

REIVINDICACIÓN DE LAS DIFERENCIAS EN EL ORDEN INTERNO ENTRE LA COMISIÓN EN EL EXTERIOR Y LAS CARTAS ROGATORIAS PARA EL RECAUDO DE PRUEBAS Y OTRAS DILIGENCIAS EN EL EXTRANJERO

CÉSAR EVARISTO LEÓN*

INTRODUCCIÓN

En virtud de la integración económica día a día es más importante manejar en forma adecuada el recaudo de pruebas en el exterior en procesos relacionados con asuntos civiles y comerciales que cursen en nuestro país, resultando por ello importante el conocimiento de la normatividad que regenta dicha relación jurídica, su omisión puede acarrear en la praxis la pérdida de valioso tiempo en la definición del proceso, cuando no la pérdida del mismo en los eventos en que la falta de agilidad en el recaudo de la prueba determina su imposibilidad de aseguramiento.

Los yerros en que se puede incurrir por no tener presente las diferencias entre la comisión en el exterior y las cartas rogatorias son múltiples, como se evidenciará al momento de establecer las diferencias entre los dos instrumentos de cooperación internacional, y se puede decir que abarcan todo su trámite desde el momento en que se gestiona ante la autoridad central del país requirente, pasando por su recepción ante la autoridad central del país requerido, hasta el pago de los gastos necesarios para su realización, y la evacuación misma de la prueba.

La propuesta del presente trabajo es reivindicar las diferencias que a nivel de la legislación del país se presentan entre la comisión en el exterior y la carta rogatoria, y simultáneamente desarrollar otros tópicos tales como:

* Abogado Magistrado Tribunal Superior de Cali.

Integrar la legislación interna con la Internacional, pues sólo así se puede tener una visión integral del recaudo de pruebas en el exterior, evitando lamentables errores de apreciación.

Para lograr dicho propósito hemos dividido el trabajo en los siguientes apartes: **1. Generalidades.** En donde precisaremos y justificaremos cómo denominaremos los instrumentos de cooperación internacional en el presente estudio; posteriormente veremos los fundamentos de la cooperación internacional a nivel Constitucional, Legal y de Tratados y Convenios Internacionales; así, nos detendremos en el régimen interno para identificar en concreto las normas que serán objeto de nuestra atención; luego, pasaremos al régimen internacional, para señalar qué Tratados y Convenios se encuentran vigentes en Colombia, y que por lo tanto desplazan al régimen interno al momento de recaudar pruebas y otras diligencias civiles y comerciales mediante exhortos y Cartas Rogatorias en el exterior, los anteriores son los fundamentos mínimos que consideramos se deben tener presentes para proseguir con nuestro estudio. **2. Estudiaremos con detenimiento la legislación interna tratando de encontrar las diferencias que se derivan de su regulación legal, y enfocándolas en las fases de solicitud, decreto y práctica de la prueba o diligencia, dejando al margen la faz de valoración por considerar que ella es más importante en la etapa decisoria y no el diligenciamiento de los instrumentos de Cooperación Internacional.** **3. Establecidas las diferencias pasaremos a ver las similitudes que rigen esta prueba.** **4. Analizaremos la providencia dominante hasta la fecha en materia de una de las diferencias que indicamos entre la Comisión en el Exterior y las Cartas Rogatorias: Los gastos de su adelantamiento.** **5. Finalmente, expondremos nuestras conclusiones después del estudio presentado.**

1. GENERALIDADES

1.1. Precisión en la denominación de los instrumentos o medios de cooperación internacional en el régimen interno

Tradicionalmente, se ha realizado la diferenciación entre “exhortos” y “Cartas Rogatorias”, para referirse a los instrumentos de cooperación internacional en el recaudo de pruebas dentro de nuestro régimen interno.

Empero realizando la exégesis del Código de Procedimiento Civil, tenemos que la que tradicionalmente se ha denominado “EXHORTOS”, se encuentra ubicado en el artículo 35 (Comisión en el Exterior), Título Tercero (Comisión), Sección Primera (Órganos Judiciales y sus auxiliares), Libro

Primero (Sujetos del Proceso), de donde se sigue que una interpretación sedes materiae, claramente nos indica que el medio probatorio regulado por el legislador es la Comisión en el exterior. Es decir, no es más que una especie del género comisión, y por lo tanto no puede denominársele a través del medio por el cual se ejecuta, esto es, el Exhorto.

La exégesis de esta norma se confirma a través de una interpretación sistemática del ordenamiento pues en norma posterior relativa a las disposiciones generales en materia de pruebas, se confirma que el Juez puede comisionar **directamente** al Cónsul o agente diplomático.

La única diferencia en este caso, es que el legislador ha establecido que dada la naturaleza y urgencia de la actuación, la comisión se podrá realizar directamente al Cónsul o agente diplomático. (No. 2 art. 193 C.P.C.).

La claridad de los textos normativos y su exégesis e interpretación sistemática no deja resquicio a ninguna interpretación diferente: El instrumento de cooperación internacional aquí es la **COMISIÓN**, la cual se plasma o exterioriza en un exhorto, entendido este como una petición, solicitud, o requerimiento¹.

