidas ésta fianzas. Opiniones de los más reputados maestros aconsejan su supresión y los tratados internacionales tienden a suprimirla”⁶ y años más tarde el iusprivatista argentino Romero del Prado califica de manera coincidente la fianza de arraigo “como un resto atenuado de prejuicios contra el extranjero”⁷. En la misma época en el ámbito europeo, el procesalista Gaetano Morelli destaca que desde el punto de vista del ordenamiento internacional la obligación del Estado de conferir al extranjero capacidad de sujeto procesal, atribuyéndole en particular el derecho a accionar,

³ Tal lo resultante de hoy derogado Código de Procedimiento Civil de Uruguay, art. 828, inc.1, que habilitaba el secuestro o embargo preventivo contra el deudor que no tuviere domicilio conocido en la República.

⁴ Palabras de Quintana transcriptas por G. RAMÍREZ, *El Derecho Procesal Internacional en el Congreso Jurídico de Montevideo*, Montevideo, Imprenta Central, 1892, p. 175.

⁵ Conceptos coincidentes con principios básicos recibidos por el Derecho latinoamericano desde sus comienzos, vr. gr., Constitución bolivariana de la Gran Colombia de 1811, incorporados luego por el Código de Chile de Andrés Bello en la llamada “regla de oro” del art. 53, “La ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero”.

⁶ E. COUTURE, *Primer Congreso Nacional de Ciencias Procesales*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1942, p. 356.

⁷ V. N. ROMERO DEL PRADO, *Derecho Internacional Privado*, t. III, Córdoba, Ediciones Asandri, 1961, p.360.

debe considerarse como necesario complemento de la obligación derivada de la norma consuetudinaria de reconocer al extranjero personalidad jurídica⁸.

La otra codificación continental clásica sobre Derecho Internacional Privado, el Código de La Habana de 1928, Código de Bustamante, avanzó en cambio significativamente en el tratamiento del tema y concede a los nacionales de los Estados contratantes el beneficio de defensa por pobre en las mismas condiciones que a los locales, excluyendo expresamente en relación a aquellos la imposición de la fianza de arraigo, la inversión del *onus probandi*, y la pertinencia de embargos preventivos fundados en la sola condición de extranjero del deudor demandado, Libro Cuarto, “Derecho Procesal Internacional”, Título Cuarto, “Del Derecho de Comparecer en Juicio y sus Modalidades”, arts. 382 a 387⁹.

A nivel universal la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado desde su primera época, Convenio de 1905 sobre Procedimiento Civil, dispone en el mismo sentido: “Ninguna caución o depósito, bajo cualquier denominación que sea podrá imponerse, sea en razón de la calidad de extranjeros, sea por la falta de domicilio o residencia en el país, a los nacionales de los Estados Parte que sean demandantes en otros de estos Estados”; y el Convenio de 1954 sobre Procedimiento Civil reafirma el principio en su art. 17, previendo además la asistencia jurídica gratuita a los nacionales de un Estado Parte actuantes ante tribunales de otro, art. 20, así como la expedición gratuita de actas de estado civil, art. 25¹⁰. En esta línea, 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 el que se hubiere iniciado el procedimiento. La misma norma se aplicará al pago que pueda exigirse para garantizar las costas judiciales a los demandantes o intervinientes” Y el Relator de la Convención, Gustaf Möller, señala como sensible mejora respecto a los textos precedentes, la expresa inclusión por el Convenio de las personas morales¹¹.

⁸ G. MORELLI, *Derecho Procesal Civil Internacional*, Buenos Aires, EJE, 1953, p.77-83. En similar sentido, T. M. C. ASSER, *Derecho Internacional Privado*, traducción de J. Fernández Prida, Madrid, La España Moderna, s/f, p. 60-63.

⁹ El Código de Bustamante ha sido ratificado por Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, Rep. Dominicana y Venezuela. Argentina, Paraguay y Uruguay, Estados Parte de los Tratados de Montevideo, por razones técnicas no ratificaron el Código.

