

Capítulo II

SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ESPACIALES DE LEYES

1. Formas de solución de los conflictos de leyes	47
2. La solución directa de los conflictos de leyes	49
3. La solución semidirecta de los conflictos de leyes	58
4. Las soluciones de los conflictos de leyes en el derecho internacional privado brasileño	64

CAPÍTULO II

SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ESPACIALES DE LEYES

SUMARIO: 1. *Formas de solución de los conflictos de leyes: directa, semidirecta e indirecta.* 2. *La solución directa de los conflictos de leyes: el derecho sustantivo uniforme.* 3. *La solución semidirecta: el derecho internacional privado uniforme.* 4. *Las soluciones de los conflictos de leyes en el derecho internacional privado brasileño.*

1. FORMAS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE LEYES

Planteado, como acabamos de ver en el capítulo anterior, el problema de los conflictos espaciales de leyes, en sus aspectos principales, debemos ahora abordar la cuestión correlativa y específica de las diversas soluciones que han sido propuestas para eso.

Es preciso de antemano anotar que tales conflictos podrían, en principio, perder toda significación, y prácticamente desaparecer, si cada Estado resolviera aplicar de modo sistemático a todas las relaciones que surgiesen su propio derecho, el derecho local. Pero, ante la intensificación creciente de las relaciones recíprocas entre individuos de países diferentes, es fácil comprender la dificultad o, mejor aún, la inconveniencia que representaría para la estabilidad de las relaciones jurídicas la aplicación rígida del principio de la territorialidad.

Y justamente porque esa solución simplista es, en ciertos aspectos, arbitraria, a menudo no ha interesado a ningún Estado, habiendo procurado éstos otras fórmulas que permitan resolver de modo más satisfactorio el problema de los conflictos espaciales de leyes.

Los especialistas, generalmente, señalan como medios para resolver los mencionados conflictos, dos tipos principales de soluciones: la *directa* o *inmediata*, consustanciada con la unidad legislativa del derecho sustantivo o del derecho internacional privado,³³ y la *indirecta* o *mediata*, representada por la aplicación del derecho internacional privado.

³³ Algunos autores engloban bajo la misma denominación (*unidad legislativa*)

Ilmar Penna Marinho las denomina con agudeza, “las dos coordenadas en la solución de los conflictos de leyes en el espacio: la de unificación legislativa y la de armonización”, y establece así la diferencia entre ellas:

la primera se empeña en suprimir el carácter diverso de las legislaciones, con la creación de leyes uniformes para los múltiples problemas que, cotidianamente, aparecen en los diferentes ordenamientos jurídicos; la segunda consiste en señalar, para determinado caso, la ley competente y capaz de resolverlo.³⁴

Aceptamos, nosotros también, en líneas generales, esa clasificación de las soluciones propuestas para los conflictos espaciales de leyes.

Nos parece, sin embargo, que, aun aceptándola, se podría completar distinguiendo, dentro de la unidad legislativa, la unificación del derecho sustantivo de la unificación del derecho internacional privado. Reservaríamos para la primera la denominación de *solución directa*, rotulando a la segunda como *solución semidirecta*. Veamos por qué.

La uniformación del derecho sustantivo presupone la elaboración, por ejemplo, de normas iguales de derecho privado por parte de los diferentes Estados. Es evidente que, de ser eso posible, desaparecerían los conflictos espaciales de leyes, y la averiguación de la ley aplicable perdería prácticamente importancia, ya que las diversas reglas de factible aplicación a un mismo caso serían iguales.

Esta solución es, obviamente, *directa*, porque resuelve *inmediatamente* el problema. Más aún, evita que éste se plantee.

La uniformación del derecho internacional privado, en cambio, ya constituye un fenómeno diferente. Producida, por un lado, la concurren-

la unificación del derecho sustantivo y del derecho internacional privado, lo que ocasiona a menudo serias dificultades para la buena comprensión del asunto. Otros prefieren, por eso, usar expresiones diferentes para señalar cada uno de los tipos de unificación arriba referidos. Reservan así la expresión *unidad legislativa* para el derecho sustantivo uniforme y confieren a la elaboración de normas coincidentes de derecho internacional privado el rótulo de *armonía legislativa*. En este, como en otros problemas abordados, nos parece secundaria, hasta cierto punto, la cuestión terminológica. Lo importante es subrayar la diferencia entre las dos formas de uniformación, y nos parece al respecto magnífica la lección de Quintín Alfonsín: ...la uniformidad de los derechos privados internacionales y la uniformidad de los derechos privados nacionales, si bien persiguen el mismo fin, usan procedimientos recíprocamente excluyentes, pues la uniformidad de las normas para resolver los *conflictos de leyes* supone que existe diferencia entre los derechos privados, y por su parte, la uniformidad de los derechos privados supone la eliminación de los *conflictos de leyes* y de las normas que los resuelven (*op. cit.*, p. 325).

³⁴ *Direito comparado, Direito internacional privado, Direito uniforme*, Río de Janeiro, 1938, pp. 435 y 211.

cia de leyes en el espacio por la diversidad de legislaciones sustantivas existentes y, por otro lado, la uniformidad de las reglas de derecho internacional privado elaboradas por los diversos países, existiría también la imposibilidad de formación de los llamados conflictos de segundo grado, ya que no habría necesidad de indagar cuál sería el sobrederecho aplicable, si todos fuesen iguales.

Decimos que esta última solución puede llamarse *semidirecta*, porque ella no evita totalmente el problema del conflicto de leyes en el espacio: no puede impedir que se formen las concurrencias de primer grado; evita apenas que se produzcan los conflictos de segundo grado.

La solución más común y más frecuente, sin embargo, es aún la elección de la ley más adecuada del derecho internacional privado —entre dos o más, en principio aplicables— para regir determinada relación privada.

Se dice que esta solución es *indirecta* porque, como subrayamos en el capítulo anterior, nuestra disciplina no tiene por objeto la apreciación directa de ninguna relación. No atañe nunca, de modo inmediato, a los hechos de la vida social. Lo hace sólo *mediatamente, indirectamente*, a través de la selección, de la opción, de la pesquisa de la ley que deberá ser aplicada a estos hechos o a aquella relación.

Esbozados así los contornos principales de las soluciones que, en el escenario internacional, buscan garantizar la continuidad de la vida jurídica de los individuos, independientemente de fronteras o de líneas divisorias, asegurando al mismo tiempo el respeto al derecho extranjero, pasaremos a analizar, ahora en sus detalles más relevantes, cada una de esas soluciones.

2. LA SOLUCIÓN DIRECTA DE LOS CONFLICTOS DE LEYES

En la uniformación del derecho sustantivo, o sea, en la elaboración por los Estados de leyes sustantivas que no se diferencien unas de otras, reside uno de los medios propuestos para resolver —por supresión— los conflictos de leyes en el espacio.

Como ya hemos dicho en otro lado:

continuaría habiendo, por supuesto, en ese caso, relaciones jurídicas compuestas exclusivamente por elementos nacionales; otras, conteniendo sólo elementos extranjeros; finalmente, otras que implicasen elementos nacionales y elementos extranjeros. Subsistiría así, por consiguiente, la importancia *teórica* de los conflictos de leyes, pero su

importancia práctica desaparecería, toda vez que, siendo idénticas las leyes sustantivas, no habría diferencia en cuanto a la solución si se aplicase el derecho positivo de éste o de aquel país.³⁵

Dentro de la doctrina especializada vamos a encontrar los argumentos más extremos en pro y en contra del derecho uniforme: sobre la posibilidad y la conveniencia de su elaboración; sobre los esfuerzos que, en ese sentido y a lo largo de la historia, se pueden anotar; sobre los resultados que, aquí y allá, han contribuido a su evolución.

