

## El reenvío en el Derecho Internacional Privado contemporáneo

Caroline Bergeron<sup>1</sup>

### Resumen

Este trabajo de tesis constituye un análisis comparativo de la institución del reenvío en el Derecho internacional privado de Venezuela y Quebec, haciendo énfasis en las particularidades de los respectivos ordenamientos –antes y después de las últimas reformas en materia de Derecho internacional privado en cada uno– y en los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales de los mismos. La tesis destaca el carácter valorativo del reenvío, más allá de las críticas que se han formulado a su naturaleza mecánica, procedente de los defectos de aplicación de las normas de conflicto.

### Abstract

*This thesis is a comparative analysis of the institution of renvoi in Private International Law of Venezuela and Quebec, emphasizing the particularities of these systems –before and after the last reforms in Private International Law in each one– and in the developments of scholars and case Law. The thesis emphasizes the value of the Renvoi, beyond the criticisms that have been formulated to its mechanical nature, coming from the defects of application of the conflict rules.*

### Palabras clave

Reenvío, normas de conflicto, Derecho internacional privado, Derecho extranjero, Venezuela, Quebec.

### Sumario

Introducción. I. Teoría general del reenvío. A. Alcance de la norma de conflicto. Supuestos de procedencia. B. Evolución histórica. C. Diversas teorías. 1. Teorías a favor del reenvío. a. Teoría de la

---

<sup>1</sup> LL.B. Universidad Laval, Quebec (1997); *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Central de Venezuela (2001); J.D., Universidad de Victoria, Columbia Británica (2002), Especialización profesional en Derecho internacional de la propiedad intelectual, Universidad de Victoria, St. Peter's College, Universidad de Oxford, Oxford Intellectual Property Research Centre de St. Peter's College y la Illinois College of Law (2006). Abogada senior del Ministerio de Justicia (Ministry of Attorney General) en Columbia Británica. Ejercicio del Derecho materia de Derecho en tecnologías de la información y en Derecho comercial. Ha trabajado con el Ministerio de Justicia desde julio 2007 y ha participado en proyectos de alto perfil, incluidos los Juegos Olímpicos de invierno de 2010.

referencia máxima. b. Teoría del doble reenvío (*foreign court theory*). 2. Teorías contra el reenvío. a. Teoría del desistimiento. b. Teoría de la referencia mínima. c. Teoría de la competencia exclusiva de la ley nacional. d. Teoría de las conexiones primarias y secundarias. D. Clases de reenvío. E. Tratamiento en las fuentes internacionales del Derecho internacional privado: Convenciones. 1. Convenciones que admiten el reenvío. 2. Convenciones que rechazan el reenvío. 3. El reenvío en las convenciones. Balance. F. Desarrollo en las fuentes internas del Derecho internacional privado: Leyes. 1. Rechazo del reenvío. 2. Reenvío consagrado como excepción. 3. Aceptación del reenvío de primer grado. 4. Admisión del reenvío de primer y de segundo grado. II. El sistema jurídico venezolano. A. El reenvío en Venezuela anterior a la nueva Ley de Derecho Internacional Privado. 1. Codificación convencional. 2. Codificación interna. 3. Jurisprudencia. 4. Tendencias doctrinales. 5. Proyectos de leyes de Derecho internacional privado. B. Visión sucesiva del reenvío a partir de la Ley de Derecho internacional privado. III. El sistema jurídico de Québec. A. El tratamiento del reenvío antes de la reforma del ordenamiento jurídico de Québec. B. Su impugnación a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil de Québec (CcQ). IV. Perspectiva actual. A. El reenvío frente a los supuestos generales. 1. Posiciones jurisprudenciales. 2. Perspectivas doctrinales. B. El reenvío frente a los supuestos especiales. 1. Autonomía de la voluntad. 2. Conexiones alternativas: Forma de los actos. 3. Normas con un resultado material específico. 4. Principio de proximidad. Cláusula de escape. Conclusión.

## Introducción

Reenvío... ¿Quién iba a pensar que esta palabra tan sencilla en el lenguaje común se hubiera transformado en centro de discusión de tantas discrepancias en el Derecho internacional privado? Desde su origen hasta nuestros tiempos, esta figura del Derecho internacional privado entraña un misterio que nunca ha sido resuelto. Un misterio en el sentido de no lograr, a lo largo de su historia, reunir una corriente mayoritaria y llevarla sin incertidumbre, como respuesta lógica y eficaz, en su aplicación. La polémica, tanto doctrinal como jurisprudencial, que se prolonga ya por más de cien años, en torno a la utilidad práctica del reenvío en el ámbito del Derecho internacional privado, persiste todavía, y estamos empezando un nuevo siglo a la espera de una solución que defina el camino a seguir en cuanto a esta figura jurídica.

En los últimos años hemos percibido una reorientación de la justicia como fin del Derecho internacional privado. En efecto, partiendo de la justicia conflictual, se observa ahora un cambio de dirección hacia la justicia material del caso concreto. Este desplazamiento se ha logrado a través de nuevas herramientas como, por ejemplo, la introducción de normas con finalidad material o el principio de proximidad, el cual favorece la aplicación del Derecho que posee los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate. Sin embargo, esta nueva búsqueda de la justicia material debe realizarse preservando la armonía internacional de las decisiones judiciales.

Se están revisando las instituciones generales del Derecho internacional privado. Una que está siendo revisada es el reenvío, una institución abstracta que engendró muchas críticas, debido que permitió que terminara aplicándose el Derecho del juez. Este estudio pretende buscar una respuesta acerca de la utilidad práctica del reenvío en la esfera internacional. Estará dividido en cuatro capítulos. El primero de ellos comprenderá la teoría general del reenvío. En efecto, se hablará de los supuestos de procedencia para lograr establecer esta figura; de la evolución histórica de la misma, acompañada de sus diversas teorías, mediante las cuales los diferentes autores trataron de justificar o de rechazar el reenvío; y de las distintas clases del reenvío. Luego se indicará el tratamiento de este mecanismo en las últimas codificaciones convencionales así como en las leyes internas.

El segundo capítulo se referirá al ordenamiento jurídico venezolano, en el cual se estudiará la posición adoptada frente al reenvío. Debe observarse que este capítulo se dividirá en dos grandes partes: la primera de ellas englobará el período anterior a la nueva Ley de Derecho Internacional Privado venezolana y, la segunda, el período a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, el 6 de febrero de 1999.

Igual metodología será seguida en lo que concierne al capítulo tercero, relativo al ordenamiento jurídico de Quebec. Veremos el tratamiento del reenvío antes de la reforma de este sistema y después de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil de Quebec, que ocurrió el 1 de enero de 1994.

En cuanto a nuestro último capítulo, este representará la perspectiva actual del reenvío. En una primera parte, se resaltarán las novedades del reenvío con relación al desarrollo jurisprudencial, es decir, desde 1955 hasta 1999. Seguidamente, se intentará destacar las diversas perspectivas doctrinales preponderantes. En una segunda parte, se establecerán los supuestos especiales respecto de los cuales el reenvío, de manera general, no puede aplicarse. Serán examinados como supuestos especiales la autonomía de la voluntad, las normas con conexiones alternativas, particularmente las que regulan la forma de los actos, las normas que poseen un resultado material específico y el principio de proximidad, analizado en conjunto con la cláusula de escape. Sin más, comenzaremos nuestro periplo por el complejo mundo del reenvío.

## **I. Teoría general del reenvío**

### **A. Alcance de la norma de conflicto. Supuestos de procedencia**

El reenvío surge de la problemática para determinar la aplicación del Derecho extranjero; en ese sentido, la norma de conflicto de un país A puede declarar aplicable a una relación jurídica el Derecho de otro país B. Este Derecho, al igual que el Derecho del país A que lo ha designado, contiene normas de Derecho material que resuelven directamente el asunto y normas de conflicto o de Derecho internacional privado que simplemente indican qué tipo de Derecho debe regular una situación legal. Si consideramos un momento la norma de conflicto del país B, puede ser que dicha norma sea similar a la del país A o diferente. En este último caso, aquella norma de conflicto puede remitir al Derecho del país A o al de un tercer país C. Esta referencia a otra legislación que hace el Derecho designado por la norma de conflicto del país A es lo que se ha denominado el reenvío. El reenvío es un medio por el cual se pretende lograr la armonía jurídica aunque enfrenta una diversidad en las normas de conflicto negativo<sup>1</sup>. Podemos también definir el reenvío como un mecanismo de revisión de la norma de conflicto de otro ordenamiento jurídico.

---

<sup>1</sup> Lewald, Hans, La théorie du renvoi, en: *Recueil des Cours*, 1979, T. 29, pp. 519 ss., especialmente p. 526.

Existen dos supuestos fundamentales para la aplicación del reenvío. Sin embargo, algunos Estados adoptan una tercera opción. El primero de estos criterios es el de la referencia máxima. Sin entrar en detalles, porque lo desarrollaremos en la parte contentiva de las diversas teorías, queremos solamente refrescar brevemente el concepto. La referencia máxima ocurre cuando la norma de conflicto de un Estado sentenciador remite a un ordenamiento jurídico extranjero y se considera que esta remisión debe abarcar la totalidad de este ordenamiento incluyendo tanto sus normas de Derecho material como sus normas de Derecho internacional privado. El Derecho extranjero debe constituir un todo indivisible. El magistrado llamado a decidir el caso debe proceder exactamente como lo haría un juez en este Estado extranjero. Significa que debe, en primer término, aplicar las normas de conflicto contenidas en esa legislación.

El segundo criterio implica la presencia de conflictos negativos en el sentido en que la norma de conflicto del foro y la norma de conflicto correspondiente a la ley extranjera se inhiben de la regulación del supuesto, al estimar que ninguna de ellas tiene competencia. El conflicto negativo de leyes reviste una gran importancia para el reenvío y lo podemos demostrar con las palabras de Francescakis cuando señala:

El término reenvío es constantemente utilizado para designar, de manera general, la toma en consideración del conflicto negativo de los sistemas. Admitir o repudiar el reenvío significa afirmar o negar que un sistema dado pueda generar consecuencias del hecho de que sus normas de conflicto remiten a una ley extranjera y esta última rechaza la aplicación. La palabra reenvío cubre entonces la totalidad de los conflictos negativos<sup>2</sup>.

Partiendo de la posición que cada Estado tiene sus propias normas de Derecho internacional privado, podemos establecer que surge un conflicto negativo por el desistimiento de cada legislación para regular el fondo del asunto. Encontramos una diversidad legislativa en materia de Derecho internacional privado debido a la variedad de los factores de conexión. La norma de conflicto debe emplear un factor de conexión distinto al utilizado por la norma de conflicto del ordenamiento jurídico extranjero. Si se llega a

---

<sup>2</sup> Francescakis, Phocion, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en Droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, p. 81.

adoptar el mismo factor de conexión, el Estado extranjero no remitirá a ningún otro ordenamiento jurídico y la cuestión se regirá por el Derecho material determinado por la norma de conflicto del foro. El fenómeno del reenvío se edifica sobre un dato básico: el sistema de Derecho internacional privado del foro remite a un Derecho extranjero para la regulación de una situación privada internacional, mientras que tal Derecho extranjero rechaza su propia aplicación al caso, remitiendo para ello a otro ordenamiento.

El tercer criterio solo está presente en algunas legislaciones. Consiste en la aceptación de la aplicación del Derecho extranjero declarado competente por la norma de conflicto del foro. Si el tercer Estado al cual remite la norma de conflicto no acepta esa remisión, no podemos entonces hablar de reenvío y el magistrado del foro buscará sentenciar directamente el problema conforme al Derecho material extranjero del segundo Estado.

Como lo hemos mencionado previamente, ocurre el reenvío cuando la norma de conflicto del Derecho internacional privado del país cuyos tribunales conocen del asunto remite, para la regulación del caso, a un ordenamiento que contiene una norma de conflicto que, a su vez, remite la regulación de la situación privada internacional a otro ordenamiento jurídico que puede ser el Derecho del foro o el Derecho de otro país. Nos damos cuenta de que la norma de conflicto juega un papel importante en el mecanismo del reenvío.

Podemos fraccionar este rol en dos partes. La primera fase empieza cuando el ordenamiento jurídico del foro, por su norma de conflicto, remite a un ordenamiento jurídico extranjero. Luego de haber remitido a este sistema normativo extranjero, el juez del foro examina las normas de conflicto extranjeras. El juez llamado a decidir debe proceder de la misma manera que el magistrado extranjero cuya ley debe aplicarse. Acude a la norma de conflicto contenida en su legislación. Después, consulta la norma de conflicto vigente en la legislación extranjera para determinar si ella remite a su propio ordenamiento jurídico o declara al Derecho de otro Estado competente. Esta fase es la segunda parte de nuestro fraccionamiento. Siempre terminamos usando la norma de conflicto nacional y la norma de conflicto internacional a la cual fue remitida por la nacional.

No puede concebirse el reenvío sin este juego de remisión realizado por las normas de conflicto. De allí se origina nuestra afirmación de que la norma de conflicto reviste una gran importancia en el reenvío. Sin embargo, es bueno concluir que “al aplicar el derecho designado por la regla de conflicto de la *lex fori*, se mira primero a sus reglas de conflicto y se considere el derecho designado por ellas. Por ello, la consideración de la regla de conflicto extranjera no es reenvío por sólo ello”<sup>3</sup>. Resulta necesario que al considerar la norma de conflicto extranjera, se produzca un conflicto negativo. Solamente si esas dos condiciones se encuentran podemos asegurar un reenvío.

## B. Evolución histórica

El reenvío surge en el siglo XVII a raíz de dos decisiones dictadas por el Parlamento de Rouen en 1652 y 1663<sup>4</sup>. Estas sentencias aparecieron debido a una divergencia que existía entre las normas de conflicto de París donde estaba en vigencia la *Coutume de Paris* y las de Rouen que emanaban de la *Coutume de Normandie*. Sin embargo, es importante señalar que no constituyeron jurisprudencia. La verdadera historia del reenvío se inició en el siglo XIX con casos originarios de Inglaterra, Alemania y Francia.

*Collier c. Rivaz*<sup>5</sup> representó el primer caso de aplicación del reenvío en forma unívoca por los tribunales ingleses. Sucedió en 1841. Se trataba de la validez formal de un testamento otorgado en Bélgica, conforme al Derecho inglés, por un súbdito británico que murió domiciliado en ese país. En esta época, la norma de Derecho internacional privado sometía la forma de un testamento relativo a bienes muebles a la ley del último domicilio del causante. La regla *locus regit actum* no había sido reconocida todavía. En el caso concreto, el domicilio del difunto estaba en Bélgica, pero la norma de conflicto de ese país ordenaba aplicar la ley nacional de este, por lo cual el juez admitió el reenvío que le hizo la ley belga y aplicó su propia ley: la

---

<sup>3</sup> Navarrete, Jaime, *El reenvío en el Derecho internacional privado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 8.

<sup>4</sup> Citado por Lewald, *La théorie du renvoi...*, ob. cit., p. 533. Este caso así como algunos otros a los cuales se hará referencia han sido consultados en fuentes secundarias ante la imposibilidad de acceder a la fuente original.

<sup>5</sup> Citado por Navarrete, *El reenvío...*, ob. cit., p. 55.

inglesa. Consecuentemente, declaró válido el testamento. Se empleó el reenvío con el fin de validar un acto jurídico, es decir, la validez formal del testamento.

Tiempo después, fue dictada la sentencia *Frère c. Frère*<sup>6</sup> de 1847, también, en materia de sucesión. Un inglés otorgó un testamento en Inglaterra de acuerdo a las formalidades inglesas. El testador falleció domiciliado en Malta. El testamento en cuestión no cumplía con los requisitos del Derecho maltés en cuanto a la forma. Ahora bien, en el Derecho maltés regía la validez de dicho testamento por ser la ley del domicilio, pero como la ley maltesa aceptaba la ley del lugar de la celebración del testamento, el tribunal inglés admitió el reenvío efectuado por la ley maltesa y aplicó el Derecho inglés. Se juzgó válido el testamento inglés.

En este mismo lapso, surgió en Alemania la figura del reenvío en la decisión *Krebs c. Roseline* de la *Oberappellationsgericht* de Lübeck<sup>7</sup>. Un ciudadano de Fráncfort falleció domiciliado en Maguncia donde estaba vigente el Código Civil francés. La sucesión debía regirse según la ley del último domicilio, pero el *de cuius* no poseía un domicilio de Derecho según el sentido del artículo 13 del Código Napoleón, de manera que en Maguncia se hubiese sometido esta sucesión a la ley nacional del causante que era la alemana. El tribunal alemán se apoyó sobre esa idea y aceptó el reenvío. Se aplicó la ley alemana. A diferencia de Inglaterra, la Corte alemana claramente tendió a establecer que el tribunal debía juzgar de la misma manera que el tribunal extranjero declarado competente, es decir, tomando el Derecho extranjero en su totalidad incluyendo tanto sus normas materiales como sus normas de conflicto. Constatamos ya el principio de la teoría del reenvío. La Corte de Lübeck aplicó el Derecho común vigente en Fráncfort y lo aplicó en virtud del Derecho internacional privado de la legislación del domicilio (Maguncia).

Hasta allí podemos darnos cuenta de que se aplicó el reenvío solamente en materia de sucesión y bajo la primera de sus formas (reenvío de primer grado) que analizaremos seguidamente. Esta figura del Derecho internacional privado tuvo lugar en la jurisprudencia por motivos de orden

---

<sup>6</sup> Citado por Navarrete, *El reenvío...*, ob. cit., p. 58.

<sup>7</sup> Citado por Lewald, *La théorie du renvoi...*, ob. cit., p. 534.

práctico, ya que le era más sencillo al juez aplicar su propia ley que una extranjera que desconocía. Fue definitivamente Francia quien abrió en realidad la puerta al reenvío con el caso *Héritiers Forgo c. Administration des Domaines*<sup>8</sup> de 1878, donde podemos apuntar que empezó la formulación de principios doctrinarios con el fin de lograr fundamentarlo.

Bávaro de origen, Forgo, a los cinco años de edad fue llevado a Pau, donde residió, aunque sin adquirir domicilio legal, hasta su muerte a los sesenta y ocho años. Era hijo ilegítimo y al morir no dejó esposa ni descendientes. Su herencia, compuesta únicamente de bienes muebles, fue reclamada, al mismo tiempo, por el Estado francés y por unos parientes colaterales de la línea materna. El Fisco francés (*Administration des Domaines*) se fundaba en los artículos 13 y 768 del Código Napoleón en virtud de los cuales, a falta de descendientes y de cónyuge supérstite, la sucesión de los hijos ilegítimos correspondía al Estado. De otro lado, los parientes fundaban su acción en la norma de Derecho internacional privado francesa según la cual la sucesión debía regularse por la ley del domicilio. Forgo había conservado toda su vida su domicilio de Derecho en Baviera, mientras que poseía un domicilio de hecho en Francia. Procedía pues, según ellos, aplicar la ley bávara en la que se reconocía a los parientes colaterales el derecho de heredar.

El Tribunal de primera instancia y la Corte de Apelación de Pau estimaron que la herencia debía ser reglada por el Derecho francés por ser la ley del último domicilio del difunto. Sin embargo, la Corte de Casación declaró que el *de cuius* no había adquirido domicilio legal en Francia según el artículo 13 del Código Napoleón. Forgo gozaba solamente de un domicilio de hecho y, consiguientemente, la sucesión de un extranjero domiciliado de hecho en Francia se regía por la ley del domicilio de origen que era la de Baviera. La sentencia fue casada y la Corte de Casación remitió el caso a la Corte de Burdeos. Esta última aplicó la norma de Derecho internacional privado francesa que refería a la ley bávara y se pronunció a favor de los parientes. Esto constituyó la primera fase del caso Forgo en el cual la Corte de Casación tuvo que pronunciarse sobre el asunto del domicilio legal *versus* domicilio de hecho. En esta primera parte, no se discutió la figura

---

<sup>8</sup> Citado por Lewald, *La théorie du renvoi...*, ob. cit., p. 536.

del reenvío. La reflexión sobre esta doctrina apareció en la segunda fase del caso.