¹⁰ Por un examen detallado del Derecho comparado anterior al actual Código General del Proceso de Uruguay y las regulaciones del Mercosur que hoy consagran el principio de igualdad de trato procesal, ver: E. TELLECHEA BERGMAN, *Derecho Internacional Privado. Derecho Procesal Internacional, Cooperación Jurisdiccional Internacional*, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, 1982, pp. 118 y ss.; D. OPERTTI y E. TELLECHEA BERGMAN, “La *cantio indicatum solvi* en el actual Derecho Internacional Privado uruguayo”, en: *IV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Maldonado, 19 a 22 de marzo de 1987*, Montevideo, FCU, 1987, pp. 545-561.

¹¹ G. MÖLLER, *Conférence de La Haye de droit international privé. Convention tendant à faciliter l'accès international à la justice*, Tirage à part des Actes et documents de la Quatorzième session et Rapport explicatif, La Haya, Bureau Permanent de la Conférence, 1983, pp. 281 – 283.

2. Tratamiento al litigante foráneo en el actual ámbito convencional regional e interamericano

La inexistencia en el Derecho convencional vigente para los Estados de la región no Partes del Código de Bustamante de una regulación específica atinente a la condición del litigante foráneo equiparándolo al local y la incidencia de textos internacionales fundamentales en materia de Derechos Humanos, tales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por consenso por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16.12.1966¹², art. 14, y a nivel continental, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica del 19.12.1966¹³, arts. 8, 24 y 25, regulaciones incompatibles con cualquier trato procesal discriminatorio, fueron determinantes en la década de los años ochenta del siglo veinte de posturas tendientes a regular el tema, concluyéndose en tal sentido distintos convenios que consagran el principio de la igualdad de trato procesal.

2.1. Regulaciones convencionales bilaterales concluidas por Uruguay con países de la región

A principios de los años ochenta Uruguay concluye convenios bilaterales con la República de Argentina y la República de Chile sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos¹⁴, cuyos arts. 1º coinciden en proclamar: “Los domiciliados en un Estado Parte gozarán ante los tribunales del otro del mismo trato procesal de que gozan quienes en él se domicilian”. Solución también acogida por el Convenio uruguayo – peruano sobre Igualdad de Trato Procesal, vigente desde el 22.2.1989¹⁵.

El principio de no discriminación procesal consagrado por los citados acuerdos es profundizado por el Convenio negociado entre la República Oriental del Uruguay y la República Federativa del Brasil en el año 1991, firmado en Montevideo el 28.12.1992, sobre Cooperación Judicial Internacional¹⁶, cuyo Capítulo VI, “Igualdad de Trato Procesal”, arts. 21 y 22, constituyó un precedente directo de las soluciones acogidas por el Protocolo del Mercosur de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, hoy el texto aplicable en la materia entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

Asimismo acuerdos posteriores concluidos por Uruguay fuera de ámbito continental, convenios con España y Francia, también tutelaron expresamente la igualdad de trato procesal¹⁷, desarrollando éste último soluciones pioneras que fueran recibidas por la Convención franco - uruguayo sobre Asistencia Judicial Gratuita de 23.3.1885.

¹² Aprobada por Uruguay por Ley 13.751 del 11.7.1969.

¹³ Aprobada por Uruguay por Ley 15.737 del 8.3.1985.

¹⁴ Convenios aprobados por Uruguay respectivamente por Decretos – Leyes 15.110 del 17.3.1981 y 15.251 del 26.3.1982.

¹⁵ Aprobado por Uruguay por Decreto – Ley 15.721 del 7.2.1985, en vigor desde el 2.2.1989.

¹⁶ El Convenio fue aprobado por Uruguay por Ley 16.728 del 5.12.1995.

¹⁷ Convenio de Cooperación Jurídica entre la República Oriental de Uruguay y el Reino de España, aprobado por Uruguay por Ley 16.864 del 10.9.1997, en vigor desde el 30.4.1998, Título IV, “De la Igualdad de trato procesal”, art. 16 a 19; Convención de Cooperación Judicial en Materia Civil y Comercial entre la República Oriental del Uruguay y la República Francesa, aprobada por Uruguay por Ley 17.110 del 12.5.1999, en vigor desde el 1.8.1999. Capítulo 1, “Acceso a la Justicia”, arts. 2 a 6; al respecto puede verse, E. TELLECHEA BERGMAN, *Derecho Internacional Privado*, Montevideo, La Ley Uruguay, 2010, pp. 146-147.