La equívoca denominación, exhorto, no cambia la naturaleza jurídica del medio o instrumento ideado y diseñado por el legislador: La comisión.

Lo que sucede es que en la práctica, y tal vez por el influjo de los instrumentos internacionales, como a espacio analizaremos más adelante, hizo carrera en nuestro medio la denominación "exhorto" y de allí a borrar sus fronteras con la Carta Rogatoria solo existió un pequeño paso el cual se dio en la práctica por los tratadistas y la jurisprudencia.

En este orden de ideas, tenemos que el medio de colaboración internacional que reguló nuestro Código de Procedimiento Civil es la Comisión mediante exhorto, y no el exhorto.

Cuestión semántica que tiene amplia trascendencia, pues al sobredimensionar el medio a través del cual se ejecuta la comisión se pierde de vista que existen normas que son aplicables en razón del régimen legal consagrado con el Código de Procedimiento Civil, en donde se establecen deberes del Juez que otorga la comisión, derechos de las partes para

¹ Marco Gerardo Monroy Cabra. *"Derecho Procesal Civil Internacional"*. 1ª edición. Librería del Profesional. Pág. 65.

solicitar se alleguen otras piezas procesales, y límites al comisionado, tales como: devolver el exhorto una vez concluida la comisión, sin que sea permitida ninguna actuación posterior, y, la nulidad de las actuaciones que excedan sus límites, los cuales son plenamente aplicables a la comisión en el exterior dada la naturaleza que al instrumento de cooperación internacional le asignó el legislador.

La anterior desfiguración semántica sería equivalente a que en el régimen interno se le diera más prevalencia a la palabra con que el legislador denomina al medio para ejecutar la comisión: Despacho, que a la comisión misma², lo cual nunca ha sucedido en la praxis judicial.

El restablecimiento de la denominación adecuada, contribuye a precisar la diferencias que existen entre la comisión en el exterior y la carta rogatoria en nuestro ordenamiento jurídico.

Pasando a la denominación del término Cartas Rogatorias en forma unívoca se acepta por los intérpretes que son aquellas que se envían por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, a una de las autoridades judiciales del país donde han de practicarse las diligencias, motivo por el cual no se hará ninguna precisión al respecto.

En conclusión para el presente trabajo abogamos porque se dé la denominación correcta a los medios de Cooperación Internacional en nuestro régimen interno: Comisión en el Exterior y Cartas Rogatorias, basándonos para ello en la exégesis de la norma, su interpretación sistemática, la prevalencia de su naturaleza jurídica sobre su denominación, las razones que explican esta desfiguración semántica y las nefastas consecuencias de borrar las fronteras entre los dos instrumentos para el recaudo de pruebas civiles y comerciales en el extranjero.

1.2. Fundamentos de la cooperación internacional

Realizada la precisión de los términos que emplearemos en el presente estudio, procederemos a realizar una breve indicación de las razones que explican estos medios de cooperación internacional, los cuales no son otros diferentes a la colaboración entre los países a efectos de evitar la impunidad y lograr así un orden social justo sin distingo de barreras por efecto de las nacionalidades, indicando a cuáles bases normativas

² Inc. 1 art. 33 C. de P. C.

que le sirven de sustento en nuestra legislación y a nivel internacional, además precisaremos quiénes son los participantes de la cooperación internacional, elementos de juicio que son base mínima indispensable para la lectura de nuestro régimen interno y el establecido en los diferentes Tratados y Convenciones.

Así las cosas, en términos generales podemos señalar que las Cartas Rogatorias y las Comisiones en el exterior son instrumentos de que se vale la cooperación internacional para permitir que las pruebas sean recaudadas en un país donde el Juez que adelanta el proceso carece de competencia.

Esta cooperación internacional encuentra su fundamento a nivel constitucional, legal y en tratados internacionales.

A nivel interno tenemos que la Constitución Política establece que Colombia reconoce los principios generales del derecho internacional en su artículo 9, también encontramos que el Código de Procedimiento Civil regula el tema en sus artículos 35, 193, 222, 223, 696 y 697; y, a nivel de tratados internacionales, siempre deberemos tener en cuenta que según la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de la cual Colombia es parte, se indica como una de las funciones a nivel consular la de comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y a falta de los mismos que sean compatibles con las leyes y reglamentos del Estado receptor en su artículo 5, así como la "prevalencia" de los tratados sobre el ordenamiento jurídico interno en sus artículos 27 y 46³.

Los participantes en la cooperación judicial internacional son los Estados a través de sus autoridades judiciales en cada caso, a saber:

- El Estado requirente o solicitante.
- El Estado receptor, requerido o solicitado.

³ La Corte precisa el criterio precedente. La Corporación en manera alguna está sosteniendo que Viena I es una norma de rango constitucional o esté integrada al bloque de constitucionalidad. Lo que sucede es que los tratados son actos jurídicos complejos, que se encuentran sometidos a un régimen jurídico complejo, pues están regidos tanto por normas internacionales como por disposiciones constitucionales. Así, el derecho internacional consagra la vida y los efectos internacionales de esos acuerdos, mientras que el derecho constitucional, establece la eficacia interna de los tratados así como las competencias orgánicas y los procedimientos institucionales por medio de los cuales un país adquiere determinados compromisos internacionales. M.P. M. Caballero. C.Co. C. 400/98.

