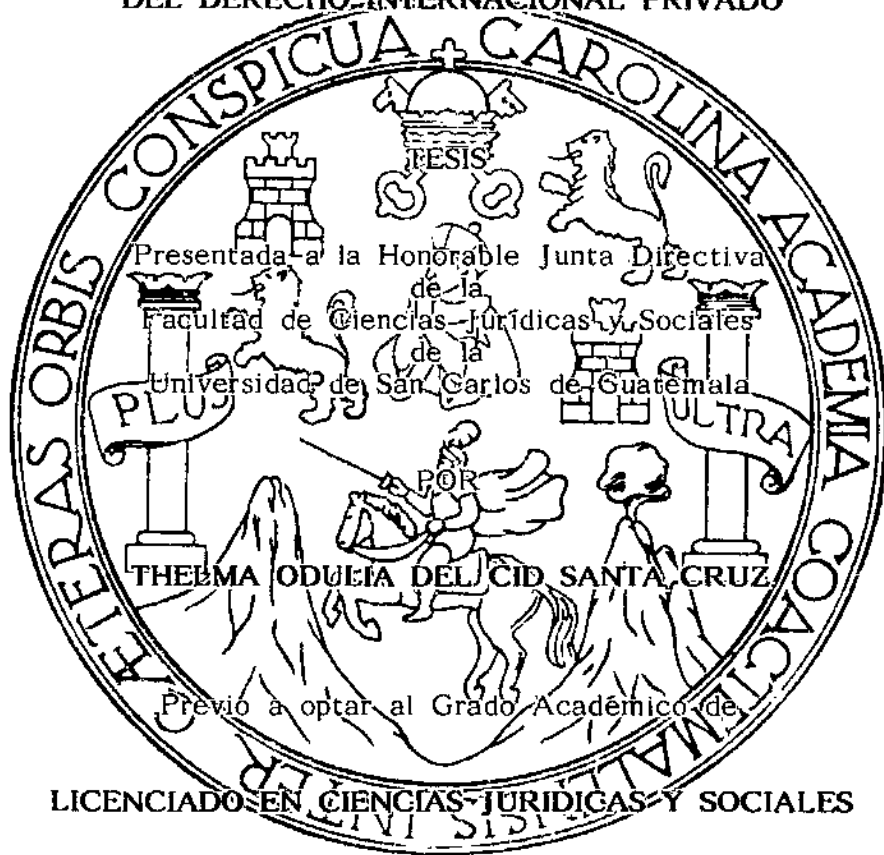


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

PROBLEMATICA DE LA TEORIA
DE LA PRUEBA EN EL AMBITO
DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

THEMA ODUEIA DEL CID SANTA CRUZ

Previo a optar al Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y a los Títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Enero de 1993

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

DL
04
T(2834)

**JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO	Lic. Juan Francisco Flores Juárez
VOCAL I	Lic. Manuel Vicente Roca Menéndez
VOCAL II	Lic. José Francisco de Mata Vela
VOCAL III	Lic. Roosevelt Guevara Padilla
VOCAL IV	Br. Erick Fernando Rosales Orizábal
VOCAL V	Br. Fredy Armando López Folgar
SECRETARIO	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL**

DECANO	Lic. Juan Francisco Flores Juárez
EXAMINADOR	Lic. José Víctor Taracena Alva
EXAMINADOR	Lic. Leonel Ponciano León
EXAMINADOR	Lic. Jorge Luis Granados Valiente
SECRETARIO	Licda. Ileana Maribel Méndez Alvarado

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

Dr. Erick O. Orallo M.
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 1977



Universidad de Navarra
Licenciatura
Universidad de Madrid
(Doctorado)
Universidad de San Carlos
(Incorporación)

Guatemala, 4 de marzo de 1992

Licenciados:
Cipriano Francisco Soto Tobar
Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA

17 MAR. 1992
RECEBIDO
Hoyas 1034-92
OFICIAL

Señor Decano:

En atención a la resolución de ese Decanato, de fecha 26 de septiembre de 1988, procedí a asesorar a la bachiller (HELMÁ ODOLIA DEL CID SANTA CRUZ, en su trabajo de tesis intitulado: "PROBLEMÁTICA DE LA TEORÍA DE LA PRUEBA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO".

El trabajo, se divide en seis capítulos, con sus conclusiones y recomendaciones al tema, haciendo énfasis su autora, que centra su trabajo en relación al Derecho Interno Guatemalteco, y la enorme dificultad que se tiene en aplicar en ciertos y determinados casos, el Derecho Extranjero en nuestro sistema jurídico guatemalteco, debido principalmente al poco conocimiento que se tiene en el tema.

Principia su autora, manifestando que dicho trabajo, constituye un estudio doctrinario y legal en lo referente a la teoría de la prueba, en el Derecho Internacional Privado y, el primer capítulo lo dedica a un estudio doctrinal de la prueba y, en los siguientes capítulos, ya centra su trabajo en el objeto de la prueba y de los medios que se dispone para su comprobación, para después analizar la carga de la prueba.

Es muy importante el capítulo que dedica a analizar las normas fundamentales del Derecho Internacional Privado en el sistema Jurídico Guatemalteco, uniéndolo con todo lo relacionado con la prueba, principalmente cuando debe aplicarse el Derecho Extranjero, por las enormes dificultades que se tiene en su aplicación práctica.

Dr. Erick O. Ovalle M.
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 1877



Universidad de Navarra
Licenciatura

Universidad de Madrid
Doctorado

Universidad de San Carlos
Incorporación

Creemos, que la aportación que la bachiller THELMA ODULIA DEL CID SANTA CRUZ, realiza, es que su estudio, de la prueba en el Derecho Internacional Privado y en la Legislación Guatemalteca, lo hace con fundamentos legales y doctrinarios adecuados, de un tema poco conocido y dando a conocer las dificultades que se confronta en la aplicación de la Ley Extranjera y, como recomendación esencial, es que los Estados, cedan algo de su soberanía en aras de la aplicación de una manera clara y diáfana, de las normas del Derecho Internacional Privado, en este caso de la prueba, en las Legislaciones Nacionales respectivas y, que el juzgador, debe de tener un conocimiento más profundo sobre dicha materia.

La bibliografía utilizada en el trabajo, es adecuada y correcta, y la misma encaja dentro de las normas esenciales de investigación recomendadas y el aporte personal de su autora, consideramos que va a ser muy valioso para nuestros estudiantes, en una área, tan poco asistida de libros específicos, en el campo del Derecho Internacional Privado, estimamos que el trabajo cumple a cabalidad con los requisitos exigidos para que la bachiller THELMA ODULIA DEL CID SANTA CRUZ pueda someterse a su examen Público de Tesis, previo la aprobación del Revisor de Tesis.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para reiterarle las muestras de mi más alta y distinguida consideración,

Atentamente:

Erick Orlando Ovalle Martínez
ABOGADO Y NOTARIO

OFICINA PROFESIONAL

28 C. Avenida 7 - Edificio 11 7A, 2 11 Zona 11
Teléfono: 762528 - 762513

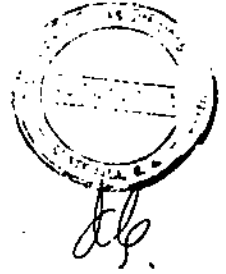
c.c.archivo

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, marzo dieciocho, de mil novecientos noventa.

Atentamente pase al Licenciado HECTOR ROLANDO PALOMO GONZALEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la Bachiller THELMA ODULIA DEL CID SANTA CRUZ y en su oportunidad amita el dictamen correspondiente. -----



ROLANDO PALOMO G.
ABOGADO Y NOTARIO

11 Calle 4-52, Zona 3 Teléfono: 82900
Guatemala, C. A.



3664-92

13/10/92
JP

Guatemala 15 de septiembre de 1992.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

12 OCT. 1992

RECEBIDO
16/10/92
OFICIAL

Licenciado
Juan Francisco Flores Juarez
Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Decano:

Por este medio, y luego de un conceptuoso saludo, me permito extender el dictamen correspondiente en el trabajo de Tesis de la Bachiller - Theima Odulla Del Cid Santa Cruz, en los términos siguientes:

- a) Dicha tesis, asesorada por el doctor Erick Ovalle Martínez, desarrolla el tema "Problemática DE LA TEORIA DE LA PRUEBA EN EL AMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO", en forma técnica y metódica cuanto se refiere a la prueba y su aplicación bajo leyes nacionales distintas;
- b) En cuanto a aporte documental se refiere, la autora examina en forma muy acuciosa los tratados más recientes en la materia, sobre todo la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, instrumento éste que deberá de tenerse en cuenta de manera sustancial por abogados y jueces de Guatemala. Es también importante la evaluación que de la aplicación del Código de Bustamante hace la estudiante toda vez que dicho instrumento legal ha manejado el fondo del ejercicio profesional de múltiples generaciones de abogados.

Se le sugirieron a la estudiante pequeñas modificaciones de forma, las cuales una vez efectuadas, permiten conservar la unidad temática y conceptual del trabajo, todo lo cual me permite DICTAMINAR favorablemente a la autorización de impresión de la tesis aludida.

Sin otro particular, y con las muestras de mi respeto, me suscribo de usted, atentamente


ROLANDO PALOMO GONZALEZ

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 18
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, octubre quince, de mil novecientos noventa y dos.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la Bachiller THELMA ODULTA DEL CID SANTA CRUZ intitulado "PROBLEMÁTICA DE LA TEORIA DE LA PRUEBA EN EL AMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO". - Artículo 22 del Reglamento para Exámenes Técnico Profesionales y Público de Tesis. -----



ACTO QUE DEDICO

- A DIOS TODOPODEROSO:
Por las múltiples bendiciones que ha derramado sobre mi persona.
- A MIS ADORADOS PADRES:
Rafael Del Cid Pineda y Victoria Santa Cruz de Del Cid.
Que en vano esperaron este momento. Les doy gracias infinitas y que éstas lleguen al lugar donde se encuentren en este instante. (Q.E.P.D.)
- A MI ESPOSO:
León Duau Feillet.
Gracias por todo, especialmente por el apoyo que me ha brindado siempre.
- A MI HIJA:
Flor de María.
Con amor.
- A MI NIETO:
Jahir Alejandro.
Con un amor especial.
- A La Universidad de San Carlos de Guatemala.
- A La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y personas que la conforman, con agradecimiento, por haberme cobijado en sus aulas durante mis años de estudio.
- Y A todas las personas que en una u otra forma ayudaron para que pudiera llegar este momento: Gracias a cada una de ellas.

INDICE

	Pág.
Introducción	i
Capítulo I	
Lineamientos Generales	1
Capítulo II	
Objeto de la Prueba	13
Capítulo III	
Medios de Prueba y Formas Probatorias	23
Capítulo IV	
Carga de la Prueba	33
Capítulo V	
Análisis de la Prueba tanto en los Tratados Internacionales como en el Código de Bustamante.	41
Capítulo VI	
Normas Fundamentales del Derecho Internacional Privado en el Sistema Jurídico Guatemalteco.	53
Conclusiones	63
Recomendaciones	65
Bibliografía	67

INTRODUCCION

El presente tema que se desarrolla en esta tesis profesional se origina del interés que despertó en mi persona la materia de Derecho Internacional Privado, durante los años de estudio en la Universidad me llamó mucho la atención esta materia, al grado que llegué a escoger dicho Derecho como tema para la presente. Desde ese momento traté de investigar sobre el mismo a pesar que hay que lamentar lo escaso de obras jurídicas que existen para el presente estudio.

Como podrá verse, la presente investigación tiene como objeto principal el estudio de la Problemática de la Teoría de la Prueba, pretendiéndose con este trabajo, hacer un estudio doctrinario y legal, habiendo tenido como auxiliares importantes el Código de Bustamante (Código de Derecho Internacional Privado) y los Tratados como fuentes del derecho en mención.

Este trabajo de investigación se dedica por entero como ya dije, al estudio de la prueba y vemos que ésta tiene como fin primordial proveer al Juez de todos los elementos necesarios a fin de asegurar la emisión de fallos justos que estén fundamentados en hechos reales.

La prueba es en sí algo primordial en el Derecho Internacional Privado y la solución que de ella se deriva es imprescindible para la solución de los problemas, dependiendo del enfoque que se haga de la misma.

A través del presente estudio, me pude dar cuenta que existen aspectos que podrían en un futuro ser investigados con una mayor dedicación, para lograr que a la prueba, internacionalmente considerada, se le otorgue la importancia debida.