Para delimitar bien la materia relacionada con el derecho uniforme, entendemos que, ante todo, deben especificarse tres problemas principales: su distinción del derecho internacional privado; la cuestión de saber si él excluye la finalidad específica del derecho internacional privado en la solución de los conflictos espaciales de leyes; la viabilidad o inviabilidad de su elaboración.

a) Existe una diferencia básica entre el derecho uniforme y el derecho internacional privado, que no deben y no pueden —a nuestro modo de ver— ser confundidos, no obstante la indiscutible autoridad del internacionalista holandés Jitta, que consideraba al primero como una ampliación del segundo y afirmaba que no hay oposición entre la uniformidad y la armonía, ya que “*l’harmonie régne seule et sans partage*”.³⁶

Esa diferencia es destacada, entre los autores brasileños, por Amílcar de Castro e Ilmar Penna Marinho, cuyas lecciones merecen reproducción integral.

Afirma el primero:

El derecho uniforme no es una rama del derecho, no es parte de la ciencia o del arte jurídicas, tampoco del derecho positivo, pues consiste en la simple semejanza de los derechos positivos; mientras que el derecho internacional privado, visto por algunos como técnica de aplicación del derecho, es una sección de la ciencia o del arte jurídica, con una finalidad propia que no es, en modo alguno, la de uniformar el derecho. Además, prácticamente, salvo en cuanto a algunos asuntos especiales, la uniformidad no es realizable, ni es deseable o ventajosa, porque el derecho, innegablemente, está más o menos adecuado a la región, a la raza, a las tradiciones, a las costumbres, a la lengua, a la religión y a los recursos y necesidades de cada pueblo.³⁷

³⁵ Cfr., nuestro *O objeto do direito internacional privado*, Rio de Janeiro, 1956, p. 89.

³⁶ *La méthode du droit international privé*, La Haya, 1880, pp. 242 y 244.

³⁷ *Op. cit.*, vol. 1, pp. 42 y 43.

Enseña el segundo:

El derecho uniforme no debe en absoluto confundirse, en un concepto tumultuoso, con el derecho internacional privado. Son, uno y otro, dos entidades jurídicas entre las que no puede haber conmixtión, sea por la antinomia profunda de sus constituciones, sea por el alcance divergente de sus finalidades. Su combinación híbrida en un principio único se asemeja al fenómeno disolutivo de la catálisis, en el que un cuerpo excluye al otro sin que el primero sufra ninguna alteración. Y ello porque los ritmos diferentes de dos derechos, en la pulsación internacional de sus existencias, no se pueden condensar en la consonancia de una sola personalidad jurídica. Todo en ellos clama por la dicotomía fundamental, la razón de ser de sus objetos antagónicos. El derecho internacional privado es el plexo de normas por las cuales son juzgados los conflictos de leyes privadas de los diferentes Estados; el derecho uniforme, el conjunto de reglas que extinguen definitivamente los conflictos de esas leyes, mediante soluciones inmediatas y uniformes.³⁸

El derecho uniforme puede ser encarado desde varios ángulos.

Quintín Alfonsín, entre otros autores, analizando la cuestión, distingue en primer lugar dos especies de uniformidad: la *espontánea* y la *dirigida*.

La primera se origina en factores históricos y sociales que llevan a las naciones a recorrer caminos comunes en materia de legislación, y tiene como ejemplos típicos a Francia y Bélgica, que adoptaron el mismo Código Civil, porque estuvieron otrora reunidas en un solo Estado.

La segunda es aquella que se debe a la intervención de gobiernos, de organismos internacionales o de instituciones privadas y se revela a través de la *recepción* (acto unilateral de adopción de reglas extranjeras); del *entendimiento* previo, alcanzado mediante el trabajo de comisiones mixtas de jurisconsultos, sin la rúbrica de un compromiso solemne por parte de los Estados; de las *convenciones internacionales*, por las cuales los Estados se comprometen a adoptar normas comunes de derecho sustantivo.³⁹

La clasificación que, en resumen, acabamos de reproducir, es susceptible de complementación que, según nuestro modo de pensar, se vuelve perfectamente aceptable.

La historia nos muestra ejemplos de otro tipo de uniformación, que

³⁸ *Op. cit.*, p. 378.

³⁹ *Op. cit.*, p. 328, véase también, sobre el tema, Tenório, Oscar, *op. cit.*, vol. I, p. 38.

no fue mencionado por el eminente profesor uruguayo: es la unificación legislativa resultante de la supremacía, transitoria o permanente, de un pueblo sobre otros pueblos.

Son ejemplos clásicos de esa unificación el *ius gentium* de los romanos, común a todos los pueblos sometidos al dominio del César, y el Código Napoleónico, otorgado por Francia a los países sometidos por ella.

Esa unificación derivada de una *imposición coercitiva*, podrá ser clasificada entre las formas de unificación dirigida, pero, en realidad, más que dirigida es *impuesta* por la fuerza.

Sea cual fuere el ángulo desde el cual encaremos al derecho uniforme, éste se presenta como sustancialmente distinto al derecho internacional privado: en último análisis, el derecho uniforme presupone la unidad del derecho positivo, y el derecho internacional privado, por el contrario, resulta de la divergencia, a menudo profunda, que diversifica los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

b) La unificación del derecho sustantivo, o, mejor aún, las tentativas que en ese sentido se esbozaron, sugieren la siguiente pregunta: realizada —en hipótesis— la unificación del derecho sustantivo (por lo menos, entre las naciones civilizadas), descartándose así la posibilidad de formación, en el espacio, de conflictos de leyes, ¿desaparecería *ipso facto* el derecho internacional privado, ya que su finalidad específica es la solución de esos conflictos?

La mayoría de los internacionalistas han respondido afirmativamente a esa interrogante; y tal punto de vista, defendido por Asser en 1880, constituye la doctrina clásica sobre el asunto.⁴⁰

Otros, con todo, sustentan la opinión contraria y afirman la posibilidad de coexistencia de un derecho sustantivo uniforme y del derecho internacional privado.

Joseph Jitta, ya citado, va aún más lejos y considera la uniformidad legislativa *como parte del objeto del derecho internacional privado, junto a los conflictos de leyes en el espacio*.

Según este autor, los que oponen el derecho internacional privado al derecho uniforme adjudican a nuestra disciplina una acepción excesivamente estrecha y la reducen al papel de “guillotina de los conflictos de leyes”, cometiendo un error deplorable; para Jitta, el derecho inter-

⁴⁰ “Droit international privé et droit uniforme”, en *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, La Haya, 1880, pp. 5-22.

nacional privado debe ser conceptualizado, en sentido amplio, como *el derecho privado de la sociedad universal de los individuos*. En ese sentido, concluye el jurista holandés, el derecho uniforme, en vez de ser la negación de nuestra ciencia, es, por el contrario, una de las formas a través de las cuales ella se manifiesta.⁴¹

La doctrina de Jitta no encontró, sin embargo, resonancias positivas en la doctrina moderna. Sin descender a críticas profundas y detalladas de esa teoría, nos parece que éstas pueden resumirse en la observación precisa y contundente de Romero Del Prado: “Sostener que la uniformidad legislativa es fin que persigue el derecho internacional privado, importa tanto como admitir que busca, en definitiva, su propia desaparición, lo que es absurdo.”⁴²

En 1928, entretanto, el profesor argentino Carlos Vico, en una conferencia pronunciada en la *Internacional Law Association*, pretendió revivir las ideas de Jitta, afirmando que el derecho internacional privado “comprendía el medio de solución de los conflictos legislativos constituido por la uniformidad de las leyes”.⁴³

El jurista brasileño Rodrigo Octavio refutó, en carta abierta, la doctrina de Vico, afirmando de modo categórico y definitivo que “la legislación uniforme y derecho internacional privado no son cosas que puedan andar juntas, pues corresponden a dos sistemas positivamente antagónicos: es necesario escoger uno de ellos, porque uno excluye al otro”.⁴⁴

Ésta ha sido la constante orientación de los internacionalistas brasileños, a través, entre otras, de las obras de Haroldo Valladão e Ilmar Penna Marinho.⁴⁵

Más recientemente, Amílcar de Castro volvió a debatir el tema, subrayando el hecho de que la incompatibilidad entre el derecho uniforme y el derecho internacional privado sólo corresponde a la realidad en el caso particular del *derecho uniforme convencional*.