- Las autoridades centrales, tanto en el Estado requirente como en el receptor, existen autoridades que centralizan la función de Cooperación Judicial, en Colombia dicha función la asume por regla general el Ministerio de Relaciones Exteriores, aunque por tratado o convenio se pueden designar otras autoridades⁴.

En este punto deberemos plantear el primer problema jurídico en relación a nuestro tema, y sería el siguiente:

¿Qué sucede si la Carta Rogatoria es tramitada por una autoridad que no tiene el carácter de autoridad central bien sea como solicitante o requerida?

En nuestro concepto las normas que atribuyen competencia para el trámite de estas solicitudes, bien sean a nivel interno o mediante tratados, tienen la característica de ser de orden público, por lo tanto la vulneración de las mismas generaría la nulidad de lo actuado. Y lo señalamos porque a través de dichas "competencias", se elimina la intervención de intereses de autoridades del país solicitante o requerido que pudieran tergiversar la práctica de la prueba, si tenemos en cuenta que autoridades diferentes a las centrales pueden tratar de desplegar injerencia en la práctica de las pruebas o diligencias por realizar, en otros términos, la designación de una "autoridad central", en tratándose de relaciones internacionales, cumple una función de garantía en la recepción y trámite de las cartas rogatorias y exhortos, de ahí que prediquemos la nulidad de aquellas que se adelanten con pretermisión de tal requisito.

En resumen en este acápite hemos formulado nuestro primer problema práctico, previa exposición de los fundamentos generales de la cooperación internacional en nuestro ordenamiento y sus participantes.

1.3. Aplicación de la legislación interna con relación al trámite de las comisiones en el extranjero mediante exhorto y las cartas rogatorias

Debemos señalar desde un principio, que la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil que estudiaremos dentro del presente

⁴ El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es la autoridad central para efectos de la "Convención sobre los efectos civiles del secuestro internacional de menores", suscrita en La Haya en 1980; El Consejo Superior de la Judicatura, Presidencia de la Sala Administrativa como autoridad remitente y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como autoridad intermediaria, para la "Convención sobre obtención de alimentos en el Extranjero" suscrita en New York el 20 de junio de 1956.

estudio, sólo se verifica en ausencia de tratados y/o convenios internacionales que regulen lo concerniente al trámite de las Cartas Rogatorias, mientras que en tratándose de Comisiones en el Exterior, el régimen siempre será el mismo, pues los tratados internacionales actualmente vigentes no lo han modificado.

Entonces, para el estudio que nos proponemos adelantar nos centraremos en los artículos 35 y 193 del Código de Procedimiento Civil, normas que establecen dos instrumentos de cooperación internacional para el recaudo de pruebas:

La Carta Rogatoria (inc.1 art. 193 C.P.C.) y Comisión en el exterior (inc. 2 art. 193 C.P.C. en armonía con el 35 *ibídem*).

Luego de sentar los basamentos que consideramos indispensables para el estudio del tema que nos proponemos desarrollar, abordaremos el estudio de las normas que regulan la práctica de Cartas Rogatorias y Comisión en el exterior, destacando desde ya que a nivel de la legislación interna es bastante clara esa diferencia, así no lo sea a nivel de tratados internacionales como el Tratado de Derecho Civil Internacional. Montevideo 1989⁵; y la Convención Interamericana de Panamá 1975⁶, entre otros.

En nuestra opinión, a pesar de que en estos convenios son equivalentes los términos "exhorto" y "carta rogatoria" que en nuestro régimen interno presentan un perfil propio, es lo cierto que con esa denominación, en las Convenciones y Tratados referidos, sólo se ha regulado lo que en nuestro país se reconoce como Carta Rogatoria, más nunca se ha realizado en ellos una reglamentación de lo que se conoce como "exhorto" y que nosotros proponemos se designe como "Comisión en el Exterior".

El principal argumento en nuestro favor se remite al contenido de normas de los Tratados y Convenciones identificadas como aplicables en nuestro ordenamiento, inclusive otras que no lo son, en donde se garantiza al Cónsul la posibilidad de aplicar, dentro de las diligencias tendientes a recaudar

⁵ En el artículo 11 se refiere a los exhortos o cartas rogatorias.

⁶ 1. Uso de expresiones. Art. 1. Para los efectos de esta Convención las expresiones "exhortos" o "cartas rogatorias" se utilizan como sinónimos en el texto español. Las expresiones "commissions rogatoires", "letters rogatory" y "cartas rogatorias", empleadas en los textos francés, inglés y portugués, respectivamente, comprenden tanto los exhortos como las cartas rogatorias.

pruebas civiles y comerciales, la legislación de su país de origen, como a continuación se evidenciará:

CONVENCIÓN DE VIENA, y es una práctica internacional, se establece que los funcionarios consulares tienen como límite para realizar las diligencias los de derecho interno del país en donde pretenden realizar la prueba o trámite, razón por la cual no tienen poder coercitivo, lo que les impide solicitar el concurso de las autoridades locales para hacer que una persona sea traída por la fuerza ante su despacho.