Quiero dejar patente que la presente tesis ha sido elaborada con varios objetivos siendo uno de ellos tratar de aportar algo, tanto para ayuda de personas extranjeras

que viven en nuestro país como a connacionales residentes en el extranjero, cuando se les presenten problemas derivados de la prueba.

Capítulo I

LINEAMIENTOS GENERALES

I- De la Prueba en General:

La prueba es una de las partes fundamentales del Derecho Procesal, ya que por la esencia, misión y contenido del proceso se relaciona íntimamente con el hecho de establecer fenómenos, circunstancias y realidades concretas analizándolos y sacando las deducciones que de los mismos se desprende. Es así como con base a ellos se vislumbra el fallo o sentencia y luego llega a tomar cuerpo.

De todo lo anterior se deduce la gran responsabilidad del juzgador en cuanto a establecer en forma definitiva los hechos referentes al asunto que se investiga y determinar las relaciones de las partes en el proceso.

Para los caracteres de obligatoriedad, inimpugnabilidad propios de todo fallo o sentencia firme, es que el deber del Juez es tan importante y extraordinariamente complejo, toda vez que su decisión se convierte en indiscutible; y es por ello, que el Derecho Procesal actual debe disponer de medios adecuados que hagan posible una resolución justa y objetiva de los asuntos judiciales, la cual no debe dejar lugar a dudas en cuanto a su legalidad y fundamentación.

Surge así la llamada teoría del Derecho Probatorio o ciencia de la prueba, la cual los procesalistas le conceden tanta importancia que gran número de ellos han afirmado que actualmente todo el proceso se concreta al arte de utilizar las pruebas; y éste depende de los litigantes y de la capacidad del juzgador, de su espíritu de justicia y de su dominio en las ciencias jurídicas.

La teoría de la prueba tiende a proporcionar las máximas posibilidades al juzgador y trata de eliminar el peligro de una ingerencia artificial en la formación independiente y libre de sus convicciones. Por tanto, en la actualidad aunque este sistema de la prueba legal o tasada no ha sido excluída de los ordenamientos procesales, la experiencia de su aplicación en todo su rigor ha sido una lección convincente que ha finalizado, determinando la introducción del sistema probatorio más avanzado.

Al hablar de la prueba en general surgen varias interrogantes como por ejemplo ¿Qué es prueba? ¿Qué pruebas pueden emplearse para la demostración? ¿por quién, de qué forma deben ser presentadas las pruebas? ¿Qué hechos tienen relación con el asunto que se discute? ¿Qué valor probatorio les concederá el juzgador?.

Que es la Prueba:

En el lenguaje usual, probar es demostrar de alguna manera la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación; en sentido jurídico-procesal, la prueba es un medio tanto de averiguación, como un método de comprobación.

"En el derecho Penal la prueba es más que todo una averiguación, la prueba civil, en cambio, es una verificación, comprobación, demostración, y el convencimiento del juez depende, en gran parte, de la actividad probatoria de las partes". 1/

Para Alsina, la prueba es "La comprobación judicial, por los medios que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende". 2/

1/ Couture, Eduardo. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Tercera Edición.

2/ Alsina, Hugo. "Tratado teórico práctico del Derecho Procesal Civil". Pág. 225.

Para Guasp, la prueba es "El acto o serie de actos procesales por los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo". 3/

Por lo tanto la prueba desempeña, entonces, un papel importante y decisivo en la formación de la convicción del juez. Por ello, la calificación de la prueba en el proceso actual tiende a convertirse en un acto mental del juez. Toda prueba supone la participación o mediación de la actividad mental del hombre y la misma requiere en todos sus aspectos la intervención de un pensamiento crítico que encuentre su fundamento en hechos reales.

II. Concepto de Prueba en el Derecho Procesal y en el Derecho Internacional Privado:

La doctrina de la prueba dentro del campo del derecho procesal se desarrolla en torno a dos conceptos fundamentales: el expresado con el verbo probar y el que se menciona con el sustantivo prueba.

En el Derecho Procesal, se entiende por medios de prueba, todas aquellas cosas, hechos o abstenciones que puedan producir en el ánimo del juez, certeza sobre los puntos litigiosos. Por lo mismo la prueba es efectivamente un elemento esencial del juicio, ya que es necesario demostrar, por una parte, la existencia de los hechos y en que los litigantes fundaron sus pretensiones, y por la otra, la verdad de las afirmaciones y razonamientos formulados por ellos.

Es interesante, también analizar el concepto de prueba expuesto por el renombrado tratadista guatemalteco Mario Aguirre Godoy, para quien la prueba únicamente se producirá si existen hechos controvertidos en el proceso, de manera que, "cuando no hay hechos controvertidos en el proceso, o el problema se reduzca a cuestiones de puro derecho,

no es necesaria la apertura a prueba". 4/

El citado jurista fundamenta su tesis en el artículo 123 del Código Procesal Civil Guatemalteco, que estipula, "si hubieren hechos controvertidos, se abrirá a prueba el proceso por el término de treinta días".

De cualquier forma que sea, la definición que se capte sobre el concepto analizado queda fuera de toda duda la importancia que la prueba adquiere en los procedimientos judiciales, ya sean éstos, civiles, penales, laborales, etc. salvo aquellos casos, verdaderamente excepcionales en que se discuten temas estrictamente jurídicos, lo corriente es que el derecho alegado por las partes dependa de la certeza de los hechos en que se basa.

En el campo del derecho internacional privado se hacía antiguamente la distinción entre formas ordenatorias y formas decisorias en el pleito, rigiéndose las primeras por la *lex fori* (ley del tribunal), y las segundas comprendían los modos de probar en juicio los derechos, sometiéndolos a la ley del lugar del contrato.

La prueba tiende a llevar al espíritu del juez, la convicción de un hecho, quien no puede en consecuencia, aceptar lo que resuelva una ley extraña. Esta posición es la seguida en Inglaterra y Estados Unidos, principalmente. Para otros sistemas jurídicos la demostración de los hechos de que depende la existencia de un derecho, debe hacerse conforme a la ley que se considera dio nacimiento a los mismos; es decir, que se toma en consideración la ley que dio nacimiento a los hechos que se pretende probar (*lex loci actus*) como norma gobernadora de la relación jurídica. Esta posición es sostenida por la jurisprudencia francesa, entre otras. Pero fuera de estas dos grandes corrientes, la mayoría de los autores mantienen un criterio unitario en cuanto a que la

4/ Aguirre Godoy, Mario. "Derecho Procesal Civil" año 1973, Tomo I, pág. 560.

admisibilidad de la prueba atañe a la esencia del asunto litigioso; que el derecho adquirido se pierde, si se prescinde de la prueba, debiendo entonces regirse esa admisibilidad de la misma, por la ley que resuelva la cuestión jurídica en cuanto al fondo, al acto jurídico que les da origen.

III. Problemática de la Prueba en el Derecho Internacional Privado:

La prueba de la ley extranjera constituye una materia fundamental del derecho Internacional Privado y la misma involucra variados problemas de índole práctica. La solución de dichos problemas depende, principalmente, del enfoque que se haga del Derecho Internacional Privado y de la política dominante en cada país respecto a la elección de la ley aplicable.

Constituyendo la prueba, como ya se dijo, el momento central del proceso no puede dejar de tomarse en cuenta el ordenamiento jurídico el cual llegó a tomar vida bajo las consideraciones del derecho que éste declara: Dicho ordenamiento jurídico puede ser el derecho nacional del juez, o el derecho de un país extranjero, es decir, cuando un determinado hecho se halla en conexión con un sistema jurídico diferente del nacional, es dicho sistema y no otro el que debe aplicarse, pues, de lo contrario, la relación jurídica llegaría a perder su verdadera naturaleza.

De aquí la necesidad de declarar, en muchos casos la improcedencia de aplicar el derecho nacional, sustituyendo éste por el derecho extranjero.

"Supuesta la aplicación del derecho extranjero a determinadas situaciones o eficacia extraterritorial de la ley, se presenta el problema de saber si, en tales eventos, las normas extrañas a la ley del juez que han de ser aplicadas, deben ser alegadas y probadas por las partes a quien interesen, o si han de quedar libradas a una sola iniciativa y conocimiento del juez de la causa, a quien corresponde conocerlas y virtualizarlas (*ex officio*) como si se tratara de ordenamiento

jurídico nacional, cuyo poder encarna y exterioriza". 5/

Así pues, pudiendo las leyes extranjeras tener autoridad en otro territorio soberano, las mismas deben ser aplicadas por los jueces siempre que deba decidirse la controversia con arreglo a dichas leyes. Si se adopta el criterio que releva a las partes de aportar pruebas, es imprescindible establecer los medios adecuados a través de los cuales podrán los jueces adquirir su conocimiento.

En lo referente al Derecho Extranjero no rige la presunción de su conocimiento que excluye la "ignorantia Juris" como ocurre respecto al derecho nacional, pero, aceptado el principio de que el Juez está obligado a aplicar la ley a que debe estar sujeta la relación jurídica particular, el mismo debe tener a su alcance todas las facilidades para procurarse el conocimiento de la ley extranjera.

La prueba constituye un verdadero problema en el ámbito jurídico internacional y la misma ha sido objeto de numerosos tratados.

De acuerdo con la nueva orientación del derecho internacional privado, no es posible admitir que la ley extranjera deba considerarse como un hecho que el juzgador deba tomar en cuenta únicamente cuando se alega o invoca por la parte interesada, incumpliendo a ésta la obligación de probarlo y a aquél la de aplicar la ley extranjera, conforme se haya alegado y probado. Teniendo el juez con base en los principios jurídicos imperantes, el deber de aplicar la ley a la cual está sujeta la relación de derecho controvertida.

No obstante lo anterior, esto tropieza en la realidad con una serie de obstáculos que imposibilitan su eficaz funcionamiento.

5/ Arjona Colomo, Miguel. Derecho Internacional Privado, parte especial. Pág. 477.

Respecto al tema de la prueba, aparece también la concurrencia de la ley del fondo del asunto, (*lege causae*), y de la ley del juzgador, (*lex fori*) que equivale al derecho nacional de cada país.

Antiguamente se distinguía entre formas ordenatorias y decisorias en el pleito o litigio. Las primeras eran regidas por la *lex fori*, y las segundas se referían a los modos de probar los derechos del juicio, quedando sujetas a la ley del lugar donde se había originado la relación. En la actualidad se discute si las pruebas son meramente formas procesales, que se hallan sometidas a la ley del país que entra a conocer del pleito, o si se refieren o no, al fondo del litigio.

Quienes defienden la teoría de la "*lex fori*" afirman que la prueba tiene como fin lograr la convicción del juzgador y la misma debe ser adquirida conforme a la ley nacional, sin aceptar el deber de fallar de acuerdo a una ley extranjera. Esta es la posición que adoptan los estados regidos por el "*common Law*".

Para los estados que aceptan la teoría de la "*lege causae*" la prueba de los hechos que han dado origen a la relación jurídica en cuestión, debe regirse por el ordenamiento que la hizo surgir. Ya que por motivación lógica, es preferible que se tengan en cuenta la ley que dio nacimiento a los hechos que se pretenden probar. Esta última es la posición que sigue la mayoría de los internacionalistas, exceptuando lo relativo al procedimiento probatorio según se verá.

En conclusión, la prueba es el medio de que disponen las partes para hacer valer sus derechos en el juicio; y éstos, siempre que sea discutida su existencia o legitimidad, necesitan de ciertos elementos que no le son inherentes, que son puramente formales, pero sin los cuales sería imposible que aparezcan ante los ojos del juez en toda su totalidad.

IV. La Prueba en el Derecho Internacional Privado a Través de la Historia:

El análisis de la historia de la prueba dentro del Derecho Internacional Privado, es material y sistemáticamente, imposible realizarlo en una forma separada y desvinculada de la propia historia del Derecho Internacional Privado, pues uno y otro son completamente inseparables de la materia que conforman, por lo que el presente versa, no únicamente sobre la Historia de la prueba, sino también sobre la Historia del Derecho Internacional Privado en su aspecto genérico.

Dentro de la sistemática histórica del Derecho Internacional Privado encontramos primeramente tres grandes doctrinas que se preocuparon en analizar el objeto de esta disciplina y que revistieron enorme trascendencia y repercusión, siendo éstas las teorías: la tripartita latina, la teoría bipartita anglosajona y la teoría unimembre germánica, las que a continuación analizaremos.