Luego de su derrota frente a la Corte de Burdeos, la Administration des Domaines estudió más profundamente el Código Bávaro y descubrió que existía una disposición en la cual se establecía que la sucesión de un bávaro domiciliado en el extranjero debía someterse a la ley del último domicilio del causante. Presentó entonces un recurso de casación sobre este nuevo alegato. La Corte de Casación aceptó el recurso y admitió la aplicación de la norma de conflicto francesa que remitió a la ley bávara. Sostuvo la opinión que la legislación de Baviera se aplicaba como un todo, no solo la ley sustantiva (Derecho material) sino también sus normas de Derecho internacional privado. Estas últimas reenviaban a la legislación francesa porque ordenaban aplicar la ley del último domicilio que era el domicilio de hecho. En el caso concreto, este se encontraba en Francia y constituía el domicilio *de iure* de acuerdo al derecho bávaro. Por esa razón, la ley francesa era llamada a regir la sucesión de Forgo. Un punto importante a destacar es que pese a su aplicación no motivada, aún este mecanismo no había recibido la denominación de reenvío. Tampoco fue justificado por la Corte de Casación francesa.

Si comparamos un momento el caso Forgo con el caso de Lübeck, podemos establecer que estas dos sentencias coincidieron en la aplicación de la ley del foro. Las dos decisiones se referían a un problema de sucesión de un extranjero domiciliado de hecho en un país de tradición civilista y cuya ley nacional sometía la sucesión a la ley del domicilio de hecho. En el caso Forgo, fue el juez de Francia, lugar del domicilio de hecho del *de cuius*, quien recibió el reenvío efectuado por la ley nacional (Baviera) del difunto a la ley del último domicilio. Al contrario, en el caso de Lübeck, el juez del país de origen (Alemania) aceptó el reenvío realizado por la ley del domicilio de hecho (Francia).

Observamos que las soluciones dadas en estos dos casos sobre la base del mismo principio, el reenvío, son diametralmente contrarias. Cada uno de los magistrados finalmente aplica su propia legislación. En el caso Forgo, nos parece que el razonamiento sobre la figura del reenvío no fue sino un subterfugio para obtener la aplicación del Derecho francés con el fin de

permitir al Fisco francés conservar la herencia. En el momento en que apareció la doctrina del reenvío, numerosos autores emitieron opiniones opuestas a dicha doctrina. Es bueno añadir que aunque la sentencia alemana de Lübeck ocurrió antes de Forgo, esta pasó inadvertida por el ordenamiento jurídico alemán y fue solamente a partir de Forgo que se inició la polémica en cuanto al reenvío.

La controversia engendrada por el reenvío tuvo repercusión en el ámbito mundial. Otros países decidieron incorporarlo en su propia legislación. Es interesante observar el inicio de la aplicación del reenvío en Bélgica en la sentencia *Bigwood c. Scheler*<sup>9</sup> de 1882 que adoptó la corriente francesa. Se trataba de un matrimonio de nacionalidad inglesa domiciliado en Bélgica. La esposa intentó una demanda de divorcio fundada en sevicia e injurias graves, causal de divorcio establecida en el artículo 321 del Código Civil belga. El marido alegó la aplicación del Derecho inglés a título de ley nacional de los cónyuges y según el cual solo procedía la separación. El tribunal belga dictó la sentencia declarando el divorcio porque consideró que la norma de conflicto inglesa remitía a la ley del domicilio conyugal para resolver el litigio. Así, se aplicó el Derecho material belga por reenvío del Derecho internacional privado inglés.

Otras decisiones dignas de mención son: la sentencia quebequense *Ross c. Ross*<sup>10</sup> de 1892, el caso español *Hospital de Barcelona*<sup>11</sup> de 1900 y el decreto de adopción venezolano *Schunck*<sup>12</sup> de 1906. *Ross c. Ross* y *Schunck* serán analizados más adelante en esta tesis. Por lo que se refiere a *Hospital de Barcelona*, se trataba de un escocés, quien estableció su domicilio en Barcelona, donde residió hasta su muerte. Este último conservó su nacionalidad británica dejando, a su fallecimiento, inmuebles de importancia así como muebles y valores. Otorgó testamento ante el Notario

---

<sup>9</sup> Citado por Bonnemaïson, José Luis, Sobre el mecanismo del reenvío simple, en: *Anuario del Instituto de Derecho Privado y Comparado* (Facultad de Derecho, Universidad de Carabobo), 1970, No. 3, pp. 169, especialmente p. 174.

<sup>10</sup> *Ross c. Ross*, en: *Recueils de la Cour Suprême du Canada*, 1895-1896, No. 25, pp. 307 ss.

<sup>11</sup> Citado por Díez de Velasco Vallejo, Manuel/Alegría Borrás Rodríguez, *Prácticas de Derecho internacional privado*, Madrid, Editorial Tecnos, 1986, 3ª ed. revisada, p. 184.

<sup>12</sup> *Schunck*: decreto de adopción de la Corte Superior del Distrito Federal del 24 de noviembre de 1906, publicado en Muci Abraham, José, *Jurisprudencia venezolana en materia de reenvío*, en: *RFCJPUCV*, 1955, No. 3, pp. 119 ss., especialmente pp. 119-124.

de Barcelona y nombró herederos universales a sus dos hijos, con la estipulación de que aquél de los dos herederos que impugnase el testamento, quedaría privado de su parte testamentaria y reducido a la legítima sujeta a las disposiciones de la ley inglesa. Se planteó el problema de determinar qué ley era aplicable para regir estas operaciones. Se dictaminó que era la ley catalana la aplicable por lo siguiente:

Considerando que la ley escocesa, que es la ley que en su caso debiera aplicarse al presente, por ser escocés el difunto D.T.A., no acepta la competencia que le atribuye la ley española, o sea, el art. 10 del Código Civil, antes citado, y se remite, a su vez, a esta, fundada en que habiendo dejado el difunto sus bienes muebles y raíces en Barcelona, la ley de ese territorio es la que debe regular la sucesión de aquél;

Considerando que no habiendo en España ley que resuelva tal conflicto, debe acudirse a la costumbre que (sic) a los principios generales del Derecho, según el art. 6 del expresado Código Civil, y en este caso, vista la opinión de varios tratadistas y el dictamen del catedrático del Derecho Internacional Privado de esta Universidad, D. Juan de Dios Trías, que obra en el expediente, no queda duda alguna que la sucesión de D.T.A. debe regularse por la Ley de Cataluña, por radicar en Barcelona los bienes dejados por aquél...<sup>13</sup>.

El Juzgado aceptó el reenvío del Derecho internacional privado inglés a la ley domiciliaria y aplicó el Derecho catalán. No obstante, al igual que la Corte de Casación francesa en el caso Forgo, el Tribunal Supremo no se pronunció acerca del reenvío.

Contemplamos decisiones judiciales que emplearon la figura del reenvío sin realmente llegar a explicar su razón de ser. Esta fue una de las más grandes críticas con relación al reenvío: ¿por qué usarlo si no podemos fundamentarlo? Esa interrogante formulada por muchos autores de Derecho internacional privado fue respondida por la Corte de Casación francesa en la sentencia Hermann c. Soulié<sup>14</sup> de 1910.

Coralie Soulié, nacida en el estado de Louisiana de los Estados Unidos de América, falleció en París después de haber vivido varios años en Francia,

<sup>13</sup> Citado por Díez de Velasco Vallejo y Borrás Rodríguez, *Prácticas de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 185.

<sup>14</sup> Hermann c. Soulié, en: *Journal du Droit International*, 1910, No. 37, pp. 888 ss.

pero sin haber adquirido domicilio *de iure* de acuerdo al artículo 13 del Código Civil francés. Se trataba de resolver por qué Derecho se regiría la sucesión a los bienes muebles de la difunta. El Tribunal de primera instancia y la Corte de París declararon aplicable a la sucesión el Derecho de Louisiana el cual era el Derecho nacional del causante y por haber estado domiciliado en este a los ojos de los tribunales franceses. No obstante, el Derecho de Louisiana sujetaba la sucesión a la ley del lugar del domicilio de hecho del *de cuius*, el cual estaba en Francia. Por ello, se declaró aplicable a la sucesión por reenvío del Derecho de Louisiana, el Derecho francés.

Se presentó un recurso de casación contra esa sentencia, y uno de los motivos alegados fue la aceptación del reenvío del Derecho de Louisiana por el Derecho francés. La *Chambre des Requêtes* determinó que el recurso no tenía fundamento y, por primera vez, se dieron razones para la aplicación del reenvío:

La norma francesa de Derecho internacional privado no se considera afectada de ninguna manera por el reenvío que remite a su ley interna por una norma de Derecho internacional extranjero. Existen solamente ventajas en que todos los conflictos sean suprimidos y en que la ley francesa regule, según sus propios puntos de vista, intereses que nacieron en su propio territorio<sup>15</sup>.

Estas razones se tradujeron en un gran provecho económico. Es una lástima que la Corte perdiera esta oportunidad de discutir a fondo el problema del reenvío. El recurso ni siquiera alcanzó la *Chambre Civil* de la Corte de Casación sino que fue decidido por la *Chambre des Requêtes* de esa misma Corte, la cual es una instancia inferior. Esta decisión tuvo una gran importancia en la práctica porque evidenció que, luego de treinta años, la jurisprudencia no cambió de opinión acerca del reenvío. Ningún caso antes de *Hermann c. Soulié* había recibido el juicio de la Corte de Casación francesa. Esta confirmación se volvió decisiva por cuanto había muchas opiniones diferentes en la doctrina relativas al reenvío.

---

<sup>15</sup> Traducción nuestra. El texto original se lee de la siguiente manera: “*La loi française de droit international privé ne souffre d’aucune manière du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de droit international étranger; qu’ils n’y a qu’avantage à ce que la loi française régisse d’après ses propres vues des intérêts qui naissent sur son territoire*”.

Hubo otra sentencia pronunciada por la *Chambre des Requêtes* en 1905 y que definitivamente no retuvo la atención de la doctrina. Esta decisión fue la de *Achille Fanny c. Balsan*<sup>16</sup>. Se trató del régimen patrimonial de esposos casados sin contrato. El Tribunal de Millau y la Corte de Montpellier decidieron que por interpretación de la voluntad de los esposos, el régimen legal aplicable era el del estado de Nueva York. Examinaron los alegatos de la esposa según los cuales la ley americana remitía a la ley francesa en cuanto a los bienes muebles situados en Francia. Debemos mencionar que el Derecho internacional privado americano distinguía para entonces entre los bienes muebles adquiridos por los esposos en el momento del matrimonio, los cuales eran sometidos a la ley del domicilio del marido y los bienes muebles adquiridos durante el matrimonio, los cuales eran regidos por la ley del domicilio común de los esposos.

Sin entrar a discutir el principio de aplicación de la norma de conflicto extranjera, los dos tribunales recurrieron a la idea francesa de la indivisibilidad del régimen matrimonial y, en consecuencia, declararon aplicable la ley interna del estado de Nueva York. La *Chambre des Requêtes* negó el recurso de apelación fundado sustancialmente sobre la inobservancia del reenvío, pero no se preocupó por la legitimidad de este, sino que declaró que si se debían tomar en cuenta las normas de conflicto americanas, no podía hacerse en el caso concreto porque se trataba de regímenes matrimoniales sometidos al principio de indivisibilidad. Nos damos cuenta, en esta decisión, que la Corte rechazó el reenvío con el fin de asegurar la no aplicación de la ley americana que remitía a la ley francesa y otorgaba derecho de reivindicar los bienes muebles según otro régimen matrimonial.

Aunque la *Chambre des Requêtes* siguió el pensamiento de las otras cortes anteriores con relación a la admisión implícita del reenvío, se rehusó a discutir la esencia de la cuestión que le fue referida, es decir, el rechazo del reenvío en materia de regímenes matrimoniales. Esta decisión no fue muy discutida en la jurisprudencia y muchos autores ni siquiera la mencionan en cuanto a la evolución histórica del reenvío.

---

<sup>16</sup> Citado por Francescakis, *La théorie du renvoi...*, ob. cit., p. 231.

Ubiquémonos entonces después del caso Hermann c. Soulié. La jurisprudencia francesa tuvo que esperar casi un cuarto de siglo antes de poder analizar de nuevo la problemática del reenvío. La sentencia Guez c. Ben Attar<sup>17</sup> de 1933 confirmó la preferencia del reenvío por parte de la Corte de Casación en materia de sucesión mobiliaria. Aceptó el reenvío que le hacía el Derecho nacional de un inglés, declarado aplicable por la norma de conflicto francesa, a la ley del domicilio, en el caso Túnez.

Luego, en 1938, surgió la sentencia Marchi della Costa et autres<sup>18</sup> que aclaró que el reenvío era aplicable tanto en primer grado como en segundo grado. También señaló que el ámbito de aplicación del reenvío no debería ser limitado a determinadas materias. Este enunciado fue sostenido por los siguientes casos de jurisprudencia francesa: Birchall c. Birchall<sup>19</sup> de 1939, Patiño c. Dame Patiño<sup>20</sup> de 1950, y por último Sommer c. Dame Mayer<sup>21</sup> de 1953.

El caso Birchall c. Birchall era en materia de divorcio y en él la Corte de Casación admitió el reenvío a la ley francesa por parte de la ley inglesa y permitió el divorcio. Patiño c. Patiño constituía también un problema de divorcio. Se trataba de una demanda de divorcio interpuesta en Francia por el señor Patiño, súbdito boliviano. El juez francés aplicó el artículo 3(3) del Código Civil que remitía esta materia a la ley boliviana, pero al considerar esta en su totalidad, observó que el artículo 24 de la Ley del 15 de abril de 1932, disponía la posibilidad de poder disolver un matrimonio celebrado en el extranjero, a condición de que la ley del país en que había sido celebrado lo admitiera. El matrimonio se había celebrado en España en una época en que no existía el divorcio. El juez francés aplicó el Derecho español y rechazó la demanda por el juego del reenvío de segundo grado. Finalmente, la decisión Sommer c. Dame Mayer aceptó el reenvío en materia de filiación en cuanto al reconocimiento del hijo natural en el cual

---

<sup>17</sup> Citado por Francescakis, *La théorie du renvoi...*, ob. cit., p. 234.

<sup>18</sup> Citado por Díez de Velasco Vallejo / Borrás Rodríguez, *Prácticas de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 186.

<sup>19</sup> Citado por Francescakis, *La théorie du renvoi...*, ob. cit., p. 234.

<sup>20</sup> Citado por Borioli, Ermes, *La notion du renvoi en Droit positif suisse*, Genève, Les Presses de Savoie, Université de Genève, 1967, p. 38.

<sup>21</sup> Citado por Francescakis, *La théorie du renvoi...*, ob. cit., p. 234.

se aplicó la ley interna francesa por reenvío de la Ley polaca del 2 de agosto de 1926 sobre el Derecho internacional privado.

Antes de concluir la evolución histórica del reenvío, estimamos significativo hablar de un país en el cual también se desarrolló la doctrina del reenvío, pero de una manera peculiar, diferente a la perspectiva planteada en Francia. Estamos hablando de Inglaterra. Este país estableció en 1926 una teoría del reenvío que iba a servir de base al Derecho británico. Esta teoría será elaborada en detalle en nuestro próximo punto relacionado con las diversas teorías del reenvío. No obstante, consideramos útil explicar el caso que sirvió de precursor a esta teoría. Se aplicó por primera vez la *foreign court theory*, denominada también teoría del doble reenvío, en *In re Annesley*<sup>22</sup>. La señora Annesley falleció en Francia en 1924. Se estableció la intención de la señora Annesley de permanecer en Francia por el resto de sus días. Sin embargo, no efectuó los trámites necesarios contemplados por el artículo 13 del Código Civil francés con el fin de obtener domicilio *de iure* en Francia. El testamento fue realizado conforme al derecho inglés mediante el cual disponía de todos sus bienes. Se encontraban bienes en Francia e Inglaterra.

El problema que surgió fue el determinar cómo se distribuiría la herencia, es decir, de acuerdo al Derecho francés o al Derecho inglés. El juez resolvió el asunto de la misma manera que lo habría resuelto un magistrado francés. La norma de conflicto francesa declaró aplicable el Derecho inglés. No obstante, este último remitió a la legislación francesa que aceptó el reenvío. Consecuentemente, el juez inglés aplicó el Derecho interno francés como lo hubiera hecho un juez de ese país. Aquí nació esta nueva teoría que desarrollaremos en el siguiente punto de nuestra tesis. Lo más importante de esa teoría es que se conservó a lo largo de los años y siempre fue utilizada por los tribunales ingleses.

Podemos mencionar otro caso donde entrevemos esa teoría. El caso es *In re Duke of Wellington*<sup>23</sup>. En 1942 murió el sexto duque de Wellington, soltero, dejando dos testamentos: uno, legando todas sus propiedades españolas a la persona que a su muerte se convirtiera en duque de

---

<sup>22</sup> *In re Annesley* (1926) Ch. 692.

<sup>23</sup> *In re Duke of Wellington* (1947) Ch. 506.

Wellington y de Ciudad Rodrigo, y otro testamento inglés, disponiendo de todas sus propiedades no incluidas en el anterior testamento. A pesar de que por la ley inglesa el ducado de Wellington correspondía al tío del testador, el de Ciudad Rodrigo se regía por la ley española y correspondía a su hermana, de esta manera los dos ducados eran diferentes personas.

Según el testamento español, toda la propiedad española incumbía a la persona que a la muerte del testador heredase los dos títulos. Tal testamento no pudo surtir efecto y, en consecuencia, la voluntad del difunto se rigió por el testamento inglés. Pero como parte de la propiedad española estaba constituida por inmuebles, había que considerar qué ley era la aplicable. Conforme a la ley inglesa, debía aplicarse la *lex rei sitae*, o sea, la española, pero según esta última, debía aplicarse la ley nacional, o sea, la inglesa. El juez inglés finalmente intentó determinar si la doctrina del reenvío existía en el Derecho español. A esta interrogante, respondió que no era posible afirmar que se podía encontrar prueba en cuanto a la existencia de la doctrina del reenvío en el Derecho español y, por lo tanto, aplicó el Derecho inglés por haber fallado la disposición testamentaria española al no existir la persona llamada en dicho testamento; los bienes en España pasaron a engrosar los bienes distribuidos de acuerdo al testamento inglés.

Esto corona la evolución histórica del reenvío, evolución que podemos clasificar como de compleja y también de relativa, en la mayoría de las sentencias, a la misma materia, sucesiones. Tratamos de exponer en la forma más clara las diferentes etapas del origen del reenvío paseándonos por los casos precursores, el inicio verdadero de esa figura, y sus consecuencias jurisprudenciales tanto en el país donde empezó el reenvío y también a nivel mundial, donde pudimos entrever manifestaciones de este, sin que se elaboraran criterios que justificaran la razón de su aplicación. En efecto, luego de una ola jurisprudencial, muchos autores tomaron posiciones frente al reenvío. Unos procedieron a justificarlo, mientras que otros lo acusaron sin piedad. Fueron escritas varias teorías al respecto y consideramos importante, antes de emprender el estudio más profundo del reenvío, aludir a ellas para lograr una mejor comprensión de esa figura que se reveló tan controversial.