Por lo demás, también carecen de competencia para practicar diligencias con nacionales de otros países, los cuales para diligencias judiciales sólo se encuentran sometidos a la ley de su país, de conformidad al principio de territorialidad de las normas, **NO** pudiendo desplegar el poder de coercibilidad inherente a la función judicial con la finalidad de asegurar el encargo que han aceptado (Art. 5).

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE EXHORTOS O CARTAS ROGATORIAS. Panamá 1975. Los funcionarios Consulares o agentes diplomáticos de los Estados Partes de esta Convención podrán dar cumplimiento a las diligencias indicadas en el artículo y en el Estado en donde se encuentren acreditados siempre que ello no se oponga a las leyes del mismo. En la ejecución de tales diligencias no podrán emplear medios que impliquen coerción. (Art. 13).

CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL Y SU PROTOCOLO ADICIONAL. En materia civil o mercantil, un funcionario diplomático o consular de un Estado Parte podrá, en el territorio de otro Estado Parte y dentro de la circunscripción donde ejerza sus funciones, proceder sin utilizar medidas de apremio, a la obtención de pruebas de nacionales de un Estado que dicho funcionario represente y que se refieren a un proceso entablado ante un tribunal de dicho Estado. (Art. 15).

Y, otras normas que garantizan la vigencia del orden interno del sitio donde se va a recaudar la prueba (Lex Fori), las cuales son las siguientes:

TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL. Art. 1. 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.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE EXHORTOS O CARTAS ROGATORIAS. 5. 10. Los exhortos o cartas rogatorias se tramitarán de acuerdo con las leyes

y normas procesales del Estado requerido... 11. El órgano jurisdiccional requerido tendrá competencia para conocer de las cuestiones que se susciten con motivo del cumplimiento de la diligencia.

Como se aprecia, sin mayor esfuerzo, la conjugación de normas que garantizan al Cónsul la aplicación de las leyes de su país de origen en territorio extranjero y aquellas que señalan que en territorio extranjero se aplicarán las normas propias, identifican que lo regulado por dichos Tratados y Convenciones es lo que se conoce en nuestro país como la Carta Rogatoria y no la Comisión en el Exterior la cual se demuestra incólume.

Entonces, en el presente acápite se precisaron las normas de derecho interno que se profundizaran para establecer las diferencias entre las Comisiones en el Exterior y las Cartas Rogatorias, también se explicó por qué razón la inexistencia de esa diferenciación a nivel de tratados internacionales en donde Colombia es parte no incide en contra de nuestra apreciación según la cual la diferencia entre la Comisión en el Exterior y la Carta Rogatoria se mantiene en el orden interno.

Posteriormente, en desarrollo de los subsiguientes acápites identificaremos las principales diferencias y similitudes entre los dos medios de cooperación internacional recogidos en nuestro Código de Procedimiento Civil, elementos de juicio que nos ayudaran a constatar que en nuestro régimen interno se trata de dos medios diferentes y no de uno solo, como se verifica en el concierto internacional.

1.4. Definición, aplicación y vigencia de los tratados y convenciones

Aunque el estudio realizado se contrae al régimen interno, no nos parecería completo, sin hacer una tangencial alusión al régimen de los tratados, lo cual se justifica en la medida que su aceptación por parte del Estado colombiano desplaza el régimen interno en la materia regulada por el convenio entre los Estados en materia de Cartas Rogatorias, en consecuencia procederemos a definir que se entiende por Tratado y/o Convención, cuál es su finalidad, indicar su naturaleza jurídica y cuándo se entienden perfeccionados, y cuáles son los principales tratados que en materia de comisión en el exterior mediante exhorto y cartas rogatorias se encuentran actualmente vigentes, finalmente se concluirá el mismo, explicando por qué razón a pesar de su existencia, en este punto las normas sobre la comisión en el exterior se encuentran vigentes.

Se han definido los tratados como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular⁷.

Su principal finalidad es la armonización de la legislación interna de cada Estado con la de los demás países evitando así conflictos normativos.

Por naturaleza, los tratados son actos jurídicos complejos, pues se encuentran regidos por normas internacionales y disposiciones constitucionales. Las normas internacionales consagra la vida y los efectos internacionales de esos acuerdos, mientras el derecho constitucional, establece la eficacia interna de los tratados⁸.

Por lo tanto, antes de intentar realizar el trámite de una carta rogatoria o una comisión en el exterior, siempre deberemos indagar qué tratados se encuentran aprobados mediante ley en Colombia; si los mismos cobijan al país solicitante de la prueba y al destinatario o viceversa, su fecha de entrada en vigencia en cada país, si hubo o no reservas o si ha sido denunciado y la fecha de su respectiva promulgación.

En este punto debemos recordar que Colombia no ha ratificado el Código de Bustamante ni los tratados de Montevideo de 1940 y por ende únicamente están ratificados:

⁷ Artículo 1 Literal a de la Convención de Viena.