Teoría Tripartita Latina:

Esta teoría es seguida en América, principalmente por los autores brasileños y colombianos, y sostienen que el derecho internacional Privado abarca tres materias diferentes: El conflicto de las leyes o Derecho Internacional Privado en sentido estricto; la reglamentación de la nacionalidad; y los privilegios demasiado favorables de los extranjeros.

Teoría Unimembre Germánica:

Esta teoría domina principalmente en la Argentina y alega contra la teoría latina; 1) Que no siempre un problema de Derecho Internacional Privado, en sentido estricto, implica problemas de otros tipos; 2) Que inclusive en los supuestos en los cuales surjan ambos problemas de los tres tipos, no existe unidad científica entre las tres materias.

Teoría Bipartita Anglosajona:

Los autores anglosajones afirman, casi sin excepción, que el Derecho Internacional Privado ha de ocuparse tanto del conflicto de leyes como de jurisdicciones e inclusive del segundo, antes del primero, ya que el primer problema para un tribunal es su competencia internacional. Los autores anglosajones sostienen además que la competencia jurisdiccional y la competencia legislativa coinciden.

Durante la evolución del Derecho Internacional Privado se suscitó una prolongada lucha entre lo que se llamó "el cosmopolitismo jurídico" y el chauvinismo jurídico", considerando la primera corriente la igualdad de todas las comunidades políticas y el derecho de cada cual y el de sus respectivos miembros a ser tratados según su propia manera de ser. A esta ideología se opone rotundamente el chauvinismo jurídico, que considera que el Derecho extranjero como un ejército invasor que un jurista patriota debe poner fuera. 6/

La primera de estas teorías analizadas, es la que domina en América Latina.

V. Los Tratados como Fuentes del Derecho Internacional:

Según el tratadista cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven, se entiende por Fuentes del Derecho Internacional Privado, como de cualquier otra disciplina jurídica, aquellos de que procede o en que se encuentra, dando a la palabra una acepción científica que proviene en sentido gramática corriente. Bustamante clasifica las fuentes **Generadoras**, en cuanto de ellas nacen inmediatamente las reglas jurídicas o bien en **testificativas**, en cuanto contienen y señalan con certeza las mencionadas reglas jurídicas, dando

6/ Werner Goldschmidt. Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado. Ed. Jurídica Europa-América. Argentina 1952 tomo I pág. 153.

de ellas testimonio. 7/ Los tratados vendrían a ser, dentro de esa clasificación, una fuente generadora, porque crean derecho con autoridad legislativa entre dos o más naciones.

Otros autores como Werner Goldshmit, hacen una distinción entre fuentes en sentido material o "fuentes de inspiración" y fuentes en sentido formal o "fuentes de vigencia", considerando que el Derecho Internacional Público es la fuente de inspiración o causa remota del Derecho Internacional Privado, principalmente los Tratados, los cuales contienen normas indirectas que determinan a través de su contenido las resoluciones judiciales. 8/

A continuación se expone un breve resumen de los distintos tratados que han tenido una influencia trascendental dentro del Derecho Internacional Privado para lo cual conviene hacer distinción entre los realizados en Europa y América. En Europa gira la actividad colectiva convencional alrededor de los originados en: La Haya, Holanda, Ginebra, Suiza.

En La Haya se han celebrado seis convenios materiales, referidos al Divorcio, el matrimonio, la Tutela de Menores, la Tutela de Interdictos, efectos del Matrimonio y el Proceso Civil. En La Haya se trató también lo relativo a la Letra de cambio y a los cheques, en 1910 y 1912.

Ninguno de los convenios fue ratificado por los países Anglosajones o Iberoamericanos, habiéndolo hecho únicamente, Alemania, Italia, Países Bajos y Polonia.

En Ginebra se concluyen dos grupos de tratados colectivos, el referente al arbitraje y abarca los llamados protocolos ginebrinos del año 1923 y del año 1927, sobre validez de la cláusula compromisoria y la ejecución de laudos arbitrales. En los años de 1930 y 1931 se celebran Convenios sobre

7/ Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven; Derecho Internacional Privado. Editorial Cultural S.A. La Habana 1943. Tomo I, pág. 46.

8/ Werner Goldschmidt. op. cit. pág. 45.

Derecho Internacional Privado en materia de letras de cambio y cheques, respectivamente.

En Latino América y como antecedentes del Código de Bustamante, podemos decir que en Montevideo Uruguay en el año de 1889 se concluyeron como tratados, materias que abarcan lo siguiente: Tratado de Derecho Civil Internacional, Tratado de Derecho Comercial Internacional, Tratado de Derecho Penal Internacional, Tratado de Derecho Procesal Internacional, Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística, Tratado sobre Patentes de Invención, Tratado sobre Marcas de Comercio y de Fábrica, Tratado sobre el ejercicio de Profesiones Liberales. Tales instrumentos fueron revisados en el año de 1940, pero esta revisión no alcanzó vida legal por no haber sido ratificados por los Estados signatarios.

En el año de 1928 fue aceptado en La Habana el Código de Bustamante, también llamado Código de Derecho Internacional Privado, interviniendo en su gestión, tanto el "Instituto Americano de Derecho Internacional" que nombró en 1924, una comisión compuesta por Antonio Sánchez Bustamante (Cuba), José Matos (Guatemala), Rodrigo Octavio (Brasil), y Sarmiento Laspiur (Argentina), para que preparasen un Código de Derecho Internacional Privado, el Código de Bustamante comprende materias de Derecho Civil Internacional Privado, Derecho Internacional Mercantil, Derecho Internacional Penal y Derecho Internacional Procesal, ya ha sido ratificado por Brasil, Chile, Venezuela, Ecuador, Bolivia, Perú, Canadá, México y los Estados de América Central, aunque muchos de los Estados lo ratificaron con ciertas reservas.

En la actualidad existe una corriente bastante aceptada por la mayoría de los Estados Latinoamericanos, en el sentido de que el Código de Bustamante sea sustituido por una serie de convenciones que regulen aspectos más genéricos de Derecho Internacional Privado, debido al hecho de la total falta de aplicación práctica que ha tenido dicho cuerpo legal, lo cual ha ocasionado como resultado que la idea de un Código en materia de Derecho Internacional Privado pierda importancia y prestigio.

Capítulo II

OBJETO DE LA PRUEBA

I. Hechos Sujetos a Prueba:

Es generalmente aceptado en el medio jurídico que no todos los hechos o circunstancias deben ser probados. Hay muchos que no lo requieren por su carácter evidente e incontrovertible y existen otros que no exigen prueba, porque la misma se opone a los hechos generalmente reconocidos o establecidos por la ciencia.

No hay necesidad alguna de probar por ejemplo, la tesis que formulan las acciones de las leyes de la naturaleza, de la física, de la óptica, etc. etc. y que esta restricción es completamente comprensible y se halla justificada por la naturaleza misma de las cosas.

Se descarta también del objeto de la prueba: el derecho, cuyo conocimiento se presume y por ende, trae la obligación de su aplicación, rigiendo el principio "jura novit curia". Se exceptúa, sin embargo, lo relativo al derecho extranjero cuando el mismo es equiparado a una cuestión de hecho.

Tampoco ameritan prueba alguna los hechos aceptados por las partes. De aquí que la prueba puede ser restringida a aquellos hechos sobre los que se litiga y éstos son los que las partes interpretan contradictoriamente, es decir, los hechos controvertidos.

Incumbe a este tema lo pertinente o impertinente de la prueba. En nuestro país, el Juez puede rechazar las pruebas que no se refieran a los hechos definitivamente fijados o que sean ajenos a los hechos que se discuten, inútilmente e innecesarios. Para Couture "prueba pertinente es aquella

que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de la prueba; y prueba impertinente, aquella que no versa sobre un hecho o proposición objeto de demostración". 9/ Surge el problema a lo anterior de si el juez debe rechazar de inmediato a las pruebas que considera impertinentes, o si se debe apreciar su pertinencia o impertinencia en sentencia. Nuestro Código Procesal Civil y Mercantil soluciona esto en su artículo 127; en cuanto viene a decir que se desecharan en el momento de dictar sentencia, las pruebas que no se ajustan a los puntos del hecho expuesto en la demanda y su contestación.

Como vemos, nuestro ordenamiento procesal civil está acorde con los autores modernos de la ciencia del proceso, que consideran que si el Juez rechaza desde un principio las pruebas que considera impertinentes, se estaría privando de un conocimiento verdadero y profundo del asunto y podría, a la vez, denegar a una de las partes la oportunidad de demostrar la verdad de su aseveración, así pues, lo aconsejable es que la pertinencia de la prueba se dilucide hasta su sentencia, evitando de esta manera el prejuzgamiento del Juez y sus consecuencias.

Muchas veces se confunde la pertinencia o impertinencia de la prueba con la admisibilidad o inadmisibilidad de la misma, pero ello escapa al tema objeto de la prueba ya que esta última, se refiere a la idoneidad o inidoneidad de un determinado medio de prueba con el fin de acreditar un hecho.

II. Prueba del Derecho Extranjero:

La prueba del Derecho Extranjero se contrapone, en aquellos países en que el mismo es considerado una cuestión de hecho, al principio general de que el derecho no es objeto de prueba. En tal caso, cuando la ley extranjera aparece controvertida, puede ser objeto de prueba mediante dictamen

9/ Couture, ob. cit. pág. 227.

de Abogado o por informes oficiales del país de que se trate. Sin embargo el Tratado de Derecho Internacional de Montevideo, signado en 1889, en su Protocolo adicional, artículo 1o, 2o, dispone que el derecho de los países que lo suscribieron no necesita probarse, bastando únicamente el hecho de que el Juez ilustre respecto de su existencia y lo aplique sin necesidad de someterlo a prueba.

Así también, el Código de Derecho Internacional Privado, llamado Código de Bustamante, que es ley en Guatemala por haber sido ratificado mediante el Decreto Legislativo 1575 de fecha 10 de abril de 1929, establece en su artículo 408 que los jueces o tribunales de cada estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás sin perjuicio de los medios probatorios que el mismo señala.

La problemática de la prueba del derecho extranjero está pues, íntimamente ligada al criterio que cada Estado sustenta respecto a la esencia del mismo. Sobre este particular existen tres formas explicadas a continuación.

Forma Actual:

Esta forma llamada también jurídica, afirma que el derecho extranjero no difiere en cuanto a su naturaleza, del derecho nacional; tanto la ley extranjera como la nacional constituyen el derecho que rige los hechos.

Aún cuando la ley extranjera mantiene su naturaleza jurídica, conserva en todo caso un carácter no nacional; por ello, el juzgador debe aplicar e interpretar la ley extranjera en la misma forma en que ella rige y es interpretada en el país de donde procede.

También se dice que cuando la norma de Derecho Internacional Privado de un país se refiere a otra norma extranjera, ésta se convierte en Derecho nacional, por lo tanto, el juez debe aplicar e interpretar la ley extranjera de conformidad con lo dispuesto por su propio derecho interno.

Para algunos autores se trata de una incorporación legal, en vista de que, cuando el ordenamiento jurídico nacional contiene una norma de Derecho Internacional Privado señala como aplicable una ley extranjera, se la apropia incorporándola al derecho nacional; para otros, consiste en una incorporación judicial afirmando que el derecho no llega a nacer hasta que es aplicado judicialmente.

Forma Tradicional:

El derecho extranjero debe ser equiparado a una cuestión de hecho, por lo cual la prueba del mismo corre a cargo de aquel que la invoca. Si el interesado no alega el derecho extranjero que él considera aplicable, o si habiéndolo hecho no demuestra la existencia de éste, el tribunal no deberá tomarlo en consideración, puesto que equiparándose éste a los hechos controvertidos entre las partes, pasaría por alto la obligación de decidir conforme lo pedido y probado.

La forma expuesta se concretiza en las siguientes afirmaciones:

- 1- Quien funda su derecho en una ley extranjera afirma la existencia de tal ley, y por lo tanto debe probarla.
- 2- La ley extranjera no se presume legalmente conocida y en consecuencia debe considerarse como un hecho que las partes deben alegar y probar.
- 3- El juez está obligado a conocer la ley extranjera, y aún conociéndola no puede suplirla, puesto que admitir lo contrario equivaldría a relevarlo de su obligación de atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados.
- 4- En ausencia de alegato y prueba del derecho extranjero por los litigantes, el Juez debe considerarse plenamente

competente y aplicar su derecho nacional.

