

BRASIL

Por *Luiz Dilermando de Castello Cruz*

1. LÍMITES A LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

El sistema jurídico brasileño tiene algunas normas que limitan la aplicación del derecho extranjero en los lugares que, de acuerdo al derecho internacional, están bajo la jurisdicción del Brasil. De este modo, por ejemplo, las autoridades brasileñas no aplican normas extranjeras para regir los derechos de familia de las personas domiciliadas en el Brasil (artículo 7º de la Ley de Introducción al Código Civil brasileño), o las obligaciones que se contrajeren en el Brasil (artículo 9º de la misma Ley), o a cuestiones de procedimiento regidas por el Código de Procedimiento Civil (artículos 1º y 1211), o, por último, a algunas otras cuestiones, gracias, en estos casos, al artículo 17 de la Ley de Introducción, que dice:

Artículo 17. Las leyes, actos o sentencias de otro país, así como cualesquiera declaraciones, no se ejecutarán en el Brasil cuando ofendan a la soberanía nacional, al orden público o a las buenas costumbres.

1.1. Casos explícitamente previstos por el derecho escrito

Algunas cuestiones que el derecho brasileño considera regidas exclusivamente por él mismo necesitan tenerse en cuenta para fines de este estudio, porque son necesariamente consideradas cuando tiene que aplicarse el derecho extranjero en el Brasil.

1.1.1. Recepción de la prueba

Puesto que el derecho brasileño no admite que los agentes de Estados extranjeros tengan competencia para recibir, en el Brasil, pruebas judiciales, incumbe a las autoridades brasileñas hacer esto cuando un Estado extranjero necesita para aplicar su derecho recabar prueba en territorio brasileño.

Al proceder a la recepción de la prueba, las autoridades brasileñas aplicarán el derecho brasileño a las cuestiones de forma, porque así lo dispone explícitamente el párrafo segundo, del artículo 12 de la Ley de Introducción al Código Civil brasileño.

El Código de Derecho Internacional Privado, denominado Código Bustamante por resolución del 13 de abril de 1928 de la VI Conferencia Internacional Americana y puesto en vigor por la Convención de Derecho Internacional Privado,¹ no establece excepción a esa regla, pues su artículo 400 dispone:

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.

1.1.2. *Facultad para recibir la prueba*

Corresponde al derecho brasileño declarar quién está facultado para recibir la prueba en el Brasil, pues esa facultad es objeto de reglas de derecho procesal sobre la organización de los servicios públicos jurisdiccionales y como tal es disciplinada por el sistema jurídico del Estdo al cual pertenece el servicio público jurisdiccional de que se trate.²

El derecho brasileño otorga al juez que entiende en la causa la facultad para presidir la producción de la prueba. Al respecto de esa competencia, dispone el numeral II del *caput* del artículo 446 del Código de Procedimiento Civil:

Artículo 446. Es competencia del juez, especialmente:

- I.
- II. Proceder, directa y personalmente, a la recepción de la prueba.

Luego, en el Brasil, no pueden los abogados de las partes recibir la prueba, como puede ocurrir en sistemas jurídicos extranjeros.

1.2. *Soberanía nacional*

El derecho internacional establece algunos límites a la actuación de los Estados. De ese modo, por ejemplo, de acuerdo al derecho internacional, un Estado no puede autorizar sus agentes a realizar, en lugares que están fuera del territorio del Estado de que se trate, actos con carácter oficial;

¹ Firmada en La Habana el 20 de febrero de 1928 y promulgada en el Brasil por el Decreto nº 18871, del 13 de agosto de 1929.

² Cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Internacional Privado*, Río de Janeiro, 1935, I, págs. 167-168.

los casos expresamente previstos (actos típicos de una Misión Diplomática o de una Oficina Consular) son excepciones establecidas por el mismo derecho internacional. Como la soberanía es la autoridad de cada Estado para realizar cualquier acto que no sea considerado ilegal por el derecho internacional, un acto como aquél estaría fuera de la soberanía del Estado que lo practicara y sería contrario a la soberanía de otro Estado (a saber, la soberanía del Estado en cuyo territorio ocurriera la acción).

El principio adoptado por el artículo 17 de la Ley de Introducción niega validez, en el Brasil, a las “leyes, actos y sentencias de otro país” cuando vayan en contra de la “soberanía nacional [brasileña]”. Clovis Bevílaqua, el jurista brasileño que redactó el proyecto del Código Civil, definió la “soberanía nacional” de que habla dicho Código como el conjunto de facultades que constituyen la nación políticamente organizada.³ Así, ningún Estado puede, en el territorio de otro Estado, promulgar una ley o realizar un acto que sea de la competencia exclusiva del poder público local.

1.3. *Orden público y buenas costumbres*

Los conceptos de soberanía nacional, orden público y buenas costumbres, a los cuales se refiere el artículo 17 de la Ley de Introducción al Código Civil brasileño, son generalmente resumidos, por los tribunales y por los tratadistas, en la expresión “orden público”.⁴ Sin embargo, es posible distinguir entre el límite establecido por la soberanía nacional a la aplicación del derecho extranjero y el establecido por el orden público y las buenas costumbres.

El concepto de soberanía nacional, en efecto, integra el derecho internacional, mientras los de orden público y buenas costumbres varían de país a país. El orden público está sujeto al “sistema de cada país, en cada momento (tiempo-espacio)”.⁵

El derecho legislado brasileño no define el orden público o las buenas costumbres; corresponde entonces a los tribunales establecer esas nociones en el sistema jurídico brasileño.

Para los tribunales brasileños, “el orden público se compone de principios superiores en los cuales descansa la vida jurídica y moral de cada pueblo;

³ *Código Civil dos Estados do Brasil Comentado*, 2a. ed., Río de Janeiro, 1921, I, págs. 148-149

⁴ Óscar Tenorio, *Direito Internacional Privado*, 11^a ed. revisada y actualizada por Jacob Dolinger, Río de Janeiro/San Pablo, 1976, I, pág. 328, nº 481.

⁵ Pontes de Miranda, *Ibid.*, págs. 278-279. Frantz Despaget había adoptado, ya en 1889, esa noción en “L’Ordre Public en Droit International Privé”, *Journal du Droit International Privé*, t. XVI, págs. 5-7.

de ese modo, constituye un sistema institucional tendiente a defender, como lo dice Calamandrei, los elevados conceptos morales, políticos, religiosos y económicos que, en el equilibrio normal de la vida de los individuos y de la nación, sientan los fundamentos de la organización del Estado. Tal noción —más fácil de sentir que de definir— es, como escribe Salvat, el resultado de un conjunto de principios políticos, económicos, morales y a veces religiosos de un orden elevado, a todos los cuales una determinada sociedad considera que están vinculados el mantenimiento y la existencia de la organización social establecida (Derecho Civil Arg., Parte Gen., número 328)... (*Omissis*)... “Al examinar ese problema, el tribunal no puede remplazar por sus propias ideas y aspiraciones el sentimiento medio de la gente. Por el contrario, seguirá los principios sobre los cuales se funda la estructura moral y religiosa de la colectividad a la que sirve”.⁶

Esa noción, así profundamente arraigada en las ideas morales del país muestra que, en el derecho brasileño, el orden público y las buenas costumbres son una misma cosa. El orden público sería el límite discernible en el “choque, diferencia entre los conceptos sostenidos por dos naciones en contacto jurídico”, un choque o diferencia usado por “la sensibilidad de la *lex fori*” a fin de “negar efectos a la ley extranjera”.⁷ El orden público de cada Estado se comprendía de “los principios indispensables a la organización de la vida social, de acuerdo con la norma de derecho”.⁸ Las buenas costumbres serían las que establecerían “normas de conducta en las relaciones internas e internacionales, en armonía con los más elevados objetivos de la vida humana”.⁹ Por lo menos en cuanto a la interpretación del artículo 17 de la Ley de Introducción por los tribunales y tratadistas de derecho brasileño, no existe ninguna diferencia substancial entre las dos nociiones.

1.3.1. *Asistencia judicial*

Los tribunales brasileños pueden eximir a algunas personas que carecen de recursos, del pago de los gastos judiciales, si dichas personas reúnen ciertos requisitos establecidos en la Ley núm. 1060, del 5 de febrero de 1950, que “establece las normas para la asistencia judicial a las personas que la necesiten”.

⁶ Decisión del Tribunal Supremo Federal del 30 de septiembre de 1942, adoptada en el juicio de Homologación de Sentencia Extranjera nº 1023, en *Apenso* (apéndice) al *Diário de Justiça* del 20 de mayo de 1943, pág. 2183.

⁷ Fontes de Miranda, *Ibid.*

⁸ Bevílqua, *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

Además, el párrafo 32 del artículo 153 de la Constitución Federal del 24 de enero de 1967 (reformada por el artículo primero de la Enmienda Constitucional núm. 1, del 17 de octubre de 1969) dispone:

Artículo 153. La Constitución asegura a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad de los derechos relativos a la vida, a la libertad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes:

.....
Párrafo 32. La asistencia judicial se dará, como disponga la ley, a quien la necesite.