⁸ "Como acto complejo que es, el Tratado Internacional se concluye después de haber sido objeto de un procedimiento igualmente complejo. De él puede decirse, al igual que en derecho interno se ha dicho de la ley, que es un acto jurídico formal, esto es sujeto a procedimientos; es decir, que se perfecciona mediante el empleo de un determinado procedimiento regulado por la Constitución y la ley del Estado, o por el uso. El procedimiento tradicional para la conclusión de los tratados, aplicado en principio, a los tratados bilaterales, comprende la negociación, por parte del ejecutivo, la firma por plenipotenciarios, la ratificación y el canje de ratificaciones. En los Estados de Derecho modernos la aprobación del tratado, se encomienda al órgano legislativo; posteriormente viene la ratificación, que es un acto soberano del Ejecutivo. En el caso de los tratados multilaterales el procedimiento incluye, además, la posibilidad de la adhesión al tratado por parte de los Estados que no han sido originalmente signatarios del mismo. En cuanto a la ratificación o a la adhesión, su régimen jurídico se inspira en un principio fundamental: la autoridad competente se determina por el derecho público interno del Estado interesado. La práctica internacional contemporánea es muy clara a este respecto, y los propios tratados multilaterales, con leves diferencias de forma, afirman el principio de que la ratificación se realizará de acuerdo con los procedimientos constitucionales vigentes en cada uno de los Estados signatarios". M.P. V. Naranjo. C. Co. C. 276/96.

- 1) El Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889. Estados partes. Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, Colombia. (Adhirió el día 16 de mayo de 1991).
- 2) El Tratado Colombo Ecuatoriano de 1903 y vigente desde 1905.
- 3) La Convención Interamericana sobre Exhorto o Cartas Rogatorias de Panamá. 1975, aprobado por Ley 31 de 1987 Estados Partes. La República de Argentina, Costa Rica, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, y Venezuela.
- 4) Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre exhortos o Cartas Rogatorias. Mayo 8 de 1979. Estados partes: Argentina, Brasil, Chile, Colombia (Ratificó el 28 de abril de 1995), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela.

Dado que en el presente estudio estamos analizando medios de cooperación internacional, aunque en el régimen interno, el mismo no sería completo sin remitirnos a los Tratados Internacionales actualmente vigentes en nuestro país en materia de Cartas Rogatorias, pero como para entender la vigencia es indispensable saber cómo se perfecciona el acuerdo de voluntades a nivel internacional hemos acudido para ello a pronunciamientos de la Corte Constitucional, y hemos procedido a la enumeración respectiva de los que en la actualidad se encuentran vigentes.

2. DIFERENCIAS ENTRE LA COMISIÓN EN EL EXTERIOR MEDIANTE EXHORTOS Y LAS CARTAS ROGATORIAS EN EL RÉGIMEN INTERNO

Para explicar por qué en el régimen interno la Comisión en el Exterior es diferente a las Cartas Rogatorias, estableceremos sus principales diferencias, para luego pasar a estudiar sus similitudes, de la confrontación de estos dos extremos sobrevendrá la conclusión acerca de si se trata de un mismo instrumento de Cooperación Internacional o son diferentes, señalando cuando sea del caso las posibles dificultades que surgen de no tener en claro estas diferencias.

2.1. A quién se dirige

Una primera diferencia se encuentra en que la comisión en el exterior mediante exhorto se dirige al Cónsul mientras la Carta Rogatoria se dirige a una autoridad judicial en otro país.

Evidentemente, si no tenemos en cuenta estas diferencias, es posible que al momento de decretar la prueba se envíe a un Cónsul lo que en realidad es una Carta Rogatoria, indicándole que aplique la ley del foro y/o viceversa se puede enviar un exhorto solicitándole aplique la ley nacional a una autoridad de otro país.

Eventos en los cuales si bien es cierto muy seguramente no se evacúe la prueba será notorio el derroche de jurisdicción, mientras la comisión y/o la Carta Rogatoria vuelve al País, previo trámite ante las autoridades centrales respectivas, a efectos de que se realice las correcciones del caso.

2.2. Legislación aplicable

El Cónsul al momento de evacuar la prueba deberá aplicar la ley nacional pues así lo señala el No. 2 del artículo 193 del C. de P.C., al paso que la autoridad judicial de otro país que pretenda desarrollar la prueba encargada mediante Carta Rogatoria deberá aplicar la ley del país donde se recauda la misma teniendo en cuenta la *lex fori*.

2.3. Contenido del documento en donde se explicita la comisión en el exterior mediante exhorto y la carta rogatoria

También, derivada de su naturaleza, podemos encontrar una diferencia entre el decreto de la prueba por lo que atañe a la comisión en el exterior mediante exhorto y la Carta Rogatoria. En la primera, bastará que el Juez señale su objeto con precisión y claridad, y para ello se dispone que se acompañará copia de la providencia que ordena la comisión y de las piezas conducentes (art. 31 del C. de P.C.), esto se justifica en el principio según el cual se presume de derecho el conocimiento de la ley (art. 8 C.C.); mientras tratándose de la Carta Rogatoria, será necesario que el Juez, indique las formalidades y/o solemnidades que la legislación nacional señale para el medio probatorio decretado, teniendo en cuenta que la autoridad del país requerido ignora la normatividad del país que requiere.