Cuando la uniformidad de la legislación sustantiva no resulta del acuerdo expreso de los Estados —representando, en consiguiente, un sim-

⁴¹ *Op. cit.*, p. 248.

⁴² *Op. cit.*, vol. I, p. 576.

⁴³ “La legislación uniforme y el derecho internacional privado”. Comunicación del 30 de mayo de 1928, en la *Internacional Law Association* (filial argentina), *Boletín*, 2da. serie, p. 43. *Cfr.*, Espínola, Eduardo, y Eduardo Espínola hijo, *op. cit.*, vol. II, p. 45.

⁴⁴ *O direito internacional privado*, Río de Janeiro, 1942, p. 172.

⁴⁵ Valladão, Haroldo, *Direito internacional privado, direito uniforme e direito comparado*, pp. 124 y ss., separata de *Ciencias Jurídicas*, Fortaleza, 1961; Penna Marinho, Ilmar, *op. cit.*, pp. 378-385. *Cfr.*, también Niboyet, J. P., *Principios de derecho internacional privado*, Madrid, s. f., p. 215.

ple hecho ocasional de coincidencia legislativa— el derecho internacional privado no perderá por eso, naturalmente, su razón esencial de existir.

El conflicto de leyes que surgiese por la presencia en una misma relación de elementos nacionales y extranacionales, no tendría —en virtud de la eventual identidad de las leyes que a ella se refieran— ninguna relevancia práctica. Subsistiría, sin embargo, como vimos más arriba, la importancia *residual* y *teórica* de saber a qué país correspondería la primacía de la solución del caso: “No habiendo convención al respecto, aun cuando ocasionalmente los derechos primarios coincidan, el derecho internacional privado no deja de existir, en la medida en que haya coexistencia de ordenamientos jurídicos independientes.”⁴⁶

Si, en cambio, la uniformidad fuese el resultado de una convención celebrada por los Estados con la finalidad exacta de evitar de esa manera las concurrencias espaciales de leyes, se podría admitir que esa uniformidad *sustituye* la función específica del derecho internacional privado, como forma de solucionar esas concurrencias, volviendo, por lo tanto, innecesaria su aplicación.

Evidentemente, esa uniformidad originada en actos internacionales *no es una solución perteneciente al derecho internacional privado*.⁴⁷ Pero, aunque permanezca ajena a los dominios de nuestra disciplina, tiene para ella gran interés, por su resultado inmediato: la supresión de los conflictos de leyes.⁴⁸

c) Queda por analizar un último problema relacionado con el derecho uniforme, y creemos que puede sintetizarse en la siguiente pregunta: ¿el derecho sustantivo *puede y debe* ser uniformado?

En primer lugar, es preciso distinguir entre la uniformación *parcial* y la uniformación *total* del derecho sustantivo, no sólo en cuanto al número de Estados que la acuerden, sino en lo que se refiere a la propia extensión de la materia unificada.

Supongamos, *ad argumentum*, que todas las naciones civilizadas celebrasen un convenio a través del cual adoptasen el mismo código de comercio. Tendríamos así una unificación parcial en cuanto a la materia, y total en cuanto al número de Estados que participaran en ella.

Si —yendo más allá en la hipótesis formulada— no sólo el derecho comercial sino todo el derecho privado hubiese sido convencionalmente

⁴⁶ *Op. cit.*, vol. 1, pp. 40-41. Véase también Alfonsín, Quintán, *op. cit.*, pp. 331-332.

⁴⁷ Goldschmidt, Werner, *op. cit.*, vol. 1, p. 30; Amílcar de Castro, *op. cit.*, vol. 1, p. 42.

⁴⁸ Niboyet, J. P., *op. cit.*, *loc. cit.*

unificado, tendríamos un caso de uniformación total, no solamente en cuanto al número de Estados participantes, sino en lo que dice relación con la materia legislativa unificada.

Imaginemos ahora sólo dos Estados que pasan a adoptar en sus relaciones recíprocas las mismas leyes de derecho marítimo. En este segundo ejemplo, hay unificación parcial en cuanto a la materia, y también parcial en lo que se refiere a los Estados que se pusieron de acuerdo.

Si, finalmente, esos mismos Estados llegasen, a través de una convención, a uniformar todo su derecho privado, tendríamos una unificación total en cuanto a la materia, pero parcial en cuanto a los Estados que la establecieran.

La unificación total, sin embargo, es una utopía irrealizable dentro de nuestra contingencia histórica. Ya se ha dicho con razón:

No es posible concebir, en la actual organización del mundo, una ley internacional común a todas las naciones. No existe, ni puede existir autoridad alguna para dictarla. Tampoco cabe pensar en que la acción interior produzca esa uniformidad, reformándose los preceptos de cada legislación nacional por sus autoridades competentes hasta ser todas idénticas. Ni hay fuerza de opinión que mueva en tal sentido la acción pública, ni debe pensarse en que surja por ahora.⁴⁹

De esta manera —y aquí las opiniones de los internacionalistas parecen unirse en un común denominador—, sólo se puede pensar en la uniformación *parcial* del derecho, porque sólo ella es posible, por lo menos en la coyuntura de la realidad contemporánea.

Y aun la uniformación parcial, se vuelve realizable únicamente entre Estados que ya tengan —por circunstancias históricas— legislación semejante y que mantengan frecuentes, acentuadas y recíprocas relaciones,⁵⁰ permaneciendo en un similar nivel de desenvolvimiento material y cultural.

No podemos, por cierto, dejar de lado ni menospreciar los diversos movimientos tendientes a la consecución de un derecho uniforme; merecen destacarse no sólo las iniciativas provenientes de organismos e instituciones internacionales, sino también los proyectos individuales de códigos uniformes.

Sin embargo, a pesar del optimismo de muchos internacionalistas adptos a la uniformación, no se puede afirmar que los resultados de aquellos

⁴⁹ Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, Habana, 1931, vol. 1, p. 47.

⁵⁰ Demogue, *L'unification du droit international privé*, París, 1927, pp. 9 y 121.

movimientos y de esas iniciativas se hayan correspondido íntegramente con las expectativas y, hoy por hoy, se llegó a la conclusión de que, incluso dentro de límites estrechos, la uniformidad legislativa no se puede conseguir con facilidad.

La doctrina adjudica a varias circunstancias la responsabilidad de las dificultades prácticas de la unificación del derecho positivo.

Se ha dicho, verbigracia, que:

si actualmente son muy modestos los resultados obtenidos en este sentido, débese más bien que a la dificultad técnica en cuanto al hallazgo de las normas comunes a varios países que deben ser mantenidas y al señalamiento de las de algún Estado susceptibles de ser sacrificadas, a la dificultad de puesta en marcha del procedimiento convencional, único posible de creación de normas escritas entre Estados independientes.⁵¹

Por otro lado se señala que, difícilmente, aun cuando no mediasen razones de orgullo nacional, un Estado renunciaría a los códigos o leyes que haya promulgado —por juzgarlos buenos y adecuados a la realidad nacional— a cambio de leyes o de códigos uniformes.