La asistencia judicial incluye, “además de la exención de los gastos judiciales, el nombramiento de un abogado”.¹⁰

Cabe señalar que la asistencia judicial es considerada por el párrafo 32 del artículo 153 de la Constitución Federal como un derecho individual que la gente tiene para que el Estado la ayude e incluye no sólo los gastos incurridos con el tribunal, sino también otros gastos relacionados con la defensa de su interés allí, tales como los derechos ordinariamente cobrados por la expedición de certificados por órganos públicos, siempre que tales certificados deban, por ejemplo, ser presentados como prueba en el tribunal.

Siendo un derecho constitucional de la gente pobre que vive en el Brasil y de los brasileños pobres doquier vivan, así como una obligación del Brasil como Estado, la asistencia judicial es considerada por lo tratadistas brasileños como asunto de orden público tal como se ha definido anteriormente, aún cuando no haya ninguna ley que prohíba expresamente la aplicación del derecho extranjero a la cuestión.¹¹

El Código de Derecho Internacional Privado es explícito a ese respecto al afirmar en sus artículos 4 y 5 lo siguiente:

Artículo 4. Los preceptos constitucionales son de orden público internacional.

Artículo 5. Todas las reglas de protección individual y colectiva, establecidas por el Derecho político y el administrativo son también de orden público internacional, salvo el caso de que expresamente se disponga en ellas lo contrario.

¹⁰ Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, 2^a ed., San Pablo, 1974, V, pág. 642.

¹¹ El problema aquí es el mismo que se presenta en el derecho procesal, con la única diferencia de que, mientras el derecho procesal brasileño basa su competencia exclusiva en los artículos 1º y 1211 del Código de Procedimiento Civil, no hay regla legislada que determine que el derecho brasileño discipline, con exclusividad, la asistencia judicial prestada en el Brasil. Sin embargo, no encontraremos ninguna decisión judicial, o texto doctrinal, en contra de esta interpretación.

1.3.2. Prueba del derecho extranjero

Cuando las autoridades brasileñas deben aplicar el derecho extranjero, deben evidentemente conocer, en primer lugar, lo que dice tal derecho. Al respecto de esa cuestión, el artículo 14 de la Ley de Introducción al Código Civil brasileño dispone:

Artículo 14. Si no conoce la ley extranjera, el juez puede exigir de quien la invoca la prueba de su texto y de su vigencia.

La norma del artículo 377 del Código de Procedimiento Civil sigue el mismo pensamiento al expresar:

Artículo 377. La parte que alega una ley estadual, municipal, extranjera o una costumbre probará su texto y su vigencia, si así lo determinare el juez.

De este modo, los tribunales brasileños aplican de oficio el derecho extranjero, de acuerdo al principio *iura novit curia*, pero, si no lo conocen, están autorizados a determinar a la parte que se funde en tal derecho, que pruebe su contenido y su vigencia.

Los artículos 14 de la Ley de Introducción y 377 del Código de Procedimiento Civil se refieren sólo al juez. ¿En qué condición están las demás autoridades brasileñas en cuanto a la prueba del derecho extranjero?

La respuesta a esa pregunta es que las autoridades brasileñas obrarán todas de la misma manera que los jueces no sólo porque, en el sistema jurídico brasileño, la analogía *legis* funciona para suplir las omisiones del derecho legislado, sino sencillamente porque, si los jueces —que se supone por su propia condición profesional que son entendidos en asuntos jurídicos— están autorizados a pedir que se pruebe el derecho extranjero, *a fortiori* las otras autoridades —que no siempre están entrenadas en materia jurídica— estarán autorizadas a obrar de igual manera.

La prueba del derecho extranjero se regula, en los tribunales brasileños, por el derecho brasileño. “Siempre que el juez brasileño pida [la prueba del] contenido y [de] la vigencia de una ley extranjera, la parte seguirá, en este punto particular, la forma de prueba prevista por la ley brasileña”.¹² Muy a menudo dicha prueba se rinde por medio de un documento que consiste en “un certificado [expedido por un organismo o una persona letrada u órgano del Estado al cual pertenece la ley o de alguna otra entidad social —iglesia, etcétera— a la que dicha ley pertenece], autenticado por la autoridad

¹² Tenorio, *Ibid.*, I, pág. 148, nº 203.

consular o diplomática [brasileña]”¹³ o de una “citación de un libro científico contemporáneo extranjero”.¹⁴ Los libros brasileños sobre derecho extranjero también se utilizan frecuentemente por los tribunales¹⁵ en la búsqueda, *ex officio*, del derecho extranjero que deben aplicar.

Además, tiene algunas normas sobre la materia el Código de Derecho Internacional Privado. Su artículo 408 dispone:

Artículo 408. 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 este capítulo se refiere.

Los artículos 409 y 410 prevén las dos formas de obtener la prueba del derecho extranjero, respectivamente en el caso en que la prueba se da espontáneamente por quien se basa en tal derecho y en el que un tribunal o juez pide que se presente la prueba. Dichos artículos establecen:

Artículo 409. La parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá 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 legalizado.

Artículo 410. A falta de prueba, o si el juez o el tribunal por cualquier razón la estimaren insuficiente, podrán solicitar de oficio, antes de resolver, por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable.

En cuanto a la aplicación *ex officio* del derecho extranjero por los tribunales, el Código Bustamante (artículo 408) está de acuerdo con la Ley de Introducción (artículo 14) y con el Código de Procedimiento Civil (artículo 337) en que es posible pero no necesario realizar tal aplicación, ya que los tribunales pueden pedir la prueba de tal derecho (artículo 410). El artículo 409 simplemente prevé un tipo de prueba que no puede prohibirse (aún, por ejemplo, alegando el orden público o las buenas costumbres nacionales), siempre que el derecho que deba probarse pertenezca a uno

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Haroldo Valladão, “Direito Internacional Privado”, *Encyclopédia Delta Larousse*, Rio de Janeiro, 1962, I, pág. 2867.

¹⁵ E.g. decisión del Tribunal de Apelación del Distrito Federal del 18 de diciembre de 1933 en la Apelación Civil nº 4029 confirmatoria de decisión del 31 de octubre de 1933 —que transcribe— del Juez Frederico Sussekind, del Juzgado VI Civil, en *Arquivo Judiciário*, t. XXIX, pág. 272; decisión del mismo Tribunal del 25 de junio de 1936 en el *Agravio de Petição* (un tipo de recurso incidental) nº 1330, en *Arquivo Judiciário*, t. XXXIX, págs. 122-126; decisión del Tribunal de Apelación de San Pablo del 8 de mayo de 1939 en la Apelación Civil nº 5314, en *Revista Forense*, t. LXXIX, pág. 110.

de los Estados partes en la Convención de La Habana y el tribunal a otro de dichos Estados. Sin embargo, no considera tal prueba como necesariamente concluye, ya que el artículo 410 permite que el tribunal pida otras pruebas.

El artículo 410 del Código de Derecho Internacional Privado crea una forma particular de obtención de prueba del derecho extranjero, o sea, la forma que emplea la vía diplomática. Esto, sin embargo, es *jus dispositivum*, es decir, *permítense* al tribunal brasileño pedir, por la vía diplomática, la prueba del texto, de la vigencia y del sentido de una norma integrante del derecho de cualquier Estado parte en la Convención de La Habana, pero dicho tribunal *también puede* aceptar la prueba hecha por un “certificado” o una “citación de un libro científico”.

No se prohíbe obtener, por la vía diplomática, la prueba del derecho de Estados que no son partes en la Convención, pero tal obtención no es muy común.

Cuando se sostenga que un determinado sistema jurídico extranjero es competente para resolver cierta cuestión, pero no se pueda determinar el sentido de las normas que dicho sistema aplique a tal cuestión, los tribunales brasileños aplicarán “las normas probablemente vigentes”¹⁶ en el sistema de que se trate.

2. APPLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

Con las excepciones establecidas en el artículo 17 de la Ley de Introducción al Código Civil brasileño, las autoridades brasileñas pueden aplicar el derecho extranjero, cooperando así con los Estados extranjeros en la realización objetiva de dicho derecho.

Todo sistema jurídico aplica el derecho extranjero de acuerdo a ciertos límites, a cierta interpretación establecidos por el propio derecho extranjero de que se trate y no por las normas correspondientes del sistema jurídico que hace la aplicación, a menos que se disponga lo contrario por una norma de este último.

Siguiendo ese principio, los tribunales de algunos países¹⁷ (incluso el Brasil¹⁸) empezaron a aplicar la teoría conocida como “teoría del *renvoi*”

¹⁶ Tenorio, *Ibid.*, I, pág. 155, nº 211, que sigue la opinión expresada por Martin Wolff, *Derecho Internacional Privado (Internationales Privatrecht)*, Berlín, 1932), trad. de J. Rovira y A. J. Ermengol, Barcelona, 1936, pág. 140.