## C. Diversas teorías

Hay varias teorías elaboradas referentes al reenvío. Escogimos las más generales. Como puede verse, estas teorías fueron agrupadas en dos categorías. En primer lugar, se hará mención de las doctrinas que favorecen el reenvío y se describirán las diferentes técnicas que fueron desarrolladas con el fin de justificarlo. Luego, expondremos las teorías que van en contra de esa figura del Derecho Internacional Privado, con los variados mecanismos propuestos para lograr su no aplicación.

### 1. Teorías a favor del reenvío

#### a. Teoría de la referencia máxima

También denominada teoría de la remisión global, se apoyó inicialmente en una concepción parcialmente internacionalista que partía de la imposibilidad de distinguir entre normas materiales y normas de conflicto<sup>24</sup>. Sostenida entre otros por Ennecerus, Dicey y Keidel, surgió en la jurisprudencia inglesa en 1841 con el caso *Collier c. Rivaz* que fue uno de los precursores del reenvío. La hipótesis del reenvío se plantea solo si se admite esta teoría. Aparece el reenvío porque cuando el juez de un Estado debe aplicar el Derecho extranjero, lo debe entender en su totalidad sin poder distinguir entre las normas materiales y las normas de conflicto de ese Derecho extranjero. El Derecho extranjero aplicable constituye un todo indivisible. Se sostiene que las normas de derecho material están en relación directa con las normas de conflicto de un sistema y que la norma material presupone la aplicación de la norma de conflicto para que tenga sentido<sup>25</sup>. El juez llamado a decidir debe proceder como lo haría en su caso el juez extranjero cuya ley ha de aplicar. Este juez acudiría en primer término a la norma de conflicto de su propio ordenamiento jurídico, la cual remite al Derecho extranjero. Allí, consulta y aplica las normas de conflicto extranjeras vigentes en la legislación ajena como lo haría un juez de ese Estado.

---

<sup>24</sup> Aguilar Navarro, Mariano, *Derecho internacional privado*, Madrid, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Sección de Publicaciones, 1982, 2ª reimp. a la 3ª ed., Vol. I, T. II, parte segunda, 1982, p. 169.

<sup>25</sup> Navarrete, *El reenvío...*, ob. cit., p. 128.

No obstante, si admitimos que el ordenamiento jurídico extranjero contiene el mismo significado que el del foro, es decir, que también es indivisible ¿qué ocurre? La norma de conflicto extranjera reenvía a la legislación del foro que luego envía otra vez al ordenamiento jurídico ajeno y viceversa. Contemplamos entonces dos legislaciones que se envían la competencia respecto del fondo de un problema jurídico, sin llegar a determinar el final de este “juego de tenis internacional”. Naturalmente, en este caso, el legislador puede indicar al juez parar este juego cuando la norma de conflicto del ordenamiento extranjero remita a la del foro, cortando el reenvío en el de primer grado para evitar situaciones sin fin.

### **b. Teoría del doble reenvío (*foreign court theory*)**

La doctrina del doble reenvío de Dicey se funda en el mismo principio de remisión integral o indivisibilidad de las normas materiales y las de conflicto de la ley extranjera a la que remite la ley del foro. Esa teoría apareció en el mundo del Derecho con la sentencia inglesa *In re Annesley* de 1926. Establece que el juez inglés proveerá al caso la misma solución que le otorgaría el juez del país cuya legislación se declara aplicable por medio de la norma de conflicto inglesa. El juez debe considerarse trasladado al ordenamiento jurídico extranjero que la norma de conflicto del foro inglés declara competente para proceder como si fuera efectivamente juez del citado ordenamiento jurídico extranjero, con lo cual la sentencia vendría a ser igual a la que dictaría el juez extranjero, en caso de ser competente para conocer del asunto<sup>26</sup>.

Supongamos el caso de un inglés domiciliado en Francia. ¿Qué ley aplicaría el juez francés a su estatuto personal? La norma de conflicto francesa remite a la ley nacional, en este caso, la ley inglesa. Francia acepta el reenvío. En consecuencia, el juez ha de consultar el derecho inglés como un todo indivisible, incluidas sus normas de Derecho internacional privado y estas remiten a la ley del domicilio. El juez francés aplicaría entonces su propio derecho. Eso mismo debe efectuar el magistrado inglés: aplicar el Derecho francés.

---

<sup>26</sup> Aguilar Navarro: *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 171.

Cambiamos un poco la historia. Imaginemos que el súbdito inglés estuviera domiciliado en Quebec. Allí no se reconoce el reenvío, entonces, la norma de conflicto quebequense iría dirigida al Derecho material inglés. Este sería aplicado por el juez de Quebec si actuara en el asunto y también debería ser el aplicado por el juez inglés ante el cual la cuestión se ventilara. Constatamos en ambos casos que todo depende de lo que el juez inglés intuya que haría el juez extranjero ante una remisión de la ley inglesa. Sin embargo, este sistema es excesivamente relativista<sup>27</sup>. Si los jueces franceses y quebequenses lo adoptasen, es decir, si dependiesen de la escogencia del juez inglés, ¿cómo podría decidir este último? Esta teoría es práctica solamente si no se generaliza, de lo contrario se vuelve inútil. De otro lado, puede no corresponder a la realidad en el sentido en que el juez inglés no toma en consideración las calificaciones contenidas en el Derecho extranjero que pretende aplicar, sino que simplemente sigue la definición y la clasificación de su propio ordenamiento jurídico<sup>28</sup>.

### c. Teoría de la norma subsidiaria de conflicto

Un autor francés, Lerebours-Pigeonnière, ideó esta teoría con la que pretende justificar el reenvío. Planteó el problema como una cuestión de interpretación del Derecho internacional privado francés. Cuando se designa un Derecho extranjero para reglamentar una relación jurídica, es el Derecho material el que debe prevalecer. Sin embargo, este Derecho material debe aplicarse tal como es en su realidad exterior. Implica que posee, en virtud de sus normas de Derecho internacional privado, una competencia propia<sup>29</sup>. Por tanto, cuando el Derecho internacional privado extranjero declara inaplicable su Derecho material al caso contemplado por el ordenamiento jurídico del foro, se hace necesario designar otro Derecho por medio de una norma subsidiaria de conflicto.

---

<sup>27</sup> Batiffol, Henri, *Principes de Droit international privé*, en: *Recueil des Cours*, 1959, T. 97, pp. 431 ss., especialmente p. 485.

<sup>28</sup> Arminjon, Pierre, *Précis de Droit international privé. Les notions fondamentales du Droit international privé*, Paris, Dalloz, 3ª ed., 1947, T. I, p. 383.

<sup>29</sup> De Yanguas Messía, José, *Derecho internacional privado. Parte general*, Madrid, Editorial Reus, 3ª ed., 1971, p. 285.

Los resultados del reenvío se producen no por el procedimiento de este, sino por medio de la interpretación del sistema de Derecho internacional privado del foro<sup>30</sup>. Si un juez francés tiene que pronunciarse sobre la capacidad de un inglés domiciliado en Francia, la ley aplicable será su ley nacional la cual es la ley material inglesa. Para lograr aplicarla en Francia, es necesario que la norma de conflicto inglesa conceda a la norma material esa competencia. Ahora bien, el Derecho internacional privado inglés ordena que la capacidad debe regirse por la ley del domicilio lo que conduce a no aplicar la ley nacional. En este caso, debemos acudir a la norma subsidiaria de conflicto, la cual es la inglesa y aplicar su Derecho material: el del domicilio al caso francés. Como lo describió Yanguas: “Un largo y alambicado rodeo para llegar a la misma conclusión práctica, aunque sin utilizar, porque para muchos oídos desentona, la palabra reenvío”<sup>31</sup>.

#### **d. Teoría de la coordinación de las normas de conflicto**

Henri Batiffol es el creador de esta teoría. Fundamenta el reenvío en la coordinación de la norma de conflicto propia con la extranjera, de manera a llegar a un resultado aceptable por parte de las dos soberanías. Favorece el reenvío tanto en el orden internacional como en el orden interno. Menciona el internacional porque resuelve problemas de conflicto entre soberanías, mientras que el interno permite la aplicación del reenvío de primer grado, lo cual es una ventaja práctica porque el juez termina aplicando su propio Derecho<sup>32</sup>. La finalidad perseguida por esa doctrina es muy parecida a la teoría de Lerebours-Pigeonnière en el sentido en que ambas buscan la armonización de las normas de conflicto<sup>33</sup>.

Un punto digno de mención en la teoría de Batiffol es que este último admite que el reenvío no puede ser aplicado si no beneficia la coordinación de las normas de conflicto. Este autor señala dos ejemplos claros de su

---

<sup>30</sup> Navarrete, *El reenvío...*, ob. cit., p. 155.

<sup>31</sup> De Yanguas Messía, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 285.

<sup>32</sup> Batiffol, Henri, *Droit international privé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 4<sup>a</sup> ed., 1967, p. 350.

<sup>33</sup> Loussouarn, Yvon / Pierre Bourel, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 4<sup>a</sup> ed., 1993, p. 215.

afirmación. El reenvío no podrá intervenir en cuanto a la autonomía de la voluntad de las partes y cuando la regla *locus regit actum* se aplique<sup>34</sup>.

## 2. Teorías contra el reenvío

### a. Teoría del desistimiento

Patrocinada principalmente por von Bar y Westlake, la teoría del desistimiento reposa en la premisa según la cual solo cabe aplicar un ordenamiento jurídico designado por la norma de conflicto del foro, cuando regula los hechos o la relación en cuestión conforme a su norma de conflicto. Se basa en la inaplicación de las normas del Derecho material extranjero porque el propio ordenamiento a que pertenecen, por medio de sus normas de conflicto, se desinteresa de regular el caso. Se requiere el consentimiento del Estado extranjero porque de lo contrario, se cometería una irreverencia internacional. Si el Derecho extranjero desiste de ser aplicado, el juez del foro no podrá aplicarlo.

Tal ocurre, por ejemplo, con la ley llamada a regir la capacidad de un inglés domiciliado en Francia. La norma de conflicto francesa remite a la ley nacional, en este supuesto, la ley inglesa. A su vez, la norma de conflicto inglesa no aplica a las personas la ley nacional. Se desinteresa de regir la capacidad del súbdito inglés por su propia ley. Desiste de aplicar su Derecho interno.

Toda la problemática se basa en si el ordenamiento jurídico extranjero consiente o no en la aplicación de su Derecho. A fin de contestar a esta interrogante, el juez debe consultar las normas de Derecho internacional privado del Estado extranjero. En la eventualidad de que el juez del foro no pueda aplicar el derecho extranjero, se encuentran tres posibilidades que previenen esta consecuencia<sup>35</sup>. Las enumeramos a continuación.

En primer lugar, podemos buscar otra solución. Dentro de cada legislación existe un grupo de normas relacionadas entre sí en un orden jerárquico. Habría entonces un sistema de normas de Derecho internacional privado

---

<sup>34</sup> Batiffol, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 358.

<sup>35</sup> Alfonsín, Quintín, *Curso de Derecho internacional privado*, Montevideo, Centro Estudiantes de Derecho, 1965, T. I, pp. 171-175.

que son las que siempre se aplican en primer término, pero si cualquiera de esas normas no puede funcionar, empleamos el segundo sistema de normas de Derecho internacional privado. Este último está constituido por normas supletorias pero compatibles con las principales. Por ejemplo, en el caso que no sea posible aplicar la ley del domicilio del interesado, la legislación puede contener una norma subsidiaria que disponga la aplicación de la ley del lugar de la residencia.

En segundo lugar, si la legislación extranjera no contempla ninguna norma semejante a la principal, el juez del foro deberá crear una para no denegar la justicia. Deberá ser elaborada a imagen de la norma original. Según la teoría del desistimiento, aplicamos dos sistemas de Derecho internacional privado: a) el regular y cuando este falla aplicamos b) un Derecho internacional privado que establece lo mismo que el original, con la diferencia de que la solución se realiza de acuerdo al Derecho de fondo. Es importante notar que las normas del segundo sistema de Derecho internacional privado no están escritas porque son accidentales.

En tercer lugar, podemos optar directamente por la aplicación de la *lex fori* que no se realiza propiamente por el reenvío de la ley extranjera, sino por necesidad<sup>36</sup>. Esta posición reproduce puntualmente la teoría de la *comitas* según la cual el Derecho privado es estrictamente territorial, sin más excepción que el ofrecimiento que, por cortesía, las normas de Derecho internacional privado hacen al Derecho extranjero<sup>37</sup>. Tal opinión no es satisfactoria porque es inconcebible que el ordenamiento jurídico del foro, luego de reconocer una cierta relación internacional, regrese a regularla con su propio Derecho como si fuera una cuestión nacional.

## **b. Teoría de la referencia mínima**

Totalmente opuesta a la teoría de la referencia máxima, la teoría de la referencia mínima representa la consecuencia jurídica de la norma de conflicto al declarar aplicable el Derecho extranjero, referido a sus normas materiales, lo que excluye la remisión a las normas de Derecho

---

<sup>36</sup> De Yanguas Messía, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 280.

<sup>37</sup> Alfonsín, Quintín, *Teoría del Derecho privado internacional*, Montevideo, Ediciones IDEA, 1982, p. 457.

internacional privado. Se basa, según Goldschmidt, en la creencia de que el legislador de Derecho internacional privado desea que se aplique a un caso dado una resolución determinada que no es otra que la prevista en el Derecho material extranjero declarado aplicable<sup>38</sup>. Sin embargo, la idea básica de la teoría es errónea y al respecto señala el mismo autor:

El Derecho internacional privado del juez no puede haber ordenado la aplicación de un Derecho civil determinado en atención a la justicia con la que resuelve el caso controvertido (idea de la justicia material). En efecto, ello no es posible, porque en primer lugar, los Derechos civiles cambian a partir de la emisión de las normas indirectas y, no obstante, debe aplicarse según opinión de todos el Derecho civil actualmente vigente (sea el vigente al realizarse el caso controvertido, sea el vigente al darse la controversia) que el legislador de D.I.Pr. tal vez haya desconocido, por lo cual no puede haberse inspirado en su justicia; y porque, en segundo lugar, existen casos en los cuales la referencia directa a un Derecho civil es enteramente imposible como ocurre siempre en el supuesto de multiplicidad de Derechos vigentes en el Estado cuyo ordenamiento jurídico ha sido llamado, en cuyo caso la imposibilidad para el D.I.Pr. del Juez de prever la solución del Derecho civil vigente y aplicable sube de punto. El norte del legislador de D.I.Pr. no es, por consiguiente, la justicia de la solución ofrecida por un Derecho civil determinado (idea de justicia material) sino la justicia de que un Derecho determinado dé la solución (idea de justicia procesal)<sup>39</sup>.

### c. Teoría de la competencia exclusiva de la ley nacional

Esta teoría se asienta en la doctrina clásica italiana y ha tenido por principal defensor a Pasquale Fiore. Parte de la concepción de que algunas relaciones jurídicas deben ser reguladas solo por un legislador quien posee, en cuanto a esas relaciones, una competencia exclusiva. Para entender esa doctrina, tenemos que referirnos a la época de la Escuela de Derecho internacional privado de Mancini, que reposaba sobre la idea de la personalidad de la ley. La nacionalidad era considerada como base

<sup>38</sup> Goldschmidt, Werner, *Sistema y Filosofía del Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 2ª edición, 1952, p. 349.

<sup>39</sup> Goldschmidt, *Sistema y Filosofía del Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 349.

fundamental. En principio, las leyes eran personales, es decir, que existían para los nacionales y exclusivamente para ellos. En consecuencia, debían regirlos en cualquier Estado donde se encontraran.

Fiore, quien era afín a esta Escuela, desarrolló una teoría similar a su pensamiento. Correspondía al legislador nacional la competencia exclusiva para regular el estado y la capacidad de sus nacionales y todo cuanto afectara a su estatuto personal<sup>10</sup>. El ejercicio de esta competencia revestía dos formas: la regulación directa o la remisión a otra ley. El principio del domicilio era legítimo solamente si estaba sancionado por el legislador nacional frente a sus propios nacionales porque, según esta doctrina, el legislador nacional era el único que poseía competencia exclusiva para regir en materia de estatuto personal<sup>11</sup>.

Por esas razones, el reenvío no podía existir porque no se daba lugar a reenviar o a no reenviar, sino simplemente a reconocer que la condición civil de cada uno y los derechos privados que de ella resultan, deben ser determinados y regulados según la ley del Estado a que el individuo pertenece<sup>12</sup>. Por consiguiente, cuando el legislador de este Estado formuló disposiciones para indicar la ley reguladora de la condición civil y de los derechos privados de sus ciudadanos residentes en el extranjero, estas disposiciones debían ser reputadas como un elemento indivisible del estatuto personal y tenían que ser aplicadas de una manera absoluta por el juez llamado a pronunciarse sobre esta cuestión y sobre sus derechos.

#### **d. Teoría de las conexiones primarias y secundarias**

Ernst Frankenstein es el autor de esta teoría que tiene semejanza con la doctrina de Fiore. Establece que cada individuo está sometido, *a priori*, a su Derecho nacional. Está unido a ese Derecho primordialmente y, por ello, este autor llama a esta relación como conexión primaria. Ahora, si el Derecho nacional somete a sus nacionales a otro estatuto, como por ejemplo el domicilio, estamos ante una conexión secundaria. Junto a la conexión primaria que es la nacionalidad, y la que determina el Derecho

---

<sup>10</sup> De Yanguas Messía, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 283.

<sup>11</sup> Lewald, *La théorie du renvoi...*, ob. cit., p. 610.

<sup>12</sup> Lewald, *La théorie du renvoi...*, ob. cit., p. 609.

nacional, que se denomina conexión secundaria, existe una pseudo conexión que ocurre cuando el legislador extranjero pretende gobernar las situaciones jurídicas de los extranjeros domiciliados en su territorio<sup>43</sup>.

En este caso, el legislador procede arbitrariamente porque se atribuye un poder que no posee, sino que corresponde exclusivamente al legislador extranjero. Sin embargo, esta teoría presenta un defecto grave en el sentido que no se corresponde con la realidad. La nacionalidad no es la única conexión posible. Cuando la conexión no es la nacionalidad sino otra en un país determinado, Frankenstein la declara pseudo conexión porque no la considera como una conexión verdadera. La juzga como un abuso sin razón jurídica<sup>44</sup>. Probablemente porque no encaja con su teoría. No se puede establecer una jerarquía dentro de los factores de conexión porque son iguales. No hay razón para que la nacionalidad prive sobre los demás factores de conexión. Esta es una de las críticas más formuladas en cuanto a esa teoría y que puede también aplicarse a la de Fiore.

#### D. Clases de reenvío

El reenvío engloba varias categorías. Unas son más conocidas por haberse observado desde el origen de esta figura de Derecho internacional privado. Otras aparecieron recientemente. Las podemos dividir en seis grupos. El primer grupo es el reenvío de primer grado. Denominado también reenvío de retorno o reenvío simple, se produce cuando la norma de conflicto extranjera declarada competente por la norma de conflicto del foro devuelve a este la competencia. Lo podemos ilustrar como A-B-A.

A través del mecanismo del reenvío simple, el juez aplica siempre su propia ley en virtud de la devolución o retorno de competencia que hace la norma de Derecho internacional privado del país extranjero. Es la más antigua forma de reenvío y surgió en los primeros casos precursores a Forgo. Se encuentran diferentes designaciones de esta remisión a la propia ley del juez. Se puede leer como *Rückverweisung* en la terminología alemana,

---

<sup>43</sup> Navarrete, *El reenvío...*, ob. cit., p. 149.

<sup>44</sup> Navarrete, *El reenvío...*, ob. cit., p. 149.

*renvoi au premier degré* en la francesa, *remittal* en la inglesa, y *rinvio indietro* en la italiana.