2.4. Entidad encargada de darle trámite a la comisión en el exterior mediante exhorto y las cartas rogatorias

Por disposición expresa del legislador, las Cartas Rogatorias siempre serán tramitadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores. (Inc. 1 del artículo 193 del C.P.C.).

Al paso que la Comisión en el exterior mediante exhorto se tramita como regla general mediante exhorto dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores; pero también se permite que el Juez la dirija directamente al Cónsul, cuando así lo estime necesario de conformidad a la naturaleza de la actuación y la urgencia de la misma. (Inc. 2 art. 193 C.P.C.).

2.5. Diferencias desde el punto de vista de las habilidades y destrezas del comisionado o la autoridad extranjera en la práctica de la prueba

Pero no solo existen diferencias desde el punto de vista del destinatario, y sus facultades legales, sino que también encontramos otras enormes diferencias desde el punto de vista de las habilidades y destrezas al momento de recaudar la prueba.

En efecto, asumiendo como postulado que las prácticas judiciales requieren una alta dosis de conocimientos jurídicos y además de un ejercicio continuo que les permita resolver con suficiencia las diferentes vicisitudes que se les presenten en la práctica, y que los funcionarios diplomáticos carecen de ella, pues sus funciones propiamente dichas resultan bastante lejanas a la praxis judicial, resulta más conveniente que la evacuación de la diligencia la asuma una autoridad extranjera y no el cónsul, como demostraremos con el siguiente ejemplo: Al comisionar mediante exhorto a un cónsul para que practique un testimonio se necesitará que aquél tenga conocimiento de la forma procesal en que se realiza la notificación por Estado, y aunque tuviera estos conocimientos o accediera a ellos mediante la lectura del Código de Procedimiento Civil, y lo ejecutara a cabalidad, las dificultades le podrían multiplicarse al momento de desarrollar la práctica de la prueba, cuando se trate de controlar la conducencia, pertinencia de las preguntas y más aún al despachar las objeciones que se formulen.

Por el contrario, cuando se trata de Carta Rogatoria, quién asume su diligenciamiento, es una persona con investidura judicial y versación sobre la evacuación de pruebas, y un plus adicional, consistente en que si acepta el requerimiento de una autoridad judicial extranjera, podrá ejercer sobre nacionales y extranjeros en su propio país poderes de coerción que aseguren el recaudo de la prueba y/o la evacuación de la diligencia.

2.6. Gastos y expensas

Entratándose de Comisiones en el exterior mediante exhortos, aplicándose la legislación nacional a su desarrollo y trámite, tendremos que la carga de suministrar los emolumentos necesarios para su evacuación

siempre se guiará por lo dispuesto en el ordenamiento interno dependiendo de si la prueba es civil, penal, laboral y/o de menores⁹.

En las Cartas Rogatorias, dependerá de si existe o no convenio con el Estado dentro del cual se adelanta la diligencia o prueba. Si existe convenio o tratado se seguirán las reglas estipuladas por las partes. Si no existe tratado o convención, se seguirán las reglas del País en donde se evacúe la diligencia o prueba.

En síntesis las diferencias en el orden interno, derivadas de la concepción que tuvo el legislador para las Comisiones en el Exterior y las Cartas Rogatorias, son principalmente dirigidas hacia la práctica de la prueba y que se pueden condensar en los siguientes puntos: Quién la práctica (El Cónsul y/o la autoridad judicial de otro País); Qué normas rigen su práctica (El Cónsul aplicará el derecho nacional y la autoridad judicial de otro país según su propia legislación); Con qué facultades cuenta quien la práctica (El Cónsul carece de coercibilidad mientras la autoridad judicial de otro país cuenta con ella); el decreto de la prueba (Al Cónsul bastará indicarle con precisión y claridad el objeto de la prueba, pues aplicará la legislación nacional, mientras en la Carta Rogatoria se deberán indicar las solemnidades y/o formalidades del medio probatorio en particular que requiere la legislación nacional y por lo tanto son desconocidas por el Juez en el extranjero); el manejo de situaciones de orden práctico durante la evacuación del encargo. (El Cónsul cuenta con menor experiencia en la praxis judicial mientras la autoridad Judicial cuenta con mayor experiencia); y, finalmente quién debe asumir el pago de las expensas para el adelantamiento de la prueba (Comisión en el exterior mediante exhorto, será de conformidad a lo que dispongan las leyes en el país de conformidad a la especialización de la jurisdicción ordinaria, mientras en el extranjero dependerá de si existe o no Convenio o Tratado).

Establecidas estas diferencias, las cuales no son intrascendentes y suelen ser confundidas en la doctrina¹⁰, pasaremos a establecer las similitudes entre los dos medios o instrumentos de cooperación internacional.

⁹ Una clasificación precisa se realizó en la Consulta No. 909 nov. 27/99. Consejero Ponente. Javier Henao Hidrón.

¹⁰ Monroy Cabra. *Operis Citatis*. Presenta como equivalentes en el orden interno las nociones de Exhorto y Cartas Rogatorias y realiza una diferencia con lo que denomina comisión consular. Págs. 61 a 67. En este punto es bueno señalar que la diferencia entre las dos figuras solo desaparece en materia de tratados internacionales en que Colombia sea parte.