¹⁷ E.g., Alemania, Francia e Inglaterra (*cf.* Hans Lewald, “La Théorie du Renvoi”, *Recueil des Cours de la Academia de Derecho Internacional*, t. XXIX, págs. 534-535; Jacques Donnedieu de Vabres, *L'Évolution de la Jurisprudence Française en Matière de Conflit de Lois depuis le Début du XXème Siècle*, Paris, 1938, págs. 709-729.

¹⁸ Decisión del Tribunal Supremo Federal del 28 de diciembre de 1937, adoptada

(reenvío)”, de acuerdo a la cual, si un sistema jurídico *B* —designado por un sistema jurídico *A* como competente para decidir cierta cuestión— designa el mismo sistema *A* para decidir la cuestión, este último sistema será aplicado por las autoridades del Estado *A* para decidir dicha cuestión (reenvío de primer grado).

Algunos países han adoptado ese principio en su derecho positivo;¹⁹ otros han ampliado su alcance hasta aceptar, en sus leyes, someter la cuestión a otros sistemas jurídicos *C*, *D*, ..., *Z*, a los cuales el sistema *B* pudiera trasladarla (reenvío de segundo grado).²⁰ De todos modos pueden encontrarse en este último sentido pocas decisiones judiciales, de ser omisa la ley.

Llevada a su extremo lógico, la teoría no conduciría a nada; su empleo terminaría en un *circulus inextricabilis*.²¹ El sistema jurídico *A* puede remitir la cuestión al sistema *B*, éste al sistema *C*, éste de regreso a *A* o *B*, o aun a *E*, *F*, ..., *Z*. Esa es la razón por la cual no se encuentra ningún jurista o tribunal que sostenga ser el principio aplicable más allá del segundo grado, mismo si esto significa que, si bien un sistema jurídico *B* (designado competente por el sistema jurídico *A*) deba aplicarse en su totalidad (eso es, tanto en sus partes substantivas como en sus normas de conflicto) y, en principio, pueda enviar la cuestión, ya sea nuevamente al sistema *A* (reenvío de primer grado), ya a un tercer sistema *C*, *D*, *E* o *Z* (reenvío de segundo grado), lo que en la práctica ocurre es que los sistemas *A*, *C*, *D*, *E* o *Z* desde este punto en adelante se dividirían sus normas sobre conflictos de leyes ya no serían aplicables, si bien sus normas substantivas debieran seguir rigiendo la cuestión.

En el sistema jurídico brasileño, el artículo 16 de la Ley de Introducción determina exactamente al contrario de la teoría del reenvío, al declarar:

Artículo 16. Cuando, de acuerdo a los artículos precedentes, haya de aplicarse la ley extranjera, se tendrán presentes las disposiciones de ésta, sin considerar cualquier remisión hecha por ella a otra ley.

en la Apelación Civil nº 6742, en *Arquivo Judiciário*, t. CXLVI, págs. 248-250, y *Revista dos Tribunais do Estado de São Paulo*, t. CXIII, págs. 834 y sigs.

¹⁹ E.g., Alemania (artículo 27 de la Introducción al Código Civil, 1896).

²⁰ Ley polaca del 2 de agosto de 1926, artículo 36; Código Civil de Portugal (aprobado por Decreto-Ley del 25 de noviembre de 1966), artículo 17.

²¹ Cf. Lewald, *Das deutsche internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung*, Leipzig, 1931, págs. 34-35.

Ese artículo prohíbe la aplicación de la teoría del reenvío aun en su primer grado.²²

2.1. *Tipos de prueba*

El artículo 13 de la Ley de Introducción al Código Civil brasileño dispone:

Artículo 13. La prueba de los hechos ocurridos en un país extranjero se rige por la ley allí en vigor, en cuanto a la carga de la prueba y la forma de producirla. Sin embargo, los tribunales brasileños no admitirán pruebas que no sean conocidas por la ley brasileña.

La misma regla se encuentra en el artículo 339 del Código de Derecho Internacional Privado, que dice:

Artículo 339. 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.

A respecto de la excepción que los artículos citados abren a la regla general de la competencia de la ley del lugar en que haya ocurrido un hecho para decidir los medios que pueden ser utilizados para probar tal hecho, es menester señalar que, en la interpretación de dicha excepción, la doctrina brasileña entiende unánimemente que la prohibición incide sobre el tipo, *in genere*, de prueba, pero no veda, *in casu*, la utilización de prueba que, aunque existen en el derecho brasileño, no sea, en él, la fijada para probar el hecho de que se trata.²³

Ahora bien, el artículo 332 del nuevo Código de Procedimiento Civil, vigente desde el 1º de enero de 1974, dispone:

Artículo 332. Todos los medios legales, así como los moralmente legítimos, aunque no especificados en este Código, son válidos para probar la veracidad de los hechos en que se fundamenta la acción o la defensa.

²² Tenorio, *Ibid.*, I, pág. 354, nº 517. Valladão (*Direito Internacional Privado*, 4^a ed., Rio de Janeiro/San Pablo, 1974/..., I (1974), pág. 229) enumera algunas decisiones judiciales, incluso del Tribunal Supremo Federal, que, sin embargo de la existencia del artículo 16 de la Ley de Introducción, han aplicado la teoría del reenvío.

²³ Cf. Wilson de Souza Campos Batalha, *Tratado Elementar de Direito Internacional Privado*, San Pablo, 1961, II (*Parte Especial*), págs. 336-337, nº 207; Miguel Maria de Serpa Lopes (*Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*, Rio de Janeiro, 1943/1946, III (1946), págs. 289-293) vacila, en cuanto al punto.

Al autorizar la utilización de todos los medios de prueba moralmente legítimos, el artículo citado abre extraordinariamente el ámbito de las pruebas reconocidas por el derecho brasileño y reduce el ámbito de incidencia de la regla final del artículo 13 de la Ley de Introducción a la mera hipótesis de los medios de prueba inmorales, es decir, contrarios al orden público²⁴ brasileño,²⁵ lo que incluye, por ejemplo, las ordalías, siempre citadas por los autores.²⁶ Esta prohibición no se basa en la inexistencia, en la ley procesal brasileña, de esas pruebas —porque las ampararía el artículo 332 del Código de Procedimiento— pero porque ellas son susceptibles de hacer funcionar el orden público que informa “la organización de la vida social [brasileña] de acuerdo con la norma de derecho”.²⁷

Sea como fuere, pensamos que la regla final del artículo 13 de la Ley de Introducción ya no tiene el efecto de prohibir la utilización de juramento como prueba en los tribunales brasileños siempre que dicha utilización sea autorizada por el sistema jurídico del país extranjero donde haya ocurrido el hecho que se deba probar.²⁸

Efectivamente, ahí no se debe hablar de inmoralidad u ofensa al orden público,²⁹ pues ya sabemos que interpretaron mal Savigny³⁰ los que quisieron leer en su obra la inclusión, en el orden público, de una regla específica que mandase negar siempre aplicación a las normas extranjeras que contemplaran institución desconocida por la *Lex fori*; las reglas de la *lex fori* sobre la cuestión de que se tratase deberían entonces, según tal interpretación, sustituirse a las normas extranjeras.³¹

²⁴ Así, los autores que, bajo el Código de Procedimiento Civil de 1939, se equivocaban al limitar los casos del artículo 13, *in fine*, a la hipótesis de funcionamiento del orden público (*e.g.* Tenorio, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1944, pág. 407, nº 776; *correcto*, en sentido contrario, Serpa Lopes, *Ibid.*, III, pág. 289) pasaron a estar correctos bajo el nuevo Código.

²⁵ Para el carácter moral del orden público, *cf.* la parte 1.3 de este trabajo, *retro*; para su funcionamiento, *cortando* la norma que, a no ser por él, sería aplicable, *cf.* Pontes ed Miranda, *Tratado de Direito Internacional Privado* *cit.*, I, pág. 271.

²⁶ *E.g.* Tenorio, *Ibid.*, y Souza Campos Batalha, *Ibid.*, II, pág. 336, nº 207.

²⁷ Bevílqua, *Ibid.*

²⁸ Modificamos aquí la opinión que hemos manifestado en el capítulo referente al Brasil en Ludwik Kos-Rabcewicz-Zubkowski (org.), *International Cooperation in Civil and Commercial Procedure American Continent*, Ottawa, 1975, pág. 46, escrito antes de entrar en vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1974.

²⁹ De ahí que, en este punto, discordamos de Tenorio (*Ibid.*).

³⁰ *Traité de Droit Romain (System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin 1849), trad. de Charles Guenoux, 2^a ed., París, 1860, VIII, págs. 39-41, nº 349.