Se argumenta finalmente que, si se realizase entre algunos Estados la unificación parcial del derecho sustantivo, ésta no podría subsistir por mucho tiempo, porque la hermenéutica de la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia de los tribunales —influida por las condiciones sociales y culturales de cada pueblo— se encargarían de conferirle nuevamente un contenido diversificador, aumentando o restringiendo su radio de alcance y distorsionando el sentido de su aplicación.

No siempre, por cierto, esos obstáculos anotados constituyen, aisladamente por lo menos, un impedimento absoluto a la elaboración de un derecho uniforme. Apreciados en conjunto, sin embargo, difícilmente se podría pensar en superarlos con los recursos de que disponemos en el estadio actual de las convicciones jurídicas de los pueblos contemporáneos.

Pero, dentro de la pregunta que antes formulamos, aparte de la dificultad material y técnica de llegar a un régimen de unificación del derecho sustantivo, es preciso inquirir si es conveniente o inconveniente que se intente y que se obtenga esa unificación.

También aquí las opiniones de los autores se separan y contraponen.⁵²

⁵¹ Miaja de la Muela, Adolfo, *Derecho internacional privado*, Madrid, 1954, vol. I, p. 30.

⁵² V. al respecto, Calandrelli, Alcides, *Cuestiones de derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1911. pp. 20-22.

Entre los que combaten la corriente uniformadora del derecho, encontramos a Pasquale Fiore, quien considera la diversidad de legislaciones como un hecho *natural y necesario*:

Natural, porque la legislación de cada Estado debe ser la más exacta expresión de las necesidades especiales de cada pueblo, teniendo en cuenta el estado actual de su cultura, su grado de civilización, y el conjunto de circunstancias históricas en que el pueblo se halla en cada época. Por consiguiente, debiendo ser cada sistema de leyes la expresión del bien relativo, esto es, de aquello que puede ser más conveniente en determinadas circunstancias de lugar y tiempo, es evidente que las instituciones jurídicas deben ser distinguidas en los diversos países; *necesario*, porque el progreso de la legislación es condición indispensable para la vida del derecho positivo, es lo que hace variable el derecho dentro de cada Estado, y que sea absolutamente distinto en los diversos países.⁵³

En el mismo sentido se manifiesta Fedozzi, afirmando que la estabilidad del derecho privado (y lo mismo se podría afirmar del derecho en general) no es propicia al progreso de la ciencia jurídica. Los Estados no evolucionan con la misma rapidez, ya sea en el campo social o en la esfera legislativa; la uniformidad, entonces, los obligaría a mantener una velocidad también uniforme que para muchos de ellos podría corresponder a un estancamiento obligatorio de su evolución.⁵⁴

Es muy cierto que Pradier Fodéré entendía que el espíritu de democracia y de reforma social, que poco a poco penetra en las sociedades modernas, más temprano o más tarde, ha de completar esa obra de unificación, hasta hoy considerada como irrealizable.⁵⁵ Y no deja tampoco de ser cierto que en los días que corren, en función —sobre todo— de la organización internacional de producción económica, se ha hecho en ciertas zonas del mundo un esfuerzo en el sentido de integrar, inclusive jurídicamente, esto es, por la adopción de leyes uniformes, regiones enteras y países distintos, como se realiza en Europa, especialmente a través del Mercado Común, y en América, con la tentativa aún incipiente de la ALALC.

De manera general, sin embargo, la doctrina aún persiste en observar, con razón, que no es posible “hacer pasar sobre el globo terráqueo la aplanadora de una absoluta uniformidad jurídica, sofocando las

⁵³ *Derecho internacional privado*, Madrid, 1889, vol. I, pp. 43 y 44.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 322.

⁵⁵ *Apud*, Calandrelli, *op. cit.*, *loc. cit.*

condiciones históricas y geográficas, las exigencias religiosas, éticas, económicas, sociales, que justifican las normas de derecho positivo de cada grupo".⁵⁶

La célebre frase de Pillet —*nous croyons, en un mot, que si la diversité des lois n'existait pas on la créerait*— * escrita hacia fines del siglo XIX, mantiene su actualidad, como ocurre con las frases que poseen un contenido profundo.

Solamente en condiciones excepcionales, excepcionalísimas —el superlativo es indispensable—, la uniformidad legislativa se hace posible y recomendable, y aún así, restringida en el espacio y, sobre todo, limitada en razón de la materia de las leyes unificadas, pues, como dice Goldschmidt: "La vida no ha de ser uniforme, sino variada, no pobreza, sino abundancia. Desearíamos uniformidad en los detalles; pero deploraríamos sinceramente la desaparición de concepciones diversas respecto a problemas fundamentales."⁵⁷

3. LA SOLUCIÓN SEMIDIRECTA DE LOS CONFLICTOS DE LEYES

El segundo camino para la solución de los conflictos de leyes en el espacio está representado por la unificación del sobrederecho, o, mejor dicho, en el caso particular que nos ocupa, del derecho internacional privado.

Ya no se trata de uniformar el derecho sustantivo, sino de uniformar el derecho internacional privado o, más bien, según prefieren algunos autores, de *codificarlo*.

La primera solución constituiría —como señalamos anteriormente— una uniformidad legislativa; la segunda, equivaldría a la armonía de las soluciones, dentro de la variedad de legislaciones sustantivas.

Veamos, a través de un ejemplo práctico, la diferencia esencial y profunda entre las dos soluciones anotadas por los autores para subsanar el problema de los conflictos espaciales de leyes:

a) Supongamos, en primer lugar, un caso jusprivatista con elemen-

⁵⁶ Valladão, Haroldo, *Direito internacional privado, direito uniforme e direito comparado*, p. 121.

* ... creemos, en una palabra, que si la diversidad de leyes no existiese, la crearíamos. (Traducción del texto francés; n. de la t.)

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 31.

tos extranacionales, verbigracia, un matrimonio en Brasil, de un brasileño con una uruguaya.

Si entre el Uruguay y el Brasil hubiese uniformidad de leyes civiles, establecida por convención, no surgiría —en la práctica por lo menos— el problema de la ley aplicable: tanto el Código civil brasileño como el Código civil uruguayo podrían, *indistintamente*, regir el acto y sus consecuencias, ya que ambos serían, en virtud de la unificación convencional, *exactamente iguales*.

b) Supongamos ahora el mismo caso concreto, con esta diferencia: la tarea unificadora no se habría realizado en relación a las leyes civiles uruguayas y brasileñas, sino en relación al derecho internacional privado de los dos países.

El conflicto de primer grado se establecería, por lo tanto, a partir del momento en que, en el espíritu de quien aplica la ley, surge el interrogante: ¿qué ley debe aplicarse, la de Brasil o la de Uruguay?

Si se buscara la respuesta a esa pregunta en el sector de reglas indirectas, el problema sería fácil y pacíficamente resuelto, ya que, siendo iguales esas reglas, apuntarían, por supuesto, a la misma dirección.

Es preciso no confundir, repetimos: en el primer ejemplo, *las normas de derecho civil de posible aplicación* serían iguales; en el segundo, *las normas indirectas señalarían el mismo derecho civil*.

La uniformación del derecho internacional privado puede realizarse —creemos— de forma análoga a la unificación del derecho sustantivo; en otras palabras, también aquí se podría hablar de *uniformidad espontánea y uniformidad dirigida (o artificial)*.

La primera tiene lugar cuando varios Estados —procediendo cada uno aisladamente— establecen normas iguales de derecho internacional privado.

