

# CAPÍTULO I

## LA OBTENCIÓN INTERNACIONAL DE PRUEBAS COMO SUPUESTO DE ASISTENCIA JURISDICCIONAL INTERNACIONAL

**SUMARIO:** I. NOCIÓN DE ASISTENCIA JURISDICCIONAL INTERNACIONAL. – II. JURISDICCIONALIDAD E INTERNACIONALIDAD EN LA ASISTENCIA: 1. *Jurisdiccionalidad*. 2. *Internacionalidad*. – III. ASISTENCIA JURISDICCIONAL ACTIVA Y PASIVA: 1. *Asistencia activa*. 2. *Asistencia pasiva*. – IV. CONTENIDO DE LA ASISTENCIA JURISDICCIONAL INTERNACIONAL: 1. *La práctica internacional de pruebas como componente clásico de la asistencia*. 2. *La aportación de los elementos probatorios desde el extranjero como alternativa a la asistencia*.

### I. NOCIÓN DE ASISTENCIA JURISDICCIONAL INTERNACIONAL

Aunque se trate de un fenómeno de progresiva actualidad a lo largo de las últimas décadas<sup>1</sup>, la asistencia<sup>2</sup> jurisdiccional internacional es una ins-

<sup>1</sup> Como es evidente, el siglo XX ha sido escenario de un enorme desarrollo de las relaciones privadas internacionales, con importantes implicaciones para el procedimiento civil, acentuadas en las últimas décadas por la innovación tecnológica. Al respecto puede verse TARUFFO, M., «Nota sulla dimensione transnazionale delle controversie civili», CARPI, F., LUPOLI, M. A., *Essays on transnational and comparative civil procedure (Scritti sul diritto processuale civile transnazionale e comparato)*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, pp. 67 ss.

<sup>2</sup> En este trabajo se empleará el término «asistencia» en lugar de otros también habituales en la literatura jurídica como «cooperación», «auxilio» o «ayuda». Aun siendo fun-

titudin antigua<sup>3</sup>, cuyos protagonistas han sido históricamente los Estados<sup>4</sup>. En virtud de la misma, un Estado —llamado requerido o asistente— presta un servicio jurídico<sup>5</sup> a otro —denominado requiriente o asistido<sup>6</sup>— en relación con una actuación procesal concreta que ha de desarrollarse en el territorio del primero para integrarse después en un procedimiento actual o futuro seguido ante los tribunales del segundo, contribuyendo así a su adecuada resolución final<sup>7</sup>.

damentalmente equivalentes (*vid.* en este sentido, entre otros, OPERTTI BADAN, D., *Exhortos y embargo de bienes extranjeros. Medios de cooperación judicial internacional*, Montevideo, 1976, p. 29), por razones de comodidad preferimos unificar la terminología. La alternativa más habitual en la literatura es el uso de la palabra «cooperación». Frente a esta expresión, entendemos, siguiendo a POCAR, F., *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, Padova, 1967, p. 39, que el término «asistencia» comprende con mayor exactitud aquellos supuestos de colaboración en que no existe convenio entre los Estados involucrados que exprese una voluntad de compromiso regular y vinculante, siendo en tales casos el interés, o a lo sumo la *comitas gentium*, lo que mueve a los Estados a colaborar. Al respecto *vid.* «Fundamento jurídico» *infra* en el apartado I del Capítulo II.

<sup>3</sup> POCAR, F., *L'assistenza giudiziaria...*, cit. p. 42, ubica las primeras manifestaciones de la asistencia jurisdiccional internacional en la antigua Grecia, dos siglos antes de Cristo, sacó a la luz la existencia de un decreto en la ciudad de Cnidos que contenía provisiones relativas a la práctica de la prueba de testigos en el territorio de los Estados de Cos y Calymna, con ocasión de un pleito entre estos dos Estados que debía resolverse en el territorio neutral de Cnidos.

<sup>4</sup> Es un dato constatable que a lo largo de la historia la función jurisdiccional la han detentado, casi en monopolio, los Estados o las unidades políticas que los precedieron. Sin embargo, la jurisdicción no puede identificarse categóricamente con éstos, ni cabe considerar que sean los únicos beneficiarios posibles de la asistencia jurisdiccional. En épocas recientes las formas privadas de resolución de conflictos han adquirido una relevancia notable en la composición de diferencias surgidas del tráfico internacional y también se han creado instancias supranacionales con funciones jurisdiccionales de creciente importancia. Ambas plantean riquísimos y novedosos problemas de asistencia jurisdiccional internacional, escaradamente tratados en la doctrina —nos remitimos, con todo, a CAPATINA, O., «L'accès des tribunaux arbitraux à l'entraide judiciaire internationale», *Journal Clunet de droit international*, III, 1984, p. 549 ss.— y que, por razones de tiempo, no se estudian en este trabajo.

<sup>5</sup> GIULIANO, M., «L'assistenza giuridica internazionale», *La Comunità internazionale*, 1983, p. 449.