³¹ Para esa crítica, Joaquín Garde Castillo, *La Institución Desconocida en Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1947, págs. 94 y sigs.; y Quintín Afonsín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, 1955, pág. 605, nº 409. Así

La ciencia, sin embargo, ya demostró que, al contrario, el hecho de ser desconocida la institución no basta para vedar su aplicación, salvo si fuere cortada por el orden público del foro “si una institución extranjera es desconocida dentro de las fronteras porque afecta a[ll]... orden público... basta con la excepción de orden público... para excluirla; y si es meramente desconocida dentro de fronteras, no hay razón suficiente para excluirla”.³²

No se alegue que la ausencia del juramento como prueba en el derecho brasileño se base en el enunciado constitucional de la libertad religiosa³³ (párrafo 5º del artículo 153 de la Constitución de la República con la redacción del artículo 1º de la Enmienda Constitucional núm. 1 del 17 de octubre de 1969) porque, separados por la República, la Iglesia y el Estado, continuó el juramento hasta la promulgación del Código nacional de Procedimiento Civil de 1939 en el rol de las pruebas admitidas (*cf.*, *e.g.*, los antiguos Códigos del Distrito Federal, artículos 232 *usque* 235; del Estado de Río de Janeiro, artículos 1259 y 1266; del Estado de Pernambuco, artículo 362, párrafo único del artículo 363, artículo 366, párrafo único del artículo 368 y artículo 369; del Estado de Bahía, párrafo único del artículo 135; del Estado de San Pablo, artículo 307), si bien que en algunos casos (*e.g.* Códigos del Distrito Federal y de Pernambuco) bajo el nombre —o también bajo el nombre— de “afirmación”.

Vigente el Código de Procedimiento Civil de 1939 —cuyo artículo 208 sólo autorizaba el empleo de “especies de prueba reconocidas en las leyes civiles y comerciales” (brasileñas, se interpretaba) y, por ende, era menos liberal que el artículo 332 del Código actualmente vigente— la parte final del artículo 13 de la Ley de Introducción era interpretada como suficiente para impedir que el juramento fuera admitido como prueba en los tribunales brasileños (sin embargo de que, aunque no previsto en las leyes civiles, el juramento sea reconocido como prueba por el artículo 20 del Código de

fue interpretado el único (*cf.* Tenorio, *Direito Internacional Privado* cit., pág. 336, nº 492) texto positivo que recogió el concepto - el artículo 8º de la Ley griega de 1856 (*cf.* Garde Castillo, *Ibid.*).

³² Alfonsin, *Ibid.*, pág. 606, nº 409; en el mismo sentido Elemer Baloch, “Droit Comparé et Droit International Privé”, *Recueil des Cours de la Academia de Derecho Internacional*, t. LVII, págs. 642 y sigs. (con ejemplos de jurisprudencia); Garde Castillo, *Ibid.*, págs. 53 y sigs. y 151; en el Brasil, Tenorio, *Ibid.*, pág. 336, nº 491; y Valladão, *Direito Internacional Privado*, 4ª ed., Rio de Janeiro/San Pablo, 1974/..., I (1974), pág. 486.

³³ Esa era la opinión, por ejemplo, de Bevílaqua (*Theoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., actualizada por Achilles Bevílaqua, Rio de Janeiro/San Pablo/Belo Horizonte, 1946, pág. 319, nº 64).

Comercio, en el caso de negarse el comerciante a presentar sus libros.³⁴ Amílcar de Castro verificó eso e, impresionado por el choque entre tal impedimento y las reglas de derecho extranjero que, incidentes *ex vi* del principio general del mismo artículo 13, determinaran que cierto hecho se pudiese probar por juramento o afirmación, buscó rescatar esas reglas cuando advirtió que “nada impide que se presente al juez brasileño certificado de juramento regularmente prestado en el extranjero”³⁵.

En el nuevo Código de Procedimiento Civil (1974), la inexistencia de regla brasileña que organice el procedimiento por el cual se haya de producir, en los tribunales brasileños, la prueba por juramento o afirmación, aunque cause problema práctico, no basta para impedir que tal juramento sea prestado o tal afirmación hecha al juez brasileño.

En falta de norma específica sobre la forma del juramento o de la afirmación, el problema debe, por fuerza del primer criterio señalado en el artículo 4º de la Ley de Introducción al Código Civil para colmar las lagunas de la ley, ser solucionado por el funcionamiento de la analogía *legis*³⁶ entre el juramento y la declaración de parte de que trata el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil.

³⁴ La controversia sobre si ese artículo habrá o no sido revocado por el Código Civil de 1916, que no incluye el juramento entre las pruebas, fue resuelta por los tribunales, en la mayor parte de los casos, por la negativa (*cf.* Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, San Pablo, 1960/1966, II (1906), págs. 341-342, nº 317, nota 1).

³⁵ *Direito Internacional Privado*, 3a. ed., 1977, pág. 485, nº 276.

³⁶ Debemos a C. G. Von Wachter (*Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrecht*, Stuttgart, 1839/1842, II (1842), págs. 54-64) la distinción entre analogía *legis* y analogía *juris* —cuando recurre a la primera (a la que la Ley de Introducción llama sencillamente analogía) el juez conecta a ciertos hechos la consecuencia jurídica que cierta norma legal específica conecta a hechos distintos pero suficientemente semejantes a aquellos como para que la analogía funcione, mientras, cuando recurre a la segunda (recurso a los principios generales del derecho, en la terminología de la Ley de Introducción— *cf.*, para la identificación de la analogía *juris* al proceso de recurso a tales principios, Giorgio del Vecchio, “Principes Généraux du Droit”, *Recueil d’Études sur les Sources du Droit en l’Honneur de François Gény*, París, 1934, II, págs. 69-84, I, en el Brasil, Paulo de Lacerda, *A Lei em Geral, sua Retroatividades, Recogação e Interpretação* (t. I, parte primera, de Paulo de la Cerda et alii, *Manual do Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1918/1934), 1918, págs. 500 y 597), conecta a tales hechos una consecuencia jurídica inducida de una serie de consecuencias conectadas a una serie de hechos ninguno de los cuales es suficientemente semejante a aquéllos como para autorizar el funcionamiento de la analogía *legis*. La perplejidad del juez, puesto entre una y otra, que Tenorio (*Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro cit.*, pág. 116, nº 182, nota 33) teme, desaparece si interpretamos la referencia a la analogía, hecha por el artículo 4º de la Ley de Introducción, como limitada a la analogía *legis*, en la tradición de la Introducción original (1916) al Código, y entendemos que la analogía *juris*

De hecho, la forma del juramento o afirmación es lo que, en ese medio de prueba, menos importa. Cuando admite el juramento como prueba, lo que el derecho hace es considerar irrefragable la declaración de parte. La eficacia de la afirmación es todo; la forma nada o casi nada.

La solución a que, bajo el Código procesal de 1939, llegó Amílcar de Castro ciertamente tomó en consideración esa verdad, pues resguardaba la eficacia del juramento, aunque lo transformara en documento. Sin embargo, pecaba fundamentalmente por ser imprestable para el juramento *qua* medio específico de prueba, ya que efectivamente sólo servía para la prueba documental, a la que reconocía, en cierto caso (cuando documentara el juramento), la eficacia que la *lex loci* otorgase a la prueba por juramento.

El buen entendimiento de la regla principal del artículo 13 de la Ley de Introducción manda que se reconozca al sistema jurídico del país extranjero donde haya ocurrido el hecho que se trata de probar la competencia para graduar la eficacia de cada medio de prueba. No debemos, pues, rehusar reconocerle a ese sistema la competencia para dar a la declaración de parte eficacia irrefragable, o sea, para decir que, en cierto caso, cabe la prueba por juramento.

Las invocaciones solemnes de castigos son, en el juramento o afirmación, residuos de un primitivismo mágico funcionalmente irrelevante, pero no se puede decir lo mismo de la norma penal que describe como delito el juramento falso de la parte. Para dejar de lado la admisión del juramento como prueba en los tribunales brasileños se podría alegar que, como falta en la ley penal del país regla que puna tal juramento falso, aceptar el juramento como prueba sería desarticular el sistema en que la eficacia probante del juramento sólo existe porque es garantizada por el derecho penal.

Aquí lo que surge es el problema central de todo el derecho internacional privado (y del derecho procesal internacional), o sea, la división de la realidad jurídica en sectores disciplinados por órdenes jurídicos diversos.³⁷ De esta forma, el juramento puede ser prueba regida por fuerza del artículo 13 de la Ley de Introducción, por el derecho extranjero, y no ser hecho

sólo puede ser llamada a actuar cuando aquella se muestra infecunda. En el caso que nos ocupa, la analogía *legis* basta, a causa de la semejanza entre la declaración de parte y el juramento o afirmación, semejanza esa que es suficiente para que la analogía *legis* actúe conectando al juramento el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil, que trata de la declaración de parte.