Esta teoría ha caído en desuso, en virtud de que el derecho extranjero no puede nunca ser considerado una mera cuestión de hecho, ya que el mismo se aplica con base en el concepto de la comunidad jurídica internacional, por razones de justicia; el derecho debe ser tomado no como un factor nacional, sino como un producto de la colectividad.

El Estado mediante el juzgador, está obligado a decidir justamente las controversias que se susciten, y para esto, debe valerse de todos los medios que estén a su alcance con el propósito de dictar un fallo que responda a tal finalidad.

Los partidarios de la Teoría Jurídica combaten las afirmaciones de la Teoría Tradicional de la siguiente manera:

- 1- La ley extranjera no puede ser considerada como un hecho que deba ser alegado y probado por las partes, ya que, no difiriendo en cuanto a su naturaleza de la ley nacional, esta última también tendría que ser considerada como una cuestión de hecho;
- 2- Quien funda su derecho en una ley extranjera se encuentra en situación idéntica de quien lo funda en una ley nacional, lo cual justifica la fuerza obligatoria del derecho extranjero y su aplicación de oficio por el magistrado y no solamente a petición de parte.
- 3- El desarrollo cultural alcanzado en la actualidad y los medios que el Derecho Internacional Privado pone a disposición del juez para facilitar el conocimiento de la legislación extranjera, hacen desaparecer el obstáculo de la ignorancia de la misma.
- 4- Si en ausencia del alegato y prueba del derecho extranjero por los litigantes, el juez fallare desconociendo un derecho nacido o acordado por una ley extranjera independiente del conocimiento personal que pueda

tener del mismo, incurriría en arbitrariedad.

Los defensores de la forma moderna afirman que la tesis tradicional se encuentra íntimamente vinculada a la teoría de la "comitas Gentium" fracasado intento de fundamentación de la eficacia extraterritorial del derecho. Si la ley extranjera se aplicara por razones de cortesía y no de justicia, sería natural que quien la invoque debe facilitar su aplicación mediante el correspondiente alegato o prueba. Lo que se otorga por cortesía constituye un favor y quien pretende ser beneficiario de él, debe prestar facilidades y no presentar obstáculos al que lo concede. No obstante el desenvolvimiento progresivo de las relaciones internacionales ha puesto de manifiesto lo inconsistente de la tesis que pretendía ver en la cortesía, el criterio fundamentador de la aplicación del derecho extranjero, tal aplicación se lleva a cabo por un imperativo jurídico y siendo la ley extranjera verdadero derecho, la obligación de probarla está fuera de toda consideración.

Forma Intermedia

Una tercera solución consiste en considerar el derecho extranjero como un hecho notorio, es decir, como un hecho accesible a toda persona que quiera conocerlo si las partes producen prueba de él, la misma no obliga al juez que puede por sus propios medios conocer aquel hecho notorio y preferir su propia información; y si las partes no producen prueba de él, el juez no debe refutarlo procesalmente inexistente, pues está en manos de él conocerlo como hecho notorio que es.

Así pues, está en la conveniencia de las partes aportar al juez la prueba más convincente y exacta posible acerca del derecho extranjero, pero el juez no la apreciará como prueba de un hecho común; y está en las manos del juez procurarse el derecho extranjero, aunque las partes no lo hayan alegado ni aportado prueba alguna de él.

Esta solución intenta combinar las consecuencias procesales inherentes al carácter del hecho y al carácter de derecho que se atribuyen al derecho extranjero, pero se le ha criticado que siendo el derecho extranjero un hecho, particular o notorio, si la parte interesada no produce prueba al respecto y no existe comprobación por parte del juez éste debe absolver a la parte contra quien se opuso el derecho extranjero. 10/

Por lo tanto, aplicando esta teoría no se logra un resultado satisfactorio, pues existe el peligro de emitir fallos arbitrarios, discordes con el ideal de justicia internacional.

En conclusión, el Derecho Internacional Privado moderno ha abandonado la postura que equipara el Derecho Extranjero a las cuestiones de hecho. En la actualidad, el juez debe aplicar tal derecho de oficio, sin que medie alegato alguno de parte. No obstante, en muchos países entre ellos el nuestro continúa teniendo acogida la tesis tradicional que obliga a la parte interesada a probar la existencia de la ley extranjera que invoca, debido a la inveterada tendencia de los tribunales a poner los mayores obstáculos a la aplicación de leyes extranjeras extrañas y hacer prevalecer el derecho nacional. Si se acepta que la aplicación del derecho extranjero se realiza en cada Estado por un deber que le impone la Comunidad Internacional de la cual es miembro, tal aplicación no puede ni debe ser obstaculizada, debiendo el juzgador llevarla a cabo como si se tratara del derecho nacional.

Formas para Acreditar el Derecho Extranjero

Sobre este punto, el artículo 409 del Código de Derecho Internacional Privado, establece que la parte que invoque la aplicación del Derecho de cualquier estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su

10/ Alfonsín, Quintín: Teoría del Derecho Internacional Privado. Pág. 542.

texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos Abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada.

Cuando los particulares deben probar el derecho extranjero se habla de medios probatorios comunes y especiales. De no existir norma explícita que disponga lo contrario, el derecho extranjero, si es considerado un hecho cualquiera debiera poder ser acreditado como tal mediante testigos, presunciones, etc. etc. Sin embargo basta tal enumeración para advertir que la ley extranjera, aún tomada como un hecho, no puede ser objeto de prueba común, ya que la declaración de los testigos, la confesión o las presunciones carecen de la idoneidad requerida para provocar la convicción judicial al respecto. Por ello la prueba especial surge como una necesidad imperante y la misma es creada por normas específicas.

Entre otros medios de prueba especiales pueden citarse las publicaciones oficiales autenticadas, las copias de leyes o certificaciones extendidos por las Cortes Supremas del Estado Extranjero o su equivalente, los certificados oficiales extendidos por agentes diplomáticos o consulares acreditados en el país extranjero, consultas evacuadas por universidades o institutos especializados que tengan sus pases de ley etc. etc. Se dice que a falta de prueba, o si el juez o tribunal por cualquier razón la estimaren insuficiente, podrán solicitar de oficio, antes de resolver por la vía diplomática, que el Estado cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable.

Se establece como complemento de la disposición anterior que cada Estado se obliga a suministrar a los otros, en el más breve plazo posible, la información a que se refiere lo anterior y que la misma deberá proceder de su Tribunal Supremo o de cualquiera de sus Salas o Secciones, o del Ministerio Fiscal, o de la Secretaría o Ministerio de Justicia.

Según el artículo 410 del Código de Derecho Internacional Privado pone a la disposición del Juezador un medio

adecuado para procurarse el conocimiento de la ley extranjera, cuando la prueba de la misma sea insuficiente o no exista. Se considera ésta una solución acertada que supera la teoría que afirma que, no estando establecido debidamente el derecho extranjero el juez debe aplicar el caso de la "Lex Fori", presumiendo *Juris Tantum* que ambos órdenes jurídicos son idénticos; en ausencia de prueba, funciona la presunción. Como es fácil advertir, esta teoría se apoya en una ficción y carece de funcionalidad, pues con arreglo a ella se aplicaría a la relación controvertida algo que, a sabiendas, no es la ley aplicable.

Capítulo III

MEDIOS DE PRUEBA Y FORMAS PROBATORIAS

I. De la Prueba en General:

Son medios de prueba todos aquellos elementos que sirven en alguna forma para convencer al juez de que determinado dato procesal existe, o no existe, pues, la prueba permite al juzgador conocer materialmente el hecho que tiene que valorar jurídicamente. Todos los medios de prueba son instrumentos que sirven para contribuir a obtener un fin específico de la prueba procesal. El conocimiento del juez no suele provenir de un solo medio de prueba, sino que viene a formarse como resultado de una reconstrucción mental de los hechos jurídicos acaecidos, con base en la confrontación de todos los medios probatorios de que las partes aportan al proceso.

De ahí que las clasificaciones de los medios de prueba sean tan extensas y variadas, aunque por la naturaleza de este trabajo de tesis sólo se hará una breve referencia genérica a los medios de prueba que tienen mayor aceptación en nuestro sistema.

Medios de Prueba son:

- 1- Declaración de las partes
- 2- Declaración de testigos
- 3- Dictamen de expertos
- 4- Reconocimiento Judicial
- 5- Documentos

6- Medios científicos de prueba

7- Presunciones.

II. Prueba en el Derecho Internacional Privado:

Respecto a los medios de prueba en el Derecho Internacional Privado se han elaborado las teorías siguientes, referente a la ley que deben quedar sujetas las mismas.

Ley Personal de los Interesados:

Esta tesis afirma que para determinar los medios de prueba en el Derecho Internacional Privado debe aplicarse la ley personal de las partes, cuando se trate de cuestiones que dependen del estatuto personal, ya que en tales casos dicha ley acompaña a los individuos a donde quiera que éstos se trasladen. Esta tesis ha sido objeto de crítica en vista de que, en primer término, puede darse el caso de que en un proceso existan varios interesados con diferentes leyes personales, y luego, porque la prueba se refiere a la materia objeto del proceso y no a los sujetos que en el mismo intervienen. Por otra parte, se ha considerado que para determinar la ley personal de la parte se tome en cuenta el criterio de la nacionalidad o del domicilio, lo que no suele tener relación directa con la cuestión controvertida ya que de tenerla la llamada a determinar su eficacia sería, en todo caso, dicha relación y no el hecho mismo de la personalidad de la ley.

Teoría de la Lex Fori:

Los partidarios de esta tesis sostienen que los medios de prueba deben determinarse con arreglo a la ley del juzgador, tesis que ha sido tachada de injusta porque con su aplicación se llega a privar de un derecho a quien ha contratado bajo el imperio de una ley que exige determinada prueba para acreditar su derecho, prueba que puede ser insuficiente de acuerdo con la ley del juez; las partes pueden, pues, perder su derecho por causas accidentales independientes

de su voluntad, siendo que cuando realizan el acto jurídico bajo la tutela de la ley de un país, adquieren todos los derechos que de conformidad con la misma son inherentes a dicho acto, en cuanto a la forma de establecer la existencia jurídica del mismo.

Quienes defienden esta tesis argumentan que siendo el objeto de la prueba lograr la convicción judicial en determinado sentido y como el juez sólo puede formarse su convencimiento con base en el o los elementos probatorios reconocidos como eficaces para tal efecto la ley de su país, únicamente puede tomar en consideración las pruebas aportadas de conformidad con la "lex fori". Sin embargo, si se niega a las partes el derecho a probar la existencia de la relación jurídica con sujeción a la ley bajo cuyo amparo tuvo nacimiento se incurre en un desconocimiento de derechos legítimamente adquiridos con grave perjuicio de los interesados, quienes se encontraban imposibilitados de prever, en el momento de constituirse la relación, al país en cuyos tribunales llegaría a discutirse posteriormente su existencia.

Teoría de la Lege Causae:

Esta teoría que puede considerarse la dominante en Derecho Internacional Privado, afirma que la ley que debe regir los medios de prueba es la del lugar que presidió el nacimiento del hecho que se intenta probar.

Este es el criterio adoptado por el Código de Derecho Internacional Privado en su artículo 339, el cual establece que para decidir los medios de prueba que pueden utilizarse en cada caso, es competente la ley del lugar en que se ha realizado el acto o hecho que se trate de probar, exceptuándose los no autorizados por la ley del lugar en que se sigue el juicio.

De acuerdo con la norma precedente, el juez no puede decidir ateniéndose a la ley de su país, en cuanto a admitir o rechazar los medios de prueba, sino que debe tomar en cuenta que el surgimiento de la relación jurídica, las partes quisieron establecer su existencia valiéndose de todos los

medios reconocidos por la ley que presidió su nacimiento.

Una vez admitido que los medios de prueba deben determinarse con arreglo a la ley a que deba estar sujeto el hecho o acto jurídico, es preciso hacer referencia a la excepción que contempla la norma transcrita respecto a los medios no autorizados por la *lex fori*.

Las reglas del Derecho Internacional Privado tienden a solucionar de la forma más equitativa las cuestiones que contienen elementos internacionales, designando entre las diferentes legislaciones concurrentes aquella que responda de una mejor forma a ella, no obstante suele ocurrir que la ley así designada sea contraria a algunos o en todos sus aspectos, a las instituciones fundamentales del estado en que debe recibir aplicación, por lo que en tales casos se impone la necesidad de otorgar a sus tribunales el derecho de descartar dicha ley, extranjera, parcial o totalmente, en interés de la conservación del orden público.