<sup>6</sup> En este trabajo se usarán indistintamente los términos «requerido», «asistente» y «ad quem» para referirnos al Estado que presta asistencia y los términos «requiriente», «asistido» y «a quo» para identificar al Estado que la solicita.

<sup>7</sup> En la doctrina pueden verse multitud de definiciones en sentido parecido. Por ejemplo, CUCINOTTA, E., *L'assistenza giudiziaria nei rapporti internazionali*, Giuffrè, Milano, 1935, p. 1; DE ANGIULO RODRÍGUEZ, M., *Lecciones de Derecho procesal internacional*, Granada, 1974, p. 69; OPERTTI BADAN, D., *Exhortos y embargo...*, cit., p. 14; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., RECONDO PORRÚA, R., *Lecciones de Derecho procesal*

El fenómeno de la asistencia jurisdiccional internacional nace como consecuencia de los límites impuestos por la territorialidad de la soberanía estatal<sup>8</sup>. El servicio de Justicia de un Estado —y el aparato coactivo que lo sustenta— viene geográficamente circunscrito al límite territorial de su soberanía. En virtud del Derecho internacional, las fronteras de un Estado delimitan el espacio dentro del cual puede desarrollar coactivamente sus funciones soberanas. El ejercicio unilateral de esas funciones soberanas más allá de sus fronteras territoriales supone una injerencia en el ámbito de soberanía de otro Estado y una violación del Derecho internacional<sup>9</sup>.

En tanto que función soberana, la administración de Justicia sólo puede desplegarse dentro del espacio territorial del Estado. Como consecuencia de ello, la satisfactoria y eficaz resolución de los conflictos privados cuyos componentes internacionales exigen actuaciones procesales en el extranjero requiere la colaboración interestatal<sup>10</sup>. La asistencia jurisdiccional internacional deviene así una institución fundamental para la eficaz resolución de multitud de procedimientos civiles<sup>11</sup>, pues sin ella se produce un grave empobrecimiento de la tutela judicial o incluso la paralización de la Justicia<sup>12</sup>.

*civil internacional*, 2.ª ed. Deusto, Bilbao, 1981, pp. 107 y 119; ESPINAR VICENTE, J. M., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1992, p. 107.

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, OPERTTI BADAN, D., *Exhortos y embargo...*, cit., p. 31; CALVO CARNAJACA, A. L., «Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional», *Revista General del Derecho*, n. 7, 1986, p. 5111.

<sup>9</sup> SERENI, A. P., «L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile con speciale riferimento alle relazioni italo-statali», *Revista trimestrale di diritto processuale civile*, 1961, p. 752; MONACO, R., *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 2.ª ed. Torino, 1989, pp. 549 ss.; CONFORTI, B., *Lezioni di diritto internazionale*, 4.ª ed. Ed. Scientifica, Napoli, 1992, pp. 218 ss.

<sup>10</sup> PERE RALUY, J., «La cooperación internacional en el campo del proceso civil», *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, n. 19, 1962, p. 120; PALLARÉS, E., *Derecho procesal civil*, Porrúa, México, 1965, p. 268; POCAR, F., *L'assistenza giudiziaria...*, cit., p. 1; ARELLANO GARCÍA, C., *Derecho internacional privado*, 5.ª ed. México, 1981.

<sup>11</sup> También es una institución eficaz en relación con la jurisdicción penal, contencioso-administrativa o laboral, si bien las modalidades de asistencia específicas para estos órdenes no son objeto de este trabajo, que se centra en la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. De todos modos, como se verá en el apartado III.2 del Capítulo VI, tales jurisdicciones pueden también beneficiarse de los sistemas de asistencia civil en relación con las pretensiones civiles que se ejerciten ante las mismas.

<sup>12</sup> GAVALDA, CH., «Les commissions rogatoires internationales en matière civile et commerciale», *Revue critique droit international privé*, t. LIII, 1964, p. 16; ALFONSI, O., «Cooperación judicial internacional», *Escritos jurídicos*, III, t. 2, Montevideo, 1975, pp. 71 ss.; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., RECONDO PORRÚA, R., *Lecciones...*, cit., p. 113; en cuanto al proceso penal, VALENTINI, C., *L'acquisizione della prova. Tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Cedam, Padova, 1998, pp. 3 ss.

## II. JURISDICCIONALIDAD E INTERNACIONALIDAD EN LA ASISTENCIA

### 1. Jurisdiccionalidad

La asistencia internacional se presta con la específica finalidad de facilitar el correcto desarrollo de la función jurisdiccional en el Estado requiriente, contribuyendo a asegurar una adecuada tutela, generalmente declarativa<sup>13</sup>, en un procedimiento seguido en el mismo. Ésta es la fundamental razón de ser de la institución. El carácter jurisdiccional de la actividad realizada por el sujeto requirente en relación con la cual se pide colaboración extraterritorial es precondition de la asistencia jurisdiccional internacional.