Como acontece con el derecho sustantivo unificado, esa coincidencia legislativa no tendría carácter permanente: los Estados podrían removerla cuando lo desearan y, aun si no lo hiciesen, el intérprete y el aplicador de la ley se encargarían paulatinamente de alterarla.

Esa uniformidad existió, en una época, entre Chile y Uruguay, que mantuvieron hasta 1941 —en que se modificó el derecho internacional privado uruguayo— textos prácticamente iguales de normas indirectas.

La uniformidad dirigida, a su vez, se alcanza a través de convenios internacionales, entre los cuales —como ejemplos más próximos— debemos citar los *Tratados de Montevideo*, de 1889 y 1939, y la *Convención*

de La Habana, de 1928, que adoptó el Código Bustamante, destinado a regular los conflictos espaciales de leyes en toda América Latina.

Ya no se trata ahora de un hecho fortuito y ocasional, sino de una coincidencia legislativa expresamente procurada por los Estados, por la fuerza de un convenio celebrado entre ellos.

Quintín Alfonsín considera la uniformidad convencional de las normas indirectas como la única susceptible de duración. Levanta contra ella, sin embargo, el argumento de que tal solución escapa al ámbito del derecho internacional privado, ya que las reglas que la estableciesen —originadas en un tratado— serían reglas de derecho de gentes.⁵⁸

Un punto de vista semejante defiende Goldschmidt, cuando afirma que la uniformación de las normas indirectas:

incumbiría realmente a la ciencia del derecho internacional privado, sin que se deba echar en olvido que los medios eficaces de alcanzarle proceden de la órbita del derecho internacional público: tratados y derecho consuetudinario. En efecto, otros métodos de unificar los derechos internacionales privados, como resoluciones en congresos científicos, recomendaciones de autoridades internacionales como la ONU, etcétera, son siempre precarios tanto en su eficacia inicial como en su perseverancia, ya que cualquier país en un momento dado podría cambiar de parecer.⁵⁹

No discutimos el fundamento de estos argumentos, ni la autoridad incuestionable de quien los formula. Nos parece, sin embargo, que cabe a este respecto la misma observación dirigida a la unificación convencional del derecho sustantivo: el instrumento de uniformación del derecho internacional privado, en el caso en análisis —vale decir, el convenio que la establece— es, evidentemente, de derecho de gentes; los resultados, no obstante, de la aplicación de las normas así elaboradas, se reflejan directamente en nuestra disciplina, desde que ellos representan la solución de los conflictos espaciales de leyes de primer grado, impidiendo al mismo tiempo, que se formen concurrencias de segundo grado.

No es reciente —conviene destacar— la idea de la uniformación de las normas indirectas, como *solución terapéutica* (digamos así) para los conflictos de primer grado y *profiláctica, radicalmente profiláctica*, en relación con los contactos de segundo grado.⁶⁰

⁵⁸ *Op. cit.*, pp. 325-327.

⁵⁹ *Op. cit.*, vol. 1, p. 31.

⁶⁰ Algunos autores afirman que, en el derecho antiguo, en las obras de Voet y Boullenois, por ejemplo, se hacía referencia al concepto de codificación, a través de

Ya en 1861, Mancini defendía la necesidad y la conveniencia de codificar el derecho internacional privado. En ese sentido realizó varias tentativas —autorizadas por el gobierno de su país— junto a Francia, a Alemania y a Bélgica. Muchas circunstancias impidieron el éxito de esos primeros esfuerzos de Mancini. En 1873, sin embargo, cuando se instaló en Gand el Instituto de Derecho Internacional, este jurista consiguió ver aprobada su propuesta de reconocimiento por aquel alto órgano de la utilidad de la elaboración de normas uniformes de derecho internacional privado.

Con esa finalidad se nombró una comisión que, en la siguiente reunión del Instituto, realizada en 1874 en Ginebra, presentó su relatorio, firmado por el propio Mancini y por Asser, otro paladín de la uniformación legislativa.

Se proclamó, entonces, bajo la égida del Instituto de Derecho Internacional, la utilidad de un acuerdo común sobre reglas uniformes de derecho internacional privado, debiendo resolverse de conformidad con ellas, por los Estados contratantes, las cuestiones relativas a las personas, a los bienes, a los actos jurídicos, a las sucesiones, a los procedimientos y a las sentencias extranjeras.

Se desaconsejaba la uniformidad completa de los códigos y de las leyes, por constituir esa medida un obstáculo a los progresos del derecho positivo, pero se recomendaba que, sin ofender la autonomía legislativa de los Estados, éstos llegasen, a través de un convenio expreso, al establecimiento de normas uniformes de derecho internacional privado, para que los conflictos de leyes sustantivas que acaso surgiesen, no ofrecieran dificultades o divergencias en cuanto a su solución.

A pesar de ése y de otros autorizados pronunciamientos, la unificación de las normas indirectas ha suscitado casi tantas controversias como la uniformidad del derecho sustantivo.

Algunos internacionalistas, no solamente juzgan posible la uniformación del derecho internacional privado, sino que la recomiendan. Otros, al contrario, la consideran impracticable y, sobre todo, inconveniente e indeseable.

Entre nosotros, por ejemplo, Eduardo Espínola, ya en 1925, declaraba:

tratados, del derecho internacional privado. Niboyet menciona también que, en la época áurea de las ciudades italianas, se celebraron entre ellas numerosos convenios en aquel sentido (*op. cit.*, p. 64, nota 1). Como considera, sin embargo, el mismo autor, tales convenios trataban más bien de la condición jurídica del extranjero (derecho sustantivo, por lo tanto) que de los conflictos de leyes.

Si los Estados cultos modernos se reuniesen con la firme convicción de la necesidad de tener reglas uniformes sobre la competencia de los sistemas legislativos, y llegasen a la elaboración de un código de derecho internacional privado, de tal manera que en cualquiera de los respectivos territorios siempre se tuviese que aplicar la ley personal del extranjero a determinados hechos y relaciones jurídicas y la ley territorial, de la misma forma y con la misma constancia, a otros casos, el derecho internacional privado, lejos de desaparecer, adquiriría mayor seguridad y prestigio, figurando, con la misma eficacia pero con contenido perfectamente distinto, al lado del derecho positivo interno de cada país.⁶¹

En el mismo sentido se manifiesta Niboyet, declarando que tal procedimiento es el más recomendable y el que menos dificultades presenta, ya que exige del Estado sólo el sacrificio de sus normas nacionales indirectas, dejando absolutamente intacta su legislación interna, compuesta por lo que él denomina *reglas de fondo del derecho*.⁶²

También Fiore puede considerarse como un apologista de la unificación convencional del derecho internacional privado. En efecto, afirma:

A la definitiva resolución del problema sólo se llegará cuando los Estados se hayan puesto de acuerdo, estipulando en un tratado general las reglas relativas a la autoridad territorial y extraterritorial de las leyes; y de este modo se establecerá entre los mismos un derecho común y se podrá obtener la uniformidad de la jurisprudencia internacional para resolver los respectivos conflictos de las legislaciones. A esto debe tender nuestra ciencia. La mayor parte de los Estados civilizados han aceptado ya ciertos principios comunes, tales como los relativos a la forma de los actos, a la capacidad jurídica de las personas, etcétera, y se puede esperar con razón que, en un tiempo más o menos lejano, serán aceptados los demás principios que la ciencia demuestre que son los mejores para resolver los conflictos que surgir puedan entre las leyes de los diversos Estados.⁶³

Riccardo Monaco, por su parte, parece asimismo considerar la codificación del derecho internacional privado como el medio de evitar los inconvenientes originados en la diversidad de leyes sustantivas elaboradas por los Estados. Se expresa así el jurista italiano:

⁶¹ *Elementos de direito internacional privado*, Río de Janeiro, 1925, pp. 37 y 38.