La excepción que establece la última parte del artículo 399 del Código de Bustamante respecto a la exclusión de medios probatorios extranjeros susceptibles de causar lesión al orden público del país de la *lex fori*, está acorde con los principios generalmente aceptados por el Derecho Internacional Privado.

En lo que se refiere a la prueba documental, el Código de Derecho Internacional Privado en su artículo 402 establece: Los documentos otorgados en cada uno de los estados contratantes, tendrán en los otros el mismo valor en juicio de los otorgados en ellos si reúnen los requisitos siguientes:

- 1- Que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes del país del otorgamiento y de aquel en que el documento se utiliza;
- 2- Que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse conforme a su ley personal;

- 3- Que en su otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos;
- 4- Que el documento esté legalizado y llene los demás requisitos necesarios para su autenticidad en el lugar donde se emplea.

También en el mismo Código en su artículo 403 dice: "la fuerza ejecutiva de un documento se subordina al derecho local".

Como se puede ver la regulación de los documentos varía según se trata de que tengan fuerza probatoria o de fuerza ejecutiva, ya que esta última en virtud de un principio de soberanía del estado, debe quedar sujeta a lo que para el efecto disponga la legislación del país en que se pretenda llevar a cabo la ejecución. En nuestro país debe tomarse en cuenta a este respecto lo establecido por nuestro Código Procesal Civil y Mercantil en sus artículos del 344 al 346 relativos a la ejecución de sentencias extranjeras, así como las disposiciones contenidas en los artículos 30,38, 39,40 de la ley del Organismo Judicial, respecto a documentos provenientes del extranjero.

Respecto a la prueba testimonial, el Código dispone que la capacidad de los testigos y su recusación dependen de la ley a que se someta la relación de derecho objeto del juicio (Artículo 404 del Código Procesal Civil y Mercantil).

Sobre este particular quienes se oponen a la tesis adoptada en el artículo anterior argumentan en favor de la *lex fori* que este género de prueba interesa al orden público. Debe excluirse la *lex loci contractus* porque la capacidad de los testigos no incumbe únicamente al interés privado de las partes, sino que también, cuando se establece la incapacidad de ciertas personas para ser testigos, esto es de interés general y no una cuestión de puro procedimiento. Sin embargo, la capacidad de los testigos debe ser decidida

de conformidad con la ley a que se encuentra sometida la relación jurídica de que se trate, porque al contraerla o establecerla en presencia de quienes van a hacerla constar con posterioridad en juicio, no es posible referirse a la ley, quizás entonces ignorada o desconocida de este juicio futuro, la misma solución debe seguirse respecto a las inhabilidades, debiendo quedar sujeta a la *lex fori* únicamente la forma de tomar las declaraciones de los testigos.

En cuanto a la confesión, el artículo 405 del Código Procesal Civil y Mercantil prescribe la forma del juramento se ajustará a la ley del juez o tribunal ante quien se preste y su eficacia a la que rija el hecho sobre el cual se jura.

Existe al respecto una concurrencia de leyes ya que la *lex fori* regulará, como es lógico, la forma de llevarlo a cabo, ello en virtud de que, por interesar al procedimiento, es la ley de la autoridad ante quien se efectúa la llamada a regirla; y su eficacia queda subordinada a la ley que rige el hecho objeto del juramento, de conformidad con la teoría dominante.

III. Procedimiento de la Prueba:

Según nuestro Código Procesal Civil y Mercantil en su artículo 123 dice que, se abrirá a prueba cuando existan hechos controvertidos por el término de treinta días, susceptibles de prorrogarse diez días más, esto por lo que se refiere al término ordinario. El término extraordinario de prueba, que procede cuando deban recibirse pruebas fuera de la república tendrá una extensión máxima de 120 días. Dichos términos principian a correr conjuntamente.

Guasp distingue en el procedimiento probatorio, las siguientes categorías perfectamente diferenciables entre sí:

- a) **PETICION GENERICA DE LA PRUEBA:** Es la solicitud que hacen las partes en los escritos de demanda o contestación, de que haya, en general, prueba en el

proceso, sin embargo, este acto se encuentra fuera de la etapa probatoria propiamente dicha.

- b) **ADMISION GENERICA DE LA PRUEBA:** Es la resolución del juez de que haya, en general prueba en el proceso. Le es también aplicable el mismo comentario del inciso anterior.
- c) **PETICION ESPECIFICA DE LA PRUEBA O PROPOSICION DE PRUEBA:** Es el acto mediante el cual los litigantes solicitan la admisión de uno o varios medios de prueba;
- d) **ADMISION ESPECIFICA DE LA PRUEBA:** Es el acto por el que el juez, si la prueba llena todos los requisitos exigidos, resuelve que se admita para su conocimiento, la prueba solicitada;
- e) **PRACTICA DE LA PRUEBA:** Son los actos procesales mediante los cuales se realizan o verifican cada una de las pruebas propuestas y admitidas;
- f) **LA APRECIACION DE LA PRUEBA:** Este acto, mediante el cual el juez valora o fija la eficacia de cada uno de los medios de prueba practicados, queda fuera del procedimiento probatorio, puesto que el juez lo verifica en forma personal en el momento de la decisión final del proceso.

Hay determinados medios de prueba que se incorporan al proceso sin mayores trámites; tal es el acto de la prueba documental, notificándose y posteriormente a la parte contraria con el objeto de que pueda redargüirla; y otros que por el contrario, es necesario señalar día y hora para su realización, debiendo notificar con anticipación a la práctica de la prueba tal los casos de la declaración de parte, la declaración de testigos y el reconocimiento judicial. El artículo 129 del Código Procesal Civil y Mercantil consagra los principios procesales de contradicción e inmediación: "Las pruebas se recibirán con citación de la parte contraria; y sin este

requisito no se tomarán en consideración. Para las diligencias de prueba se señalará día y hora en que deban practicarse y se citará a la parte contraria, por lo menos con dos días de anticipación.

La prueba se practicará de manera reservada cuando, por su naturaleza el Tribunal lo juzgare conveniente.

El juez presidirá todas las diligencias de prueba".

El principio de contradicción consiste en que toda la pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda prestar su consentimiento o formular su oposición. Como no se concibe el proceso sin debate, tampoco se puede concebir que una parte produzca una prueba sin una rigurosa fiscalización del juez y del adversario. La facultad de fiscalizar la prueba del adversario se cumple a lo largo de todo proceso de incorporación de ella al juicio. Un medio de prueba se comunica a la contraparte al ser formulado el petitorio, continúa la fiscalización durante la práctica del mismo, como cuando se permite a las partes presenciar la declaración de su adversario o de los testigos y se prolonga una vez incorporada el medio de prueba al juicio mediante procedimientos legales tales como la impugnación de documentos o las tachas de los testigos. El contradictorio se produce, pues, antes, durante y después de la producción de la prueba.

En lo que se refiere al principio de inmediación procesal, se dice sobre el particular: Que obedece a este principio a la necesidad de que el juez o tribunal que ha de decidir el proceso, tengan desde su iniciación hasta su término, un cabal conocimiento de él, cuya exactitud depende de su inmediata comunicación con las partes y de su intervención activa e inmediata, en la práctica de las pruebas.

Normalmente, el juez conoce las cosas del proceso porque se las refieren, excepcionalmente, porque las ve, únicamente el juez de instrucción que acude inmediatamente de ocurrido el delito ve las cosas del proceso, aún dentro

de la relatividad de este modo de contemplar ex post facto. El juez civil, salvo el reconocimiento judicial, nada ve, todo lo sabe por referencia pero es natural que cuando más directas sean esas referencias, más eficaces serán, y en consecuencia, cuando más intermediarios se pongan entre el juez y los hechos más lejanos a la realidad serán las versiones que reciba. 11/

Procedimiento de la Prueba en el Derecho Internacional Privado:

No existe, respecto al procedimiento de la prueba en el Derecho Internacional Privado la discrepancia que hemos encontrado en los anteriores en cuanto a la ley a que debe quedar sujeto, es evidente que la forma en que deben practicarse las pruebas sólo puede regirse por la ley del lugar en que la misma se lleva a cabo. La *lex fori* tiene al respecto una vigencia absoluta por tratarse de una cuestión de procedimiento.

El Código de Bustamante o de Derecho Internacional Privado establece en su artículo 400 la forma en que ha de practicarse toda prueba, se regula por la ley vigente en el lugar en que se lleva a cabo.

Se dice que existiendo acuerdo en que la ley aplicable a la forma en que la prueba debe realizarse es la ley del juez, puede aún así surgir la duda de si habrá de acudirse a la ley del juez que conoce del litigio o a la del juez requerido en virtud del auxilio judicial internacional, a practicar una determinada prueba. La regla es que cada juez practicará la prueba según su propia ley procesal. El Convenio de la Haya del año 1905 establece en su artículo 14: La autoridad judicial que proceda al cumplimiento de una comisión rogatoria, aplicará las leyes de su país en la que se refiere las formas que hayan de observarse. Sin embargo, se accede-

11/ Goldsmidt, ob. cit. pág. 22

rã a la petición de la autoridad requirente, solicitando que se proceda en una forma especial con tal de que esa forma no sea contraria a la legislación del estado requerido.

Respecto al diligenciamiento de la prueba en el Derecho Internacional Privado, pueden surgir dificultades cuando el medio de prueba que debe practicarse conforme a la ley del fondo no es conocido en el país donde se litiga o no haya establecida formas para practicarlo. Este problema debe ser resuelto a través de convenios internacionales o mediante la legislación local de cada país, pudiendo ser una solución al mismo el asignar al juez la tarea de determinar la forma en que la prueba debe practicarse, buscando la manera de realizarla de conformidad con el resultado que la misma se propone.

Sería conveniente que nuestro Código Procesal Civil y Mercantil contuviera normas que regularan la forma en que los medios de prueba no previstos se diligencien, aplicando analogía en las disposiciones de los que sean semejantes, o en su defecto, la forma que establezca el juez, pues de este modo se evitarían dificultades de lagunas legales, que repercuten indudablemente en perjuicio de los interesados, quienes pueden quedar expuestos al desconocimiento de sus derechos en el caso de no existir una disposición legal que regule expresamente tal circunstancia.

A lo anterior le es aplicable, no obstante, la limitación de rigor referente a que si en el país donde se lleva a cabo la práctica de la prueba tales medios probatorios conllevan una violación del orden público, la *lex fori* excluye *ipso jure* la aplicación de la ley extranjera.

Capítulo IV

CARGA DE LA PRUEBA

I. Concepto:

La carga de la prueba se define como la institución jurídica consistente en el requerimiento de conducta de realización facultativa, que se establece normalmente en beneficio del propio interesado, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él. Por ello, la noción de carga difiere claramente de la noción de derecho, ya que éste es una facultad otorgada al litigante en su beneficio y la carga es una conminación ejercer el derecho, produciendo en el litigante un perjuicio en el sentido de que ya sea que de tal carga la parte que no prueba los hechos alegados por ella, pierde el litigio.

Ambas partes están en la misma situación jurídica, disfrutando de idénticos derechos procesales, y es a ellos a quienes toca o incumbe presentar las pruebas al Tribunal. Mediante la carga de la prueba se pretende pues, realizar una distribución justa entre los litigantes en lo que se refiere al aporte de medios de convicción, con base en razonamientos lógicos y prácticos.

En el proceso civil por el hecho de que se trata de dilucidar un asunto de carácter privado, la obligación de producir pruebas recae únicamente en las partes privadas que litigan, sin que el órgano jurisdiccional tenga asignado un papel activo que garantice la posibilidad efectiva de fallar, no sólo a base de las pruebas aportadas por los litigantes al tribunal, sino a base de todo el conjunto de circunstancias reales del asunto.

Conforme el principio clásico que continúa consagrado en nuestro Código Procesal Penal, quien afirma algo está obligado a probarlo; quien niega, sólo cuando su negación envuelve la afirmación expresa de un hecho. Con la evolución del derecho, dicho principio ha sido superado, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia, están acordes en que no existe ninguna regla jurídica que releve de la prueba de los hechos negativos, esto debido a que toda proposición negativa, es por lo general, la inversión de una proposición afirmativa.