2.2. Regulaciones del Mercosur

A) *Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión CMC 05/92, Capítulo III, "Igualdad de Trato Procesal" y Acuerdo (espejo) entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02, Capítulo III*¹⁸.

El Protocolo, art. 3, asegura a las personas físicas, ciudadanos o residentes permanentes de un Estado Parte actuantes ante tribunales de otro, libre acceso a la jurisdicción de éste para la defensa de sus derechos e intereses en igualdad de condiciones con sus pares locales. Equiparación que supone excluir eventuales discriminaciones respecto al foráneo en su capacidad procesal o a que se invierta en su perjuicio la carga de la prueba.

El principio de igualdad consagrado implica asimismo que comprobada que fuere la carencia de recursos de la persona ajena al foro, se le otorgue toda la asistencia procesal que se brinda al litigante local en similar situación. Se reafirma de modo una condición esencial a la Justicia, la universalidad de su aplicación, de modo que su acceso no quede vedado a nadie, propio o extraño. La solución se extiende a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de las Partes.

Si bien el principio de igualdad procesal excluye por definición la posibilidad de imponer al foráneo cauciones o depósitos para acceder a los tribunales que no se exijan a los locales, dado que algunos países de la región aún mantienen tales cargas¹⁹ y en atención a la gravedad de las mismas, se entendió conveniente regular expresamente el tema. El art. 4 del Protocolo ordena en consecuencia que ninguna caución o depósito, "cualquiera sea su denominación", sea impuesta por un Estado a personas físicas, ciudadanos o residentes permanentes de otra de las Partes, o a personas jurídicas constituidas, autorizadas o inscriptas en alguna de ellas. Por lo que en el ámbito del Mercosur tanto los residentes permanentes de un Estado miembro, incluso en caso de proceder de países ajenos a la región, cuanto los ciudadanos de una de las Partes, aun cuando estuvieren radicados en un tercer país, gozarán ante los estrados de los demás Estados de igualdad de trato procesal con sus pares locales. Beneficio que la Enmienda al Protocolo del Mercosur de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, Decisión CMC 07/02, extiende a los nacionales en la nueva redacción dada a los arts. 3 y 4, y la misma solución disponen iguales artículos del Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile. Respecto a las personas jurídicas cabe concluir de lo expuesto que, *vr. gr.*, si una sociedad comercial uruguaya accionara ante tribunales argentinos, paraguayos o brasileños, no se le podrá requerir prestación de "*cautio indicatum solvi*" y lo mismo debe acontecer respecto a sociedades constituidas en países no Partes del Mercosur pero que hayan sido reconocidas o autorizadas a actuar en alguno de ellos. Igual solución acoge el Acuerdo de los Estados del Mercosur con Bolivia y Chile.

¹⁸ El Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional fue aprobado por Uruguay por Ley 16.971 del 15.6.1998 y se encuentra vigente entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, en tanto que el Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y Asociados se encuentra vigente entre Argentina, Brasil, Chile y Ecuador, país que adhirió al mismo.

¹⁹ Situaciones en la que no corresponde incluir al Derecho uruguayo, que las ha excluido a partir del Código General del Proceso.

La igualdad procesal consagrada por el Protocolo ha logrado un progresivo afianzamiento en los Estados Partes. En Argentina²⁰ y Uruguay²¹ de modo relativamente rápido se obtiene una satisfactoria aplicación del principio de igualdad procesal y en Paraguay, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha hecho prevalecer adecuadamente el principio de no discriminación consagrado por el texto del Mercosur²², en tanto que en Brasil, frente a una jurisprudencia no homogénea en la observancia de lo dispuesto por los artículos 3 y 4 del Protocolo, el nuevo Código de Procedimiento Civil, aprobado por Ley 13.105 de 16.3.2015, cuya entrada en vigencia está prevista para el 15.3.2016, dispone en el Capítulo II “De la Cooperación Internacional”, Sección 1 “Disposiciones Generales”, artículo 26.II, la “Igualdad entre nacionales y extranjeros, residentes o no en Brasil, en relación al acceso a la justicia y la tramitación del proceso y asegurarse asistencia judicial a los necesitados”.