Aunque en la literatura especializada se han empleado los términos «jurídica» y «judicial»<sup>14</sup>, el término «jurisdiccional» parece más adecuado para describir la actividad que es supuesto de hecho de la asistencia. El término «jurídica» es excesivamente amplio y engloba actividades que van más allá de la estricta administración de Justicia. En efecto, bajo el mismo cabe incluir multitud de fenómenos de colaboración, como la eliminación de la caución de arraigo en juicio a extranjeros, la legalización de documentos, la concesión del beneficio de asistencia gratuita a no nacionales, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y extrajudiciales «extranjerías» o la litispendencia y la conexidad internacionales, que, como se verá<sup>15</sup>, exceden del contenido de la asistencia jurisdiccional concebida en sentido estricto.

<sup>13</sup> Cabe, hipotéticamente, que sea necesaria alguna actuación en relación con la fase ejecutiva de un procedimiento, aunque ello es poco común, especialmente teniendo en cuenta a filosofía expeditiva que tradicionalmente informa esta fase del procedimiento. Durante la ejecución podría darse la necesidad de una comunicación internacional y excepcionalmente de la práctica de una prueba, si bien los ordenamientos procesales suelen limitar mucho las actuaciones posibles durante la fase ejecutiva. En este sentido, no se advierte ninguna posibilidad clara en la LEC española. Tampoco en el ordenamiento italiano, en el cual el proceso ejecutivo es sumamente acelerado y admite sólo una intervención de carácter pericial para valorar los bienes objeto de ejecución. De todos modos, en este país se admite la interposición por separado de un procedimiento de oposición, sobre la base de 35 arts. 615 ss y concordantes del Codice di Procedura Civile (en adelante «c.p.c.»), en el que teóricamente cabe hacer uso de todas las posibilidades probatorias (el art. 616 remite la normativa del juicio de cognición en bloque). Aun así, atendido el objeto concreto de este juicio, paralo a la ejecución en sentido estricto, no es fácil imaginar que se solicite la práctica de una prueba en el extranjero.

<sup>14</sup> CARATTINA, O., «L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale», *écueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, v. 179, 1983, p. 318.

<sup>15</sup> Vid. el apartado «Contenido de la asistencia jurisdiccional internacional», *infra* IV.

El término «judicial» define la actividad que es objeto de la asistencia más por sus notas orgánicas que por sus verdaderas características. Aun más que, como es constatable, la función jurisdiccional ha correspondido tradicionalmente a la figura del juez estatal —lo que ha generado una com- dicionalmente a la figura del juez estatal—, en preñible identificación entre judicatura y actividad jurisdiccional—, en rigor cabe que la prestación de tutela jurídica corresponda a un sujeto dis- tinto de un juez estatal<sup>16</sup>. No en vano, por ejemplo, el tráfico internacio- nal de las últimas décadas ha recurrido con creciente asiduidad al arbitraje internacional como medio de resolución de conflictos privados. Asimismo, otros sujetos con dimensión internacional vienen desarrollando también funciones jurisdiccionales: piénsese en las diversas cortes de Justicia cre- adas con carácter supranacional. Todos ellos pueden verse necesitados de asistencia jurisdiccional internacional y, sin embargo, no son «jueces» en sentido tradicional<sup>17</sup>.

En consecuencia, en la definición que tratamos de perfilar parece jus- tificado optar por el término «jurisdiccional», que da cuenta del origen y la finalidad funcionales de la institución, frente al término «judicial», que arrastra consigo inevitables connotaciones orgánicas<sup>18</sup>.

### 2. Internacionalidad

La internacionalidad del fenómeno en examen es, por otra parte, una nota indiscutible. La asistencia se precisa únicamente cuando las actua- ciones procesales deben practicarse en un lugar bajo soberanía distinta de la que impera sobre el sujeto requirente. La actividad solicitada es extraterritorial, es decir, debe realizarse más allá del territorio soberano del Estado del procedimiento principal. Por ello, la asistencia involucra necesariamente a más de un Estado.

<sup>16</sup> En este sentido, SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 24.

<sup>17</sup> De este modo, por ejemplo, la asistencia jurisdiccional de los Estados a la Corte Penal Internacional está regulada expresamente en la Parte IX (arts. 86 y ss) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 julio de 1998 y en el Capítulo 11 (arts. 176 y ss) de las Reglas de procedimiento y prueba anexas al Estatuto —ratificados y vigentes en España, por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, y en Italia, por Ley de 26 de julio de 1999—. También se prevé en el art. 29 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, creado por la Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 25 de mayo de 1993, y en el art. 28 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, creado por la Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 8 de noviembre de 1994.

<sup>18</sup> Así, OPERTTI BADAN, D., *Exhortos y embargo...*, cit., pp. 29 y 35.

En ocasiones acaso fuera preferible acudir al término «transfronterizo» antes que al término «internacional» para hacer referencia a aquellas controversias privadas, cada vez más habituales, que tienen un carácter esencialmente supranacional y que presentan contactos mínimos o incluso aritméticos con los ordenamientos y los foros jurídicos nacionales.<sup>19</sup> No obstante, con carácter general, parece preferible el término clásico «internacional» porque califica con mayor propiedad a los casos, todavía frecuentes, de asistencia requerida en litigios netamente nacionales.