³⁷ Efectivamente, al dividir la realidad jurídica en sectores, el derecho internacional privado (y el derecho procesal internacional) nos obligan a “solucionar un solo caso de la vida por la yuxtaposición de seis, siete, ocho partes de diversos ordenamientos jurídicos” (Werner Goldschmidt, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, 2a. ed., Buenos Aires, 1952/1954, I (1952), págs. 39/40, nº 5, III).

delictivo el juramento falso, por la aplicación exclusiva del derecho penal brasileño, ya que “el juez brasileño no aplica directamente la ley penal extranjera”.³⁸

Debemos sin embargo tomar en consideración que la sanción penal al juramento falso es un *plus* que la política jurídica puede utilizar o no para reforzar la confiabilidad del juramento, pero que esta también puede ser protegida de otro modo, como por ejemplo por la casación de la sentencia basada en el juramento falso (en ese sentido los numerales III y VI del artículo 485 del Código de Procedimiento civil brasileño).

2.2. Ejecución de laudos arbitrales

Ciertos sistemas jurídicos admiten o mandan que las partes en determinadas controversias confieran a una entidad privada o a uno o más individuos particulares la facultad de decidir dichas controversias. El orden jurídico brasileño se incluye entre ellos, pues el artículo 1072 del Código de procedimiento Civil brasileño dispone:

Artículo 1072. Las personas capaces para contratar podrán, mediante compromiso escrito, nombrar árbitros que les resuelvan las controversias judiciales o extrajudiciales de cualquier valor, concernientes a derechos patrimoniales respecto a los cuales la ley admite transacción.

Pregúntase: ¿Cuál es la norma de derecho procesal internacional o de derecho internacional privado que limita la incidencia de este artículo? En otras palabras ¿cuál es el tipo legal de la norma de derecho procesal internacional o de derecho internacional privado cuya consecuencia jurídica³⁹ es la determinación de que el derecho brasileño decida si, en cierto caso, se admite la solución arbitral de una controversia? En otras palabras

³⁸ Tenorio, “Efeitos de Sentença Penal Estrangeira no Brasil”, *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, t. LXXXIV, pág. 2, nº 4, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, t. XXXI-XXXII, pág. 28, y *Revista de Jurisprudencia do Tribunal de Justiça do Estado de Guanabara*, t. I, pág. 3, y en francés, *Revue Internationale de Droit Pénal*, t. XXXII, pág. 3.

³⁹ Como se sabe, “[t]oda norma contiene un imperativo condicionado, se compone, pues, siempre de dos elementos integrantes, el condicionante (presuposiciones, circunstancias) y el condicionado (imperativo), [y] se puede por tanto reproducir siempre en la fórmula: si... en ese caso” (Rudolf von Ihering, *El Fin en el Derecho (Der Zweck im Recht)*, 1877/1883), trad. de Diego Abad de Santillán, Puebla, 1961/1962), I (1961), págs. 257-258). Al elemento condicionante podemos llamar “tipo legal”, al elemento condicionado “consecuencia jurídica” (Goldschmidt, *Ibid.*, I, pág. 277, nº 11, I, 1).

todavía ¿cuál es el punto de conexión⁴⁰ entre, de un lado, la cuestión de saber si, en cierto caso, se admite la solución arbitral, y, de otro lado, el derecho brasileño (o sea el artículo 1072 del Código de Procedimiento Civil)?

La respuesta a la primera de esas preguntas es que la norma de derecho procesal internacional que limita la incidencia del artículo 1972 debe ser así formulada: “Si los tribunales brasileños fueren competentes para componer cierta controversia, el derecho brasileño incide para decidir si las partes en la controversia de que se trate pueden nombrar árbitros que la resuelvan.”⁴¹ De ahí que la respuesta a la segunda sea que el tipo legal de esa norma es “si los tribunales brasileños fueren competentes para componer cierta controversia” (la consecuencia jurídica es “el derecho brasileño incide”, etcétera) y, a la tercera, que el punto de conexión entre la cuestión de la admisión de la solución arbitral y el derecho brasileño (artículo 1072 del Código de Procedimiento Civil) es la competencia, en abstracto, de los tribunales brasileños para componer la controversia de que se trate.

Efectivamente, sabemos que “[l]a distinción entre normas materiales e instrumentales se plantea... desde el punto de vista de la diversa finalidad a que sirve [pues si], las normas materiales *componen inmediatamente un conflicto de intereses*, imponiendo una *obligación*..., las normas instrumentales... lo *componen mediataamente*, atribuyendo un *poder* (de componerlo) e imponiendo correlativamente una *sujeción*”.⁴²

Sabemos también que “el Derecho procesal forma así parte de un conjunto más vasto de normas, que según [los] criterios... expuestos, debiera llamarse *Derecho instrumental*, [que pertenece igualmente...] a ese con-

⁴⁰ “Punto de conexión” es la traducción de la expresión alemana “*Anknüpfungspunkt*”, acuñada en 1891 por Franz Kahn (“Gesetzkollisionen: ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrecht”, *Jherings Jährbcher für die dogmatik*, t. xxx, reproducido en *Abhandlungen zum internationalen Privatrechts*, editado por Otto Lenel y Lewald, Munich/Leipzig, 1928, I, pág. 48) para significar el hecho que, por su concurrencia en cierto lugar, indica la norma jurídica nacional vigente en ese lugar como aplicable para resolver cierta cuestión, o el concepto jurídico que, por estar estructuralmente (nacionalidad, pabellón, competencia de los tribunales...) o accidentalmente (resultado de la autonomía de la voluntad de las personas) referido a cierto Estado, indica la norma jurídica nacional de dicho Estado como aplicable para resolver cierta cuestión.

⁴¹ Esa norma jurídica es evidentemente científica, y no legislada. Para la diferencia entre la norma científica (*Rechtsatz*) y la norma legislada (*Rechtsnorm*) cf. Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law (Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Viena, 1960), Berkeley, 1970, págs. 71-75, nº 16).

⁴² Francesco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil (Sistema di Diritto Processuale Civile*, Padua, 1936), trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1944, I (*Introducción y Función del Proceso Civil*), págs. 57-58, nº 19.

junto, el grupo de normas a que se da el nombre de *Derecho constitucional*, con tanta más razón si por tales entienden las normas que regulan la función legislativa, [y que t]ambién una buena parte del *Derecho administrativo* está comprendida en el mismo conjunto, por lo menos en lo que concierne a las normas que componen los conflictos entre intereses públicos e intereses privados, atribuyendo a los órganos públicos poderes, en lugar de constituir inmediatamente relaciones jurídicas".⁴³

Sabemos, finalmente, que “[e]l que una norma material pueda ser derogada por las partes, significa que una norma instrumental les consienta el poder de componer de manera distinta y directa el conflicto de sus intereses”,⁴⁴ pero que, si las partes derogan una norma instrumental, el poder reconocido por la norma (evidentemente también instrumental) autorizadora de la derogación no funciona para dar a las partes el poder de componer de manera directa el conflicto de intereses, sino para darles el poder de atribuir a un tercero el poder de componer dicho conflicto.⁴⁵

Como ejemplo de norma instrumental autorizadora de la derogación, por las partes, de otra norma instrumental, Carnelutti ofrece, al lado de la norma que autoriza a las partes a derogar la regla de distribución de competencia *ratione loci*, la que las autoriza a hacer decidir por árbitros las controversias que entre ellas se manifiesten.⁴⁶ “El proceso ante árbitros es, por tanto, un equivalente del proceso contencioso de cognición”.⁴⁷

Ahora bien, como el juicio arbitral es un medio de composición del conflicto ofrecido a las partes en sustitución a la función jurisdiccional normal, es lógico concluir que él sea instituido sólo para la composición de conflictos que serían susceptibles de ser resueltos mediante el ejercicio de la función jurisdiccional sustituida y que, en consecuencia, la norma jurídica que limite la competencia de los tribunales detentores de esa función jurisdiccional venga indirectamente a limitar la posibilidad de utilización del juicio arbitral.⁴⁸

⁴³ *Ibid.*, I, pág. 82, nº 26.

⁴⁴ *Ibid.*, I, pág. 85, nº 26.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*, I, pág. 86, nº 26.

⁴⁷ Carnelutti, *Instituciones del Proceso Civil (Istitutioni del Processo Civile Italiano)*, 5a. ed., Roma, 1956), trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1973, I, pág. 115, nº 62.

⁴⁸ Cf. Josef Köhler, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozessrecht*, Berlín, 1894, pág. 191; A. Laine, “De l’Exécution en France des Sentences Arbitrales Étrangères”, *Journal du Droit International Privé*, t. XXVI, págs. 641-654, en especial pág. 654; Dionisio Anzilotti, *Comentario a las decisiones del Tribunal de Apelación de Génova, del 9 de enero y de los 6 y 16 de marzo de 1906*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, t. I, págs. 467-476, en especial págs. 472-476; Lehmann y Krauss, *Das internationale*

Un indicio de esa conclusión es suministrado por el artículo 1098 del Código de Procedimiento Civil brasileño, que dispone:

Artículo 1098. Es competente para la homologación del laudo arbitral el juez a quien originariamente tocare juzgar el caso.