B) *Acuerdos entre los Estados Parte del Mercosur y entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile sobre el Beneficio de Litigar sin Gastos y la Asistencia Jurídica Gratuita, Decisiones 49/00 y 50/00 respectivamente*²³.

Los Acuerdos confieren a los nacionales, ciudadanos y residentes habituales de uno de los Estados Parte actuantes en territorio de otro, en igualdad de condiciones con sus pares locales, los beneficios de litigar sin gastos y de asistencia jurídica gratuita, arts. 1, siendo competentes para conceder dichos auxilios las autoridades del Estado que tenga jurisdicción para conocer en el proceso en el cual se solicitan, art. 2. La oportunidad procesal para presentar la solicitud, los extremos en los cuales debe fundarse y cualquier otra cuestión procesal se regirán por el Derecho del Estado con jurisdicción para conceder el beneficio, art. 3, es decir, aquel que, como se indicara, sea competente para conocer en la acción en la cual dicho tratamiento ha sido solicitado; el mismo ordenamiento regirá la eventual extinción de los derechos concedidos.

En los casos de cooperación judicial internacional de mero trámite, probatoria o cautelar, el derecho a litigar sin gastos concedido en el Estado requirente será reconocido en el requerido, art. 4, y asimismo el beneficio otorgado en el Estado de origen de la sentencia será mantenido en el de su presentación para el reconocimiento o ejecución, art. 5.

En materia de reintegro internacional de menores y en conformidad con el espíritu de las Convenciones Interamericanas sobre Restitución Internacional de Menores de 1989²⁴ y

²⁰ En Argentina, *caso Petropol S.A.*, el Juzgado Nacional de Comercio n° 9 rechaza la exigibilidad de prestación de fianza de arraigo requerida a una empresa radicada en Uruguay en base a las disposiciones del Protocolo de Las Leñas, A. PEROTTI, “Protocolo de Las Leñas. La excepción de arraigo en la jurisprudencia de los Estados del Mercosur”, *La Justicia Argentina*, 3.9.2003, pp. 71-76.

²¹ En Uruguay la igualdad de trato procesal y la exclusión de la fianza de arraigo en juicio han sido acogidas por textos convencionales anteriores al Protocolo del Mercosur y por el propio Código General del Proceso, por lo que las disposiciones del Protocolo no han generado dificultades en su aplicación.

²² En Paraguay la Suprema Corte de dicho país ha invocado el art. 4 del Protocolo del Mercosur frente a lo dispuesto por el art. 225 del Código Procesal Civil que contempla la fianza de arraigo; Suprema Corte de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad n° 326/1999, Sentencia citada por A. PEROTTI, *op. cit.*, p. 74.

²³ El Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur ha sido ratificado por Brasil y Paraguay, en tanto que el Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, se encuentra vigente entre Brasil, Paraguay y Chile.

²⁴ Ver numeral 3, “La condición procesal del foráneo y las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado”.

de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores²⁵, los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas para lograr la gratuidad de los procedimientos, así como para informar a los interesados acerca de las defensorías de oficio, los beneficios de litigar sin gastos y la asistencia jurídica gratuita a los que pudieren acceder, art. 6.

En hipótesis de reclamos internacionales de alimentos se dispone asimismo que el derecho a litigar sin gastos concedido por la Parte donde se hubiere planteado el reclamo, será reconocido en aquella donde se solicitare el reconocimiento, art. 7²⁶.

Los Estados también se comprometen a brindar asistencia jurídica gratuita en igualdad de condiciones con aquella concedida a sus nacionales o ciudadanos, a las personas que hubieran accedido en otra Parte al beneficio de litigar sin gastos, art. 9.