Esta clase de reenvío es muy práctica porque permite al juez aplicar las disposiciones propias de su legislación las cuales debe tener por mejores y más equitativas sin mencionar, las más familiares. Juzgará el litigio de manera más satisfactoria porque posee un manejo completo de ellas.

Sin embargo, Arminjon menciona que este tipo de reenvío puede llevar a confusión pues insiste en que el reenvío regresa a la ley del foro y allí el juez no cuestiona más porque asume que las dos legislaciones (la nacional y la internacional) estuvieron de acuerdo sobre quién tendrá competencia. Este autor menciona como ejemplo, para explicar su punto de vista, el caso Forgo<sup>45</sup>. ¿Qué hubiera pasado si el caso Forgo hubiera sido decidido en Baviera en lugar de Francia? Si un tribunal bávaro hubiera admitido el reenvío como lo hizo Francia, hubiera aplicado el Derecho bávaro y no el francés. Otro ejemplo es el caso de la Corte de Lübeck, la cual llega a un resultado opuesto a Forgo porque la sentencia fue dictada en Alemania<sup>46</sup>.

Esta situación en el modo de enfocar el problema puede revelarse muy confusa y llevar a poner en duda la credibilidad del reenvío de primer grado. Siempre determinamos la cuestión jurídica según el tribunal del foro y si descubrimos que la legislación extranjera no remite al ordenamiento jurídico del foro sino a un tercer Estado, muchas veces ignoramos la norma de conflicto extranjera y terminamos aplicando la *lex fori*. Esta fue una de las críticas más acerbas durante los primeros cincuenta años de la existencia del reenvío hasta hace poco tiempo.

La otra clase de reenvío es el de segundo grado. Surge cuando la norma de conflicto extranjera del Derecho declarado competente por la norma de conflicto del foro remite la competencia del asunto a un tercer Estado, que a su vez, se declara competente. La solución es la aplicación del derecho material de este tercer Estado. Se denomina *Weiterverweisung* en la terminología jurídica alemana, *renvoi au second degré* en la francesa, *transmission* en el derecho inglés, y *rinvio altrove* en la legislación italiana.

<sup>45</sup> Arminjon: *Précis de Droit international privé...*, ob. cit., p. 372.

<sup>46</sup> *Vid.* la parte de la evolución histórica del reenvío donde hemos discutido este problema.

Este reenvío fue aceptado por la jurisprudencia alemana en 1917<sup>17</sup> en un caso que trataba de la sucesión mobiliaria de una persona de nacionalidad belga que falleció en Rusia donde se encontraban algunos de sus bienes. La norma de conflicto alemana remitió a la ley nacional del difunto, la belga, que a su vez, remitió a la ley del lugar de la situación de los bienes (*lex rei sitae*). La norma de conflicto rusa aceptó la competencia porque también en esa época los bienes se regían por el lugar de su situación.

Podemos citar otra decisión en la que implícitamente se adoptó el reenvío de segundo grado. Fue una sentencia inglesa llamada *In re Achillopoulos*<sup>18</sup> y también se trataba de una sucesión mobiliaria. Una persona griega falleció en Egipto. La norma de conflicto inglesa designó la ley del domicilio que era Egipto. La norma de conflicto de Egipto no aceptó la competencia y remitió a la ley nacional. Finalmente el juez inglés aplicó el Derecho material griego. Con relación a Francia, es conveniente recordar la sentencia *Marchi della Costa et autres* de 1938 la cual afirmó el principio del reenvío ulterior.

Una tercera clasificación de esta figura es el reenvío sucesivo o ulterior. Nació conjuntamente con el reenvío de segundo grado cuando unos autores reflexionaron sobre los diferentes grados posibles del reenvío. Se preguntaron por qué tenían que detener el reenvío después del segundo grado. Se enunció la posibilidad de enfrentar una relación jurídica que pudiera permitir la aplicación de más de dos normas de conflicto y llegar, asimismo, a un resultado final donde el último ordenamiento jurídico aceptara la competencia del Estado donde empezó la remisión.

Este tipo de reenvío se reconoce por la cadena de designaciones que resultan de la aplicación de todas esas normas de conflicto. Sin embargo, podemos afrontar un problema grave si el último sistema designado remite a uno de los ordenamientos jurídicos mencionado previamente. ¿Dónde ponemos fin a esas remisiones? La doctrina ha establecido que si llega a ser declarado como competente otra vez un mismo sistema, allí debe cesar el mecanismo del reenvío, aunque no nos parece que quede solucionado el problema del conflicto negativo.

---

<sup>17</sup> Batiffol, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 390.

<sup>18</sup> Batiffol, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 390.

Después de esta clase de reenvío, podemos observar una variante que se llama reenvío definitivo, circular, o de cierre. Ocurre cuando varias legislaciones se remiten sucesivamente la competencia sin aceptarla hasta que la última remisión va dirigida a la ley del foro, donde se inició el reenvío. Es muy parecido al reenvío de ulterior grado excepto que termina exactamente en donde comenzó. Podemos considerarlo como reenvío de múltiples grados.

Otra clase de reenvío es el famoso doble reenvío que fue introducido por Inglaterra con el caso *In re Annesley* de 1926. No queremos entrar de nuevo en las explicaciones por cuanto fueron expuestas cuando analizamos esta sentencia y luego cuando discutimos la teoría de la *foreign court theory*. Sugerimos retomar cuidadosamente esas dos partes de nuestra tesis donde hablamos de este reenvío y de sus implicaciones.

Para terminar nuestro periplo sobre las clases del reenvío, queda solamente un reenvío que estimamos importante mencionar. Emergió en los últimos años y todavía es muy controversial en cuanto a su razón de ser. Estamos refiriéndonos al reenvío de calificación.

La solución del conflicto negativo por la aplicación de la norma de conflicto extranjera se convierte para el ordenamiento jurídico del foro en un problema de identificación de esta norma. El ordenamiento jurídico del foro atribuye la cuestión litigiosa a una categoría jurídica y, a través de esta calificación, determina la norma de conflicto aplicable al caso. Sin embargo, puede ser que el ordenamiento jurídico extranjero tenga una concepción diferente en cuanto a la categoría jurídica que se aplica a la misma cuestión litigiosa. Un conflicto parece surgir porque los dos ordenamientos jurídicos en presencia contienen, por hipótesis, normas de conflicto muy parecidas, pero que no aplican al mismo problema la misma norma de conflicto. De esta manera, puede ocurrir un conflicto positivo o uno negativo.

Podemos preguntarnos si el mecanismo del reenvío podría existir cuando la ocurrencia del conflicto negativo se origina, no de un problema entre las normas de conflicto que proviene de los distintos factores de conexión, sino más bien, de una divergencia en la calificación del litigio, es decir, de la concepción jurídica que los diferentes ordenamientos jurídicos se tienen del litigio, porque los clasifican de manera distinta. Si aceptamos este punto de

vista, podemos declarar que el reenvío en definitiva sucede por un conflicto de calificación entre la *lex fori* y la *lex causae* y no por las normas de conflicto.

Sin embargo, esta posición es muy criticada y todavía no se ha determinado una solución para este problema. La doctrina francesa está dividida y su jurisprudencia, casi inexistente, pero la jurisdicción alemana se pronunció en contra<sup>49</sup>. En cuanto a los autores, podemos también notar un desacuerdo. Por ejemplo, Francescakis tiende a reconocerlo. Otorga a los conflictos de calificación una consideración propia en el sentido de declarar que no es la naturaleza del conflicto la que procura al problema de calificación su fisonomía verdadera, sino la indeterminación entre las normas de conflicto<sup>50</sup>.

El conflicto de calificación está afectado por esta indeterminación, de manera que todas las veces que la norma de conflicto extranjera aplicable al problema no está positivamente afirmada en el ordenamiento jurídico extranjero, el conflicto de calificación establece una norma de conflicto extranjera hipotética. Por esa razón, Francescakis propende a reconocer que un conflicto de calificación puede convertirse en uno de reenvío. No obstante, admite que, al mismo tiempo, el problema de la calificación se insinúa en el concepto del reenvío, el cual busca resolver el conflicto negativo por la aplicación de una norma de conflicto extranjera<sup>51</sup>.

Opuesto a esta actitud se encuentran los pensamientos de Loussouarn, Bourel, y Navarrete para quienes el reenvío de calificación no es otra cosa que un subterfugio. En efecto, condenan el reenvío de calificación por la lógica misma del mecanismo del reenvío. Explican que cuando la norma de conflicto del foro remite al ordenamiento jurídico extranjero, la idea de consultar el derecho extranjero se funda sobre la indivisibilidad de este derecho. Nada justifica que sean apartadas las propias calificaciones de este<sup>52</sup>. La remisión se realiza de manera global. ¿Cómo justificamos entonces la diferencia entre el reenvío que resulta de la discordancia entre los ordenamientos jurídicos en cuanto a la norma de conflicto aplicable al problema y el reenvío de calificación que tiene por origen el conflicto de

---

<sup>49</sup> Loussouarn / Bourel, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 199.

<sup>50</sup> Francescakis, *La théorie du renvoi...*, ob. cit., p. 83.

<sup>51</sup> Francescakis, *La théorie du renvoi...*, ob. cit., p. 86.

<sup>52</sup> Loussouarn / Bourel, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 200.

calificaciones?<sup>53</sup> A esta interrogante, esos autores contestaron que el conflicto de calificación no existe en el momento en que sucede el problema del reenvío porque ha sido resuelto y ha permitido a la norma de conflicto del foro designar una ley extranjera. No importa si este ordenamiento jurídico posee otra concepción de la institución en cuestión o si la clasifica en otra categoría, porque tener en cuenta esto conduciría a hacer resurgir una problemática que no tiene razón de existir en esta etapa de la resolución del conflicto de ley<sup>53</sup>.

A partir del momento en el cual la ley competente es designada, la calificación primaria no puede intervenir más, porque su rol era determinar la norma de conflicto del foro y, por lo mismo, la ley aplicable. La calificación extranjera solamente podrá ser utilizada para seleccionar las normas materiales que pueden ser establecidas a fin de resolver el problema litigioso. Pero allí termina su función. Como menciona Navarrete:

El reenvío consiste en tomar en consideración la regla de conflicto del derecho declarado aplicable y obedecerla mirando al derecho designado por ella. La calificación, por otro lado, consiste en determinar la naturaleza jurídica de ciertos hechos, o la extensión y significación de un concepto jurídico, y esto sólo se puede lograr con el manejo de nociones o reglas de derecho materiales. No entrando, pues, las reglas de conflicto en el proceso de calificación, no puede haber interrelación entre el reenvío y la calificación<sup>54</sup>.

## **E. Tratamiento en las fuentes internacionales del Derecho internacional privado: convenciones**

La metodología que adoptaremos para esta parte del trabajo será la de dividir las convenciones en dos grupos. El primer grupo, las que están a favor del reenvío y el otro grupo, las que lo rechazan. Luego, analizaremos las convenciones que admiten el reenvío con el fin de clasificarlas, según si se trata de un reenvío de primer grado o de segundo grado. Después, estudiaremos las convenciones que no aceptan el reenvío. De este grupo,

---

<sup>53</sup> Loussouarn / Bourel, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 200.

<sup>54</sup> Navarrete, *El reenvío...*, ob. cit., p. 41.

determinaremos dos estilos de redacción. Por último, terminaremos haciendo el balance actual del reenvío frente a estas posiciones.

Cabe observar que las convenciones que estudiaremos son fuentes universales a excepción de la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, el Convenio de Derecho Internacional Privado, y la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales que representan fuentes regionales. La primera posee un ámbito europeo, mientras que las dos otras convenciones refieren al ámbito americano.

## 1. Convenciones que admiten el reenvío

### **.- Convención de La Haya para regular los conflictos en materia de matrimonio (12 de junio de 1902)**

Artículo 1. El derecho a contraer matrimonio es regido por la ley de cada uno de los futuros esposos, a menos que una disposición de esta ley se refiera expresamente a otra ley<sup>55</sup>.

Esta Convención entró en vigencia el 30 de julio de 1904, es decir, según su artículo 11, sesenta días a partir de su ratificación la cual tuvo lugar el 1 de junio de 1904. La ratificaron Alemania, Bélgica, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Rumania, Suecia, y Suiza<sup>56</sup>. Luego se adhirieron a ella la Ciudad Libre de Danzig y Polonia el 25 de junio de 1929 en virtud del Protocolo del 28 de noviembre de 1923 referente a la adhesión a la Convención. Contempla el reenvío de primer grado y de segundo grado, ya que acepta que las disposiciones de Derecho internacional privado de cada país refieran a otra ley distinta a la de la nacional, que es la aceptada por la Convención. Se establece que el derecho a contraer matrimonio se rige normalmente por la ley de los futuros

---

<sup>55</sup> Traducción en de Yanguas Messía, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 277. La versión original francesa se lee de esta manera: "*Article 1 Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi*". Se puede ubicar en Internet en la siguiente dirección: [http://www.hcch.net/f/conventions/text\\_af.html](http://www.hcch.net/f/conventions/text_af.html), <http://www.hcch.net>.

<sup>56</sup> [http://www.hcch.net/f/status/stat\\_af.html](http://www.hcch.net/f/status/stat_af.html), <http://www.hcch.net>.

esposos si no se encuentra una disposición que remita expresamente a otra ley.

Este artículo presupone que cualquier Estado contratante puede aplicar sus propias normas de conflicto concernientes a la capacidad nupcial, divergentes de la norma de Derecho internacional privado de la Convención, en el sentido de declarar aplicable, no la ley nacional, sino otra legislación como la del domicilio o la del lugar de la celebración del matrimonio. Se intenta establecer que la norma de conflicto de cada Estado permanece subordinada a la norma de conflicto convencional<sup>57</sup>. Sin embargo, esta subordinación carece de sentido porque se permite la modificación de la norma de conflicto convencional a gusto del Estado. Se dijo que el motivo determinante de la frase final no fue otro sino procurar una transacción con Suiza y facilitar la posible adhesión de Dinamarca y de Noruega, que luego no se produjo<sup>58</sup>.

Debe señalarse que Suiza es partidaria de la *lex domicilii* y esta disposición no la favorece para nada como lo ilustra el ejemplo siguiente. Con arreglo al texto del artículo 1, la capacidad nupcial de un francés domiciliado en Suiza ha de regularse por la ley francesa (por ser la *lex patriae* del contrayente), y la capacidad nupcial de un suizo domiciliado en Francia también ha de regularse por la ley francesa (por ser la ley designada por la *lex patriae*). Se proscribió por completo la aplicación del Derecho privado suizo para juzgar la capacidad nupcial. Además, obliga a Suiza a aplicar a los extranjeros la *lex patriae* dentro de su propio territorio, cosa que precisamente no desea<sup>59</sup>. Debido a esta situación, Suiza denunció la Convención el 25 de mayo de 1972, que entró en vigencia el 1 de junio de 1974<sup>60</sup>. Otras denuncias fueron realizadas por Bélgica, Francia, Hungría, Luxemburgo, Países Bajos y Suecia<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Alfonsín, *Teoría del Derecho privado internacional...*, ob. cit., p. 470.

<sup>58</sup> De Yanguas Messía, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 277.

<sup>59</sup> Alfonsín, *Teoría del Derecho privado internacional...*, ob. cit., p. 470.

<sup>60</sup> [http://www.hcch.net/f/status/stat\\_af.html](http://www.hcch.net/f/status/stat_af.html), p. 2, <http://www.hcch.net>

<sup>61</sup> *Idem*; Bélgica (30 de octubre de 1918), Francia (12 de noviembre de 1913), Hungría (12 de noviembre de 1973), Luxemburgo (12 de diciembre de 1984), Países Bajos (21 de febrero 1977) y Suecia (29 de noviembre de 1959).

### **.- Convención de La Haya sobre la unificación de la letra de cambio y pagaré a la orden (23 de julio de 1912)**

Artículo 74. La capacidad de una persona para obligarse por medio de una letra de cambio se determina por su ley nacional. Si la ley nacional declara competente la ley de otro Estado, esta última es la que se aplica.

La persona declarada incapaz según la ley indicada por el párrafo anterior adquiere capacidad si resulta obligada en el territorio de un Estado según cuya legislación ella sería capaz<sup>62</sup>.

De nuevo, se trató de lograr un acuerdo entre los países partidarios de la nacionalidad y los del domicilio en esta Convención. Fue firmada por Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Chile, China, Dinamarca, El Salvador, España, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Montenegro, Noruega, Nicaragua, Paraguay, Países Bajos, Portugal, Rumania, Rusia, Siam, Suecia, Suiza y Turquía<sup>63</sup>. La única información que pudimos recoger acerca de este convenio fue que la Primera Guerra Mundial acabó con el esfuerzo de este trabajo. Al igual que en la convención anterior, se puede entrever una posibilidad de reenvío de primero y de segundo grado.

### **.- Convención destinada a regular ciertos conflictos de leyes en materia de cheques (Ginebra, 19 de marzo de 1931)**

Artículo 2. La capacidad de una persona a comprometerse por cheque se rige por su ley nacional. Si la ley nacional declara competente la ley de otro país, esta última es la que debe ser aplicable...<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Traducción nuestra. El texto original se puede encontrar en Navarrete, *El reenvío...*, ob. cit., p. 114. Se lee de la siguiente manera: “*La capacité d’une personne pour s’engager par lettre de change est déterminée par sa loi nationale. Si cette loi nationale déclare compétente la loi d’un autre Etat, cette dernière loi est applicable.*”

*La personne qui serait incapable, d’après la loi indiquée par l’alinéa précédent, est néanmoins valablement tenue, si elle est obligée sur le territoire d’un Etat d’après la législation duquel elle aurait été capable”.*

<sup>63</sup> Navarrete, *El reenvío...*, ob. cit., p. 114.

<sup>64</sup> Traducción nuestra. El texto original se puede encontrar en Navarrete, *El reenvío...*, ob. cit., p. 117. Se lee de la siguiente manera: “*La capacité d’une personne pour s’engager par*

Esta Convención entró en vigencia el 1 de enero de 1934 entre Alemania, Dinamarca, Finlandia, Italia, Japón, Mónaco, Nicaragua, Noruega y Suecia. Posteriormente, la ratificaron Brasil, Francia, Grecia, Países Bajos, Polonia, Portugal y Suiza<sup>65</sup>. Muy similar a la convención anterior sobre la unificación del derecho de los efectos de comercio, esta última también acepta el reenvío de primero y de segundo grado.

**.- Convención de La Haya para regular los conflictos entre la ley nacional y la ley del domicilio (15 de junio de 1955)<sup>66</sup>**

Artículo 1. Cuando el Estado en que la persona interesada se halle domiciliada prescriba la aplicación de la ley nacional, mientras que el Estado del que dicha persona sea nacional prescriba la aplicación de la ley del domicilio, todo Estado contratante aplicará las disposiciones del Derecho interno de la ley del domicilio.

Artículo 2. Si el Estado en que la persona interesada se halle domiciliada y el Estado del que dicha persona sea nacional, prescribiesen ambos la aplicación de la ley del domicilio, todo Estado contratante aplicará las disposiciones del Derecho interno de la ley del domicilio.

Artículo 3. En el caso de que el Estado donde la persona interesada esté domiciliada y el Estado del que dicha persona sea nacional, prescribiesen ambos la aplicación de la ley nacional, todo Estado contratante aplicará las disposiciones del Derecho interno de la ley nacional.

Esta Convención representa una notable tentativa de resolver los conflictos negativos entre ordenamientos jurídicos. Tuvo su origen en el Proyecto de Convención para regular los conflictos de leyes entre la ley nacional y la ley del domicilio elaborado en 1951 por la VII sesión de la Conferencia de La

---

*chèque est déterminée par sa loi nationale. Si cette loi nationale déclare compétente la loi d'un autre pays, cette dernière loi est applicable...".*

<sup>65</sup> Navarrete, *El reenvío...*, ob. cit., p. 117.