Cuando se trata de la mera negativa de un hecho, el que niega si se encuentra relevado de la prueba ya que entonces hace valer, en forma tácita, la excepción de falta de derecho; aunque al demandado le conviene desvirtuar la prueba del actor, si omite hacerlo y éste por su parte no prueba su acción, ésta será ineficaz. 12/

La doctrina moderna ha abandonado el principio de las afirmaciones y negaciones en vista de un deficiente funcionamiento práctico y se ha inclinado por un criterio más acertado en cuanto a la distribución de la carga de la prueba, el que consiste en clasificar los hechos en: Constitutivo, impeditivos, modificativos y extintivos. Este fue el criterio aceptado por nuestra legislación Procesal Civil y Mercantil vigente, y el que en su artículo 126 referente a la carga de la prueba, el texto del mismo coincide íntegramente con el artículo 133 del Proyecto Couture del cual fue tomado. 13/

Hugo Alsina asume los principios de la carga de la prueba en una breve fórmula que es a cargo de quien lo alegue, la prueba de la existencia del hecho en que se funde el derecho cuyo reconocimiento se pretende, o que impida

12/ Aguirre Godoy, Mario: La prueba en el Proceso Civil Guatemalteco. pág. 17

13/ Couture, Eduardo J. Proyecto de Código de Procedimiento Civil. pág. 179

su constitución o modifique o extinga un derecho existente. 14/

Las reglas de la carga de la prueba tienen aplicación cuando los litigantes han omitido aportar prueba respecto a determinados hechos o cuando la misma es escasa, ya que es entonces cuando surge la necesidad de determinar a cual de ellos incumbía la demostración, ya que si por el contrario, la prueba en el proceso es abundante y suficiente para servir de base a la convicción del juzgador, no hay necesidad práctica de establecer sobre cual de las partes recaía la obligación de probar.

Así pues, la doctrina ha elaborado las reglas de la carga de la prueba, tomando en consideración la mejor situación de los litigantes para producirla, y a fin de que los mismos conozcan de antemano su posición en el proceso, evitando que incurran en omisiones probatorias perjudiciales a ellos, las cuales se reflejan en sentencia.

II. Inversión de la Carga de la Prueba:

La inversión de la carga de la prueba surge en aquellos casos en que existe una disposición legal que contiene una presunción que admite prueba en contrario, ya que entonces la parte a quien dicha presunción beneficia queda liberada de demostrar el hecho que se presume, el cual es tenido por exacto de conformidad con la ley. La obligación de probar se desplaza, así, hacia la persona que niega la existencia del hecho, o que afirma que el mismo aconteció de manera distinta a la que legalmente se presume, siempre que se encuentre probado el hecho que le sirve de antecedente, si el mismo fuese controvertido.

De acuerdo con Couture, "la presunción supone el concurso de tres circunstancias: Un hecho conocido, un hecho desconocido y una relación de causalidad. Lo que queda

14/ Alsina, Hugo: ob. cit. pag. 258

eliminado del campo del debate son los dos últimos de estos elementos, pero nada sustrae de la actividad probatoria la demostración del hecho en que la presunción debe apoyarse". 15/

Un ejemplo de presunción que pone de manifiesto la inversión en la carga de la prueba es la norma de nuestro Código Civil que establece que la culpa se presume estando el perjudicado obligado únicamente a probar el daño o perjuicio sufrido; el responsable debe entonces destruir la presunción de culpa, produciendo la prueba pertinente.

Con disposiciones como la anterior, la ley se muestra indulgente con quienes afirman la existencia del hecho del cual depende la existencia del derecho, haciendo recaer la obligación probatoria en quienes contradicen la presunción legal, la cual se basa en un criterio de normalidad en el acontecimiento de los hechos.

III. La Carga de la Prueba en el Derecho Internacional Privado:

III. a. Importancia:

La carga de la prueba establece cual de los litigios debe soportar las consecuencias de la no probanza de un hecho. Por lo tanto, el juez se ocupa de esta cuestión al emitir su fallo y respecto de aquellos hechos que no llegaron a ser demostrados. El problema consiste en saber si las reglas jurídicas que determinan la carga de la prueba pertenecen al Derecho Material o al Derecho Procesal. En el primer caso, se aplicaría, según lo generalmente aceptado, la "lege causae" mientras en el segundo habría de hacerse aplicación de la "lex fori" o ley del juzgador.

La carga probatoria cobra importancia en el ámbito del Derecho Internacional Privado debido a que de conformi-

15/ Couture, ob. cit. pág. 228

dad con la tesis dominante, la prueba de las relaciones jurídicas surgidas en un país extranjero está sujeta a los principios generales relativos a la materia, en lo que concierne al saber suministrar la prueba de los hechos controvertidos en juicio. Teniendo el Juez la obligación de decidir el litigio con arreglo a la prueba suministrada, ésta llega a convertirse en un elemento integrante de la relación, cuyo valor jurídico depende del elemento probatorio que tiende a lograr la convicción del juzgador en cuanto a la verdad de la cuestión controvertida.

Se concluye por lo tanto, que la relación jurídica se encuentra íntimamente vinculada con la obligación de demostrar su existencia, obligación que pesa sobre los litigantes, y se admite en consecuencia que la primera depende exclusivamente, en cuanto a su esencia y todas las condiciones para su validez, de la ley del lugar en que la misma tuvo su origen, por lo que no es posible afirmar, sin caer en la inconsecuencia, que la segunda deba quedar sujeta a la ley del lugar en que deba llevarse a cabo.

III. b. Leyes que Rigen la Prueba:

El artículo 398 del Código de Derecho Internacional Privado dice que "La ley que rija el delito o la relación de derecho objeto del juicio civil o mercantil, determina a quien incumbe la prueba", en este caso o sea, que la carga de la prueba se halla sujeta a la "lege Causae" por considerarse que la obligación de probar se encuentra íntimamente vinculada con el fondo de la cuestión.

Bustamante y Sirven expone al respecto que es más lógico que sea la ley misma que preside el nacimiento del acto jurídico la que determina cual de los litigantes debe suministrar al tribunal la comprobación de su dicho. Cuando el derecho de un país requiere para que una obligación exista que haya un principio de prueba por escrito, o cuando establece que determinadas presunciones de ley dispensan de toda prueba a los que las mismas favorecen, no es posible que un tribunal extranjero desconozca que todo eso forma parte

de la relación jurídica misma y es inseparable de su existencia y efectos. No puede pretenderse que quien la ha creado a su favor o en su contra en determinado país, la sujete desde que nace a otra ley, cuando tal vez no cabe presumir en ese momento el país ante cuyos jueces se va a discutir más tarde su existencia.

Respecto al tema de las presunciones, las que como vimos producen una inversión en el sistema de la carga de la prueba, cabe hacer ver que existen ciertas reglas específicas en cuanto a la ley que debe regirlas. Por lo que se refiere a las presunciones "juris Tantum", éstas quedan sujetas a la ley que domine la relación jurídica de cuya demostración se trate. Las presunciones "juris et de jure", perteneciendo igualmente al Derecho material, se rigen también por la "lege Causae". Fuera del ámbito de las presunciones legales ya vistas, que excluyen la aplicación de la *lex fori*, debe considerarse el caso de las presunciones humanas o "presunciones hominis", que son las que el juez lleva a cabo mediante un propio razonamiento lógico inductivo-deductivo. Estas últimas, sin lugar a dudas, deben regirse por la ley del juez, ya que constituyen argumentos personales de él, los cuales sirven de fundamento a su convicción. 16/

El Código de Bustamante se pronuncia al respecto de la siguiente manera: Artículo 406: Las presunciones derivadas de un hecho se sujetan a la ley del lugar en que se realiza el hecho de que nace.

Artículo 407: La prueba indiciaria depende de la ley del juez o tribunal como se mira, las disposiciones anteriores están acordes con los principios elaborados por la doctrina en relación a la ley a que deben quedar sujetas las presunciones, según la categoría a que las mismas pertenezcan: las presunciones legales, ya sea que admitan o no prueba en contrario, quedan bajo el imperio de la *lege causae*, mientras que las presunciones que lleva a cabo el juzgador, (a las

16/ Goldschmidt Werner. ob. cit. pág. 20.

que el código denomina con poca propiedad, por cierto, prueba indiciaria, ya que el indicio es sólo uno de los elementos de la presunción) quedan bajo dominio indiscutible de la lex fori.

Capítulo V

ANÁLISIS DE LA PRUEBA TANTO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES COMO EN EL CODIGO DE BUSTAMANTE

I. El Tratado de Montevideo y Análisis de la Prueba

En 1888, los gobiernos de la Argentina y del Uruguay, obrando separadamente pero simultáneamente, invitaron a los países sudamericanos para la reunión de un Congreso de Derecho Internacional Privado. De los países invitados se excusaron, por diferentes razones, Colombia, Venezuela y el Ecuador.

Los delegados de los demás Estados Sudamericanos se reunieron en Montevideo a fines de 1888 y principios de 1889. En ese Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, se adoptaron los siguientes tratados: Derecho Civil Internacional y Derecho Penal Internacional. Dichos tratados tienen por objeto regular los conflictos de leyes que puedan presentarse en las respectivas materias.

El Tratado de Derecho Penal Internacional se distingue por haber consagrado, por vez primera en forma contractual, el asilo político en legaciones y buques de guerra. El Derecho Civil Internacional se distingue, asimismo, por haber adoptado las doctrinas de Savigny, según las cuales la capacidad de las personas debe regirse por la ley del domicilio, y los efectos de los contratos por la ley del lugar donde deba cumplirse la obligación. Colombia es el único país que ha ratificado los tratados sobre Derecho Civil, Derecho Comercial y Derecho Procesal.

En el año 1939, es decir, cincuenta años después de la reunión del Congreso, se verifica en Montevideo una nueva reunión, con asistencia de los mismos países que concurrieron

a la primera, excepción hecha del Brasil, que se excusa.

En ese segundo Congreso de Montevideo se adoptaron tres tratados: uno sobre asilo político, otro sobre propiedad intelectual y otro sobre ejercicio de profesionales liberales.

Las sesiones fueron suspendidas con el fin de ser reanudadas en 1940 y poder invitar para la nueva reunión a todos los países sudamericanos, sin embargo dos de éstos, Venezuela y el Ecuador, no asistieron al Congreso.

En el Congreso de 1940 se aprobaron los siguientes tratados: de Derecho Civil, de Derecho Comercial, Terrestres, de Navegación Internacional, de Derecho Procesal, de Derecho Penal y además de un Protocolo adicional.

El Tratado de Derecho Civil se caracteriza porque admite la aplicación de la ley del domicilio no solamente respecto a la capacidad de las personas, sino también a su estado civil.

El Brasil se abstuvo de firmar el Tratado de Derecho Civil y Chile todos los Tratados, excepto el de Navegación Internacional y el Protocolo Adicional.

Análisis de la Prueba:

En este punto se expondrá un breve estudio de las normas que regulan la prueba en los Tratados de Montevideo, las cuales se encuentran fundamentalmente en los Tratados de Derecho Procesal Internacional y de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940.

En términos generales podría decirse que ambos tratados de Derecho Procesal se inspiran en el principio enunciado por el tratadista Fiore, que dice: "Sea quien fuere el actor o la víctima de un crimen o de un delito civil, su represión corresponde a los Tribunales y a las leyes que amparan el derecho violado". 17/

17/ Werner Goldschmidt. op. cit. pág. 119.

El desarrollo de la presente investigación se hará en la misma forma que se podría hacer del Código de Bustamante.

Incumbencia de la Prueba

En relación a este primer problema que se nos presenta al analizar la prueba, los Tratados de Montevideo defienden el principio de que las pruebas se admitirán y apreciarán según la ley a que esté sujeto el acto jurídico materia del proceso, lo cual induce a creer que comprende en la propia ley la determinación de la persona a quien las pruebas incumben.

Este precepto se encuentra desarrollado en el artículo 2o. del primer tratado que con muy poca diferencia de redacción ha sido reproducido en el segundo.

Medios de Prueba que Pueden Utilizarse

En relación a este aspecto, resulta que la gran mayoría de los Tratadistas han propugnado porque se siga la ley donde tuvo lugar el hecho que trata de probarse, pero también se ha defendido en la doctrina el criterio que considera que un hecho se puede probar con los medios de prueba admitidos por el Derecho que rija la materia misma del proceso, y así resulta establecido en el artículo 2o. del Tratado de Montevideo analizado anteriormente y que textualmente dice: "Las pruebas se admitirán y apreciarán según la ley a que esté sujeto el acto jurídico material del proceso, se exceptúan aquellas pruebas que por su naturaleza no están autorizadas por la ley del lugar donde se sigue el juicio (orden público).