3. SIMILITUDES ENTRE LOS DOS MEDIOS PROBATORIOS

Las similitudes de estos dos medios probatorios se encuentran principalmente en la solicitud y decreto de los instrumentos de cooperación internacional.

3.1. Solicitud

La solicitud de la prueba debe ajustarse a la legislación Nacional, vale decir, se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos indicados en el Decreto 1.400 de 1970, al momento de solicitarse los medios probatorios, esto es, los requisitos generales del artículo 174 del C. de P.C., y además se deberán sumar los especiales de cada medio probatorio en particular, aplicándose así el principio de la *lex fori* del país en donde se eleva la petición de pruebas.

3.2. Decreto

El Juez al momento de decretar la prueba deberá ajustarse a la legislación de Colombia, también en aplicación del principio *lex fori*, teniendo especial cuidado en que ciertos medios probatorios le imponen cargas que son de su exclusivo resorte por así disponerlo el Código de Procedimiento Civil, como por ejemplo: En el interrogatorio de parte escrito, el Juez previo el envío del exhorto y/o la Carta Rogatoria deberá abrirlo, calificarlo y volver a cerrarlo antes de su remisión. (Inc. 2 art. 197 del C.P.C.); en el dictamen pericial, deberá determinar concretamente las cuestiones sobre las cuales debe versar (art. 236 C.P.C.).

Como se aprecia, las similitudes entre los dos instrumentos de cooperación internacional son mínimas, y siendo ello así se robustece nuestra tesis según la cual la Comisión en el Exterior y las Cartas Rogatorias son diferentes instrumentos de cooperación internacional en el orden interno los cuales no se pueden confundir, so pena de incurrir en lamentables errores.

4. COMENTARIOS A LA CONSULTA No. 909 CALENDADA EL 27 DE NOVIEMBRE DE 1999. C. P. JAVIER HENAO HIDRÓN

Esta consulta se origina por cuanto el Ministerio de Relaciones Exteriores, inquieto por el cúmulo de Exhortos y Cartas Rogatorias librados por las autoridades colombianas que se encuentran sin diligenciar en el exterior, indaga acerca de si el Estado colombiano está obligado asumir la carga pecuniaria para que las diligencias se evacúen.

En apretada síntesis del concepto, resaltando sus fundamentos, la Sala de Servicio Civil y Consulta, expresa:

Que en Colombia la administración de justicia es gratuita sin perjuicio de las expensas, agencias en derecho y costas judiciales (art. 6 Ley 270 de 1996).

Así la determinación del sujeto pasivo que asumirá los costos de la comisión, depende de la naturaleza de ésta y de su vinculación al correspondiente proceso judicial. Así podrá definirse si la obligación está a cargo del Estado o del particular interesado.

Por lo tanto, las costas y gastos que se causen por las comisiones judiciales en materia civil, arbitramento, laboral o contencioso administrativo que mediante exhorto o Carta Rogatoria deban practicarse en el exterior, son de cargo exclusivo de la parte interesada en el diligenciamiento de aquellas comisiones (en el evento de que los gastos y honorarios que se causen sean comunes, las partes contribuirán a prorrata). —Artículo 389 del C.P.C. y 31 del Decreto 2272 de 1989—; arts. 54 y 145 del Código Laboral; Inciso 2 art. 57 C.C. Adm.

En materia Penal y en los asuntos relativos a la protección del menor rige el principio de gratuidad y, por tanto, los gastos que se ocasionen por comisiones judiciales en el exterior deberán ser asumidos por el Estado. Y a nombre suyo, por la Nación —Ministerio de Relaciones Exteriores—.

La respuesta brindada por la Sala de Consulta del Servicio Civil es acertada pero no completa, si se tiene en cuenta que a las Comisiones en el exterior mediante exhorto se les aplica la normatividad colombiana.

Empero, según lo expuesto omitió señalar el régimen que orienta el pago de las expensas en tratándose de Cartas Rogatorias, las cuales como ya dijimos dependen de la existencia o no de un tratado.

Una respuesta completa, en nuestra opinión hubiera señalado además que existiendo tratados internacionales las cargas económicas generadas por el proceso serían así:

En razón del Tratado de Derecho Procesal Civil Internacional. Montevideo 1889. Le corresponde a los interesados en la ejecución de los exhortos y cartas asumir los gastos que las diligencias ocasionen (art. 12).

Y, con ocasión de la Convención Interamericana sobre exhortos o Cartas Rogatorias. Panamá 1975. También le corresponde a los

interesados asumir estas cargas, pues se indica que en el trámite y cumplimiento de exhortos o Cartas Rogatorias las costas y demás gastos correrán por cuenta de los interesados.