Efectivamente, ese artículo aclara que el laudo arbitral resultante de un juicio instituido gracias a la autorización dada por el artículo 1072 sólo se torna efectivo al ser homologado por un juez, y que cada juez brasileño sólo homologa los laudos que compongan conflictos en abstracto incluidos en la competencia del juez de que se trate.⁴⁹

Esto supuesto, verificamos que, en la construcción de la norma jurídica destinada a limitar la incidencia del artículo 1072 del Código de Procedimiento Civil brasileño (“si los tribunales brasileños fueren competentes para componer cierta controversia, el derecho brasileño incide para decidir si las partes en la controversia de que se trate pueden nombrar árbitros que la resuelvan”), usamos un punto de conexión (competencia de los tribunales brasileños) que no se refiere a un hecho, sino que es un concepto sin referencia semántica a hechos.⁵⁰

En consecuencia, y para saber en qué casos concretos incide el artículo 1072 del Código de Procedimiento Civil, es necesario interpretar el tipo legal integrante de la norma jurídica que limita la incidencia de dicho artículo (“si los tribunales brasileños fueren competentes para componer cierta controversia”). Esa interpretación debe hacerse a la luz del *caput* y

Civilprozessrecht (t. I de *Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr*, organizada por Franz Leske y W. Lowenfeld), Berlín, 1930, pág. 842; Getano Morelli, *Diritto Processuale Civile Internazionale* (t. IV de la segunda sección del *Trattato di Diritto Internazionale* organizado por G. Balladore Pallieri, G. Morelli y R. Quadri), 2a. ed., Padua, 1954, pág. 154, n.º 67.

⁴⁹ Es curioso señalar que István Szászy, que critica (*International Civil Procedure*, Leyden, 1967, pág. 617) la solución a que llegó Morelli, llega él mismo expresamente a ella al analizar el caso concreto de los límites de incidencia del sistema jurídico húngaro en la solución de la cuestión de si, en cierta hipótesis, se admite la solución arbitral de una controversia. Lo que hace a partir del artículo 19 de la Ley de Introducción húngara, análoga, en lo que importa, al artículo 1098 del Código de Procedimiento Civil brasileño (*Ibid.*, pág. 624).

⁵⁰ Efectivamente, el elemento condicionante integrante de una norma jurídica puede consistir, total o parcialmente, en “una palabra sin referencia semántica alguna, que sirve solamente como herramienta de presentación” (Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia (Om Ret og Retfaerdighed)*, Copenhague, 1953), tr. de Genaro R. Carrión, Buenos Aires, 1970, pág. 166, nº XXXV); el punto de conexión, como elemento condicionante de la norma de derecho internacional privado o de derecho procesal internacional puede, así, ser “de hecho” o bien “jurídico” (esto es, sin referencia semántica a un hecho) (Alfonsin, *Ibid.*, págs. 373-374, nº 233).

del párrafo 1º del artículo 12 de la Ley de Introducción al Código Civil, combinados con los artículos 88 y 89 del Código de Procedimiento Civil, normas legisladas que circunscriben la competencia de los tribunales brasileños.

Disponen el *caput* y el párrafo 1º del artículo 12 de la Ley de Introducción al Código Civil:

Artículo 12. La autoridad judicial brasileña es competente si el demandado se encuentra domiciliado en el Brasil o si en ese país debe cumplirse la obligación.

Párrafo 1º. Sólo a la autoridad judicial brasileña compete conocer de las acciones relativas a inmuebles sitos en el Brasil.

Disponen, por su parte, los artículos 88 y 89 del Código de Procedimiento Civil:

Artículo 88. La autoridad judicial brasileña es competente cuando:

- I. El demandado, cualquiera que sea su nacionalidad, está domiciliado en el Brasil;
- II. La obligación deba ser cumplida en el Brasil;
- III. La acción se origine de un hecho ocurrido o de un acto practicado en el Brasil.

Párrafo único. A los fines del numeral I se reputa domiciliada en el Brasil la persona jurídica extranjera que tenga agencia, filial o sucursal en el País.

Artículo 98. La autoridad judicial brasileña es competente, con exclusión de cualquier otra, para:

- I. Conocer de acciones relativas a inmuebles situados en el Brasil;
- II. Proceder al inventario y a la partición de bienes situados en el Brasil, aunque el difunto sea extranjero y haya residido fuera del territorio nacional.

El derecho legislado brasileño sobre competencia judicial internacional no determina expresamente si, a los casos enumerados por el *caput* y el párrafo 1º del artículo 12 de la Ley de Introducción y por los artículos 88 y 89 del Código de Procedimiento Civil, débase o no agregar el de la elección contractual del foro brasileño.

El derecho legislado anterior al 1º de enero de 1974 (cuando entró en vigencia el actual Código de Procedimiento Civil) tampoco determinaba expresamente si la elección contractual de foro era admisible para operar prorrogación y derogación de competencia entre jueces brasileños, pero la

Tesis Jurisprudencial número 335 del Tribunal Supremo Federal⁵¹ vino a decidir que dicha elección era autorizada siempre que el conflicto a ser resuelto hubiera nacido de un contrato, pues dice: “Es válida la cláusula de elección de foro para los procesos originarios del contrato.”

Esa norma incluye también los casos de prorrogación y derogación de competencia entre jueces brasileños y extranjeros. Efectivamente, la I Sala del Tribunal ya ha decidido más de una vez que, en procesos originarios de negocios jurídicos, es válida la elección contractual de foro extranjero⁵² (*y a fortiori* la del brasileño).

En orden a fundamentar la norma que, como Tesis Jurisprudencial número 335, inscribía en la Súmula de su jurisprudencia predominante, el Tribunal Supremo Federal recurrió al artículo 42 del Código Civil y al párrafo 1º del artículo 259 del Decreto núm. 4857, del 8 de noviembre de 1939, el primero de los cuales autorizaba a los firmantes de contratos escritos a elegir domicilio especial donde se hicieran valer los derechos y se cumplieran las obligaciones resultantes de dichos contratos, mientras el segundo admitía que, en la inscripción de créditos en el registro inmobiliario, el acreedor hiciera constar, además de su domicilio real, otro donde fuera posible su citación o notificación.

Ahora bien, el tratar de la prorrogación de competencia entre jueces brasileños que la tengan *ex vi* del artículo 88 o del artículo 89 del actual Código de Procedimiento Civil, el *caput* y el párrafo 1º del artículo 111 de ese mismo Código disponen:

Artículo 111. La competencia en razón de la materia y de la jerarquía es inderogable por acuerdo de las partes; pero éstas pueden modificar la competencia en razón del valor y del territorio, eligiendo foro donde sean propuestas las acciones originarias de derechos y obligaciones.

Párrafo 1º El acuerdo, sin embargo, sólo producirá efecto cuando conste de contrato escrito y aluda expresamente a determinado negocio jurídico.

Parece correcto presumir que el Tribunal Supremo Federal que, al dictar su Tesis Jurisprudencial número 335, usó de la analogía entre el domicilio

⁵¹ En su sesión del 28 de agosto de 1963, el Tribunal Supremo Federal enmendó su Reglamento al crear, *inter alia*, la *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal* (Recopilación de la Jurisprudencia Predominante en el Tribunal) (artículo 4º del Capítulo XX del Reglamento de entonces y artículo 98 del Reglamento actual, vigente desde el 15 de octubre de 1970), donde se inscriben las tesis de su jurisprudencia que el Tribunal considera firmes.

⁵² Decisión del 12 de junio de 1950, en el *Recurso Extraordinário* nº 14328, en *Arquivo Judiciário*, t. XCV, págs. 298-300; decisión del 27 de julio de 1953, en el *Recurso Extraordinário* nº 19419, en *Apêndice* al *Diário da Justiça* del 9 de diciembre de 1953, pág. 3218, y *Arquivo Judiciário*, t. CXI, págs. 285 y sigs.

stricto sensu (el lugar donde efectivamente concurren el *factum* de la presencia física y el *animus* de permanencia) y el domicilio de elección use ahora de la analogía entre las distribuciones internacional e interna de la competencia⁵³ y, en consecuencia, sólo entienda válida la elección del foro brasileño cuando, además de limitarse a “los procesos originarios del contrato” (Tesis Jurisprudencial número 335 y párrafo 1º del artículo 111 del Código de Procedimiento Civil: “determinado negocio jurídico”), “conste de contrato escrito” (párrafo 1º citado).