⁶² *Op. cit.*, p. 315. Véase también Lepaulle, Pierre, *Le droit international privé*, París, 1948, pp. 68 y ss.; Overbek, Alfred E. von, "Divers aspects de l'unification du droit international privé, spécialement en matière de successions", en *Recueil des Cours*, Leyden, 1962, vol. 104, pp. 533 y ss.

⁶³ *Op. cit.*, vol. 1, p. 52.

*Di fronte alla grande difformità dei singoli sistemi statuali di Diritto Internazionale Privato e delle relative norme, ad ovviare ai gravi inconvenienti che ne derivano per l'individuazione della norma di diritto materiale aplicabile in concreto, gli Stati si impegnano appunto ad adottare nei loro ordinamenti le stesse norme di Diritto Internazionale Privato. Quando non è possibile, per il numero limitato degli Stati aderenti ad un convenzione di Diritto Internazionale Privato o per altri ragioni, mirare all'unificazione generale delle norme di Diritto Internazionale Privato, gli Stati pongono mediante accordi norme di diritto internazionale particolare le quali, nella ristretta cerchia degli Stati partecipanti, ed in rapporto all'oggetto dell'accordo, istituiscono uniformità fra le norme di Diritto Internazionale Privato.*⁶⁴

En posición diametralmente opuesta encontramos a Arminjon, para quien: “*L'unification du Droit International Privé —et il ne faut pas le regretter— est irréalisable; des obstacles insurmontables s'y opposent et s'y opposeront vraisemblablement toujours, quels que soient les procédés logiques dont on fasse usage.*”⁶⁵

En cuanto a la unificación convencional en particular, también la critica incisivamente el citado autor, afirmando que:

*comme les règles ainsi stipulées n'ont effet, en principe, qu'entre les États signataires, elles ont institué dans leurs législations deux sortes de règles de rattachement, les unes communes à ces États, les autres applicables aux conflits entre leurs lois et les lois des États tiers. C'est là une singulière façon d'unifier les doctrines du Droit International Privé!*⁶⁶

Se ha dicho, por otro lado, que entre los obstáculos que impiden la codificación del derecho internacional privado se deben subrayar:

la poca uniformidad de la doctrina; las susceptibilidades originadas por la preponderancia que se le quiere dar en esta materia a la noción

⁶⁴ *Manuale di diritto internazionale pubblico e privato*, Turín, 1949, p. 408.

⁶⁵ *Op. cit.*, vol. I, p. 46 y ss.

... la unificación del Derecho Internacional Privado —y no hay por qué lamentarlo— es irrealizable; obstáculos insuperables se oponen a ello y se opondrán verosímilmente siempre, cualesquiera sean los procedimientos lógicos de los cuales se haga uso. (Traducción del francés; n. de la t.)

⁶⁶ *Op. cit.*, loc. cit.

Como las normas así estipuladas no tienen efecto, en principio, más que entre los Estados signatarios, éstos han instituido en sus legislaciones dos clases de reglas vinculatorias: unas, comunes a estos Estados; otras, aplicables a los conflictos entre sus leyes y las leyes de los terceros Estados. ¡Es ésta una singular forma de unificar las doctrinas del Derecho Internacional Privado! (Traducción del texto en francés; n. de la t.)

de soberanía política, por sobre la conveniencia de elegir para cada relación jurídica la norma correspondiente a su naturaleza, sea cual sea dicha norma, a impulsos del exclusivismo nacionalista y de la decadencia de la buena fe que debiera reinar en materia internacional.⁶⁷

Werner Goldschmidt, a su vez, lejos de considerar —por los motivos ya expuestos— la unificación de las normas indirectas, deseable sólo dentro de reducidas proporciones, juzga precarias las posibilidades de concretarla, diciendo, en un lenguaje pintoresco, que refuerza la precisión característica de su estilo: “dada la diversidad de los derechos civiles, desempeña el problema de las calificaciones el papel de la serpiente en el paraíso y las jurisprudencias nacionales el de Eva y Adán”.⁶⁸

Frente a las opiniones que acabamos de transcribir y las consideraciones expuestas, nos parece conveniente registrar que —en la realidad jurídica contemporánea, por lo menos— factores diversos y variadas circunstancias impiden que la codificación de las normas indirectas o el derecho sustantivo uniforme puedan aceptarse, de modo general, como solución definitiva y permanente para los conflictos espaciales de leyes.

Por eso es que, en forma menos ambiciosa y más realista, prefieren aún los Estados, a pesar de reconocer sus imperfecciones, proceder a la averiguación de la ley aplicable a través del derecho internacional privado, por ser ésta, en la coyuntura actual, la solución más práctica y accesible para el problema de los conflictos de leyes en el espacio.

4. LAS SOLUCIONES DE LOS CONFLICTOS DE LEYES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEÑO

Expresamos más arriba que —en virtud de la diversidad de leyes sustantivas diferentes, emanadas de los variados ordenamientos jurídicos internos— la solución que se encuentra para un eventual contacto espacial entre ellas, es la averiguación de la ley aplicable, a través de los métodos específicos del derecho internacional privado.

Ya no se trata ahora de *uniformar* ordenamientos legales distintos, sino de procurar *armonizarlos*, señalando el que, *momentáneamente*, deberá preponderar con respecto a determinada relación jurídica.

⁶⁷ Abramovitch, Enrique César, *Derecho Internacional privado*, Buenos Aires, 1943, p. 32.

⁶⁸ *Op. cit.*, *loc. cit.*

Se dice comúnmente que esa solución constituye una solución *indirecta* del conflicto. De hecho así es, porque —ya lo señalamos también— el derecho internacional privado no resuelve *inmediatamente* el conflicto, se limita, en realidad, sólo a indicar el derecho sustantivo o material que será aplicado.

Con todo, no debe pensarse que esa predominancia momentánea se admita y se opere:

por simple cortesía o urbanidad, tolerancia, conveniencia, utilidad ocasional, imposición, reciprocidad de tratamiento, a menos que se pretenda erigir el arbitrio en regla de conducta internacional, en la organización de las relaciones jurídico-privadas. Lo que lleva a acoger determinada ley es el reconocimiento de su competencia normal para regular la relación o situación jurídica en cuestión, mediante un criterio jurídico uniforme.⁶⁹

El derecho internacional privado, por lo tanto, envuelve en su textura la consideración respetuosa del elemento extranjero y del derecho que lo pueda regir.

Este hecho se produce independientemente de la eventual existencia de convenios internacionales al respecto, y felizmente conserva —como lo reconoce la doctrina moderna— la naturaleza de derecho interno, siendo, por consiguiente, fruto de la voluntad unilateral del Estado.

Constituyendo, entonces, derecho interno nuestra disciplina, sufre evidentemente en su elaboración el impacto de las tradiciones legales de cada pueblo; acompaña las líneas maestras de la estructura jurídica de cada Estado; está condicionada, en fin, por los intereses, por las necesidades y por las conveniencias de cada país.

Como bien expresó Pedro Lessa:

en la formulación de las reglas de derecho, las naciones por medio de las costumbres y los legisladores por medio de las leyes, atendiendo a las necesidades comunes a todas las sociedades y a las condiciones especiales de cada una de ellas, establecen preceptos que son aplicaciones de leyes fundamentales, de principios que traducen esas necesidades comunes a las condiciones peculiares de cada gremio humano.⁷⁰

Podemos decir, en resumen, que el derecho internacional privado —*internacional* por sus soluciones— es *nacional* por los factores que

⁶⁹ Balmaceda Cardoso, P., *Ensaio de uma sistematização científica do direito internacional privado*, Rio de Janeiro, 1942, p. 24.