Los Acuerdos prevén además una cooperación judicial internacional probatoria específica al tema, pudiendo requerir la autoridad con competencia para conceder el beneficio de litigar sin gastos información a las autoridades de los otros Estados sobre la situación económica del solicitante a través de pedidos formulados vía Autoridad Central, diplomática o consular, y en zonas de frontera directamente, sin necesidad de legalización, art. 12. Tales pedidos deberán redactarse en la lengua de la autoridad requirente y estar traducidos al idioma de la autoridad requerida, art. 11, condición esta aplicable a los pedidos cursados entre Brasil y los otros países de la región.

Los actos de cooperación judicial internacional requeridos por personas que hayan obtenido el derecho de litigar sin gastos o de asistencia jurídica gratuita en uno de los Estados Parte en materia civil – comprendiendo dentro de la misma las cuestiones de minoridad y familia – comercial, laboral y contencioso – administrativa, son dispensados en su diligenciamiento del pago de costas judiciales y otros gastos procesales, art. 14, no pudiendo el Estado que concede tales beneficios exigir a aquel al que pertenece el beneficiario, reembolso alguno, art. 15.

Las soluciones legisladas por estos Acuerdos, que profundizan y desarrollan el principio de igualdad procesal ya acogido por el Protocolo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, imponen la necesidad de su aprobación sin más tardanzas por los Estados que aún no lo hubieren hecho, de modo de facilitar, aún más, la realización de la Justicia en la región

3. La condición procesal del foráneo y las Convenciones Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado

Las Convenciones aprobadas por las CIDIP sólo de manera tangencial han atendido el punto a través de disposiciones aisladas previstas en algunos textos convencionales, tales, el art. 16 de la Convención Interamericana de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares²⁷ que dispone en su parte final, “El beneficio de pobreza concedido en el Estado requirente será mantenido en el Estado requerido”²⁸ y el art. 5 de la Convención

²⁵ Ver numeral 4. “Disposiciones atinentes a la condición procesal del litigante ajeno al foro contenidas en Convenciones de alcance mundial sobre minoridad y familia aprobadas por países americanos”.

²⁶ Ver al respecto numerales 3 y 4.

²⁷ Aprobada por Uruguay por Decreto – Ley 14.953 del 12.11.1979.

²⁸ Idéntica solución es recibida por el Protocolo del Mercosur de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94, art. 25.

Interamericana de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, de similar contenido que el anterior. Igualmente en materia de Derecho Internacional de Familia y Minoridad, las Convenciones Interamericanas de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, art. 23²⁹ y sobre Obligaciones Alimentarias, art. 14³⁰ y de México de 1994 sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 22³¹, contemplan soluciones referidas a un tratamiento procesal no discriminatorio para el ajeno al foro.

Las referidas aproximaciones parciales al tema, no obstante su valor, son demostrativas de la necesidad de un abordaje sistemático y global del tema a nivel continental, tal como se ha concretado en el ámbito del Mercosur.

4. Disposiciones atinentes a la condición del litigante ajeno al foro contenidas en convenciones de alcance mundial sobre minoridad y familia

Consagran previsiones de importancia en la materia, la Convención de Nueva York de 1956 sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero, art. 9³², así como las Convenciones de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25.10.1980,

²⁹ Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, art. 23, “La tramitación de los exhortos o solicitudes contemplados en la presente Convención y las medidas a que diere lugar, serán gratuitas y estarán exentas de cualquier clase de impuesto, deposito o caución, cualquiera que sea su denominación”, aprobada por Uruguay por Ley 17.335 del 17.5.2001.

³⁰ Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, art. 14, “Ninguna caución o deposito será exigible al acreedor de alimentos por la circunstancia de poseer nacionalidad extranjera, o tener su domicilio o residencia habitual en otro Estado. El beneficio de pobreza declarado a favor del acreedor en el Estado Parte donde hubiere ejercido su reclamación, será reconocido en el Estado Parte donde se hiciera efectivo el reconocimiento o la ejecución. Los Estados Parte se comprometen a prestar asistencia judicial gratuita a las personas que gocen del beneficio de pobreza”, aprobada por Uruguay por Ley 17.334 del 17.5.2001.