Si fuere así, se deberá siempre entender válida la elección del foro brasileño cuando conste de contrato escrito y aluda expresamente a determinado negocio jurídico, ya que, en el derecho brasileño, la distribución internacional de la competencia es siempre hecha en razón del territorio, y no en razón de la materia o de la jerarquía, hipótesis en que el artículo 111 prohibiría la modificación de competencia.

La elección del foro brasileño con fuerza para traer consigo la incidencia del artículo 1072 del Código de Procedimiento Civil y, por ende, admitir la solución arbitral de determinada controversia, puede resultar no sólo de una cláusula del compromiso la cual determine que el laudo arbitral sea homologado por un juez brasileño,⁵⁴ sino de cualquier otro acuerdo en el cual las partes elijan la justicia brasileña para decidir la controversia.

Es menester, finalmente, señalar que la necesidad de fundar en la analogía con determinado tipo legal (la elección de domicilio para el cumplimiento de obligaciones o para la realización de citaciones o notificaciones o la derogación voluntaria de la competencia del juez nacional) la consecuencia jurídica de otro tipo legal (la derogación voluntaria de la competencia de un juez extranjero mediante elección de foro para el proceso) sólo ocurre si el demandado presenta la excepción de incompetencia, pues el artículo 112 del Código de Procedimiento Civil dispone:

Artículo 112. La incompetencia relativa se argüe por medio de excepción.

En consecuencia, se entenderá que incide el artículo 1072 si, submetido a la homologación de un juez brasileño cierto laudo arbitral que haya resuelto una controversia concerniente a derechos patrimoniales respecto a los cuales la *lex causae* admite transacción (límite dado por el mismo

⁵³ Valladão (*Ibid.*, 1a. ed., Rio de Janeiro/San Pablo, 1968/1978, III (1978), pág. 139) opina que el artículo 111 del Código de Procedimiento Civil incide para prorrogar la competencia del juez brasileño.

⁵⁴ En ese sentido, en cuanto al derecho italiano, Morelli, *Ibid.*, pág. 155, nº 67.

artículo 1072), el demandado (en el juicio de homologación)⁵⁵ no presenta la excepción de incompetencia de dicho juez, lo cual lleva a la conclusión de que, en ese caso, a incidencia del artículo es universal.

En resumen, el artículo 1072 del Código de Procedimiento Civil brasileño incide si los tribunales brasileños son competentes para decidir la controversia, ya sea *ex vi del caput* y del párrafo 1º del artículo 12 de la Ley de Introducción combinados con los artículos 88 y 89 del Código de Procedimiento Civil, ya sea *ex vi* de contrato escrito relativo a controversias nacidas de determinado negocio jurídico, ya, finalmente, porque el demandado (en el juicio de homologación de un laudo arbitral sobre derechos patrimoniales respecto a los cuales la *lex causae* admite transacción) no excepciona la competencia del juez brasileño de primera instancia para homologar dicho laudo.

Para llegar a ese resultado, es necesario comprender que las normas de derecho internacional privado que designan el sistema jurídico competente para decir si cierto contrato es válido no inciden en la designación del sistema jurídico competente para decir si es válido cierto compromiso arbitral.

Efectivamente, la cuestión de si cierto compromiso arbitral es válido no puede ser respondida por el derecho de las obligaciones,⁵⁶ sino por el derecho procesal substantivo, como tal entendido el conjunto de normas que crean obligaciones procesales distintas de las que estructuran el procedimiento⁵⁷ (este último, como es sabido, es el desarrollo del proceso).

⁵⁵ De hecho, hay que observar que el demandado en el juicio arbitral puede ser el demandante en el juicio de homologación y que, sea como fuere, es imposible a cualquiera de las partes prever, durante el juicio arbitral, que la otra presentará más tarde el laudo a la homologación del juez brasileño, ante quien invocará el artículo 1072 del Código de Procedimiento Civil. Así, el juicio de homologación presenta a las partes la primera oportunidad para alegar la incompetencia, en principio, de los tribunales brasileños. Si el sistema jurídico brasileño no exigiera la homologación judicial, esa oportunidad se presentaría por primera vez en el juicio de ejecución del laudo o en el de la *actio judicati* fundada en dicho laudo.

⁵⁶ La opinión contraria tiene, sin embargo, muchos defensores (para una enumeración, cf. Szaszy, *Ibid.*, pág. 621), entre los cuales, en el Brasil, Valladão, *Ibid.*, III, pág. 215.

⁵⁷ “[H]ay derecho procesal *formal* y derecho procesal *substancial*; el proceso es sólo una parte del derecho procesal; y derecho adjetivo no es la misma cosa que derecho procesal, tiene significación más restricta, porque en el derecho procesal se encuentra también una parte de derecho substantivo” (Amílcar de Castro, en Pedro Batista Martins et alii, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1941/1946, X (1941), págs. 6-7; las cursivas son del original). La idea ya está en Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Nápoles, 1935, I, págs. 65, 79, 81, 87, 93-94 y 339, y II, pág. 429.

No importa la *sedis materiae* que el legislador haya asignado a las normas sobre la validez del compromiso arbitral, pues “[e]l⁵⁸ hecho de que sean metidas en las leyes procesales reglas de derecho material y en el derecho material reglas de derecho procesal no les cambia la naturaleza, salvo si la ley entendió por bien calificar diferentemente, cuando eso sea posible al legislador”.⁵⁹ La distinción es importante cuando, como ahora, nos colocamos en el campo del derecho internacional privado y del derecho procesal internacional, donde, ordinariamente, “la ley dominadora del negocio jurídico responde si el individuo tiene pretensión y acción, en el sentido del derecho material [mientras] la ley del foro responde cuál es el remedio jurídico procesal que cabe”.⁶⁰

Ahora bien, si el artículo 1072 del Código de Procedimiento Civil puede en principio incidir para autorizar la realización de un juicio arbitral en cualquier parte del mundo, la mayoría absoluta de los internacionalistas opina que el territorio del país donde el laudo arbitral es adoptado es el factor determinante de la “nacionalidad” del laudo (como tal entendido el hecho de que el laudo saque fuerza del derecho procesal substantivo de cierto país),⁶¹ conclusión a que los más destacados de entre ellos llegaron cuando, en la sesión que el Instituto de Derecho Internacional realizó en Amsterdam en 1957, adoptaron una resolución en la cual declaraban *inter alia* que “[l]a validez de la cláusula compromisoria es regida por la ley de la sede del tribunal arbitral”.⁶²

Ya hemos visto que esa conclusión no se justifica, pues un laudo arbitral puede tener tantas “nacionalidades” cuantos sean los Estados cuyos tribunales sean competentes para decidir la controversia objeto del laudo de que se trate, pero tampoco parece correcta la opinión de cierta doctrina⁶³ que

⁵⁸ Carnelutti, *Derecho y Proceso (Diritto e Processo)*, Nápoles, 1958), trad. de Sentís Melendo (t. I de *Derecho Procesal Civil y Penal*), Buenos Aires, 1971, pág. 78, nota 2.

⁵⁹ Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro/San Pablo, 1974-1976, I (1974), págs. 50-51; en el mismo sentido Enrico Tullio Liebman, “Norme Processuali nel Codice Civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, t. III, págs. 154-172.

⁶⁰ Pontes de Miranda, *Ibid.*, I, pág. 127.

⁶¹ Para la medida en que esa doctrina se hizo dominante, cf. Szaszy, *Ibid.*, págs. 618-619.

⁶² Primer apartado del artículo 5 de la Resolución sobre el Arbitraje en Derecho Internacional Privado, en *Annuaire de l’Institut de Droit International*, t. XLVII, parte II, págs. 492 (en francés) y 494 (en inglés).

⁶³ E.g. Morelli, *Ibid.*, págs. 174, nota 3, y 348; Szaszy (*Ibid.*, pág. 621) parece inclinarse por la misma solución; en el Brasil, Eugenio de Vasconcellos Sigaud, opinión del 23 de julio de 1962, como Jefe de la Asesoría Letrada del Estado de Guanabara, en *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*, t. XII, págs. 643-651, en especial pág. 647.

admite como principio que las órdenes jurídicas nacionales puedan siempre prescribir la realización de juicios arbitrales en territorio extranjero.