⁷⁰ *Estudos de filosofia do direito*, Rio de Janeiro, 1912, pp. 328-329.

presiden su elaboración y, también, por sus métodos, ya que el Estado puede adoptar libremente, a través de él, los criterios que mejor le parezcan para la determinación de la ley aplicable a las relaciones de carácter extranacional.

La consecuencia que se deriva de ese hecho es la gran variedad de sistemas y de normas de derecho internacional privado, variedad ésta que a su vez acarrea —en nuestro caso particular— la imposibilidad práctica de hacer, dentro del ámbito restringido de esta obra y dada su naturaleza, un examen del derecho comparado que envuelva las soluciones adoptadas en cada ordenamiento jurídico, a lo largo del tiempo y de la evolución legislativa de los pueblos.

Nos limitaremos, pues, a señalar en forma esquemática los rasgos fundamentales y genéricos del sistema positivo brasileño, acentuando aquellos aspectos que, eventualmente, nos servirán de base para el estudio específico de las soluciones de los conflictos espaciales de leyes de naturaleza laboral.

Las normas de derecho internacional privado brasileño se encuentran legisladas en la Ley de Introducción al Código Civil.⁷¹

Se afirma, incluso, que la Ley de Introducción es el derecho internacional privado brasileño. Ello, sin embargo, no corresponde a la realidad. En ese cuerpo legislativo están insertadas no solamente reglas relativas a nuestra disciplina, sino también normas integrantes de otras ramas de sobrederecho, como son el derecho hermenéutico, el derecho intertemporal, el derecho procesal internacional.

Desarrollada en sólo diecinueve artículos, la Ley de Introducción al Código Civil posee, sin embargo, considerable amplitud, en relación con los aspectos de la vida social que en forma mediata disciplina, y al círculo de aplicación sobre el cual incide.

Regula, en suma, la vida de las normas, su campo de vigencia en el ordenamiento jurídico interno o en confrontación con los demás ordenamientos, la manera de interpretarlas y de aplicarlas. Predetermina su eficacia en el plano vertical-horizontal, a la luz de los preceptos superiores, equivalentes o inferiores. Predetermina su vida en el tiempo, desde el nacimiento hasta la muerte y sus consecuencias

⁷¹ Decreto-Ley núm. 4657, de 4 de septiembre de 1942. El gobierno brasileño concibió la reforma de la Ley de Introducción dentro del esquema de reformulación general de los códigos nacionales. El anteproyecto de la nueva Ley de Introducción fue elaborado por el profesor Haroldo Valladão, de la Facultad Nacional de Derecho y, en el momento en que este libro se imprime, se tiene la sospecha de que difícilmente aquella importante iniciativa podrá prosperar.

posteriores. Predetermina su proyección en el espacio, en las situaciones conflictivas de los ordenamientos jurídicos nacionales y extranjeros, poniendo de relieve los respectivos elementos de unión.⁷²

No es la Ley de Introducción, empero, el único texto sistemático de reglas de sobrederecho que, en Brasil, nos sirve como punto de referencia. Es preciso no olvidar que, *ex vi* del Decreto número 18,871, de 13 de agosto de 1929, el Código Bustamante vale como ley interna brasileña, debiendo consultarse y obedecerse en las cuestiones en que estén interesados nacionales de los Estados americanos que también lo hayan ratificado.

En la Ley de Introducción, a partir del artículo 7o. y sus párrafos, encontramos normas específicas de derecho internacional privado que, como reglas de conflicto espacial, indican la ley competente y, al mismo tiempo, imponen a las autoridades del país el deber de aplicarla.⁷³

Para analizar las principales soluciones que da el derecho internacional privado brasileño a los conflictos de leyes, seguiremos la sistematización adoptada por el propio legislador:

a) La primera norma típica de derecho internacional privado que encontramos en la Ley de Introducción al Código Civil es el artículo 7o., que establece el *domicilio* como principio regulador de la *condición personal* de los nacionales y de los extranjeros que se encuentren en el país.⁷⁴

En la hipótesis particular de que la persona no tenga domicilio, “se la considerará domiciliada en el lugar de su residencia o en aquél en que se encuentre”.⁷⁵

El Brasil, por lo tanto, se incluye actualmente entre los países que para la determinación del estatuto personal da preferencia a la ley del domicilio.

Ambos principios —tanto el de la *nacionalidad*, adoptado por Brasil hasta 1942, como el del *domicilio*— tienen a su favor razones ponderables y constituyen los dos grandes sistemas actuales para la determinación del estatuto personal.⁷⁶

⁷² Souza Batalha, Wilson de, *Lei de Introdução ao Código Civil*. São Paulo, 1957, vol. 1, pp. 5-6.

⁷³ Cfr., Espínola Eduardo, y Eduardo Espínola hijo, *A lei de Introdução ao Código Civil brasileiro comentada*, Río de Janeiro, vol. 1, p. 512.

⁷⁴ Ley de Introducción, artículo 7º, y párrafos. La antigua *Introducción* al Código Civil, de 1916, como es notorio, adoptó como elemento de conexión la *nacionalidad* de la persona y no su *domicilio*.

⁷⁵ Ley de Introducción, artículo 7º, párrafo 8º

⁷⁶ Cheshire, *Private International Law*, Oxford, 1952, p. 150.

Dentro de cada país, sin embargo, son en última instancia las realidades y las coyunturas nacionales las que orientan e influyen al legislador para escoger uno u otro de esos sistemas.⁷⁷

b) Con relación a los *bienes*, se aprecia una tendencia constante por parte de los Estados a la adopción uniforme del principio que se les ha de aplicar.

Desde los comienzos del derecho internacional privado, razones de orden político y motivos prácticos llevaron, en lo que atañe a los bienes, a la adopción universal de la *lex rei sitae*, que parece ser, en realidad, el criterio más conveniente.

La Ley de Introducción al Código Civil, en su artículo 80., ratificó, por así decir, esa doctrina, estableciendo que la calificación de los bienes y la reglamentación de las relaciones que les conciernen serán realizadas por la ley del país en el cual estuvieren situados.⁷⁸

Dos excepciones, sin embargo, consagradas a texto expreso en el derecho brasileño, quiebran la aplicación sistemática de la ley de la ubicación, en lo que se refiere a los bienes muebles e inmuebles. Aludimos al caso particular de los bienes que el propietario trae consigo, o cuyo destino es ser transportados a otro lugar (bienes en tránsito), que no se subordinan a la *lex rei sitae*, quedando sometidos a la ley personal de sus propietarios. En Brasil, por lo tanto, estarán regidos por la ley del domicilio, en aplicación del artículo 80., inciso 16, de la misma Ley de Introducción.

La elección de la *lex rei sitae*, en los casos generales, se justifica por las vinculaciones estrechas que existen entre las cosas y el lugar donde se encuentran. Cuando, como en el caso de las excepciones mencionadas, ese ligamen es sólo transitorio y accidental, no hay por qué dar preponderancia a la ley territorial. En esos dos casos, “el estatuto personal prevalece sobre el estatuto real, en virtud de que se admite, como una ficción, la íntima relación que existe entre determinados muebles y su propietario”.⁷⁹

c) El problema de las obligaciones en el derecho internacional privado es, quizá, uno de los que presenta mayores complicaciones, en lo referente a la solución de los conflictos que pueden producirse en esa

⁷⁷ Tenório, Oscar, *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1955, p. 232.

⁷⁸ Ley de Introducción, artículo 8º; Código Bustamante, artículo 80. El mismo criterio se había adoptado en la *Introducción* al Código Civil de 1916.