<sup>66</sup> *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-1993)*, traducción al castellano, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons, 1996, pp. 85-86. Se puede ubicar la versión oficial en francés en <http://www.hcch.net/f/conventions/text06f/html>, <http://www.hcch.net>

Haya de Derecho Internacional Privado<sup>67</sup>. Fue firmada por Bélgica, España, Francia, Luxemburgo y Países Bajos. Ha sido ratificada por Bélgica y Países Bajos<sup>68</sup>.

La Convención enuncia la hipótesis que la norma de conflicto de cada Estado contratante remita, sea a la ley nacional o a la ley del domicilio. El Derecho competente puede ser el del Estado mismo de la nacionalidad o el del domicilio del interesado, como también el de un tercer Estado que posea una norma de conflicto que haga referencia a la ley de la nacionalidad o a la ley del domicilio. Trata solamente el conflicto negativo y lo resuelve otorgando preponderancia al domicilio. En efecto, el artículo primero establece un reenvío de primer grado realizado a favor del domicilio, cuando el Estado en que la persona se halle domiciliada indique la aplicación de la ley nacional y esta remita de nuevo a la ley del domicilio.

En caso de acuerdo entre los Derechos de la nacionalidad y del domicilio, la Convención impone al tercer Estado la solución común, sea la aplicación del Derecho material del domicilio (art. 2) o el de la nacionalidad (art. 3). Permite la armonía efectiva de las soluciones. Sin embargo, si el Derecho de un tercer Estado designado por la norma de conflicto no remite al Derecho de la nacionalidad o al Derecho del domicilio, esta Convención no puede ser aplicada. Apreciamos entonces que esta última resuelve los conflictos solamente si llegan a la aplicación de la nacionalidad o del domicilio. De lo contrario, la Convención no tiene efecto.

Finalmente, si consideramos las soluciones de esta Convención en su conjunto, es posible afirmar que el objetivo principal es lograr la armonía de las soluciones, pero no siempre se alcanza este resultado debido a que los legisladores de esta Convención solo se centraron en la nacionalidad y el domicilio. No se entrevieron todos los conflictos de leyes engendrados por los conflictos negativos. Además, no se precisó el área de aplicación de la nacionalidad y del domicilio que muchas veces tienden a producir divergencias debido al problema de las calificaciones<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Francescakis, *La théorie du renvoi...*, ob. cit., p. 177.

<sup>68</sup> <http://www.hcch.net/f/status/stat06f.html>, <http://www.hcch.net> Bélgica ratificó el 2 de mayo de 1962 y Países Bajos el 15 de junio de 1955.

<sup>69</sup> Francescakis, *La théorie du renvoi...*, ob. cit., pp. 182-183.

## 2. Convenciones que rechazan el reenvío

Constatamos dos formas de redacción en las convenciones internacionales que no aceptan el reenvío. Un primer grupo se relaciona con los artículos que declaran de manera expresa que el Derecho aplicable es el vigente en un Estado, excluyendo sus normas de conflicto. Pueden nombrarse la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, también denominada Convenio de Roma, la Convención sobre la ley aplicable al trust y a su reconocimiento, la Convención sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías y la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales.

El artículo 15 del Convenio de Roma establece la exclusión de las normas de conflicto. En efecto, menciona que “Cuando el presente Convenio prescriba la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho Internacional Privado”<sup>70</sup>. Este Convenio fue firmado el 19 de junio de 1980 por Alemania, Bélgica, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo y Países Bajos. Sin embargo, pasaron un poco más de diez años antes de lograr ponerlo en vigencia el 1 de abril de 1991 con la séptima ratificación por parte de la Gran Bretaña<sup>71</sup>. Hoy en día, la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ha sido ratificada por Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Italia, Luxemburgo, Irlanda, Italia, Países Bajos y Portugal. El Convenio de Adhesión de Austria, Finlandia y Suecia se firmó el 29 de noviembre de 1997, aunque todavía no está en vigor<sup>72</sup>.

La Convención sobre la ley aplicable al trust y a su reconocimiento recoge una disposición similar a la de la Convención anterior en el artículo 17, donde enuncia que: “En el Convenio, por ‘ley’ se entenderán las normas jurídicas vigentes en un Estado con exclusión de las normas de conflicto de leyes”<sup>73</sup>. Firmada el 1 de julio de 1985 en La Haya, esta Convención fue

<sup>70</sup> [http://www.europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/1980/es\\_480A0934.html](http://www.europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/1980/es_480A0934.html), p. 6.

<http://www.europa.eu.int>

<sup>71</sup> Jacquet, Jean-Michel, *Le contrat international*, Paris, Dalloz, 2ª ed., 1999, p. 31.

<sup>72</sup> [http://www.europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/1997/es\\_497Y0623\\_02.html](http://www.europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/1997/es_497Y0623_02.html)

<http://www.europa.eu.int>

<sup>73</sup> *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya...*, ob. cit., pp. 117-118.

ratificada por Australia, Canadá, Italia, Malta, Países Bajos y Reino Unido<sup>74</sup>. Se aplica también a China en cuanto a la región administrativa de Hong Kong, por ser esta una dependencia del Reino Unido hasta el 1 de julio de 1997. Sin embargo, la República Popular de China declaró que seguirá aplicando esta Convención después de la toma de posesión de Hong Kong.

Asimismo, la Convención sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías dispone: “A los efectos del presente Convenio se entenderá por ‘ley’ el Derecho vigente en un Estado, con exclusión de las normas relativas al conflicto de leyes”<sup>75</sup>. Firmada en La Haya el 22 de diciembre de 1986, esta Convención todavía no ha entrado en vigencia. En efecto, solo Argentina la ratificó y Moldavia anunció su adhesión, lo que no representa el quórum de cinco países pedido por el artículo 27 (1) de esta misma Convención.<sup>76</sup>

Otro ejemplo es la Convención sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte<sup>77</sup> suscrita en La Haya el 1 de agosto de 1989 que dispone lo siguiente:

Artículo 3. 1. La sucesión se regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento, si en ese momento fuera nacional de dicho Estado.

2. La sucesión también se regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento si hubiera residido en dicho Estado durante un período no inferior a cinco años inmediatamente anterior a su fallecimiento. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, si el difunto tuviera en el momento de su fallecimiento vínculos manifiestamente más estrechos con el Estado del que en ese momento fuera nacional, se aplicará la ley de este último Estado.

3. En los demás casos, la sucesión se regirá por la ley del Estado del que el difunto fuera nacional en el momento de su fallecimiento,

<sup>74</sup> <http://hcch.net/f/status/stat30f.html>, p. 1, <http://hcch.net> Fechas de ratificaciones: Australia (17 de octubre de 1991), Canadá (20 de octubre de 1992), Italia (21 de febrero de 1990), Malta (31 de diciembre de 1995), Países Bajos (28 de noviembre de 1995) y Reino Unido (17 de noviembre de 1989).

<sup>75</sup> *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya...*, ob. cit., p. 352.

<sup>76</sup> <http://www.hcch.net/f/status/stat31f.html>, <http://www.hcch.net> Argentina ratificó la Convención el 4 de octubre de 1991 y Moldavia adhirió a ella el 24 de diciembre de 1997.

<sup>77</sup> *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya...*, ob. cit., pp. 360 y 364.

salvo si en ese momento el difunto tuviera vínculos más estrechos con otro Estado, en cuyo caso se aplicará la ley de este último.

Artículo 4. Si la ley aplicable en virtud del art. 3 fuera la de un Estado no contratante y las normas de conflicto de dicho Estado remitiesen, para toda o parte de la sucesión, a la ley de otro Estado no contratante que aplicaría su propia ley, la ley aplicable será la de este último Estado.

Artículo 17. A efectos del presente Convenio, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 4, se entenderá por “ley” el Derecho vigente en un Estado, con exclusión de sus normas de conflicto de leyes.

Esta Convención fue suscrita por Argentina, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza. La ratificó solamente Países Bajos, el 27 de septiembre de 1996<sup>78</sup>. No está en vigor debido a que el artículo 28 requiere el depósito de tres instrumentos de ratificación, de aceptación o de adhesión. Al igual que las convenciones anteriores, encontramos una disposición que excluye la aplicación de las normas de conflicto del ordenamiento jurídico extranjero. Sin embargo, es interesante observar que el artículo 4 permite un reenvío de primer grado en el caso de encontrarnos frente a la aplicación de una ley de un Estado no contratante lo cual remitiría a la ley de otro Estado no contratante que aplicaría su propio Derecho. Solo en esta circunstancia podrá aplicar el mecanismo del reenvío que es considerado aquí como una excepción al principio del artículo 17.

Finalmente, la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales suscrita en México el 17 de marzo de 1994 durante la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado establece en su artículo 17 que “Para los efectos de esta Convención se entenderá por ‘Derecho’ el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”<sup>79</sup>. Entró en vigor el 15 de diciembre de 1996 conforme al artículo 28 que declara la entrada en vigencia para los Estados ratificantes “el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación”<sup>80</sup>. En efecto, México fue el segundo país que depositó el

<sup>78</sup> <http://www.hcch.net/f/status/stat32f.html>, <http://www.hcch.net>

<sup>79</sup> <http://www.oas.org/en/prog/juridico/spanish/Tratados/b-56.html>, p. 5, <http://www.oas.org>

<sup>80</sup> <http://www.oas.org/en/prog/juridico/spanish/Tratados/b-56.html>, p. 6, <http://www.oas.org>

instrumento de ratificación el 15 de noviembre de 1996 después de Venezuela<sup>81</sup> que lo hizo el 22 de septiembre de 1995.

Un segundo grupo de convenciones se refiere a las disposiciones que consideran directamente al Derecho material del ordenamiento jurídico extranjero. A continuación, expondremos las convenciones que utilizan este tipo de fórmula con sus respectivos artículos con el fin de observar el estilo de redacción que se maneja para declarar aplicable el Derecho material.

### **.- Tratado de Derecho Internacional Privado - Código Bustamante (La Habana, 20 de febrero de 1928)<sup>82</sup>**

Artículo 7. Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior.

Este Convenio ha sido ratificado por Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, y Venezuela.<sup>83</sup> De la redacción del artículo 7 del Código Bustamante se puede inferir el rechazo del reenvío. Según Navarrete, esto es “natural y razonable, ya que si se pretende adoptar una ley uniforme sobre reglas de conflicto resulta evidente que el reenvío no tiene sentido, pues las reglas de conflicto son iguales. Ahora, si la ley uniforme pretende ser aplicada también con relación a nacionales de países no contratantes o domiciliados en esos países no contratantes, el rechazo del reenvío produce todos sus inconvenientes e injusticias”<sup>84</sup>. En el caso concreto, la fórmula de compromiso entre los partidarios de regular el estado y la capacidad de las personas por la ley del domicilio y los partidarios de regularlos por la ley nacional, ha vuelto imposible la admisión del reenvío<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> G.O. No. 4.974 Ext., 22 de septiembre de 1995.

<sup>82</sup> *Vid.* nuestro punto 1 del segundo capítulo de nuestra tesis para una discusión más profunda de este Convenio.

<sup>83</sup> Navarrete, *El reenvío...*, ob. cit., p. 122. Son Estados partes sin reservas Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, y Perú. Son Estados partes con reservas Brasil, Haití, República Dominicana, y Venezuela.

<sup>84</sup> Navarrete, *El reenvío...*, ob. cit., p. 111.

<sup>85</sup> Lewald, *La théorie du renvoi...*, ob. cit., p. 526.

**.- Convención de La Haya sobre ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales (15 de junio de 1955)<sup>86</sup>**

Artículo 2. La venta se regirá por la ley interna del país designado por las partes contratantes...

Artículo 3. En defecto de ley declarada aplicable por las partes en las condiciones previstas en el artículo anterior, la venta se regirá por la ley interna del país en que el vendedor tenga su residencia habitual en el momento en que recibe el encargo. Si el encargo se recibe en un establecimiento del vendedor, la venta se regirá por la ley interna del país en que estuviere situado dicho establecimiento.

Sin embargo, la venta se regirá por la ley interna del país en que el comprador tuviere su residencia habitual o en la que tuviera el establecimiento que ha realizado el encargo si es en dicho país donde el encargo ha sido recibido por el vendedor, por su representante, agente o viajante de comercio.

Si se trata de un mercado de bolsa o de una venta en subasta, la venta se regirá por la ley interna del país en que se encuentre la bolsa o en el que se realicen las subastas.

Artículo 4. Salvo cláusula expresa en contrario, la ley interna del país en que debe tener lugar el examen de los objetos muebles corporales entregados en virtud de la venta se aplicará en lo que se refiere a la forma y a los plazos en que deben tener lugar el examen y las notificaciones relativas al examen, así como las medidas a adoptar en caso de rechazo de los objetos.

Esta Convención entró en vigor el 1 de septiembre de 1964 con respecto a Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia y Noruega<sup>87</sup>. Luego, otros países la adoptaron en su propio ordenamiento jurídico. Pueden nombrarse Suecia, Suiza y Nigeria<sup>88</sup>. Según esta Convención, la venta internacional de objetos corporales muebles se rige por el Derecho material designado por las partes, expresa o tácitamente. En ausencia de esta designación, la venta

---

<sup>86</sup> *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya...*, ob. cit., p. 66.

<sup>87</sup> <http://www.hcch.net/f/status/stat03f.html>, <http://www.hcch.net>

<sup>88</sup> *Idem*. Suecia ratificó la Convención el 8 de julio de 1964 la cual entró en vigencia el 6 de septiembre de 1964. Por su parte, Suiza la ratificó el 29 de agosto de 1972 siendo puesta en vigor el 27 de octubre de 1972. En cuanto a Nigeria, este último adhirió a ella el 11 de octubre de 1971 y entró en vigencia el 10 de diciembre de 1971.

se rige por el Derecho interno que señala la Convención en sus artículos 3 y 4.

**.- Convención de La Haya sobre ley aplicable a la transferencia de la propiedad en caso de venta de carácter internacional de objetos muebles corporales (15 de abril de 1958)<sup>89</sup>**

Artículo 3. A reserva de las disposiciones de los artículos 4 y 5:

La transferencia al comprador de la propiedad sobre los objetos vendidos respecto de cualquier persona distinta de las partes en el contrato de venta se regirá por la ley interna del país en que están situados estos objetos en el momento en que se produzca una reclamación que les afecte.

Se mantendrá, sin embargo, la propiedad adquirida por el comprador que le haya sido reconocida por la ley interna de uno de los países en que los objetos vendidos hayan estado anteriormente situados. Además, si se trata de venta sobre documentos y estos documentos representan a los objetos vendidos, se considera adquirida por el comprador la propiedad que le ha sido reconocida por la ley interna del país en que ha recibido los documentos.

Artículo 4. La oponibilidad a los acreedores del comprador de los derechos sobre los objetos vendidos del vendedor no pagado, tales como los privilegios y el derecho a la posesión o a la propiedad, especialmente en virtud de una acción de resolución o de una cláusula de reserva de dominio, se regirá por la ley interna del país en que están situados los objetos vendidos en el momento de la primera reclamación o embargo relativo a estos objetos.

Si se tratara de una venta sobre documentos y estos documentos representasen a los objetos vendidos, la oponibilidad a los acreedores del comprador de derechos sobre estos objetos del vendedor no pagado se regirá por la ley interna del país en que estuvieran situados los documentos en el momento en que se produjere la primera reclamación o embargo que les afectare.

---

<sup>89</sup> *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya...*, ob. cit., pp.72-73.

Artículo 5. Los derechos que un comprador puede oponer a un tercero que reclama la propiedad u otro derecho real sobre los objetos vendidos se registrarán por la ley interna del país en que estuvieran situados estos objetos en el momento de la reclamación.

Se mantienen, sin embargo, los derechos adquiridos por este comprador que le hubieran sido reconocidos por la ley interna del país en que los objetos vendidos estuvieran situados en el momento en que ha entrado en posesión de los mismos.

Si se trata de una venta sobre documentos y estos documentos representan los objetos vendidos, se mantienen los derechos adquiridos por el comprador que le hubieran sido reconocidos por la ley interna del país en que ha recibido los documentos, a reserva de los derechos concebidos por la ley interna del país de la situación de los objetos vendidos a terceros que se encuentren actualmente en posesión de dichos objetos.

Esta Convención fue firmada por Grecia el 15 de abril de 1958 y por Italia el 9 de diciembre de 1959 para luego ser ratificada por este último país el 24 de marzo de 1961<sup>90</sup>. En todos los casos en que se indica un Derecho, solo se refiere al Derecho material y no a las normas de conflicto.

#### **.- Convención de La Haya sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores (5 de octubre de 1961)<sup>91</sup>**

Artículo 2. Las autoridades competentes de acuerdo con el art. 1 adoptarán las medidas previstas por su ley interna.

Esta ley determinará las condiciones para el establecimiento, modificación y cesación de dichas medidas. Por ella también se registrarán los efectos de esas medidas, tanto en lo que concierne a las relaciones entre el menor y las personas o instituciones a cuyo cargo esté, como respecto de terceros.

Esta Convención ha sido ratificada por Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suiza y Turquía<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> <http://www.hcch.net/f/status/stat04f.html>, <http://hcch.net>

<sup>91</sup> *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya...*, ob. cit., p. 108.

También, la Convención se aplica a la región administrativa especial de Macao en China que pertenecía a Portugal hasta el 19 de diciembre de 1999. Sin embargo, la República Popular de China declaró que continuará la aplicación de esta Convención a partir del 20 de diciembre de 1999<sup>93</sup>.

**.- Convención de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias (5 de octubre de 1961)<sup>94</sup>**

Artículo 1. Una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si esta se ajusta a la ley interna:

- a) del lugar donde el testador hizo la disposición, o
- b) de una nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o
- c) de un lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o
- d) del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o
- e) respecto a los inmuebles, del lugar en que estén situados...

Esta Convención es una de las Convenciones de La Haya más firmadas y ratificadas. Tiene un gran impacto en el mundo. Queremos solamente mencionar el área de vigencia de esta Convención debido al número de países que abarca. En primer lugar, se aplica a los países miembros de la Unión Europea: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, China, Croacia, Dinamarca, España, Estonia, la ex República yugoslava de Macedonia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Israel, Japón, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, Suecia, Suiza y Turquía. En segundo

---

<sup>92</sup> <http://www.hcch.net/f/status/stat10f.html>, <http://www.hcch.net>. Las fechas de ratificación son las siguientes: Alemania (19 de julio de 1971), Austria (12 de marzo de 1975), España (22 de mayo de 1987), Francia (11 de septiembre de 1972), Italia (22 de febrero de 1995), Luxemburgo (13 de octubre de 1967), Países Bajos (20 de julio de 1971), Polonia (26 de mayo de 1993), Portugal (6 de diciembre de 1968), Suiza (9 de diciembre de 1966) y Turquía (25 de agosto de 1983).

<sup>93</sup> Traducción en <http://www.hcch.net/f/status/stat10f.html>, p. 4, <http://hcch.net>

<sup>94</sup> *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya...*, ob. cit., pp. 117-118.

lugar, entre los países no miembros, pueden nombrarse a África del Sur, Antigua y Barbuda, Bosnia-Herzegovina, Botsuana, Brunei, Fidji, Granada, Lesoto, Isla Mauricio, Suazilandia y Tonga<sup>95</sup>.

**.- Convención de La Haya sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera (4 de mayo de 1971)<sup>96</sup>**

Artículo 3. La ley aplicable será la ley interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente.