De hecho, si “una norma general o individual del orden jurídico de cierto Estado prescribe que un acto de coerción sea practicado dentro del territorio de otro Estado, y que un órgano del primero cumpla esa norma..., si dicha norma fuere... cumplida por un Estado (sin el consentimiento del otro), la adopción de la norma y su cumplimiento, es decir, la práctica del acto coercitivo dentro del territorio del otro Estado, será ilegal”.⁶⁴ El orden jurídico violado por esos actos es el derecho internacional”.⁶⁵

Efectivamente, como lo señala Arigo Cavaglieri, “[...]a limitación de la esfera de su soberanía territorial, determinada por la coexistencia de otras esferas análogas a la suya, impide al Estado de perseguir por sus propios medios el individuo en el exterior, de extender [al exterior] la actividad de sus órganos y de hacer valer [en el exterior] el peso de su poder soberano. Si busca hacerlo, aún bajo la forma más modesta, sin ser autorizado a eso por una convención particular con otro Estado, éste levantará inmediatamente las quejas más ásperas, diciéndose lesionado en su integridad territorial, en el más sensible elemento de su soberanía y de su personalidad jurídica”.⁶⁶

Esto sentado, debemos concluir que si el artículo 1072 del Código de Procedimiento Civil brasileño prescribiera que un juicio arbitral fuera realizado dentro del territorio de otro Estado, dicho juicio violaría el derecho internacional, a menos de mediar el consentimiento del Estado de que se tratara, para lo que, sin embargo, bastaría que el orden jurídico de tal Estado admitiera que un laudo arbitral dictado en su territorio pudiera ser un laudo arbitral “extranjero” (eso es, un laudo arbitral dictado en sustitución a una sentencia de juez extranjero).⁶⁷

En suma, el artículo 1072 del Código de Procedimiento Civil incide para fundamentar la aplicación del artículo 1098 del mismo Código (homologación del laudo arbitral por el juez brasileño con jurisdicción de primer grado) si *a)* los tribunales brasileños son competentes para componer la controversia objeto del laudo y *b)* el laudo ha sido dictado en el territorio brasileño o en el territorio de un Estado extranjero cuyo orden jurídico admite sean dictados en ese territorio laudos arbitrales substitutivos de sentencias extranjeras.

⁶⁴ Kelsen, *Principles of International Law*, Nueva York, 1952, pág. 208.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ “Règles Générales du Droit de la Paix”, *Recueil des Cours de la Academia de Derecho Internacional*, t. XXVI, pág. 382.

⁶⁷ El orden jurídico italiano, por ejemplo, lo admite (Morelli, *Ibid.*), y no hay razón para decir que el mismo orden jurídico brasileño no lo haga.

De todo modo, no importa, para la incidencia del artículo 1072, que el compromiso o el contrato que contenga la cláusula compromisoria hayan sido firmados fuera del Brasil, que el sistema jurídico incidente para decidir la controversia sea un sistema extranjero y que los árbitros y las partes sean extranjeros sin residencia en el Brasil.⁶⁸

Lo laudos arbitrales que compongan controversias para cuya composición sean competentes los tribunales estatales extranjeros, así como los laudos arbitrales dictados en el territorio de un Estado extranjero cuyo orden jurídico no admite sean dictados en ese territorio laudos arbitrales substitutivos de sentencias extranjeras, serán, para el orden jurídico brasileño, laudos “extranjeros” (eso es, no se los mirará como laudos dictados en substitución a una sentencia de juez brasileño), sujetos, para su ejecución en el Brasil, a lo que, respecto a las sentencias estatales extranjeras, dispone el literal *d* del párrafo 3º del artículo 119 de la Constitución, *in verbis*:

Artículo 119.

Párrafo 3º El reglamento [del Tribunal Supremo Federal] establecerá:

.....
d) la competencia de su Presidente para conceder el *exequatur* a las cartas rogatorias de los tribunales extranjeros y para homologar sentencias extranjeras.

Todo eso lleva a que un laudo arbitral pueda ser, al mismo tiempo, “brasileño” y “extranjero”,⁶⁹ por haber compuesto una controversia para cuya composición fueran simultáneamente competentes tribunales brasileños y extranjeros. En ese caso, la parte vencedora puede elegir entre solicitar la homologación al juez brasileño de primer grado o al Presidente del Tribunal Supremo Federal.⁷⁰

⁶⁸ En ese sentido, en general, Szazy, *Ibid.*, págs. 613-615.

⁶⁹ Sobre esa posibilidad, en cuanto a los sistemas jurídicos francés y alemán, cf. Szazy, *Ibid.*, pág. 627.

⁷⁰ Un Juzgado de Primer Grado de San Pablo decidió que le era jurídicamente imposible homologar un laudo arbitral dictado en Londres contra una cooperativa con sede en el Brasil. Fundada en que el Juzgado era competente *ex vi* del artículo 1098 del Código de Procedimiento Civil, porque la demandada estaba domiciliada en el Brasil (*cf.* el numeral I del artículo 88 del Código), la demandante de la homologación apeló y el Tribunal de Apelación del Estado de San Pablo casó la sentencia a fin de que el juez dictara otra. En nueva sentencia, sin embargo, el Juez José Rodrigues de Carvalho Netto planteó que su incompetencia no era *ratione loci*, sino en razón de su jerarquía, pues cabría al Tribunal Supremo Federal “homologar las sentencias extranjeras” (decisión del 25 de marzo de 1977, en *Revista de Proceso*, t. VI, págs. 337-339). El equívoco de esa decisión está en no haber visto que no era suficiente, para hacer sólo “extranjero” (eso es, no brasileño) al laudo,

En la práctica, sin embargo, la Sala Plena del Tribunal Supremo Federal (a la cual, antes de la vigencia de la Enmienda Constitucional núm. 7, del 13 de abril de 1977, estaba afectada la competencia para homologar sentencias extranjeras) no homologaba laudos arbitrales,⁷¹ aunque homologara las sentencias estatales extranjeras que, a su vez, habían homologado laudos arbitrales,⁷² lo que sigue siendo hecho por el Presidente del Tribunal.⁷³

Ese error es tanto menos excusable cuanto es cierto que el Tribunal “[s]i el laudo no ha sido homologado [por un tribunal estatal extranjero]

el hecho de que este hubiera sido dictado en Londres; el laudo, en realidad, podía correctamente ser considerado “brasileño”, en el sentido de que era un “substituto procesal” de una sentencia de un tribunal estatal brasileño.

⁷¹ Decisión del 3 de junio de 1970, tomada en el juicio de Homologación de Sentencia Extranjera nº 1982, en *Revista Trimestral de Jurisprudência* del Tribunal Supremo Federal, t. LIV, págs. 714-716; decisión del 18 de noviembre de 1971, en el juicio de Homologación de Sentencia Extranjera nº 2006, en *Revista Trimestral de Jurisprudência*, t. LX, págs. 28-30. Esa actitud proviene del artículo 13 del Decreto nº 6982, del 27 de julio de 1878 (autorizado por la Ley nº 2615, del 4 de agosto de 1875), revocado por el Código de Procedimiento Civil de 1939, y que autorizaba la homologación de “sentencias arbitrales homologadas por tribunales extranjeros”. Antes de ese Decreto, el Ministro de Justicia había homologado por lo menos un laudo arbitral dictado en Francia sin la intervención posterior del poder judicial extranjero (*cf.* José Antonio Pimenta Bueno, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1863, pág. 145, nº 274). Quizás para justificar, aunque involuntariamente, el artículo 13 del Decreto nº 6982, Bevílaqua escribió que “las sentencias dictadas en juicio arbitral, si, para su eficacia, no se interpone la autoridad del poder judicial, son meros contratos, y, como tales, deben ser considerados en el derecho internacional privado” (*Ibid.*, I, pág. 146). Es evidente que los laudos arbitrales no son contratos, sino que resultan de un juicio que funda su fuerza en un contrato, lo que es cosa muy distinta. Sin embargo, la doctrina de Bevílaqua ha sido repetida por muchos escritores (*e.g.* Alvaro da Costa Machado Villela, *Tratado Elementar Teórico e Práctico de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1921-1922, I (1921), pág. 648; Hildebrando Accioly, opinión del 17 de noviembre de 1952, como Asesor Letrado del Ministerio de Relaciones Exteriores, en *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, t. XV-XVI, págs. 112-113, nºs 9-14; Agustinho Fernandes Dias da Silva, *Direito Processual Internacional*, Rio de Janeiro, 1971, pág. 161, nº 170) y, como hemos visto, es adoptada por el Tribunal Supremo Federal. Esta actitud, combinada a la de que trata la nota anterior, tiene como resultado que un laudo arbitral dictado en el extranjero no podrá ser homologado en el Brasil, ni, en consecuencia, ejecutado en ese país.

⁷² Decisión del 2 de mayo de 1945, adoptada en el juicio de Homologación de Sentencia Extranjera nº 1060, en *Arquivo Judiciário*, t. LXXV, págs. 409-415; decisión del 4 de mayo de 1959 en los *Embargos* (un tipo de recurso) para revocación de la Homologación de Sentencia Extranjera n. 1556, en *Revista Trimestral de Jurisprudência* del Tribunal Supremo Federal, t. X, págs. 409-410.

⁷³ Decisión del 30 de junio de 1979, tomada en el juicio de Homologación de Sentencia Extranjera nº 2178, en *Diário de Justiça* del 14 de agosto de 1979, págs. 5937-5939, y confirmada por la Sala Plena del Tribunal, en el juicio del recurso (*agravo reglamentario*), el 8 de noviembre de 1979, en *Diário da Justiça* del 14 de diciembre de 1979, pág. 9443.