³¹ Convención Interamericana de México de 1994 sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 22, “Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para lograr la gratuidad de los procedimientos de restitución del menor conforme a su derecho interno e informarán a las personas legítimamente interesadas en la restitución del menor de las defensorías de oficio, beneficios de pobreza e instancias de asistencia jurídica gratuita a que pudieran tener derecho, conforme a las leyes y los reglamentos de los Estados Parte respectivos”, aprobada por Uruguay por Ley 16.860 del 9.9.1997.

³² Convención de Nueva York sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero, art. 9, “Exenciones y facilidades”, “1. En los procedimientos regidos por esta Convención, los demandantes gozarán del mismo trato y de las mismas exenciones de gastos y costas otorgadas por la ley del Estado en que se efectúe el procedimiento a sus nacionales o a sus residentes. 2. No podrán imponerse a los demandantes, por su condición de extranjeros o por carecer de residencia, caución, pago o depósito alguno para garantizar el pago de costas o cualquier otro cargo...”, aprobada por Uruguay por Ley 16.477 del 4.5.1994.

arts. 22 y 25³³ y sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y Otros Miembros de la Familia de 23.11.2007, arts. 15 y 16³⁴.

5. *Tratamiento al litigante foráneo en el Derecho uruguayo de fuente nacional*

El actual Código General del Proceso, como se ha señalado, ha derogado la exigencia de fianza de arraigo que con anterioridad gravaba al demandante foráneo. No obstante aún antes de tal derogación expresa, sostuvimos con el colega, Prof. Operti, que las disposiciones del entonces vigente Código de Procedimiento Civil que consagraban el instituto colidían 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” y agregábamos, “de lo anterior se infiere la incompatibilidad de la fianza de arraigo con el conjunto del orden jurídico nacional, por lo cual debe considerársele abrogada”³⁵; tal lo emergente del actual texto constitucional, arts. 7, 8, 72 y 332.

El Derecho Procesal nacional actual tampoco considera que la mera circunstancia que el deudor se domicilie en el extranjero supone por sí sola acreditación suficiente del peligro de frustración del derecho del actor que justifique la adopción de medidas cautelares, posibilidad que, en cambio, el anterior Código de Procedimiento Civil autorizaba³⁶. Cabe agregar además, que si bien en materia de emplazamientos el Código General del Proceso toma en consideración el hecho que el emplazado se halle fuera del país, arts. 126 y 127.3, lo hace únicamente para fijar plazos mayores para el emplazado fuera de fronteras, lo que lejos de constituir una discriminación respecto a éste, supone una lógica adecuación de los términos procesales en su beneficio.

En relación a la exigencia de comparecencia personal de las partes a la audiencia preliminar prevista por el art. 340 del Código General del Proceso, que apareja graves consecuencias en caso de inasistencia no justificada tanto para el actor cuanto para el

³³ Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, art. 22, “No podrá exigirse fianza, ni deposito alguno, cualquiera que sea la denominación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio”; art. 25, “Los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residan en esos Estados tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado”, aprobada por Uruguay por ley 17.109 del 12.5.1999.

³⁴ Convención de La Haya sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y Otros Miembros de la Familia, art. 15, “Asistencia jurídica gratuita para las solicitudes de alimentos a favor de niños”, “1. El Estado requerido proporcionará asistencia jurídica gratuita para toda solicitud de obligaciones alimenticias a favor de una persona menor de 21 años que se deriven de una relación paterno-filial, presentada por un acreedor en virtud de este Capítulo 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Estado requerido podrá denegar asistencia jurídica gratuita a aquellas solicitudes distintas a las previstas en el artículo 10 (1) a) y b) y los casos comprendidos en el art. 20 (4), si considera que la solicitud o cualquier recurso es manifiestamente infundado”; art. 16, “Declaración para permitir un examen de los recursos económicos del niño”, “1. No obstante lo dispuesto en el art. 15 (1), un Estado podrá declarar que, de conformidad con artículo 63, proporcionará asistencia jurídica gratuita con respecto a solicitudes distintas a las previstas en el artículo 10 (1) a) y b) y los casos comprendidos por el artículo 20 (4), sujeta a un examen de los recursos económicos del niño...”.