Formas en que deben Practicarse las Pruebas

Ante este problema, la doctrina ha sostenido un criterio casi unánime en cuanto a que debe seguirse la ley del lugar del Tribunal que conoce del juicio (*lex fori*), precepto que ha sido recogido por los Tratados de Montevideo en el artícu-

lo 1o. al estipular que: "Los juicios y sus incidencias, cualquiera que sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo a la ley de procedimientos de la nación en cuyo territorio se promuevan". El artículo enunciado fue expuesto en el Tratado de Derecho Procesal Internacional sancionado en el Congreso de Montevideo de 1889-1890 y su texto ha sido reproducido en el segundo Tratado 1939-1940, manteniéndose el criterio que impone la vigencia de la Lex Fori.

Apreciación de la Prueba

La doctrina ha mantenido dos posiciones opuestas en relación a este proceso mental que lleva a cabo el juez o el Tribunal (*lex fori*), sosteniendo una de esas tendencias que la apreciación de la prueba debe regirse por la ley del juzgador, en tanto que la otra considera que la prueba debe apreciarse de conformidad con la ley que regule la materia objeto del litigio (*lex causae*). Los Tratados de Montevideo siguen este último criterio, de conformidad con lo que preceptúa el artículo 2o. que fue analizado con anterioridad. Esta opinión se encuentra apoyada por el Tratadista Argentino Gonzalo Ramírez, en su obra titulada "Derecho Procesal Internacional en el Congreso Jurídico de Montevideo".

Análisis de los Medios de Prueba

Prueba Documental

El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, formalizado en 1940, consigna en el artículo 39, que las formas de los instrumentos públicos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan y las de los instrumentos privados por la ley del lugar del cumplimiento del contrato respectivo. Por su parte, el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1939-1940 en sus artículos 3o. y 4o. respectivamente, establecen que las escrituras públicas y demás documentos auténticos otorgados por los funcionarios de un Estado, surtirán sus efectos en los otros Estados signatarios, con arreglo a lo estipulado en este Tratado, siempre que estén debidamente legalizados y que la legalización se considera hecha en

debida forma, cuando se practica con arreglo a las leyes del país de donde el documento procede y éste se halla autenticado por el Agente Diplomático o Consular que en dicho país o en la localidad tenga acreditado el Gobierno del Estado en cuyo territorio se pide la ejecución. Estos artículos son sustancialmente idénticos a los Tratados de 1889-1890, y se refieren en forma específica al cumplimiento del requisito de legalización, con el objeto de que puedan surtir efecto determinados tipos de documentos entre los países. Fundamentalmente el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1939-1940, limita el problema de la prueba documental a la cuestión de saber, si el acto o documento, deben ser considerados como auténticos.

Un aspecto muy importante en relación con los requisitos legales que estatuye el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, en materia de prueba documental, es que tales requisitos rigen para cualquier clase de documentos. Así, por ejemplo, han de atenderse a ellos los expresivos exhortos. Por su parte, el tratadista Goldschmidt considera, asimismo que los requisitos mencionados han de aplicarse igualmente a la sentencia extranjera, si es presentada para probar algún hecho, es decir, en concepto de documento.

Prueba Testimonial

En relación a esta clase de prueba, la prueba del juramento y la prueba de presunciones e indicios, el Tratado de Montevideo no regula nada al respecto, considerándolas sin duda, comprendidas en la regla general del artículo 20. del Tratado de Derecho Procesal Internacional, que preceptúa que las pruebas se admitirán y apreciarán de conformidad con la ley a que esté sujeto el acto jurídico del litigio (*lex causae*).

II. El Código de Bustamante y Análisis de la Prueba

Para tratar por primera vez lo relacionado con el Derecho Internacional Privado. En el año 1912 se reunieron una

Comisión de Jurisconsultos Americanos, posteriormente en el año de 1923, en Santiago de Chile, tuvo lugar una Conferencia en la que trataron lo relacionado a la forma de llevar a cabo todo lo relacionado al Derecho Internacional Privado, arribando a la conclusión que lo mejor sería la elaboración de un Código que abarcara la materia respectiva. Al mismo tiempo, la Conferencia recomendó la Convocatoria de la Comisión o Conferencia de Jurisconsultos Americanos, la que efectivamente se efectuó en Río de Janeiro, Brasil en el año de 1927.

Dicha Comisión aprobó el Código de Derecho Internacional Privado elaborado por el Cubano Antonio Sánchez de Bustamante, por el Guatemalteco José Matos, por el Brasileño Rodrigo Octavio. El Código fue adoptado por la VI Conferencia Internacional Americana, reunida en la Habana en 1928, con la participación de todos los Estados de América, con la única excepción de los Estados Unidos de América. Posteriormente, la Convención incluye el Código, fue ratificado por los siguientes países: varios de ellos con reservas, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Venezuela; total quince países. Sin reservas seis países: Cuba, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Perú.

El Código de Derecho Internacional Privado, o Código de Bustamante, llamado así por mandato expreso de la VI Conferencia Panamericana, contiene un título preliminar (reglas generales) y cuatro libros distribuidos de la siguiente forma:

LIBRO PRIMERO: Derecho Civil Internacional dividido en cuatro títulos: De las Personas, de los Bienes, de los Varios modos de Adquirir, de las Obligaciones y Contratos.

LIBRO SEGUNDO: Derecho Mercantil Internacional, dividido en cuatro títulos así: De los Comerciantes, y del Comercio en General, de los Contratos Especiales de Comercio, del Comercio Marítimo y Aéreo, de la Prescripción.

LIBRO TERCERO: Derecho Penal Internacional: Dividido en cuatro capítulos así: De las Leyes Penales, Delitos Cometidos en un Estado Extranjero Contratante, Delitos cometidos fuera de todo Territorio Nacional. Cuestiones varias.

LIBRO CUARTO: Derecho Procesal Internacional. Se divide en diez títulos así: Principios generales, Competencia, de la Extradición, del Derecho de Comparecer en Juicio y sus modalidades, Exhorto-Comisiones-Rogatorias, Excepciones que tienen carácter Internacional, de la Prueba, del Recurso de Casación, de la Quiebra o Concurso, Ejecución de Sentencias dictadas por Tribunales Extranjeros.

El Código de Bustamante, contiene, en total, cuatrocientos treinta y siete artículos.

La Prueba y sus Análisis

La prueba se encuentra regulada en el Código de Bustamante, dentro del libro cuarto, que desarrolla la materia de Derecho Procesal Internacional. El Título de la Prueba se encuentra dividido en dos capítulos 1) Disposiciones generales sobre la prueba artículos 398 al 407; y 2) reglas especiales sobre la prueba de leyes extranjeras artículos 408 al 411.

Incumbencia de la Prueba

La primera de las cuestiones que respecto de la prueba surge al analizar el Código de Bustamante, estriba en la determinación de la parte a la que incumbe la prueba. No se trata, como muy bien apunta el Doctor Bustamante, de las formalidades para practicarla o del medio material en que ha de consistir, sino exclusivamente de saber cual de los interesados está en la obligación de suministrarla, para que se den por ciertas que sus afirmaciones o sus pretensiones pór exactas. 18/ Algunos han pretendido que debe ser

18/ Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven. ob. cit. tomo III, pág. 239.

la ley del Tribunal llamada a decidirlo, pero indudablemente confunden lo que se refiere a la litis ordenatio con lo que toca a la litis decisio. Para el Doctor Bustamante, lo más lógico es que sea la ley misma a que estén sometidos el delito o la relación de derecho, objeto del Juicio Civil la que indique cual de las partes debe suministrar al Tribunal o al Juez la comprobación de su dicho. Esta tesis fue plasmada en el artículo 398 del Código de Bustamante, al estipular que: "La ley que rija el delito o la relación de derecho objeto del juicio civil o mercantil determina a quien incumbe la prueba".

Medios de Prueba que Pueden Utilizarse

Otro de los problemas importantes del análisis de la prueba en el Código de Bustamante, es el referente a decidir que medio de prueba es dable a utilizarse en cada caso particular, para lo cual se ha propuesto varios sistemas. Unos consisten en referirse a la ley personal de los interesados y es el más débil de todos, ya que la relación se determina fundamentalmente por el hecho punible o lícito que es objeto de la contienda judicial. En tal virtud, la mayoría de la doctrina aconseja, en cuanto a las pruebas admisibles, la ley del lugar que presidió el nacimiento del hecho que se quiere probar. El Doctor Bustamante prefiere por ello la ley vigente en el lugar donde se ha realizado el hecho que trata de probarse, y así redacta el artículo 399 de su Código, en estos términos: "Para decidir los medios de prueba que pueden utilizarse en cada caso, es competente la ley del lugar en que se ha realizado el acto o hecho que se trate de probar, exceptuándose los no autorizados por la ley del lugar en que sigue el juicio" ^{19/}, la excepción contenida en la última parte de la disposición anterior es necesaria, pues cuando un determinado medio de prueba fuere contrario al orden público del país donde se ventila el litigio, no podría ser nunca admitido por los jueces de

^{19/} Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven. Tomo III, pág. 243.

ese Estado.

Forma en que Debe Practicarse la Prueba

La mayoría de los tratadistas, al analizar este aspecto de la prueba, consideran que únicamente debe seguirse la *lex fori*, es decir, la ley del lugar del tribunal que entiende del juicio. A este respecto, el Código de Bustamante establece en el artículo 400 "La forma en que ha de practicarse toda prueba se regula por la ley vigente en el lugar en que se lleva a cabo". 20/

Apreciación de la Prueba

Para el Doctor Bustamante, la apreciación de la prueba es el acto mental del juez o del Tribunal correspondiente por cuya virtud llega a la convicción de ser o no ser cierto un hecho determinado, indicando asimismo que ese proceso mental suele estar sujeto a ciertas reglas en la legislación positiva que obliga a dar preferencia a una prueba sobre otra, o a determinar la eficacia de alguna o algunas de ellas, mediante la concurrencia de determinados requisitos.

Entre otras consideraciones, el Doctor Bustamante conceptúa como un hecho imposible que el juzgador, se subordine al Derecho extraño. En tal virtud el Código de Bustamante sostiene la tesis de que "La apreciación de la prueba debe regirse por la ley del juzgador, como lo determina el artículo 401. 21/

En relación con este importante aspecto de la prueba en el Derecho Internacional Privado, consideramos conveniente un cuidadoso estudio, con el objeto de revisar la teoría que apoya el Código de Bustamante. Se ha visto en la práctica que otros cuerpos legales fundados en doctrinas opuestas como el Tratado de Montevideo, han sido objeto de mayor

20/ Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven. Tomo III, pág. 243

21/ Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven. ob. cit. pág. 244.

aplicación y éxito que el propio Código.

Posiblemente en el cercano futuro pueda llegarse a una solución mixta o conciliadora en cuanto a esta materia, de tal manera que sea posible obtener una mejor comprensión y apreciación de la prueba en los distintos casos que puedan plantearse dentro de la problemática del Derecho Internacional Privado Latinoamericano consideramos que una adopción y aplicación ecléctica de doctrinas vendría en la práctica a dar un campo de apreciación de mayor amplitud a las normas probatorias dentro de la estructura del Derecho Internacional Privado, la cual sobre todo importante en esta rama del Derecho, debido a los casos tan complejos y singulares que pueden llegar a plantearse.

III. Prueba en el Tratado Europeo que Regula la Recepción de Pruebas en el Extranjero.

El Tratado que se analiza fue aprobado en la onceava sesión de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, que tuvo lugar en esta ciudad en el año de 1968. La reunión se instaló en el Salón de la Corte Internacional de Justicia, bajo la presidencia del profesor Louis I, Winter de Holanda, y se desarrolló por medio de cuatro comisiones de trabajo, con la asistencia de los veinticinco estados miembros de la conferencia, con delegaciones que integraban de dos a ocho especialistas. Se hicieron representar también, con observadores, Indonesia y un buen número de organizaciones intergubernamentales, incluyendo el Consejo de Europa, las Comunidades Económicas Europeas y la Comisión Internacional sobre el Estado Civil.

Además del tema que nos ocupa en este estudio, la agenda incluyó, entre los tres puntos principales el Reconocimiento de Divorcios y Separaciones legales y la ley aplicable a los accidentes de tránsito, sobre las cuales fueron aprobadas las correspondientes Convenciones. El cuarto tema incluido por petición formal de los Estados Unidos de América, se refería a la relación entre el proyecto de Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranje-

ras en asuntos civiles y comerciales, elaborado en la sesión extraordinaria de la Conferencia en el año de 1966 y el proyecto de protocolo preparado en octubre del mismo año por la Comisión Ad-hoc que se acordó integrar en esta reunión.