Desde este momento, ha de advertirse que no sólo cabe acudir a la asistencia prestada por las autoridades de un Estado distinto al del procedimiento principal cuando los pleitos presentan componentes internacionales —muchos o pocos— en su configuración inicial. Puede acudirse a esta institución también en auxilio de procedimientos en los que las partes, el ordenamiento aplicable y el objeto de la controversia sean íntegramente nacionales. Basta, por ejemplo, con que un testigo haya trasladado su residencia temporal a otro Estado o que un elemento que deba someterse a reconocimiento judicial o a examen pericial se halle en el extranjero.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> El arbitraje comercial internacional actual es buen ejemplo de ello. TARUFFO, M., «Nota sulla dimensione transnazionale...», cit., pp. 76 ss., formula una interesante reflexión sobre el carácter transnacional de alguna litigación civil actual, llegando a proponer para describirla, el uso del término «transnacional» frente a «internacional»: «Analogamente, pensando alle liti che nascono da questi rapporti, si può immaginare una dimensione di controversie che coinvolgono (...) soggetti individuali collocati non importa dove nel mondo. In questo modo si perviene alla nozione della controversia propriamente transnazionale, che si definisce come tale (e si distingue dalle più tradizionali controversie «internazionali») in quanto prescinde completamente dai paradigmi «nazionali»: l'appartenenza nazionale delle parti non rileva in alcun modo e spesso non è neppure determinabile (come nel caso delle grandi multinazionali); il rapporto cui la controversia si riferisce può non essere regolato da un diritto nazionale (bensì da accordi stipulati dalle parti senza alcun riferimento ad uno specifico ordinamento, o con riferimento a regole scelte *ad libitum* dai contraenti) ed ha comunque dimensioni che non rientrano in alcun paradigma nazionale: l'oggetto della controversia non è riconducibile entro i confini nazionali di uno o di pochi Stati, e lo stesso vale per i possibili effetti della decisione».

<sup>20</sup> Vid. también BIAVATI, P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 115 ss.

<sup>21</sup> Inciden sobre el punto GAVALLDA, CH., «La coopération internationale en matière de procédure civiles», *Études de droit contemporain. Contributions Françaises au Vie Congrès international de droit comparé*, Paris, 1962, p. 327; DIAGO DIAGO, M. P., *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 23.

### III. ASISTENCIA JURISDICCIONAL ACTIVA Y PASIVA

En la experiencia internacional se constata la existencia de dos modalidades genéricas de asistencia jurisdiccional entre Estados: asistencia activa y asistencia pasiva<sup>21</sup>.

#### 1. Asistencia activa

En una primera modalidad, conocida en la doctrina comparada como asistencia activa<sup>22</sup> —también directa<sup>23</sup> o vinculada<sup>24</sup>—, el Estado asistente pone sus propios órganos al servicio del Estado requirente, con límites que estudiaremos<sup>25</sup>, para realizar, con mayor o menor fidelidad y, generalmente, bajo las prescripciones de su propio Derecho<sup>26</sup>, las actuaciones procesales precisadas por el último. Esas actuaciones están principalmente encaminadas a desplegar efectos en el Estado requirente, integrándose en los autos seguidos ante sus tribunales<sup>27</sup>.

Esta modalidad de colaboración es la más habitual en los Estados que suelen inscribirse en la familia legal del *civil law* o Derecho continental.<sup>28</sup> Para buena parte de la doctrina, constituye el método más natural de asistencia internacional<sup>29</sup>. Es más, muchos autores han visto en ésta la auténtica

<sup>21</sup> Por todos, MORELLI, G., *Diritto processuale civile internazionale*, 2.ª ed. Padova, 1954, p. 241; MICHELLI, G. A., «La cooperazione internazionale in materia di procedura civile», *Rivista di diritto processuale*, v. XVIII, 1962, p. 587; POCAR, F., *L'assistenza giudiziaria...*, cit., p. 29; OPERTTI BADAN, D., *Exhortos y embargo...*, cit., p. 32.

<sup>22</sup> En adelante se utilizará el término «activa». Lo emplean, entre otros, GAVALLDA, CH., «Les commissions rogatoires...», cit., p. 16; SCHAEFFER, E., «De la recherche et de l'obtention de preuves à l'étranger en matière de droit civil et des affaires-coopération et anti-coopération», *Revue juridique et politique-indépendance et coopération*, 1985, p. 644; SARAVALLE, A., «La Convenzione dell'Aja sull'assunzione di prove all'estero», *Diritto del commercio internazionale*, 1987, p. 481.

<sup>23</sup> Por ejemplo, CUCINOTTA, E., *L'assistenza giudiziaria...* cit., p. 2; CAMPBELL, G., DE PAULI, A., *La procedura civile internazionale*, Cedam, Padova, 1991, p. 223.

<sup>24</sup> Así, SERENI, A. P., «L'assistenza giudiziaria internazionale...», cit., p. 754.