³⁵ D. OPERITI, y E. TELLECHEA, op. cit., p.560.

³⁶ Ver nota 3.

demandado³⁷, lo que puede suponer una solución que perjudique la situación procesal de la parte no domiciliada en la República, coincidimos con el colega Vescovi³⁸, que en tanto la norma prevé como eximente el “motivo fundado”, numeral 1, parte final, y refiere a la “inasistencia no justificada”, numeral 2, como condición para la adopción de las consecuencias procesales previstas, el hecho que la parte se domicilie en el extranjero corresponde sea interpretado como motivo fundado que justifica la comparecencia por representante, art. 340.1. No obstante lo expuesto, entendemos conveniente, a efectos de disipar toda duda, que de futuro se contemple a texto expreso la circunstancia del domicilio en el extranjero como causal razonable para comparecer a través de representación.

Respecto al acceso de los litigantes ajenos al foro a asistencia letrada gratuita y a auxilioria de pobreza en igualdad de condiciones con los locales, sin perjuicio de las soluciones convencionales específicas señaladas, sostenemos que de acuerdo a lo dispuesto por textos internacionales fundamentales en materia de Derechos Humanos, tales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas del 16.12.1996, art. 14, “Todas las personas son iguales ante tribunales y cortes de justicia” y Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8, “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 ...”, así como en razón del claro mandato constitucional de no discriminar, Constitución, art. 8³⁹, corresponde concluir que tales beneficios deben ser extendidos, necesariamente, a los litigantes foráneos en las mismas condiciones que a los fuereños. En consonancia, la Ley 18.250 del 6.1.2008, “Díctanse normas en materia de migración y derogase las Leyes 2096, 8868 y 9604”, en el Capítulo I, “Principios generales”, art. 1, dispone: “El Estado uruguayo reconoce como derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares sin perjuicio de su situación migratoria, el derecho ... al debido proceso y acceso a la justicia, ...”, agregando al respecto en el Capítulo III, “Derechos y Obligaciones de las Personas Extranjeras”, art. 9, “La irregularidad migratoria en ningún caso impedirá que la persona extranjera tenga libre acceso a la justicia y a los establecimientos de salud”. Preocupación por asegurar la vigencia del principio de no discriminación respecto al foráneo también acogida por la Ley 18.387 del 23.10.2008 sobre “Declaración judicial del concurso y reorganización empresarial”, art. 242, “principio del trato nacional”, cuando dispone: “No existirá ninguna diferencia en el tratamiento de los acreedores nacionales y extranjeros...”.

Tal, el estado actual del tratamiento al litigante foráneo en el Derecho Internacional Privado interamericano y del Mercosur, así como uruguayo de fuente nacional; panorama demostrativo de la urgente necesidad de avanzar en el ámbito continental hacia una

³⁷ Código General del Proceso, art. 340, “Audiencia preliminar”, numeral 2, “La inasistencia no justificada del actor a la audiencia preliminar, se tendrá como desistimiento de su pretensión” y numeral 3, “Si el inasistente fuere el demandado, el tribunal dictará sentencia de inmediato y tendrá por ciertos los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario, salvo que el proceso refriese a alguna de las cuestiones mencionadas en el inciso segundo del artículo 134 en cuyo caso se estará a lo que allí se dispone”.

³⁸ E. VESCOVI, *Derecho procesal Civil Internacional*, Montevideo, Ediciones IDEA, 2000, p. 67.

³⁹ Cabe recordar igualmente, lo dispuesto por la Constitución en los arts.: 7, “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general”; 72, “La enumeración de derechos, deberes y garantías hechas por la Constitución, no excluye otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”; 332, “los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente recibidas”.

regulación que de manera amplia y sistematizada asegure a la personas físicas o jurídicas ajenas al foro un trato procesal no discriminatorio, en consonancia con principios básicos en materia de derechos humanos consagrados por textos vigentes de especial relevancia a nivel universal y continental.