La Convención sobre la recepción de pruebas en el Extranjero en Asuntos Civiles o Comerciales, tiene como antecedente inmediato para su adopción, la Convención sobre notificaciones en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales aprobadas en la décima sesión de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, la cual entró en vigor en 1969. Este Tratado es una revisión y modernización del capítulo I de la Convención de la Haya sobre procedimientos civiles, de 1954 la cual a su vez modificada y mejorada la Convención de 1905. Se considera que la Convención sobre notificaciones fue ampliamente apoyada, los Estados Unidos propusieron que la Conferencia incluyera en la agenda de la sesión número once el examen y modernización del capítulo II de la Convención de 1954, "el cual se refería al complicado problema de la obtención de pruebas en países extranjeros". 22/

La Convención fue concluida en el año de 1970, en los idiomas inglés y francés, dejando la copia original depositada en los archivos del gobierno de Holanda. Se abrió a firma en la Haya el 10. de junio de ese año y entró en vigor sesenta días después de depositada la tercera ratificación el 7 de octubre de 1972. 23/

Es uno de los Tratados más avanzados en cuanto a regulaciones probatorias en materia de Derecho Internacional

22/ Informe de las delegaciones de los Estados Unidos a la Once Sesión de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado. 1969

23/ Philip W Antram-ASIL The American Journal Of International Law Vol 67. 1973 pags. 104-105.

Privado, y uno de los de más reciente creación en este campo, razón por la cual su estudio es de sumo interés tanto para el investigador como para el jurista. Como ha expresado la delegación norteamericana. Esta Convención "es una importante contribución para eliminar obstáculos formalistas y técnicos para la consecución de pruebas en el extranjero de una manera que es usual en el Tribunal requirente". 24/

24/ Informe de la Delegación de los Estados Unidos. Ob. Cit. pág. 820.

Capítulo VI

NORMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL SISTEMA JURIDICO GUATEMALTECO

__ Antes que nada, debemos de ver primero cual es el problema de la prueba en lo referente al Derecho Internacional Privado Guatemalteco refiriéndose a la forma de aplicación del Derecho Extranjero. Doctrinariamente por una parte, encontramos una corriente que considera necesario que el juez espere que se pida la aplicación de la ley foránea, y luego que se pruebe el texto de la Ley Extranjera, sentido y vigencia de ella. Por otra parte se encuentra la tesis de que el Juez debe aplicar e investigar de oficio el texto de esa Ley Extranjera; además existe una opinión intermedia entre las dos anteriores que consideran que los jueces están autorizados a aplicar de oficio la Ley Extranjera sin estar obligados a la misma. Todas estas posiciones las desarrollaremos a continuación.

1- Aplicación de la Ley Extranjera a Petición de Parte:

Esta teoría la cual admite la aplicación de la ley extranjera a petición de parte, es extraída de la doctrina de la materialización, que consideran la ley extranjera como una simple contingencia dentro del litigio, teniendo su fundamento en los siguientes puntos de doctrina:

- a) La ley extranjera no puede presumirse conocida y, en consecuencia, debe considerarse como un hecho que las partes deben alegar y probar.
- b) La parte que funda su derecho en la ley extranjera afirma la existencia de la misma y por lo mismo debe probarla.

Nuestro Sistema Jurídico se sitúa fundamentalmente dentro de la esfera de la aplicación a PETICION DE PARTE al estipular el artículo 35 de la ley del Organismo Judicial, que el que funda sus derechos en leyes extranjeras debe probar la existencia de las mismas. También en nuestro Código Procesal Civil y Mercantil en uno de sus artículos el 126 específicamente establece en una forma general en cuanto a la prueba al disponer que las partes tienen la carga de demostrar que sus respectivas proposiciones de hechos, pues quien pretende probar algo tiene que probar los hechos constitutivos de su pretensión; quien se contrapone a la pretensión del adversario ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impeditivas de esa pretensión.

2- Aplicación de Oficio de la Ley Extranjera:

Cuando los jueces están obligados a aplicar de oficio la ley extranjera está fundamentado en los siguientes puntos:

- a) La Ley extranjera no tiene diferencia en cuanto a su naturaleza de la ley nacional. Las dos constituyen el derecho que rige los hechos y reconocimientos de éstos, y el alcance de ambas es siempre una cuestión de derecho;
- b) El que funda su derecho en una ley extranjera está en la misma situación que el que fundamenta en una ley nacional y en consecuencia no necesita probarla. El juez, debe obligadamente conocer la ley extranjera, sobre cuyo contenido debe informarse en forma personal y aplicarla de oficio aún cuando las partes no la invoquen.

Esta doctrina fue acogida por el Código de Bustamante al estipular que los jueces y Tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio cuando proceda, las leyes de los demás sin perjuicio de los medios probatorios a que el mismo se refiere.

Sin embargo el propio Código de Bustamante permite a la parte que invoca la aplicación del derecho de otro estado justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos Abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada.

El Código de Bustamante permite, asimismo, en caso de falta de prueba o si el Juez la estima insuficiente, que los Jueces soliciten de oficio por la vía diplomática un informe sobre el texto y vigencia del Derecho aplicable.

3- Aplicación Facultativa de la Ley Extranjera

Esta es una aplicación intermedia entre las dos anteriores que consideran que los Jueces están autorizados a aplicar de oficio la Ley Extranjera cuando sea procedente, sin perjuicio de la facultad de acreditarla, que en todo caso corresponde a quien la invoca. De esta manera queda asegurada la aplicación de la ley extranjera por el juez, como acto de él sin necesidad de alegato de la parte interesada, no obstante, como las partes suelen tener por lo general algo de más conocimiento sobre la ley que debe ser aplicada, éstas quedan en libertad de colaborar con el Juez, proporcionándole informaciones que crean adecuadas sin que por ello deba entenderse que aportan prueba.

Dualidad de Legislaciones

El segundo problema que se nos presenta al analizar las normas del Derecho Internacional Privado dentro del Sistema Guatemalteco, se refiere a los conflictos que surgen debido a la dualidad existente entre ciertas normas de la legislación interna y del derecho convencional ratificado.

A este respecto conviene hacer notar que regulan la materia probatoria en Guatemala, se encuentran fundamentalmente dentro del Código Civil, Código Procesal Civil y Mercantil, Ley del Organismo Judicial, Código Procesal Penal, la Ley de Extranjería, que son, junto con numerosas leyes

y reglamentos, la ley aplicable en el sentido adjetivo, de manera que los medios procesales que a continuación se desarrollan, son los que contempla la Ley Internacional.

Exhortos o Comisiones Rogatorias:

Según el artículo 388 del Código de Derecho Internacional Privado, toda diligencia judicial que un estado contratante necesita practicar en otro se efectuará mediante exhorto o Comisión Rogatoria cursados por vía Diplomática. Sin embargo los Estados Contratantes podrán pactar o aceptar entre sí en materia civil o criminal cualquier otra forma de transmisión.

La conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, realizada en la ciudad de Panamá en 1975, revisa todo cuanto se refiere a exhortos o cartas Rogatorias o Recepción de Pruebas en el Extranjero, lo que actualmente se encuentra en vigor, pero se han ido haciendo nuevas convenciones al respecto, como la que se realizó después de la mencionada anteriormente, suscrita el 30 de enero del año 1975, llamada Conferencia especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, que entró en vigor el 16 de enero de 1976 conforme el artículo 22 de dicha convención, ratificada por Guatemala el 8 de mayo del año 1980. Fueron once temas los que se discutieron incluyéndose entre ellos, tres relativos al Derecho Procesal Internacional: Tramitación de Exhortos y Comisiones Rogatorias; Reconocimiento y Ejecución en asuntos Civiles y Comerciales, en la última de las Sesiones fueron suscritas seis Convenciones Interamericanas: 1) sobre conflictos en leyes en materia de letras de cambio, pagarés, facturas; 2) sobre conflictos de leyes en materia de cheques; 3) sobre arbitraje comercial internacional; 4) sobre exhortos o cartas rogatorias; 5) sobre recepción de pruebas en el extranjero; 6) sobre el régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero.

a- Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias:

Este Convenio tiene 25 artículos que regulan lo relacio-

nado con uso de expresiones, alcances de la convención, tramitación de exhortos o cartas rogatorias, requisitos para el cumplimiento, tramitación, disposiciones generales y disposiciones finales.

El artículo 2 determina que la convención se aplicará a exhortos expedidos en actuaciones en materia civil o comercial que tengan por objeto lo siguiente:

- 1- La realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero;
- 2- La recepción de pruebas y obtención de las mismas conforme los informes en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto.

En el siguiente artículo advierte que no se aplicará diligencias distintas de las mencionadas y en especial a los actos que impliquen ejecución coactiva.

Para la tramitación de los exhortos, el artículo 4 determina que puede hacerse al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por medio de funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad central que habrá de designarse sobre cuya designación los Estados informarán a la Secretaría de la OEA.

El artículo 5 y siguientes se refieren a los requisitos para el cumplimiento de los exhortos, entre los que se enumera la legislación, la tramitación, salvo cuando se hace por la vía consular diplomática o por intermedio de la autoridad central y la traducción de la carta rogatoria y documentos anexos al idioma oficial del Estado requerido. Los Tribunales de las zonas fronterizas dice el artículo 7 podrán dar cumplimiento a los exhortos en forma directa, sin necesidad de legalizaciones.

El artículo 8 determina los documentos que deben acompañar a los exhortos y el artículo 9 establece que el cumpli-

miento de éstos no implica el reconocimiento de la validez o de proceder a la ejecución de la sentencia que se dictare.

La sección dedicada al trámite (artículo 10 en adelante), advierte que éste se hará según las leyes del Estado requerido y por pedido expreso podrá hacerse de manera especial u observando formalidades adicionales en la práctica de la diligencia solicitada.

El órgano jurisdiccional requerido tiene competencia para las cuestiones que se susciten con motivo del cumplimiento, y si se declara incompetente transmitirá de oficio los documentos a la autoridad judicial competente de su Estado. Los gastos y costas corren por cuenta de los interesados.

Será facultativo del Estado requerido dar trámite al exhorto cuando no se indique quién es el responsable de los gastos. Podrá indicarse la identidad del apoderado. El beneficiado de pobreza se regula por la ley del Estado requerido.

Los funcionarios consulares o agentes diplomáticos pueden completar las diligencias que indica el artículo 2, siempre que ello no se oponga a las leyes del Estado donde están acreditados, en el entendido de que no podrán emplearse medios que impliquen coerción.

Las disposiciones generales están comprendidas en los artículos del 15 en adelante. Se indica que los Estados que forman parte de sistemas de integración económica pueden acordar directamente entre sí procedimientos y trámites particulares más expeditos que los previstos en la Convención, esos acuerdos pueden extenderse a terceros países en la forma que resuelvan las partes.

La convención no restringe disposiciones de convenios también sobre exhortos que los Estados hayan suscrito antes o suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral y las prácticas más favorables que pudieran observar.

Los Estados partes pueden extender, por declaración las normas del tratado a la tramitación de exhortos referentes a materia criminal, laboral, contencioso-administrativo, juicios arbitrales u otras materias objeto de jurisdicción especial.

Puede rehusarse el cumplimiento de una carta rogatoria cuando sean manifiestamente contrarias al orden público del Estado requerido, finalmente se advierte que los Estados deben informar a la Secretaría de la OEA sobre los requisitos para la legalización y traducción de exhortos.

Las disposiciones finales se refieren a todo lo relacionado con firma, ratificación, depósito de instrumentos de ratificación, adhesión, vigencia, declaraciones sobre vigencia en dos o más unidades territoriales con distintos sistemas jurídicos, denuncia y autenticidad de los textos en los cuatro idiomas oficiales de la OEA.

b- Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero:

La convención consta de 24 artículos y se aplica en materia Civil o Comercial, a las cartas rogatorias o exhortos que tuvieron como objeto la recepción u obtención de pruebas o informes y serán cumplidas en sus términos si:

- 1- La diligencia solicitada no fuere contraria a disposiciones legales en el Estado requerido que expresamente lo prohíban;
- 2- El interesado pone a disposición del órgano jurisdiccional requerido los medios que fueren necesarios para el diligenciamiento de la prueba solicitada.

El órgano jurisdiccional del Estado requerido tiene facultad para conocer las cuestiones que susciten en el cumplimiento de la diligencia pedida, si no es competente para el trámite pasará el expediente al órgano del mismo Estado que lo sea, y podrán utilizar los medios de apremio previstos por sus propias leyes.