<sup>25</sup> En esencia esos límites derivan del orden público del Estado asistente, cuya relevancia se analizará en el epígrafe «Orden público», *infra* en el apartado I del Capítulo IV.

<sup>26</sup> Vid. el epígrafe «*Lex fori regit processum*», *infra* en el apartado I del Capítulo IV.

<sup>27</sup> FUMAGALLI, L., *Conflitti tra giurisdizioni nell'assunzione di prove civile all'estero*, Cedam, Padova, 1990, p. 8.

<sup>28</sup> A lo largo del trabajo se identificará a este grupo de Estados como Estados del «civil law» o de «Derecho continental» y a los Estados que se inscriben en la tradición angloamericana como Estados del «common law» o de «Derecho anglosamericano».

<sup>29</sup> GAVALLDA, CH., «La coopération internationale...», cit., p. 340; SCHAEFFER, E., «De la recherche et de l'obtention...», cit., p. 653.

tica asistencia jurisdiccional internacional porque involucra directamente a las autoridades del Estado asistente: tribunales, funcionarios al servicio de los tribunales e incluso, en ocasiones, ministerios de Justicia y de Asuntos Exteriores<sup>30</sup>. Normalmente, las autoridades del Estado requirente cumplen en estos casos un rol limitado: solicitan la colaboración y reciben los resultados de la misma, que han de integrarse en el procedimiento principal.

En la modalidad activa las autoridades del Estado asistente actúan con el respaldo coactivo de su sistema procesal, lo cual constituye una ventaja para asegurar la eficacia de su intervención. No obstante, pese a esa ventaja, pueden verificarse dificultades de adaptación o compatibilidad de tales actuaciones cuando deben incorporarse y valorarse en el procedimiento principal, pues, a menudo, las previsiones del Derecho procesal del Estado asistente, bajo el que suele desarrollarse la actividad asistencial<sup>31</sup>, no coinciden con las de la normativa del Estado requirente. A la postre, este desajuste puede traducirse en una pérdida de eficacia de la colaboración prevista<sup>32</sup>. Por otra parte, salvo que exista un convenio internacional para el provea, la prestación de este tipo de asistencia no es obligatoria para el Estado requirente, que puede negarse a colaborar sin verse sujeto a sanción<sup>33</sup>.

## 2. Asistencia pasiva

En la otra modalidad genérica de colaboración, conocida como asistencia pasiva<sup>34</sup> —también indirecta o libre—, el Estado requirente se limita a permitir dentro de su territorio, con condicionantes que también se examinarán más adelante<sup>35</sup>, la actividad de las propias autoridades del Estado requirente o de particulares, encaminada a practicar diligencias procesales

<sup>30</sup> CAPATINA, O., «L'entraide judiciaire internationale...», cit., p. 341.

<sup>31</sup> Vid. el epígrafe «*Lex fori regit processum*», *infra* en el apartado I del Capítulo IV.

<sup>32</sup> Algunos autores razonan que esas dificultades justifican la preferencia por la modalidad pasiva de asistencia. Por ejemplo, SERENI, A. P., «L'assistenza giudiziaria internazionale...», cit., p. 754.

<sup>33</sup> La inexistencia de una obligación consuetudinaria de prestar asistencia jurisdiccional internacional se tratará con detalle *infra* en el apartado I del Capítulo II.

<sup>34</sup> En adelante se utilizará en este trabajo el término «pasiva», como correlativo al adjetivo «activa» (*supra* nota 22).

<sup>35</sup> Se detiene sobre este aspecto, entre otros, BONAPARTE, L. D., «Comisiones rogatorias (En Derecho Internacional Privado)», *Enciclopedia jurídica Omeba*, III, Buenos Aires, 1979, p. 380. Nos remitimos al epígrafe «Orden público», *infra* en el apartado I del Capítulo IV.

en relación con un proceso concreto seguido antes sus tribunales<sup>36</sup>. Aquí la asistencia del Estado requirente no consiste en un *agere* sino en un *pati*<sup>37</sup> o, a lo sumo, en un *vigilare* o un *complere*<sup>38</sup>. La anuencia del Estado asistente puede estar expresamente prevista en sus normas o ser implícita, es decir, verificarse en la práctica por su conducta conivente no prevista en norma explícita alguna<sup>39</sup>. Esa aquiescencia constituye una forma de colaboración, por lo que parece plenamente justificado tomar esta modalidad como una verdadera manifestación de la asistencia jurisdiccional internacional<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Como explica SCHAEFFER, E., «De la recherche et de l'obtention...», p. 650, el fenómeno es rico en hipótesis: «On observera, en ce qui concerne ces investisseurs étrangers, qu'ils forment un degré d'importance important mais avec des lignes de démarcation incertaines, lorsqu'on passe de l'agent consulaire accrédité, à des agents spécialisés agréés par l'Etat où ils opèrent, à des avocats étrangers établis ou à de simples «privés», professionnels de l'enquête. Aussi, le champ de cette coopération passive ne peut être que difficilement délimité grâce à deux critères: celui de la personne du mandataire et celui de la finalité du *seignement recherché*».