⁷⁹ Tenório, Oscar, *op. cit.*, p. 322.

materia, ya que, como señala Jitta las obligaciones constituyen una institución jurídica común a todos los pueblos.⁸⁰

Los criterios elegidos por el legislador de cada Estado para calificar y regir las obligaciones se vinculan a la cuestión siempre actual y controvertida de la *autonomía de la voluntad*.

La ley brasileña anterior establecía como principio dominante, en la calificación y regencia de las obligaciones, esa autonomía.⁸¹ La actual Ley de Introducción al Código Civil no hace referencia al problema, limitándose a disponer que se aplicará la ley del país en que se constituyeron los obligaciones, siempre que se trate de calificarlas y regirlas.⁸²

Ante el silencio de la ley vigente con relación al principio de la autonomía de la voluntad, la doctrina nacional ha discutido si éste no podrá ser invocado en ninguna hipótesis.⁸³

Lo que, por el momento, más nos interesa es destacar que Brasil adoptó el principio de la *lex loci* para calificar las obligaciones, mientras que otros Estados, por el contrario, prefieren indicar con ese objeto a la *lex fori*, o ley de ejecución del contrato.

El criterio de calificación por la *lex fori* ha sido combatido por varios internacionalistas, entre ellos Frankenstein, que lo critica pintorescamente, del siguiente modo:

*Il n'est que de réfléchir pour voir combien absurde est la méthode actuelle qui adopte la qualification de la lex fori. Si un hollandais voulait apprendre a parler français, il faudrait évidemment qu'il apprenne le français comme on le parle en France, et on s'en moquerait s'il déclarait vouloir conjuguer tous les verbes français d'après la première conjugaison. Il faut bien dire que la façon dont la doctrine dominante se comporte vis-a-vis de la qualification est plus absurde encore. En Allemagne, par exemple, elle apprécie les notions du droit espagnol d'après la conception allemande, comme si l'on allait conjuguer les verbes espagnols d'après la conjugaison allemande. L'un n'est pas plus absurde que l'autre.*⁸⁴

⁸⁰ *La substance des obligations dans le droit international privé*, La Haya, 1906, vol. 1, p. 3.

⁸¹ Introducción al Código Civil, artículo 13.

⁸² Ley de Introducción, artículo 9º; Código Bustamante, artículo 164. En cuanto a la capacidad de las partes, se aplica la regla del artículo 7º de la Ley de Introducción, ya mencionada.

⁸³ Véase al respecto Serpa Lopes, *Comentário teórico e práctico da Lei de Introdução ao Código Civil*, Río de Janeiro, 1944, vol. 2º, pp. 315 a 318.

⁸⁴ "Tendances nouvelles", ya citado, en *Recueil des Cours*, vol. 33, p. 316.

No hay más que reflexionar para percatarse de cuán absurdo es el método actual que adopta la calificación de la *lex fori*. Si un holandés quisiera aprender a hablar

Brasil, al adoptar la *lex loci* para calificar y regir las obligaciones, no sólo adoptó la fórmula más eficiente para resolver en la práctica el problema de los conflictos de leyes sobre obligaciones en general, sino que, a nuestro modo de ver, se afilió a la mejor doctrina.

d) En materia sucesoria el legislador brasileño estableció el principio de que, sea cual fuere la naturaleza o la ubicación de los bienes, la sucesión se regirá por *una única ley*: en el derecho actual, esa ley es la del domicilio del *de cuius* o del fallecido.⁸⁵

Aunque otros países prefieran considerar la naturaleza de los bienes y no la persona del difunto, el derecho brasileño nunca adoptó esa orientación.

La legislación anterior indicaba, como ley reguladora de la sucesión, la ley nacional del *de cuius* y no la de su domicilio, como ocurre actualmente.⁸⁶ Cualquiera de los dos criterios —el anterior y el actual, el de 1916 o el de 1942— se adecua al principio de la *unicidad de la sucesión*, al contrario de lo que ocurre dentro del sistema de la *lex rei sitae*, que conduce a la *pluralidad de sucesiones*.⁸⁷

e) La cuestión, siempre importante, de los *conflictos de jurisdicción* fue abordada por el legislador patrio de la Ley de Introducción en el artículo 12 de ese cuerpo legal.⁸⁸

Esa disposición escapa, en realidad, al ámbito del derecho internacional privado; de acuerdo con la opinión dominante, ella pertenece al derecho procesal internacional. De cualquier forma, es imposible dejar de mencionarla en este rápido estudio.

Cada Estado tiene —como se sabe— amplia libertad para la fijación de reglas sobre jurisdicción y competencia. De ese hecho derivan los llamados *conflictos de jurisdicción o de competencia*, a que aludimos en el capítulo anterior.

francés, sería necesario que aprendiese el francés como se le habla en Francia, y se burlarían de él si declarase querer conjugar todos los verbos franceses según la primera conjugación. Hay que decir que la manera en que la doctrina dominante se comporta frente a la calificación, es más absurda todavía. Alemania, por ejemplo, aprecia las nociones de derecho español de acuerdo a la concepción alemana, como si fuéramos a conjugar los verbos españoles según la conjugación alemana. Lo uno no es más absurdo que lo otro. (Traducción del texto en francés; n. de la t.)

⁸⁵ Ley de Introducción, artículo 10; Código Bustamante, artículo 144.

⁸⁶ Introducción al Código Civil, artículo 14.

⁸⁷ Cfr., Serpa Lopes, *op. cit.*, vol. 3, pp. 9 y ss.; Tenório, Oscar, *Lei de Introdução...*, ya citado, p. 344.

⁸⁸ Véase también Código Bustamante, artículos 314 y 316.

Sin pretender analizar a fondo el problema, señalamos solamente que el mismo envuelve tres cuestiones distintas: la competencia del órgano jurisdiccional de un determinado Estado ante el de otros Estados; la norma procesal que preside la formalidad de la acción; la eficacia de la sentencia extranjera.⁸⁹

Es preciso aclarar también que el artículo 12 de la Ley de Introducción no pretende solucionar el conflicto de jurisdicción: se limita a fijar la competencia de la justicia brasileña.

A través de la citada disposición legal, se establecen dos principios: en primer lugar, es competente la autoridad judicial brasileña siempre que el demandado esté domiciliado en el Brasil, de acuerdo con la regla *actor sequitur forum rei*. En segundo lugar, se determina la competencia según el lugar del cumplimiento de la obligación, apartándose así del otro criterio, que establece la competencia según el lugar donde ella se constituyó.

f) Es indispensable subrayar, finalmente, que sobre todos esos principios y sobre todas esas normas priva, no obstante, el *principio del orden público*.⁹⁰

Este principio —que, como se ha afirmado varias veces— limita la aplicación de la ley extranjera en beneficio de la ley nacional, escapa a una conceptualización precisa, sobre todo porque la noción de orden público no refleja una idea universal, y depende, por el contrario, de las condiciones particulares de un determinado lugar o del espíritu de una determinada época.

Pero no existe discrepancia entre la doctrina acerca de su presencia en el derecho internacional privado.

Desde el punto de vista específico de este libro, sin entrar al debate de los problemas inherentes al orden público, alcanza con señalar que, siempre que esté interesado el orden público, se aplicará el derecho local: “Donde quiera que se trate de orden público, predomina, sea como sea, el sistema jurídico territorial, contra todo y contra todos.”⁹¹

⁸⁹ Serpa Lopes, *op. cit.*, vol. 3, p. 205.

⁹⁰ Ley de Introducción, artículo 17.

⁹¹ Gama e Silva, Luis Antônio da, *A ordem pública em direito internacional privado*, São Paulo, 1944, p. 183. Para el estudio del orden público, nos remitimos al texto de esa misma obra, que constituye sin duda la mejor monografía escrita en Brasil a propósito del tema.