Actualmente, de conformidad al Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, el diligenciamiento del exhorto o Carta Rogatoria por la autoridad central y los órganos jurisdiccionales del Estado Parte requerido será gratuito. Este Estado, no obstante, podrá reclamar de los interesados el pago de aquellas actuaciones que, conforme a su ley interna, deban ser sufragadas directamente por aquéllos. El interesado en el cumplimiento de un exhorto o Carta Rogatoria deberá, según lo prefiera, indicar en el mismo la persona que responderá por los costos correspondientes a dichas actuaciones en el Estado Parte requerido, o bien adjuntar al exhorto o carta rogatoria un cheque por el valor fijado, conforme a lo previsto en el artículo 6 de este Protocolo, para su tramitación por el Estado Parte requerido, para cubrir el gasto de tales actuaciones, o el documento que acredite que por cualquier otro medio dicha suma ya ha sido puesta a disposición de la autoridad central de ese Estado.

La circunstancia de que el costo de las actuaciones realizadas exceda en definitiva el valor fijado, no retrasará ni será óbice para el diligenciamiento y cumplimiento del exhorto o Carta Rogatoria por la autoridad central y los órganos jurisdiccionales del Estado Parte requerido. En caso de que exceda dicho valor, al devolver el exhorto o Carta Rogatoria diligenciado, la autoridad central de ese Estado podrá solicitar que el interesado complete el pago.

Si no existiere tratado o convención vigente con el país requerido, los gastos y expensas deberán pagarse de conformidad a lo indicado en las normas de dicho País.

En síntesis, según lo visto, el concepto de la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado pudo haber sido mucho más ilustrativo si hubiere precisado la diferencia existente entre la comisión en el exterior mediante exhorto y la Carta Rogatoria, y la incidencia que en el pago de estas expensas tienen los Tratados y Convenios ratificados por Colombia, así como la prevalencia de la *lex fori* en ausencia de aquellos.

5. CONCLUSIONES

Al inicio del presente estudio señalamos que frente a la tendencia de identificar los "Exhortos" con las "Cartas Rogatorias", pretendíamos

demostrar la diferencia entre estos dos medios de cooperación internacional en nuestro régimen interno, sin desconocer su equivalencia a nivel internacional.

Pero antes de abordar el tema, acudimos a sentar unas bases mínimas que permitieran entender a cabalidad cómo se coordina el régimen interno de un País con el régimen internacional pactado a través de Tratados y Convenios.

Concluido lo anterior, delimitamos el ámbito de nuestro estudio, señalando que lo serían las normas del Código de Procedimiento Civil concretadas en los artículos 35 y 193 del Código de Procedimiento Civil.

En el caso de la Comisión en el Exterior, expresamos que el artículo 35 del Código de Procedimiento Civil es norma que NO ha sido modificada, por los diferentes Convenios y Tratados en los que Colombia es parte, y por lo tanto es la norma que regentará la solicitud de pruebas realizada al Cónsul bien sea directamente, en casos en que por la naturaleza y urgencia así lo determine el Juez, y, mediante exhorto dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores en los demás casos.

Contrario sensu, la regulación de dichos Convenios y Tratados recaía en forma exclusiva sobre las "Cartas Rogatorias", por lo tanto se debe concluir que a nivel internacional lo que nosotros conocemos en forma exclusiva como "Carta Rogatoria" se denomina bien "Exhorto" ora "Carta Rogatoria.", lo cual no puede llevarnos a la misma equivalencia en el régimen interno en donde la diferencia es bien notoria.

Siendo así lo anterior, nuestro régimen interno aplicable a las Cartas Rogatorias se encontrará desplazado cuando exista un Tratado o Convención en que Colombia sea parte.

Y, también concluimos que en aquellos casos en que no exista Tratado o Convención, como la Carta Rogatoria se encuentra dirigida a una autoridad judicial en el exterior, será la ley del Estado requerido la que se debe aplicar en respeto de la aplicación del principio de la *lex fori*.

Proyectadas nuestras conclusiones sobre el análisis de la Consulta No. 909, calendada el día 27 de noviembre de 1999. C. P. JAVIER HENAO HIDRÓN, tuvimos la impresión de que no fue completa por las razones expresadas en el capítulo asignado a su estudio.

Adicionalmente, mediante el paralelo de diferencias y similitudes en los dos medios o instrumentos de cooperación internacional, creemos haber

demostrado las razones por las cuales se debe ser muy cuidadosos en el diligenciamiento de la Carta Rogatoria, pues se puede incurrir en errores que van desde la identificación de la autoridad central, pasando porque el Juez debe cumplir con ciertas cargas como son la identificación de las solemnidades de los medios probatorios, así como las que le establece la ley previamente al envío de la Carta Rogatoria, de las cuales se debe estar sumamente atento por los abogados litigantes y funcionarios judiciales como se reveló con el estudio de una Consulta emitida por la Sala de Servicio Civil del Consejo de Estado, la cual fue analizada y sirvió para aplicar algunos de los conceptos que habíamos expuesto.

De esta manera esperamos haber demostrado dentro de nuestro estudio la tesis que planteamos en el título del presente trabajo, y además, entregar unas herramientas para quien desee profundizar en el tema de recaudo de pruebas en el extranjero en materia civil y comercial.

EDITORA - DISTRIBUIDORA
DE OBRAS JURÍDICAS



46 AÑOS AL SERVICIO DEL DERECHO

Calle 13 N° 8 - 24 Tel.: 2818667

Fax: 2433482 A. A. 19587

Bogotá, D.C., Colombia