<sup>37</sup> SERENI, A. P., «L'assistenza giudiziaria internazionale...», cit., p. 752; SCHAEFFER, E., «De la recherche et de l'obtention...», cit., p. 651.

<sup>38</sup> Como máximo, en la modalidad de asistencia pasiva las autoridades del Estado requirente pueden verse llamadas a intervenir mediante la aplicación de medidas de coerción para asegurar una práctica probatoria efectiva. Así lo permite, por ejemplo, el art. 18 del Convenio de La Haya de 1970 relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil.

<sup>39</sup> SERENI, A. P., «L'assistenza giudiziaria internazionale...», cit., p. 752. No obstante, cfr. MICHELI, G. A., «La cooperazione internazionale...», cit., p. 577, para quien: «può essere estremamente dubbia la validità di un'assistenza giudiziaria libera che si concreti con l'esercizio di atti processuali compiuti da pubblici ufficiali appartenenti allo Stato davanti al cui giudice si svolge il processo civile (...) quando non vi siano norme interne o trattati internazionali che la prevedano».

<sup>40</sup> La doctrina germánica de primera mitad del siglo XX excluyó generalmente del concepto de asistencia jurisdiccional internacional la tolerancia de los Estados ante actuaciones de autoridades extranjeras y de particulares, considerándola una forma de asistencia jurisdiccional interna. La explicación parece hallarse en una proyección a los supuestos internacionales de la terminología empleada en el proceso civil alemán interno. Al respecto, POCAR, F., *L'assistenza giudiziaria...*, cit., p. 5.

En tiempos más recientes se ha negado el carácter de auténtica asistencia a la modalidad pasiva descrita. Así, OPERTTI BADAN, D., *Exhortos y embargo...*, cit., p. 32; también, implícitamente, SZÁSZY, I., *International civil procedure. A comparative study*, Leyden, 1967, pp. 644 y 646.

Con mayor acierto, haciéndose eco de posturas análogas anteriores en la literatura jurídica italiana (vgr., UDINA, M., *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Roma, 1933, p. 83; CAVAGLIERI, A., *Lezioni di diritto internazionale privato*, 3.ª ed. Napoli, 1933, p. 382; y CUCCINOTTA, E., *L'assistenza giudiziaria...*, cit., pp. 1 ss.), POCAR, F.,

Esta modalidad de asistencia es habitual en los Estados pertenecientes a la tradición del *common law*<sup>41</sup>, por razones atribuibles a la propia estructura del proceso angloamericano, que será objeto de estudio en el Capítulo II. Las diligencias foráneas necesarias para el correcto desarrollo del litigio se practican en este caso por autoridades pertenecientes al Estado receptor o por particulares relacionados con el procedimiento seguido ante sus tribunales. Entre las autoridades, la función corresponde, en concreto, a los agentes diplomáticos o consulares autorizados ante el Estado asistente<sup>42</sup> o los comisarios designados *ad hoc* por los tribunales. Sus facultades para actuar en el extranjero han de estar previstas en el ordenamiento del Estado cuyo procedimiento sirven<sup>43</sup>. Los particulares, incluso los propios litigantes, pueden llegar a estar autorizados en algunos casos para practicar diligencias probatorias extraterritoriales, de conformidad con ese mismo ordenamiento<sup>44</sup>, aunque este supuesto es poco frecuente<sup>45</sup>.

*L'assistenza giudiziaria...*, cit., p. 29, señala en cambio: «La ricompreensione nell'assistenza giudiziaria internazionale anche di quest'ultimo atteggiamento puramente passivo dello Stato sul cui territorio si svolgono le attività a favore di uno Stato estero appare del resto sotto ogni aspetto pienamente giustificata. Non si vede, infatti, perché si debba limitare il campo dell'assistenza giudiziaria internazionale, come facevano alcune delle dottrine sopra considerate, e soprattutto quella germanica, a quelle attività poste in essere da un'autorità giudiziaria su richiesta di una autorità giudiziaria estera. Nulla impedisce, invero, che lo Stato del processo preferisca affidare il compimento di attività giurisdizionali all'estero relative a tale processo, anziché alle autorità giudiziarie dello Stato estero, ad organi propri che possono anche avere istituzionalmente funzioni diverse o addirittura a privati cittadini, in ciò obbedendo a motivi di opportunità che possono dipendere da considerazioni di vario tipo e mutare da Stato a Stato».

<sup>41</sup> Por todos, GAVALLDA, CH., «La coopération internationale...», cit., p. 340.

<sup>42</sup> Según previene expresamente el art. 5 del Convenión de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963: «Las funciones consulares consistirán en: (...) j) comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y a falta de los mismos, de manera compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor».

<sup>43</sup> Sobre este aspecto fundamental, POCAR, F., *L'assistenza giudiziaria...*, cit., 967, p. 30; SCHAEFFER, E., «De la recherche et de l'obtention...», cit., p. 651.

<sup>44</sup> Especialmente en el ordenamiento procesal federal de los Estados Unidos, con arreglo a la Section 1782 Title 28 del U.S. Code.