Artículo 4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 5, se hacen las siguientes excepciones al art. 3:

a) Cuando en el accidente intervenga un solo vehículo, matriculado en un Estado distinto de aquel en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, la ley interna del Estado en que el vehículo esté matriculado, será aplicable para determinar la responsabilidad...

Al igual que la anterior, una gran cantidad de países ratificaron esta Convención: Austria, Bélgica, Checoslovaquia, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, la ex República yugoslava de Macedonia, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza<sup>97</sup>. Asimismo, podemos mencionar Bielorrusia, un Estado no miembro, que ratificó la Convención el 16 de abril de 1999, la cual entró en vigencia el 12 de febrero del 2000 entre este Estado y Francia, y el 3 de abril del 2000 en cuanto a Austria<sup>98</sup>. También un Estado no miembro, Bosnia-Herzegovina la ratificó el 17 de octubre de 1975 y esta última entró en vigencia el 16 de diciembre de 1975.

---

<sup>95</sup> Para mayor información en cuanto a las fechas de entrada en vigencia de esta Convención *vid.* <http://www.hcch.net/f/status/stat11f.html>, <http://www.hcch.net>

<sup>96</sup> *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya...*, ob. cit., p. 194.

<sup>97</sup> <http://www.hcch.net/f/status/stat19f.html>, <http://www.hcch.net> Las fechas de ratificación son: Austria (12 de marzo de 1975), Bélgica (4 de abril de 1975), Checoslovaquia (12 de mayo de 1976), Croacia (17 de octubre de 1975), Eslovaquia (12 de mayo de 1976), Eslovenia (17 de octubre de 1975), España (22 de septiembre de 1987), la ex República yugoslava de Macedonia (17 de octubre de 1975), Francia (7 de febrero de 1972), Luxemburgo (14 de octubre de 1980), Países Bajos (31 de octubre de 1978), y Suiza (3 de noviembre de 1986).

<sup>98</sup> *Idem*

**.- Convención de La Haya sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos (2 de octubre de 1973)<sup>99</sup>**

Artículo 4. La legislación aplicable será el Derecho interno del Estado en cuyo territorio se haya producido el daño, en el caso de que dicho Estado sea también:

- a) el Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada, o
- b) el Estado en el que se encuentre el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o
- c) el Estado en cuyo territorio el producto ha sido adquirido por la persona directamente perjudicada.

Todos los Estados que suscribieron esta Convención la ratificaron, a excepción de tres: Bélgica, Italia y Portugal. Son Croacia, Eslovenia, España, la ex República yugoslava de Macedonia, Finlandia, Francia, Luxemburgo, Noruega, y Países Bajos<sup>100</sup>.

**.- Convención de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (2 de octubre de 1973)<sup>101</sup>**

Artículo 4. La ley interna del lugar de residencia habitual del acreedor de alimentos regirá las obligaciones alimenticias a que se refiere el art. 1.

En el caso de que cambiara la residencia habitual del acreedor, será aplicable la ley interna de la nueva residencia habitual, a partir del momento en que se produzca el cambio.

Alemania, España, Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Suiza y Turquía ratificaron la Convención sobre ley aplicable a las

---

<sup>99</sup> *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya...*, ob. cit., p. 236.

<sup>100</sup> <http://www.hcch.net/f/status/stat22f.html>, <http://www.hcch.net> Las fechas de ratificación de los países son: Croacia (15 de diciembre de 1976), España (23 de noviembre de 1988), la ex República yugoslava de Macedonia (15 de diciembre de 1976), Finlandia (10 de agosto de 1992), Francia (19 de julio de 1977), Luxemburgo (31 de mayo de 1985), Noruega (13 de octubre de 1976), y Países Bajos (27 de junio de 1979). En cuanto a Eslovenia, era parte de la ex República federativa socialista de Yugoslavia y, a partir del 8 de junio de 1992, declaró seguir aplicando esta Convención.

<sup>101</sup> *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya...*, ob. cit., p. 258.

obligaciones alimenticias, mientras que Polonia adhirió a ella.<sup>102</sup> Bélgica fue el único país que la suscribió el 9 de noviembre de 1976 y no la ratificó.

**.- Convención de La Haya, sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales (14 de marzo de 1978)<sup>103</sup>**

Artículo 3. El régimen matrimonial se someterá a la ley interna designada por los cónyuges antes del matrimonio.

Los cónyuges sólo podrán designar una de las leyes siguientes:

1. la ley de un Estado del que uno de los cónyuges sea nacional en el momento de la designación;
2. la ley del Estado en cuyo territorio uno de los cónyuges tenga su residencia habitual en el momento de la designación;
3. la ley del primer Estado en cuyo territorio uno de los cónyuges establezca una nueva residencia habitual después del matrimonio...

Artículo 4. Si los cónyuges no han designado, antes del matrimonio, la ley aplicable a su régimen matrimonial, este se regirá por la ley interna del Estado en cuyo territorio establezcan su primera residencia habitual después del matrimonio...

Artículo 6. Los cónyuges podrán, durante el matrimonio, someter su régimen matrimonial a una ley interna distinta de la que era aplicable hasta entonces...

Firmada por Austria, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal, esta Convención entró en vigencia el 1 de septiembre de 1992. Se requería, según el artículo 29, tres países ratificantes para lograr su entrada en vigencia y fue lo que sucedió. Francia, Luxemburgo y Países Bajos la ratificaron<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> <http://www.hcch.net/f/status/stat24f.html>, <http://www.hcch.net>

<sup>103</sup> *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya...*, ob. cit., pp. 267, 268 y 270.

<sup>104</sup> <http://www.hcch.net/f/status/stat25f.html>, <http://www.hcch.net> Las fechas de ratificación son: Francia (26 de septiembre de 1979), Luxemburgo (19 de junio de 1984), y Países Bajos (25 de junio de 1992).

**.- Convención de La Haya sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación (14 de marzo de 1978)<sup>105</sup>**

Artículo 5. La ley interna escogida por las partes regirá la relación de representación entre el representado y el intermediario.

La elección de esta ley deberá ser expresa o resultar con una razonable certidumbre de las disposiciones del contrato y de las circunstancias del caso.

Artículo 6. En la medida en que no haya sido escogida en las condiciones previstas en el art. 5, la ley aplicable será la ley interna del Estado en que, en el momento de la creación de la relación de representación, el intermediario tuviera su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual.

No obstante, se aplicará la ley interna del Estado en que el intermediario deba ejercer a título principal su actividad si el representado tiene su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual en dicho Estado...

La Convención sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación entró en vigencia el 1 de mayo de 1992 con tres países que la ratificaron. Esos países fueron Argentina, Francia y Portugal<sup>106</sup>. Luego, Países Bajos la ratificó el 21 de julio de 1992 y entró en vigencia para este Estado el 1 de octubre de 1992<sup>107</sup>.

### **3. El reenvío en las convenciones. Balance**

A primera vista, nos damos cuenta de que es mayor el número de convenciones que rechazan el reenvío que las que lo permiten.

Un segundo punto es la fecha de estas convenciones. Desde 1955 hasta nuestros días, ninguna convención ha aceptado el reenvío. En todas encontramos idéntica referencia al Derecho “interno”, entendido como

<sup>105</sup> *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya...*, ob. cit., pp. 288-289.

<sup>106</sup> <http://www.hcch.net/f/status/stat27f.html>, <http://www.hcch.net> Las fechas de ratificación son para Argentina (5 de febrero de 1992), Francia (3 de septiembre de 1985) y Portugal (4 de marzo de 1982).

<sup>107</sup> *Idem*.

Derecho material, o simplemente una declaración expresa de la inaplicabilidad de las normas de conflicto. Se puede observar que la mayoría de las convenciones que rechazan el reenvío son las que regulan la materia contractual.

Otro aspecto importante tiene que ver con la finalidad de la convención. Unas convenciones, por ejemplo aquella sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias del 2 de octubre de 1973, poseen normas de conflicto que persiguen en sí un fin u orientación material de protección del interés de una de las partes, y este quedaría conculcado si los ordenamientos jurídicos articularan un reenvío capaz de desviar la regulación del supuesto hacia otra ley, en detrimento de la ley designada por el factor de conexión de la convención<sup>108</sup>. Resultaría dañino al propio régimen convencional.

Además, existe una corriente que establece que cuando se reconoce la vigencia de normas supranacionales de Derecho internacional privado, el reenvío no se puede configurar puesto que no pueden cumplirse los presupuestos de procedencia mencionados previamente. En efecto, las normas supranacionales de Derecho internacional privado se aplican con preferencia a las correlativas normas nacionales<sup>109</sup>. No sería concebible que la norma de conflicto convencional declarando aplicable el Derecho de uno de los Estados contratantes, se refiriese a una norma de conflicto específica de este Derecho, porque es precisamente esta norma la que debe ser reemplazada por la norma de conflicto convencional.<sup>110</sup>

Aguilar Navarro es aún más directo en su opinión sobre la aceptación del reenvío en las convenciones cuando afirma que el reenvío “supone una evidente frustración; son claras imperfecciones en el régimen convencional que sólo se explican por la necesidad de recurrir a una fórmula de compromiso, que es, en gran parte, un medio de evasión”<sup>111</sup>.

Sin embargo, podemos observar una perspectiva tolerante, que rechaza el reenvío en términos generales en lo que se refiere a las convenciones, pero

<sup>108</sup> Fernández Rozas, José Carlos / Sixto Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 3ª ed., 1996, p. 398.

<sup>109</sup> Alfonsín, *Teoría del Derecho privado internacional...*, ob. cit., p. 468.

<sup>110</sup> Lewald, *La théorie du renvoi...*, ob. cit., p. 578.

<sup>111</sup> Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 160.

que quizás lo considere en la eventualidad de encontrarnos frente a un Estado no contratante de una convención aplicable *erga omnes*, al cual remitió la norma de conflicto de uno contratante<sup>112</sup>. Allí, podría intervenir el reenvío porque no destruiría la armonía de las decisiones entre los Estados contratantes de la convención. En fin, sobresale una evidencia que es importante considerar. Un Estado que forma parte de una convención internacional queda facultado para derogar una solución convencional e imponer, en cambio, su propio régimen jurídico a sus nacionales. Esto pone de manifiesto “que el mal llamado reenvío de Tratados no es otra cosa que una cláusula facultativa”<sup>113</sup>.

## **F. Desarrollo en las fuentes internas del Derecho internacional privado: leyes**

Existen diferentes posiciones sobre el reenvío. Algunos países solo reconocen el reenvío de primer grado y otros lo permiten hasta el de segundo grado. También, podemos estar en presencia de sistemas que consagran el reenvío como excepción o que lo impugnan y, en consecuencia, reconocen el Derecho material del ordenamiento jurídico extranjero. Dedicaremos las siguientes páginas a retomar estas categorías para ofrecer una mejor idea en cuanto a la postura del reenvío en la codificación nacional del Derecho internacional privado.

Dividiremos nuestra clasificación en 4 grupos. El primer grupo, los sistemas que rechazan la aplicación del reenvío. El segundo lo admite, pero a título de excepción. Luego, el tercero reconoce solo el reenvío de primer grado. Finalmente, el último grupo lo admite hasta el segundo grado.

---

<sup>112</sup> Von Overbeck, Alfred E., Les questions générales du Droit international privé à la lumière des codifications et projets récents, en: *Recueil des Cours*, 1982, T. 176, pp. 9 ss., especialmente pp. 130-131.

<sup>113</sup> Alfonsín: *Teoría del Derecho privado internacional...*, ob. cit., p. 472.

## 1. Rechazo del reenvío

### .- Ley de introducción al Código Civil brasileño (1942)<sup>114</sup>

Artículo 16. Cuando en los términos de los artículos precedentes, se hubiere de aplicar la ley extranjera, se tendrá en cuenta la disposición de esta, sin considerar cualquier remisión hecha por ella a otra ley.

La Ley de introducción al Código Civil brasileño de 1942 sustituye la de 1916 y confirma la prohibición práctica del reenvío. Es traducción fiel del antiguo artículo 30 del Código Civil italiano de 1942<sup>115</sup>. Esta disposición fue recibida con reservas y críticas por parte de la comunidad jurídica. En efecto, Clóvis Beviláqua en la 4ª edición de su obra sobre el Derecho internacional privado señala que la disposición amputa la ley extranjera que la ley nacional manda a aplicar, opinión compartida por Serpa Lopes, para quien esta traducción literal de la disposición italiana, por cierto, no obedece a un previo y cuidadoso examen científico de la materia<sup>116</sup>.

Se pretendió reformar la Ley de introducción al Código Civil y reunir en una ley todas las normas referentes a la aplicación del Derecho en general, por un anteproyecto oficial que fue presentado al Ministro de Justicia y Asuntos Interiores de Brasil el 29 de diciembre de 1963, el cual es obra de Haroldo Valladão.<sup>117</sup> Este “Anteproyecto de Ley General de Aplicación de las Normas Jurídicas” sugería la aceptación del reenvío de primer y segundo grado cuando el tercer Estado aceptaba la competencia que se le ofrecía. Luego, un Proyecto de Ley No. 4905 de 1995 fue introducido en el Congreso Nacional, el cual también favorecía el reenvío y disponía en su artículo 15 lo siguiente:

Reenvío - Si la ley extranjera indicada por las normas de conflicto de esta Ley determina la aplicación de la ley brasilera, esta será la aplicable.

<sup>114</sup> B. de Maekelt, Tatiana, *Material de clase para Derecho internacional privado*, Caracas, FCJPUCV, 3ª ed., 1995, T. I, p. 323.

<sup>115</sup> Dolinger, Jacob, *Direito internacional privado*, Rio de Janeiro, Renovar, 5ª ed. ampliada e actualizada, 1997, p. 321.

<sup>116</sup> Dolinger, *Direito internacional privado...*, ob. cit., p. 322.

<sup>117</sup> Navarrete, *El reenvío...*, ob. cit., p. 102.

§1º Si de este modo, se determina la aplicación de la ley de otro país, esta última solamente prevalecerá si también establece que es competente.

§2º En caso de que la ley de un tercer país no se considere competente, se aplicará la ley extranjera inicialmente indicada por las normas de conflicto de esta Ley<sup>118</sup>.

Sin embargo, este Proyecto permaneció olvidado y no quedan muchas esperanzas de aprobarlo. Por esta razón, creemos que Brasil conservará una posición de rechazo frente al reenvío.

### **.- Ley que contiene la reforma del libro décimo del nuevo Código Civil de la provincia de Quebec (1991)<sup>119</sup>**

Artículo 3080. Cuando en virtud de las reglas del presente libro, resulte aplicable la ley de un Estado extranjero, se tomarán en cuenta las reglas de derecho interno de este Estado, con exclusión de sus reglas de conflicto de leyes<sup>120</sup>.

## **2. Reenvío consagrado como excepción**

### **.- Ley federal suiza sobre Derecho Internacional Privado (1987)<sup>121</sup>**

Artículo 14. 1- Cuando el derecho aplicable reenvía al derecho suizo o a otro derecho extranjero, este reenvío no es tomado en consideración **sino cuando la presente ley lo prevé.**

2- En materia de estado civil, es aceptado el reenvío de la ley extranjera al derecho suizo. (negritas nuestras).

<sup>118</sup> Traducción nuestra. El texto original se lee de la siguiente manera: Art. 15. “*Reenvío - Se a lei estrangeira, indicada pelas regras de conexão desta lei, determinar a aplicação da lei brasileira, esta será aplicada. §1º Se, porem, determinar a aplicação da lei de outro país, esta última somente prevalecerá se também estabelecer que é competente. §2º Caso a lei do terceiro país não se considerar competente, aplicar-se-á a lei estrangeira inicialmente indicada pelas regras de conexão desta lei*”.

<sup>119</sup> B. de Maekelt, *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 524.

<sup>120</sup> Las explicaciones de este artículo se desarrollarán en su parte respectiva titulada *El sistema jurídico de Quebec*.

<sup>121</sup> B. de Maekelt, *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 465.

Este artículo refleja dos situaciones particulares. En principio refuta el reenvío. Sin embargo, permite su aceptación si “la ley lo prevé”. ¿Cuándo lo prevé la ley? Existen solamente dos situaciones posibles en toda esta legislación. Se reconoce el reenvío si concierne al nombre de una persona domiciliada en el extranjero o si se trata de su sucesión. Estamos hablando de los artículos 37(1) y 91(1), respectivamente. El primero menciona que “el nombre de una persona domiciliada en Suiza está regido por el Derecho suizo, el de una persona domiciliada en el extranjero por el Derecho que designan las reglas de Derecho internacional privado del Estado en el cual esta persona está domiciliada”.<sup>122</sup>

Con relación al segundo, se señala que “la sucesión de una persona que ha tenido su último domicilio en el extranjero está regida por el Derecho que designan las reglas de Derecho internacional privado del Estado en el cual el difunto estaba domiciliado”<sup>123</sup>. El párrafo segundo del artículo 14 menciona que el reenvío es admitido en materia de estado civil, cuando la ley extranjera remite al Derecho suizo. Observamos que se puede retener el reenvío de primer y de segundo grado relativo a los dos párrafos del citado artículo que sirven como excepción en la aplicación del reenvío.

#### **.- Ley que contiene la reforma del capítulo tercero del título preliminar del Código Civil del estado de Luisiana (1991)<sup>124</sup>**

Artículo 3517. **Salvo lo dispuesto en contrario**, cuando el derecho de otro Estado resulte aplicable de conformidad con este Libro, ese derecho no incluirá las normas de conflicto de leyes de ese Estado.

Sin embargo, en la determinación del Estado cuyo derecho es aplicable a una cuestión según lo dispuesto en los artículos 3515, 3519, 3537 y 3542, la norma de conflicto de leyes de los Estados extranjeros involucrados **puede ser** tomada en consideración (negritas nuestras).

<sup>122</sup> B. de Maekelt, *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 470.

<sup>123</sup> B. de Maekelt, *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 482-483.

<sup>124</sup> B. de Maekelt, *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 514.

Este artículo se basa en dos principios. El primero formula la regla principal en la materia: cuando la legislación del foro remite a la ley extranjera, esta remisión se hace al Derecho material de este país. Symeonides señala los artículos 3523, 3528-32, 3536, 3538-39, 3543-44 y 3546<sup>125</sup>. La expresión “salvo lo dispuesto en contrario” representa la excepción a la regla general que es la exclusión del reenvío.

De conformidad con esta reserva, el reenvío está autorizado cuando lo indican los artículos del Libro IV, los cuales permiten conservar la ley que aplicarían los tribunales extranjeros o hacer referencia a un resultado específico susceptible de ser obtenido en el extranjero. Pueden mencionarse como ejemplos los artículos 3528(4), 3534 primer párrafo, 3535 segundo párrafo, 3520, y 3549 segundo párrafo (1) (2)<sup>126</sup>. El segundo principio considera el reenvío con relación a las materias enumeradas en el segundo párrafo del artículo 3517. Se trata de la determinación del derecho aplicable (art. 3515), del estado de las personas naturales (art. 3519), de las reglas generales referentes a las obligaciones convencionales (art. 3537), y de la regla general en lo que concierne a las obligaciones delictuales y cuasi delictuales (art. 3542). Esta formulación deja al juez la facultad de adherirse a las normas de conflicto extranjeras si lo quiere.

#### **.- Código de Derecho Internacional Privado de Túnez (1998)<sup>127</sup>**

Artículo 35. **Salvo** disposiciones contrarias a la ley, no se admite el reenvío, sea que remita a la aplicación de la ley de Túnez o a la de otro Estado<sup>128</sup>. (negritas nuestras).

El Código de Derecho Internacional Privado de Túnez permite la aplicación del reenvío solamente si se encuentran disposiciones al efecto.

<sup>125</sup> Symeonides, Symeon, Les grands problèmes de Droit international privé et la nouvelle codification de Louisiane, en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1992, No. 2, T. 81, p. 272.