<sup>45</sup> En la mayoría de ordenamientos procesales de los Estados de la Unión Europea no se atribuye a los particulares la potestad de realizar diligencias procesales extraterritoriales con eficacia para un procedimiento local, ni se permite a los particulares actuar al servicio de un procedimiento extranjero realizando este tipo de actividad dentro de sus fronteras. La evitación de este último tipo de casos ha dado lugar a la promulgación de las llamadas «leyes de bloques», destinadas a evitar la colaboración con procedimientos extranjeros cuando involucra cierto tipo de actividades o materias litigiosas.

A la modalidad pasiva de asistencia suele atribuirse la ventaja de no exigir al Juez del procedimiento principal un ejercicio de comparación y encaje del ordenamiento procesal del Estado asistente con el del receptor en el momento de valoración de las actuaciones desarrolladas en el extranjero. Ello es así porque, dentro de ciertos límites fiscalizables por el Estado asistente —esencialmente razones de orden público—, las autoridades o los particulares del Estado requirente pueden aplicar en sus actuaciones el extranjero la *lex fori principalis*<sup>46</sup>, lo que permite asegurar la eficacia de esas actuaciones en el procedimiento al que sirven, evitando que el Juez tenga que valorar actividades procesales practicadas de conformidad con otro ordenamiento. Por otra parte, con esta modalidad suelen ahorrarse algunas dificultades, demoras y costes; en especial las relacionados con la diversidad de lenguas oficiales empleadas en los Estados involucrados<sup>47</sup>.

Con todo, pueden advertirse también alguna desventaja significativa: aun en los supuestos en que el Estado asistente las permite<sup>48</sup>, bien expresamente, bien tácitamente —en la práctica a veces por desconocimiento de su existencia—, las actividades asistenciales carecen del soporte del aparato coactivo del Estado requerido<sup>49</sup> —y, por supuesto, de las del asistido,

Ocurrir otro tanto en el entorno iberoamericano, sobre el cual puede verse OPERETTI

BADAN, D., *Exhortos y embargo...*, cit., p. 75.

Sobre este particular nos remitimos al epígrafe «Principales dificultades en la obtención internacional de pruebas», *infra* en el apartado III del Capítulo III.

<sup>46</sup> Sobre esta cuestión pueden verse, por ejemplo, BISCOTTINI, G., *Diritto amministrativo internazionale. II, La circolazione degli uomini e delle cose*, Cedam, Padova, 1964, p. 623; BELLET, P., «Commission rogatoire (matière civile)», *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit international*, I, Paris, 1968, p. 348; SCHAEFFER, E., «De la recherche et de l'obtention...», cit., p. 651; HUET, A., «Règles matérielles de procédure internationale (droit commun). Commissions rogatoires internationales», *Juris-Classeur de Droit International*, 2001, Fasc. 583-20, p. 7.

<sup>47</sup> BELLET, P., «Commission rogatoire...», cit., p. 348; SCHAEFFER, E., «De la recherche et de l'obtention...», cit., p. 651; AUDIT, B., *Droit international privé*, 2.<sup>a</sup> ed. Economica, Paris, 1991, p. 351.

*Vid.* el epígrafe «*Lex fori regit processum*», *infra* en el apartado I del Capítulo IV.

<sup>48</sup> El Derecho internacional público no impone en esta modalidad, como tampoco en la modalidad activa, una obligación de asistencia a cargo del Estado requerido, excepto cuando se halle en vigor un tratado internacional que así lo prevea.

<sup>49</sup> BELLET, P., «Commission rogatoire...», cit., p. 348; BONAPARTE, L. D., «Commissions rogatoires...», cit., p. 379; GROSSI, D., «Rogatoria (diritto processuale civile)», voce dell'*Enciclopedia del diritto*, XLI, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 97 ss; AUDIT, B., *Droit international...*, cit., p. 352; PIERINI, J. P., «L'assistenza giudiziaria internazionale in materia probatoria civile», *Giurisprudenza italiana*, 2000, p. 1766; HUET, A., «Règles matérielles de procédure internationale...», cit., p. 7.



tos que se diferencian notablemente de los primeros tanto en su dinámica funcional como en sus características<sup>59</sup>.

La práctica de diligencias de prueba en un Estado distinto a aquél en el que despliegan sus efectos fundamentales constituye, pues, un ejemplo clásico de asistencia jurisdiccional internacional. El supuesto de hecho de este tipo de asistencia se da cuando la obtención de una prueba necesaria en un procedimiento en curso o inminente exige actuaciones procesales más allá de las fronteras territoriales del Estado en que se sigue o seguirá dicho procedimiento<sup>60</sup>. Conforme a la definición que venimos manejando, la práctica internacional de la prueba comporta una actuación encaminada a facilitar la labor jurisdiccional del órgano que conoce del procedimiento principal, normalmente en su fase declarativa<sup>61</sup>. Es, además, una actuación dependiente de ese procedimiento principal, al que sirve y en el que producirá sus efectos fundamentales<sup>62</sup>. Los sujetos que practican esas diligen-