<sup>126</sup> Symeonides, Les grands problèmes de Droit international privé..., ob. cit., p. 272.

<sup>127</sup> Kropholler, Jan et al., *Außereuropäische IPR-Gesetze*, Hamburg, Max-Planck-Institut, 1999, p. 854.

<sup>128</sup> Traducción nuestra. La versión original traducida en francés puede encontrarse en Kropholler et al., *Außereuropäische IPR-Gesetze...*, ob. cit., p. 876; Art. 35. “Sauf dispositions contraires de la loi, le renvoi n’est pas admis, qu’il aboutisse à l’application de la loi tunisienne ou à celle d’un autre Etat”.

Ejemplo de ello es el segundo párrafo del artículo 42 que menciona que si el cambio del estado civil conduce a la modificación del nombre del interesado, la ley aplicable será la que registrará los efectos que se originarán de este cambio<sup>129</sup>. Esto puede implicar la referencia a las normas de conflicto de un Derecho extranjero que, a su turno, puede remitir al Derecho de otro Estado o regresar al ordenamiento jurídico del foro.

### **.- Código Civil mexicano para el Distrito Federal; Código Civil mexicano federal (Reformas 2000)<sup>130</sup>**

Artículo 14. En la aplicación del Derecho extranjero se observará lo siguiente:

*...omissis...*

II.- Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, **salvo** cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas de conflicto de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer estado. (negritas nuestras).

Como puede observarse en esta disposición, tratándose de aplicación del Derecho extranjero, el principio general es que se aplique el Derecho sustantivo para evitar de esta manera el reenvío. Sin embargo, la disposición reconoce que, en casos excepcionales, sean tomadas en consideración las normas de conflicto extranjeras pero de manera limitada en cuanto a sus efectos, es decir, siempre y cuando la designación del Derecho aplicable que hagan a su vez, sea limitada a las normas mexicanas, o bien, a un reenvío de segundo grado que remite a las normas de un tercer Estado.

### **3. Aceptación del reenvío de primer grado**

#### **.- Código Civil español (1974)<sup>131</sup>**

Artículo 12. 2. La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de

---

<sup>129</sup> Kropholler et al., *Außereuropäische IPR-Gesetze...*, ob. cit., p. 884.

<sup>130</sup> El texto de estas reformas legislativas nos fue transmitido por la Dra. Tatiana B. de Mackelt.

<sup>131</sup> B. de Mackelt: *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 344.

conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española. (subrayado nuestro)

Con anterioridad a la reforma del Código Civil de 1974, el ordenamiento español carecía de una norma acerca del reenvío. Fue con este artículo que se aclaró la situación. De la redacción del artículo 12(2) se desprende que el sistema español no admite con carácter general más que el reenvío de primer grado o de retorno a la ley española. Si la norma de conflicto extranjera remite a una tercera ley, no será aceptado el reenvío de segundo grado y la situación se regulará según las normas materiales del Derecho designado por la norma de conflicto española. Cabe observar que la forma de redacción de esta norma incluye una doble negación que lleva a confusión al lector.

Este artículo fue objeto de muchas críticas, principalmente por dos motivos. Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo observan, en primer término, que “al permitir tan solo el reenvío a la ley española evidencia una actitud nacionalista e injustificada”; en segundo lugar, “da una respuesta uniforme a todo tipo de supuestos, siendo así que hubiese resultado más aconsejable discriminar las materias en las que el reenvío es conveniente, de aquellas otras en las que no lo es”<sup>132</sup>. Estos autores citan como ejemplo el estatuto personal en el cual consideran que no existen obstáculos que impidan el reenvío de segundo grado.<sup>133</sup>

#### **.- Decreto Ley No. 13 sobre Derecho Internacional Privado de Hungría (1979)<sup>134</sup>**

Artículo 4. Si en virtud de las disposiciones del presente decreto-ley debe aplicarse una ley extranjera, el caso será regido por las normas del derecho extranjero aplicable que regulan directamente la cuestión litigiosa. Sin embargo, **si el derecho extranjero reenvía en lo que a esta cuestión se refiere al derecho húngaro, este último será aplicado.** (negritas nuestras).

<sup>132</sup> Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 396.

<sup>133</sup> Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 396.

<sup>134</sup> B. de Maekelt: *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 391-392.

Notamos, por la redacción de esta disposición, que cualquier remisión al Derecho extranjero por la norma de conflicto húngara se refiere al Derecho material de este. La única manera de concebir el reenvío es si eventualmente el ordenamiento jurídico extranjero, por el juego de sus propias normas de Derecho internacional privado, remite al sistema húngaro. Muchos autores húngaros aceptarían una modificación de este artículo en el sentido de permitirle referirse a otros ordenamientos jurídicos. En efecto, László Burián, profesor de Derecho en Budapest, preconiza adoptar una solución similar a la de la Ley federal suiza sobre Derecho Internacional Privado o a la de la Ley checoslovaca sobre Derecho Internacional Privado<sup>135</sup>. En lo que concierne a la jurisprudencia, no ha habido casos judiciales que emplearan la figura del reenvío hasta ahora<sup>136</sup>.

#### **.- Ley relativa a los Principios Generales del Código Civil de la República de Estonia (1994)<sup>137</sup>**

Artículo 126. (1) *If this law or any other Estonian law prescribes application of the law of a foreign country **and the law of that country prescribes application of Estonian law, the Estonian law shall apply.***

(2) *If this law or any other Estonian law prescribes application of the law of a foreign country and the law of that country prescribes application of the law of a third country, the Estonian law shall apply.* (negritas nuestras).

Este sistema es aún más propenso a la aplicación de su propio Derecho por el mecanismo del reenvío de primer grado, incluso si la norma de conflicto extranjera remite al Derecho de un tercer Estado. En lugar de aplicar al menos el Derecho material del ordenamiento jurídico extranjero declarado

<sup>135</sup> Burián, László, Hungarian Private International Law at the end of the 20th Century: progress or regress?, en: *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, XVth International Congress of Comparative Law (Bristol - England), The Hague, Kluwer Law International, 1998, p. 274.

<sup>136</sup> Burián, Hungarian Private International Law..., ob. cit., p. 274.

<sup>137</sup> Aprobada en el Riigikogu el 28 de junio de 1994, proclamada por el Presidente de la República mediante Resolución N° 383 del 13 de julio, publicada en la *Riigi Teataja*, 1994, No. 53 I, Artículo 889. El texto en inglés puede verse en *Praxis des Internationales Privat- und Verfahrensrechts*, 1996, p. 440.

competente por su propia norma de conflicto, retoma una posición muy nacionalista y prefiere aplicar de una vez su Derecho. Así, no importa lo que dicte la norma de conflicto extranjera, porque siempre se aplicará el Derecho estonio. Se cambió de esta manera la posición adoptada en el Proyecto de Ley sobre el Derecho Internacional Privado de 1947 que rechazaba el reenvío en el artículo 11 donde se establecía que la aplicación del Derecho extranjero debía entenderse como referido solamente a las normas de Derecho material de este derecho extranjero.<sup>138</sup>

#### **.- Ley de Liechtenstein sobre el Derecho Internacional Privado (1996)<sup>139</sup>**

Artículo 5. (1) Si el Derecho extranjero es aplicable, se aplicarán sus normas materiales con excepción de sus normas de conflicto. **Esto no es válido cuando las normas de conflicto del Derecho extranjero declaran aplicable el Derecho de Liechtenstein. En este caso, se aplicarán las normas materiales del Derecho de Liechtenstein (reenvío)<sup>140</sup>** (negritas nuestras).

De la misma manera que los otros países mencionados previamente, se considera solamente el reenvío de primer grado y el principio general es el rechazo del reenvío.

#### **4. Admisión del reenvío de primer y de segundo grado**

##### **.- Ley checoslovaca sobre Derecho Internacional Privado (1963)<sup>141</sup>**

Artículo 35. Cuando según la presente ley resulte aplicable la legislación de un Estado la cual, a su vez remita a la ley checoslovaca

<sup>138</sup> Navarrete, *El reenvío...*, ob. cit., p. 109.

<sup>139</sup> Appel, Alexander, Reform und Kodifikation des Liechtensteinischen Internationalen, en: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1997, Bd. 61, H. 3, Juli 1997, pp. 510 ss., especialmente p. 545.

<sup>140</sup> Traducción nuestra. El texto original se lee de la siguiente manera: Art. 5 1) “*Ist fremdes Recht massgebend, so sind dessen Sachnormen anzuwenden (Rechtsnormen mit Ausnahme der Verweisungsnormen). Dies gilt nicht, gen die Verweisungsnormen des fremden Rechts das liechtensteinische Recht für massgebend erklären; in diesem Fall sind die Sachnormen des liechtensteinischen Rechts anzuwenden (Rückverweisung)*”.

<sup>141</sup> B. de Maekelt, *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 371.

o bien a la ley de otro Estado, el reenvío podrá aceptarse, **si el Derecho aplicable tuviera una conexión justa y razonable con la relación jurídica determinada** (negritas nuestras).

Este artículo es muy interesante. Contempla el reenvío de primer y de segundo grado. El reenvío no se aplicará si no lleva a una solución justa y razonable para la relación social en cuestión. El problema reside en la interpretación de la solución justa y razonable de la relación jurídica en cuestión. ¿Cómo debemos entenderla? El profesor Bystricky<sup>142</sup>, autor principal de esta Ley, explica el artículo 35 en el sentido de permitir una idea abstracta de la equidad, la cual corresponde plenamente a las exigencias sociales objetivas y a la colaboración internacional.

Bystricky declara que no existe violación de la legalidad cuando el reenvío es aceptado o no, porque es más problemático cuando un tribunal adopta una posición absolutamente positiva o negativa, ya que esa actitud presenta un obstáculo al logro de una decisión justa y razonable. Esta decisión se refiere al resultado por dar a la relación social en el caso concreto. A través del mecanismo del reenvío, la ley checoslovaca busca llegar a una solución razonable y justa. De lo contrario, el reenvío no se aplica. Estamos en presencia de una ley que ordena al juez aplicar un Derecho determinado, pero deja a su arbitrio fallar de otro modo si eso lo estima más razonable.

#### **.- Ley polaca sobre Derecho Internacional Privado (1965)<sup>148</sup>**

Artículo 4. §1. Cuando la ley extranjera aplicable de acuerdo con la presente ley remita a la ley polaca, debe aplicarse esta última.

§2. Cuando la ley extranjera designada por la presente ley remite a otra ley extranjera, debe aplicarse esta última.

Esta ley establece claramente el reenvío de primer y segundo grado. Un punto importante que hay que mencionar es que el proyecto de ley de 1961 contemplaba el reenvío de segundo grado únicamente cuando el tercer Estado aceptaba la competencia, lo cual fue abandonado en la ley actual<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Citado en von Overbeck, *Les questions générales du Droit international privé...*, ob. cit., p. 145.

<sup>143</sup> B. de Maekeltc, *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 373.

<sup>144</sup> Navarrete, *El reenvío...*, ob. cit., p. 99.

La solución vigente es en principio igual a la ley de 1926, salvo que la norma de conflicto no requiere tener necesariamente la nacionalidad como factor de conexión para que se aplique el reenvío. En efecto, la ley polaca de 1926 disponía en su artículo 36 que “si la ley nacional extranjera declarada competente por estas normas (capacidad, familia, sucesiones) prescribe que una relación jurídica sea regulada por otra ley, esta otra ley debe ser aplicada en Polonia”<sup>145</sup>.

### **.- Código Civil portugués (1966)<sup>146</sup>**

Artículo 16. La referencia de las normas de conflicto a cualquier ley extranjera determina apenas, a falta de precepto en contrario, la aplicación del derecho interno de esa ley.

Artículo 17. 1. Sin embargo, si el Derecho internacional privado de la ley referida por la norma de conflicto portuguesa remite a otra legislación y **esta se considera competente** para regular el caso, es el Derecho interno de esa legislación que debe ser aplicado.

2. **Cesa lo dispuesto en el número anterior**, si la ley referida por la norma de conflicto portuguesa es la ley personal y el interesado reside habitualmente en territorio portugués o en país cuyas normas de conflicto consideren competente el Derecho interno del Estado de su nacionalidad.

3. Quedan, todavía, únicamente sujetos a la regla del No. 1 los casos de tutela y curatela, relaciones patrimoniales entre los cónyuges, poder paternal, relaciones entre adoptantes y adoptados y la sucesión por muerte, si la ley nacional indicada por la norma de conflicto devuelve hacia la ley de la situación de los bienes inmuebles y esta se considere competente. (negritas nuestras)

Artículo 18. 1. Si el Derecho internacional privado de la ley designada por la norma de conflicto devuelve hacia el Derecho interno portugués, es este el Derecho aplicable.

2. Cuando, sin embargo, se trate de materia contenida en el estatuto personal, la ley portuguesa solo es aplicable si el interesado tiene en territorio portugués su residencia habitual o si la ley del país de esa

---

<sup>145</sup> De Yanguas Messía, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 276.

<sup>146</sup> B. de Maekelt, *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 329.

residencia considere igualmente competente el derecho interno portugués.

Artículo 19. 1. Cesa lo dispuesto en los dos artículos anteriores, cuando de la aplicación de ellos resulte la invalidez o ineficacia de un negocio jurídico que sería válido o eficaz de acuerdo a la regla fijada en el artículo 16, o a la ilegitimidad de un estado que de otro modo sería legítimo.

2. Cesa igualmente lo dispuesto en esos mismos artículos, si la ley extranjera ha sido designada por los interesados, en los casos en que la designación sea permitida.

El artículo 16 empieza por enunciar el principio general, que es el rechazo del reenvío. Luego, los artículos 17 y 18 prevén en algunos casos el reenvío. Finalmente, el artículo 19 lo descarta *in favore negotii* y en caso de autonomía de la voluntad de las partes.

Analicemos más profundamente los artículos 17 y 18. Empecemos por el artículo 18 que refiere al reenvío de primer grado. El primer párrafo establece la regla del reenvío de retorno. No encontramos nada nuevo. La novedad surge en el segundo párrafo cuando se señala que el reenvío será admitido si el interesado tiene su residencia habitual en territorio portugués o si el ordenamiento jurídico extranjero considera a su vez competente el Derecho portugués. Esta situación ocurre si se trata de una materia propia de la ley personal. Conviene mencionar que se entiende dentro de la ley personal, conforme al artículo 25 *eiusdem*, el estado de los individuos, la capacidad de las personas, las relaciones de familia y las sucesiones *post mortem*.

En el momento en que el interesado, es decir, la persona que el Derecho internacional privado toma en consideración para decidir acerca de la conexión, tiene su residencia habitual en Portugal, no hay problema porque existe una armonía entre la ley nacional (designada por las normas de conflicto portuguesas) y la ley de la residencia habitual. Es diferente cuando el interesado posee su residencia habitual en otro país. En este caso, no se debería aplicar el reenvío de primer grado. No obstante, si la ley de este país extranjero comparte el mismo punto de vista que la ley portuguesa y remite la competencia a esta última, entonces será posible el reenvío.

El artículo 17 también es complejo. Su primer párrafo admite un reenvío de segundo grado si el tercer Estado acepta la competencia. De la redacción de este párrafo, podemos quizás inferir un posible reenvío de más grados con tal de que el último Estado designado reconozca su competencia para regular el asunto. Es también la posición de Ferrer-Correia quien no objeta un reenvío ulterior<sup>147</sup>.

Sin embargo, esta interpretación es probablemente insostenible, debido al principio del rechazo del reenvío del artículo 16. Por un razonamiento análogo a lo que hemos visto acerca del reenvío de primer grado, el párrafo segundo del artículo 17 excluye la aplicación del reenvío de segundo grado, si el interesado tiene su residencia habitual en territorio portugués o si la posee en un país en el cual su norma de conflicto remite a la ley portuguesa en lo que concierne a la ley personal del interesado. Por último, el párrafo tercero trae consigo una excepción al párrafo anterior, si el Derecho señalado por la norma de conflicto portuguesa reenvía a la ley de la situación de los bienes inmuebles y esta se considera competente con relación a los casos de tutela y curatela, relaciones entre adoptantes y adoptados, y sucesión por causa de muerte. La restricción no sirve para estas materias.

En fin, debemos mencionar dos disposiciones de la parte especial de esta ley las cuales prescriben tomar en cuenta el reenvío de la *lex loci actus* a otra ley, si conduce a la validez en cuanto a la forma de una declaración negocial o de una de última voluntad. Son el segundo párrafo del artículo 36 y el primer párrafo del artículo 65. Entrevemos que en materia de forma, el *favor negotii* constituye un fundamento autónomo para el reenvío. El sistema portugués revela ser muy complejo y debe ser estudiado en todas sus ramificaciones las cuales conservan una lógica entre ellas. La única interrogante que quisiéramos dejar al lector se refiere a su aplicabilidad correcta. Por ser muy complicado, ¿no resultará confusa su aplicación dentro de su propio ordenamiento jurídico? O peor aún ¿Será un sistema extranjero el que deba analizarlo?

---

<sup>147</sup> Citado en von Overbeck, Les questions générales du Droit international privé..., ob. cit., p. 144.

**.- Ley federal austríaca sobre Derecho Internacional Privado (1978)<sup>148</sup>**

Artículo 5. (1) La remisión al derecho extranjero comprende también sus normas de remisión.

(2) Si el orden jurídico extranjero reenvía al Derecho austríaco, se aplicarán sus normas materiales (las normas jurídicas con excepción de las normas de remisión); en caso de reenvío ulterior **se aplicarán, tomando en cuenta otros reenvíos, las normas materiales del ordenamiento jurídico que no remite más o que recibe primero un reenvío** (negritas nuestras).

Esta Ley fue concebida por una sola persona, el profesor von Schwind, de la Universidad de Viena. El proyecto, que fue elaborado en 1971 por mandato del Ministerio de Justicia, contenía los principios esenciales de esta Ley<sup>149</sup>. Según este artículo, el reenvío es admitido de manera general excepto en caso de autonomía de la voluntad (art. 11), forma de los actos (arts. 8 y 16, segundo párrafo), y respecto de algunas disposiciones especiales en materia contractual (arts. 45-47). El artículo 45 trata de los negocios jurídicos dependientes, el artículo 46 del enriquecimiento sin causa, y el artículo 47 de la gestión de negocios sin título. Se acepta el reenvío de primer grado en la primera parte del segundo párrafo del artículo. Luego se permite un reenvío sucesivo hasta llegar a una legislación que acepte la competencia o que remita a un Derecho previamente mencionado. En el primer caso, aplicamos el Derecho material del Estado que acepta la competencia. En el segundo caso, detenemos el círculo vicioso por la aplicación del Derecho material del Estado que fue anteriormente señalado.

La norma parece haber sido bien pensada, pero podemos observar una falla. ¿Qué sucedería si las normas de conflicto de un Estado B quisieran aplicar solamente las normas materiales del Estado C? Tal sería el ejemplo si Brasil como Estado B remitiera a Venezuela como Estado C. ¿Deberemos obedecer a las normas del Estado B que quieren inmovilizar el reenvío en el Estado C o consideraremos las normas de conflicto de este último que pueden designar un Estado D? Si D remitiera al derecho

<sup>148</sup> B. de Maekelt, *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 381.

<sup>149</sup> Von Overbeck, *Les questions générales du Droit international privé...*, ob. cit., p. 32.

material de C, no habría problema, pero si D aceptara la competencia que le otorgó C, no podríamos satisfacer a ambos Estados. Tendríamos que escoger entre decidir según el Estado B o el Estado C. Esta interrogante permanece sin respuesta.