MINGUEZ, M., RAMOS MÉNDEZ, F., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974; GARBERÍ LLOBREGAT, J., TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., CASERO LINARES, L., *Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, Aranzadi, Navarra, 2004. Para el marco internacional, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

<sup>59</sup> En este sentido, por ejemplo, SERENI, A. P., «General Reports», *International Judicial Assistance. Conference. Varese, August 26-29*, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 7 ss; GAVALLDA, CH., «La coopération internationale...», cit., p. 327; SZÁSZY, I., *Internationale civil procedure...*, cit., p. 644; ALFONSÍN, O., «Cooperación judicial...», cit., p. 67; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., RECONDO PORRUA, R., *Lecciones...*, cit., p. 119; TELLECHEA BERGMAN, E., *Derecho internacional privado y derecho procesal internacional*, Montevideo, 1982, pp. 126 ss; CAPATINA, O., «L'entraide judiciaire internationale...», cit., p. 325.

GOLDSCHMIDT, W., *Suma del derecho internacional privado*, 2.ª ed. Buenos Aires, 1971, pp. 217 ss, acuñó la conocida denominación «resoluciones judiciales con finalidad extraterritoriales» para identificar el supuesto de hecho de la asistencia jurisdiccional en sentido estricto, frente a la categoría de «resoluciones sin finalidad extraterritoriales», que son las que dan lugar a la solicitud de reconocimiento y ejecución en el extranjero. Ha seguido a este autor OPERTTI BADANI, D., *Exhortos y embargo...*, cit., p. 33.

<sup>60</sup> TROCKER, N., «Il conenzioso transazionale e il diritto delle prove», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, p. 477.

<sup>61</sup> Así, CAPATINA, O., «L'entraide judiciaire internationale...», cit., p. 366.

Como ya se ha indicado, aunque no quepa descartarlo en términos absolutos, es verdaderamente improbable un supuesto de solicitud de prueba internacional para asistir al juez ejecutante. En todo caso, es claro que la razón de ser de la institución es contribuir a una mejor tutela declarativa.

<sup>62</sup> MICHELLI, G. A., «La cooperazione internazionale...», cit., p. 585.

cias cumplen, por otra parte, una función de naturaleza jurisdiccional, que responde a una previa decisión político-jurídica del Estado asistente<sup>63</sup>.

En tanto que supuesto de asistencia jurisdiccional internacional, la práctica de diligencias de prueba puede realizarse en su modalidad activa y pasiva, con las ventajas y desventajas anteriormente señaladas para cada una de estas modalidades<sup>64</sup>. En la primera, se ponen al servicio del juez del procedimiento principal los órganos jurisdiccionales y autoridades auxiliares de la Administración de Justicia del Estado asistente, que practicarán las diligencias solicitadas siguiendo normalmente su propio Derecho procesal, pero tratando de ajustarlo al máximo a las necesidades del sujeto requirente.

En la modalidad pasiva, las diligencias de prueba serán practicadas en el extranjero por las autoridades del Estado del procedimiento principal, con la aquiescencia del Estado asistente. Habitualmente recaerá la realización de esas diligencias en los agentes diplomáticos y consulares acreditados en el territorio del Estado asistente o en un comisario nombrado *ad hoc*, según los casos. Incluso puede corresponder esa responsabilidad a las propias partes, aunque en la práctica de forma muy limitada<sup>65</sup>.

## 2. La aportación de los elementos probatorios desde el extranjero como alternativa a la asistencia

Para la obtención de pruebas cuyas fuentes se hallan en el extranjero, el recurso a la asistencia jurisdiccional internacional no es siempre la única vía con la que cuenta el juez del procedimiento principal. En algunos hipótesis, el órgano *a quo* puede tratar de hacerse con los elementos probatorios foráneos solicitando la colaboración de los litigantes o de terceros, o incluso exigiéndola mediante la amenaza de sanciones endoprocesales o de medidas de coacción indirecta<sup>66</sup>.

Así, las partes proponentes de la prueba pueden estar interesadas en, o dispuestas a, aportar desde el extranjero *motu proprio* los elementos nece-

<sup>63</sup> Vid. el epígrafe «Naturaleza jurisdiccional de la actividad asistencial», *infra* en el apartado II del Capítulo II.

<sup>64</sup> MICHELLI, G. A., «La coopération internationale...», cit., p. 485; FUMAGALLI, L., *Conflitti tra giurisdizioni...*, cit., p. 8.

*Vid.* también el apartado «Asistencia jurisdiccional activa y pasiva», *supra* III.

<sup>65</sup> En particular, se prevé esta posibilidad en el ordenamiento procesal federal estadounidense, si bien es de uso poco frecuente, habida cuenta de la reticencia de muchos Estados a tolerar actividades privadas de esta naturaleza. Nos remitimos al Capítulo III.

<sup>66</sup> Lo vemos con detenimiento en el Capítulo VIII en relación con el marco intracomunitario (apartados II.1, III y IV).