### **.- Ley alemana que contiene la reforma del Derecho Internacional Privado (1986)<sup>150</sup>**

Artículo 4. (1) Cuando el Derecho extranjero es designado, deberán aplicarse también sus reglas de conflicto, **en tanto que ellas no sean contrarias al sentido de la regla de conflicto alemana**. Cuando el Derecho de ese Estado reenvía al Derecho alemán deberán aplicarse las reglas de Derecho material alemanas.

(2) Si las partes tienen la facultad de escoger ellas mismas el Derecho de un Estado, ellas sólo podrán optar por sus reglas materiales (negritas nuestras).

El primer párrafo del artículo 4 considera el reenvío de primer y de segundo grado. Un punto digno de mención es la aplicación del Derecho extranjero que se efectúa solamente si no contraviene el sentido de la norma de conflicto alemana. Se trata del reconocimiento de una situación de materialización de las normas de conflicto. Cada norma de conflicto persigue un resultado determinado desde el punto de vista del Derecho material. De tal manera que el reenvío sería inadmisibles si la aplicación de las normas conflictuales extranjeras condujera a resultados incompatibles con el objetivo de Derecho material perseguido por la norma de conflicto del foro. Aceptar el reenvío en estos casos “supondría frustrar el objetivo material perseguido por el legislador y reflejado en la formulación expresamente materializada de la norma de conflicto”<sup>151</sup>. Asimismo, por el segundo párrafo de esta disposición, el reenvío no recibe aplicación con relación a la autonomía de la voluntad de las partes.

---

<sup>150</sup> B. de Maekelt, *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 432.

<sup>151</sup> Calvo Caravaca, Alfonso-Luis / Javier Carrascosa González, *Introducción al Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1977, p. 389.

**.- Ley italiana de Derecho Internacional Privado (1995)<sup>152</sup>**

Artículo 13. 1. Cuando en los artículos sucesivos se recurre a la ley extranjera, se toma en consideración el reenvío efectuado por el derecho internacional privado extranjero a la ley de otro Estado:

- a) si la ley de ese Estado acepta el reenvío.
- b) si el reenvío se hace a la ley italiana.

2. La aplicación del Parágrafo 1 se excluye:

- a) en los casos en los cuales las disposiciones de la presente ley declaran aplicable la ley extranjera sobre la base de la escogencia efectuada en este sentido por las partes interesadas.
- b) respecto a las disposiciones relativas a la forma de los actos.
- c) con relación a las disposiciones del Capítulo XI, del presente Título.

3. En el caso de los artículos 33, 34 y 35, no se toma en cuenta el reenvío sino cuando él conduce a la aplicación de una ley que permita el establecimiento de la filiación.

4. Cuando la presente ley declara aplicable en cada caso una convención internacional, se sigue siempre en materia de reenvío, la solución adoptada por la convención.

El Derecho internacional privado italiano realizó una evolución fundamental en su historia, con la aprobación de esta nueva Ley que entró en vigencia el 1 de septiembre de 1995. Esta legislación reformó las disposiciones preliminares del Código Civil italiano de 1942. El mérito de esta reforma corresponde a Edoardo Vitta a quien el Ministerio de Justicia italiano, en 1982, le otorgó la responsabilidad de llevarla a cabo<sup>153</sup>. Diversas razones justificaron la reforma. El sistema italiano debía conformarse con los principios de la nueva Constitución de 1948 y debía poder adaptarse a la evolución legislativa y también convencional de la materia en cuestión<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> Resolución No. 218 del 31 de mayo de 1995. La traducción al castellano puede verse en Romero, Fabiola, La nueva regulación del Derecho internacional privado en Australia, Italia, Yemen y Venezuela, en: *RFCJPUCV*, 1999, No. 114, pp. 321-322.

<sup>153</sup> Giardina, Andrea, La réforme du Droit international privé italien, en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1996, No. 1, T. 85, p. 3.

<sup>154</sup> Giardina, La réforme du Droit international privé italien..., ob. cit., p.4.

En lo que concierne al reenvío, la modificación fue drástica. El antiguo artículo 30 del Código Civil de 1942 disponía que se debía aplicar la ley extranjera sin tener en cuenta la remisión que ella hiciera a otra ley. Italia fue uno de los más acérrimos adversarios del reenvío. Esto puede entenderse porque este país acogía la teoría de la incorporación también llamada teoría de la incorporación formal o del *rinvio ricettizio*<sup>155</sup>. Esta teoría se proponía armonizar el Derecho extranjero con la posición nacionalista del Derecho internacional privado. Las normas de Derecho extranjero eran aplicadas como Derecho propio. Se incorporaban esas normas tal y como estaban en el ordenamiento jurídico extranjero de donde provenían. La consecuencia práctica de esta teoría eliminaba la posible aplicación del reenvío porque no se empleaba el Derecho extranjero sino una norma importada de este que quedaba nacionalizada al incorporarla al Derecho del país.

Llega 1995 y el sistema italiano introduce en los últimos trabajos parlamentarios del otoño de 1994 y la primavera de 1995 una nueva disposición acerca del reenvío<sup>156</sup>. Es el artículo 13 de esta nueva Ley que admite el principio del reenvío. El párrafo primero reconoce el reenvío de primer grado y el de segundo grado con la condición de que el Estado designado por la norma de conflicto extranjera acepte la competencia. Sin embargo, se observan tres casos en los cuales el reenvío es excluido. Se impide su aplicación en cuanto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 13[2]a), con respecto a las disposiciones relativas a la forma de los actos (art. 13[2]b), y con relación a las disposiciones del Capítulo XI del título referente a las obligaciones extracontractuales (art. 13[2]c). Esas obligaciones se encuentran en los artículos 58 hasta 63 de la misma Ley.

En materia de filiación, el régimen del reenvío contempla una limitación especial que tiende a proteger un objetivo específico del legislador: promover el establecimiento de la filiación. En efecto, el párrafo tercero del artículo 13 enuncia los casos previstos por los artículos 33, 34 y 35 de la Ley que se relaciona a la filiación en general, la legitimación y el reconocimiento

---

<sup>155</sup> Para mayor información *vid.* Ago, Roberto, Règles générales des conflits de lois, en: *Recueil des Cours*, 1936, T. 58, pp. 299-308; Sperduti, Giuseppe, Théorie du Droit international privé, en: *Recueil des Cours*, 1967, T. 122, pp. 230-233.

<sup>156</sup> Giardina, La réforme du Droit international privé italien..., *ob. cit.*, p.15.

del hijo natural. Si el reenvío conduce a la aplicación de una ley que favorece el establecimiento de la filiación, entonces, este último podrá aplicarse, de lo contrario, será rechazado. Finalmente, el párrafo cuarto declara que los tratados internacionales tienen aplicación preferentes y, en materia de reenvío, se aplicará la solución adoptada por ellos.

#### **.- Ley venezolana de Derecho Internacional Privado (1998)<sup>157</sup>**

Artículo 4 Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho de un tercer Estado que, a su vez, se declare competente, deberá aplicarse el Derecho interno de este tercer Estado.

Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho venezolano, deberá aplicarse este Derecho.

En los casos no previstos en los dos párrafos anteriores, deberá aplicarse el Derecho interno del Estado que declare competente la norma venezolana de conflicto (resaltado nuestro).

Esta Ley será desarrollada en el próximo capítulo de nuestra tesis titulado El sistema jurídico venezolano.

## **II. El sistema jurídico venezolano**

Este capítulo de nuestra tesis está reservado especialmente al Derecho venezolano. Discutiremos, en principio, la tendencia del reenvío antes de la entrada en vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana. La razón principal de esta división se fundamenta en la observación de una nítida demarcación entre esos dos períodos. Luego de examinar la introducción del reenvío en el ordenamiento jurídico venezolano, dedicaremos nuestros esfuerzos a analizar la repercusión de esa figura a la luz de la nueva Ley.

---

<sup>157</sup> G.O. No. 36.511 del 6 de agosto de 1998.

## A. El reenvío en Venezuela anterior a la nueva Ley de Derecho Internacional Privado

Esta primera fase de nuestro análisis será dividida en cinco partes. Estudiaremos su codificación convencional para determinar si el reenvío está o no consagrado. Luego, repetiremos el mismo ejercicio en relación con la legislación interna. En tercer lugar, nos dedicaremos a investigar los rastros de esta figura en la jurisprudencia. Después, estableceremos la tendencia doctrinal venezolana para finalmente terminar considerando los dos proyectos de envergadura que incluyeron el reenvío.

### 1. Codificación convencional

Dentro de las convenciones internacionales que están vigentes en Venezuela, no se encuentra ninguna que regule de manera expresa la cuestión del reenvío. No aparecen normas conflictuales que establezcan expresamente que la ley extranjera aplicable incluirá el Derecho Internacional Privado del sistema escogido.

El Tratado de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante)<sup>158</sup>, el tratado internacional más importante en la primera mitad del siglo XX en materia de Derecho internacional privado, no incluye norma alguna reguladora del reenvío. Según su autor, Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, el reenvío no debería admitirse “salvo disposición contraria expresa de las leyes internas”<sup>159</sup>. Es interesante notar que en el proyecto de este Código, se establecía, en el artículo 7, que “Cada Estado contratante aplicará a los nacionales de los demás, las leyes de orden público interno de su domicilio o de su nacionalidad, según el sistema que adopte el Estado a que pertenezcan”<sup>160</sup>. Esta disposición del proyecto buscaba la armonía entre los partidarios de la ley nacional y los partidarios de la ley del domicilio. Sin embargo, terminó por no ser aprobada y la versión final del Código

<sup>158</sup> Tratado de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), 20 de febrero de 1928, La Habana. Ratificado por Venezuela en 1932, G.O. No. 17.698 de 9 de abril de 1932.

<sup>159</sup> Reyna de Roche, Carmen Luisa, *Estudio sobre el reenvío en el Derecho internacional privado venezolano*, Caracas, Instituto de Derecho Privado, FCJPUCV, Cuadernos Colección de Derecho internacional privado, 1974, p. 15.

<sup>160</sup> Parra Aranguren, Gonzalo, *Curso general de Derecho internacional privado. Problemas selectos y otros estudios*, Caracas, UCV, 3ª ed., 1998, p. 298.

Bustamante permaneció silenciosa en cuanto al reenvío. En efecto, el artículo 7 se redactó de la siguiente manera:

Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior<sup>161</sup>.

Como puede observarse, la única reforma fue la supresión de la frase “según el sistema”. No obstante, fue una modificación importante. La fórmula original admitía el funcionamiento de las normas de Derecho internacional privado de la ley de la nacionalidad para regular el estado y capacidad de las personas y, en la práctica, coincidía con el mecanismo del reenvío<sup>162</sup>.

Esta actitud fue imitada también por la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado<sup>163</sup>, donde no existen normas referidas al reenvío porque no se logró consenso con relación a una elaboración posible de estas. Sin embargo, se pretendió justificar esta omisión mediante el artículo 2 de la Convención que establece la aplicación del Derecho extranjero “tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable...”. Paul Heinrich Neuhaus expresó que “vacilaría leer en el artículo 2º, referente a la aplicación del Derecho extranjero competente, la posibilidad de un reenvío o la aplicabilidad de otro Derecho” y resaltó como ventaja de la Convención “que no intenta regular aquellos asuntos que aún no tengan madurez para una regulación internacional”<sup>164</sup>.

Por su parte, Tatiana B. de Maekelt consideró que “no fue la intención del legislador inducir directa o indirectamente el reenvío en esta convención. Por ello, sería deseable contar con una norma específica, fruto de futuros

---

<sup>161</sup> Datos en nota 158.

<sup>162</sup> Parra Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 303.

<sup>163</sup> Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979 citada en B. de Maekelt, *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 97-129. Ratificada por Venezuela el 11 de junio de 1985; G.O. No. 33.252 de fecha 26 de junio de 1985.

<sup>164</sup> Citado en Parra Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 305.

trabajos en el hemisferio”<sup>165</sup>. En virtud de la ausencia de regulación del problema del reenvío en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, a tenor del segundo párrafo del artículo 1, “los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su Derecho interno”<sup>166</sup>.

Antes de clausurar este punto, nos gustaría señalar que “existe consenso general en el sentido de no admitir el reenvío en el ámbito de las obligaciones convencionales y en las materias reguladas por Convenciones, a menos de que fuera dispuesto expresamente lo contrario”<sup>167</sup>. Se estimó que el rol del derecho convencional es el de “unificar las normas de colisión o al menos hacerlas conciliables”<sup>168</sup>. También tenía razón Lewald al afirmar que el sistema del reenvío es, lógicamente, incompatible con la existencia misma de los convenios destinados a dar reglas de solución a los conflictos de leyes, pues la razón de ser de estos convenios es precisamente sustituir con tales reglas, bilateral o colectivamente aceptadas, lo que, rectamente realizado, excluye toda posible aplicación del reenvío<sup>169</sup>. Asimismo, Carmen Luisa Reyna de Roche mencionó que “el problema del reenvío, por tanto no se plantea en el terreno de la convención internacional; seguirá siendo un problema que podrán o no resolver internamente los países contratantes”<sup>170</sup>.

## 2. Codificación interna

Para referirnos a la legislación venezolana previa a su nueva Ley de Derecho Internacional Privado, debemos ubicarnos antes del 6 de agosto de 1998 para entender la situación.

---

<sup>165</sup> B. de Maekelt, Tatiana, *Normas generales de Derecho internacional privado en América*, Caracas, FCJPUCV, 1978, p. 176.

<sup>166</sup> Ver datos en nota 163.

<sup>167</sup> Parra Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 113; referirse también a Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 397.

<sup>168</sup> Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 160.

<sup>169</sup> Lewald, *Théorie du renvoi...*, ob. cit., pp. 578-579.

<sup>170</sup> Reyna de Roche, *Estudio sobre el reenvío...*, ob. cit., p. 16.

En este período, ninguna ley o código contemplaba el reenvío de manera general. El legislador no había previsto una solución global en cuanto a esta figura. No se sabía si el legislador lo admitía o lo rechazaba, por la existencia de este vacío legal. Esta omisión podía explicarse por el hecho de que el reenvío era un problema de planteamiento relativamente reciente en el Derecho internacional privado, y porque las pocas disposiciones que trataban esta rama del Derecho en el Título Preliminar del Código Civil, no habían sido objeto de grandes modificaciones desde los primeros Códigos promulgados en 1862, 1867 y 1873<sup>171</sup>.

Si no se encontraba una disposición general con relación al reenvío, en cambio sí existía un artículo que lo consagraba dentro de una materia particular. Se trataba del artículo 483 del Código de Comercio venezolano que regulaba la capacidad para obligarse por letra de cambio y que en su primera parte disponía lo siguiente:

La capacidad de una persona para obligarse por medio de la letra de cambio se determina por la ley nacional. Si esta ley declara competente la de otro Estado, esta última es la que se aplica<sup>172</sup>.

Como pueden observarse, se trataba de un reenvío solamente previsto para la determinación de la capacidad cambiaria y planteaba las dos soluciones del reenvío de primero y de segundo grado.

Esta disposición tiene su origen histórico en la Convención sobre la unificación de la letra de cambio y pagaré a la orden de La Haya del 23 de julio de 1912<sup>173</sup>. El artículo 483 relativo a la capacidad cambiaria fue uno de los incluidos de forma textual. Fue introducido en el Código de Comercio venezolano en el año 1919.

Aunque en apariencia era clara, sin embargo, esta disposición se volvió polémica. Las posiciones frente al artículo 483 fueron divergentes. De un lado, ante la ausencia de una norma general en el Derecho venezolano, encontramos una corriente a favor de la aplicación analógica. Los defensores de esta corriente aceptaban el reenvío de manera general,

---

<sup>171</sup> Reyna de Roche, *Estudio sobre el reenvío...*, ob. cit., p. 17.

<sup>172</sup> Este artículo fue incorporado al Código de Comercio en 1919 y su texto no fue modificado en la reforma del 26 de julio 1955 la cual fue publicada en G.O. No. 475 Ext. del 21 de diciembre de 1955.

<sup>173</sup> *Vid.* el punto 5 de nuestra tesis para mayor información acerca de esta Convención.

justificándolo con el argumento de que “si el legislador venezolano no estuviera de acuerdo con la aceptación del reenvío podría haber eliminado el artículo 483 en las sucesivas reformas que ha sufrido el referido Código...”<sup>174</sup>. Por otro lado, había autores que estaban en contra del reenvío de manera general, pues consideraban que el artículo 483 del Código de Comercio había sido simplemente copiada del Convenio de La Haya y que el legislador venezolano no tenía ninguna intención de reconocer en forma general el principio del reenvío. El artículo 483 se aplicaba solo en materia cambiaria.

La doctrina no ofreció una solución tajante a este debate. Las opiniones distintas siguieron y las respuestas dependían de cómo cada uno enfocara el problema. Sin embargo, dentro de la posición que aceptaba la aplicación analógica de esta disposición, puede ubicarse la sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil del Distrito Federal y Estado Miranda, dictada en 1966, que será objeto de un análisis más detenido en el próximo punto.

### 3. Jurisprudencia

Cabe mencionar que existen en la jurisprudencia venezolana dos casos que revisten una gran importancia con relación al reenvío<sup>175</sup>. El primer caso es un decreto de adopción emanado de la Corte Superior del Distrito Federal que data del 24 de noviembre de 1906 (el llamado caso Schunneck)<sup>176</sup>. El segundo caso es una sentencia dictada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda que tuvo lugar el 29 de septiembre del año 1966 (caso

---

<sup>174</sup> Reyna de Roche, *Estudio sobre el reenvío...*, ob. cit., p. 21.

<sup>175</sup> Podemos mencionar también otra sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda con fecha del 29 de febrero de 1968 la cual trata de un problema de pago de letras de cambio. Sin embargo, no se aplicó el reenvío. Para mayor información *vid.* Parra Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 363.

<sup>176</sup> Schunneck: decreto de adopción de la Corte Superior del Distrito Federal del 24 de noviembre de 1906, publicado en Muci Abraham, *Jurisprudencia venezolana en materia de reenvío...*, ob. cit., pp. 119-124.

Quintana c. Sión)<sup>177</sup>. Primero, revisaremos los detalles de estos dos casos para luego llegar a establecer conclusiones sobre el reenvío en la jurisprudencia venezolana.

### **.- Decreto de adopción del 24 de noviembre de 1906 (caso Schunneck)**

Se trataba de la adopción por parte de los esposos Schunneck de origen austríaco domiciliados en La Guaira, de un menor llamado Vaupel cuya nacionalidad no aparece reportada. Al presentarse ante la Corte Superior del Distrito Federal una solicitud de adopción, esta última se vio enfrentada a un caso con elementos de extranjería (nacionalidad austríaca de los esposos). En este sentido, el tribunal determinó que se debía analizar la capacidad de adopción de los esposos y, para lograr este análisis, se refirió al artículo 8 del Código de Procedimiento Civil venezolano. También, constató la inexistencia de tratados de Venezuela con Austria. Descartada esa posibilidad, el tribunal prosiguió a examinar lo que disponía la legislación interna venezolana en materia de Derecho internacional privado, por lo que respecta al estado y capacidad de las personas naturales.

La Corte acudió, pues, a revisar los artículos 9 y 17 del Código Civil de 1904 en los cuales el estado y capacidad de las personas se determinaba por el ordenamiento jurídico de su nacionalidad. El juzgador venezolano se encontró con que la norma de conflicto venezolana remitía al ordenamiento jurídico de los esposos, cuya nacionalidad era la austríaca. En este ordenamiento, la capacidad de los ciudadanos austríacos se regía por la ley de su domicilio, por lo que el tribunal llegó a la conclusión que la remisión que hacía la norma de conflicto venezolana no era a las normas materiales austríacas sino a las de carácter conflictual. En consecuencia, se aplicó la ley venezolana y se permitió la adopción.

En este decreto se aplicó el mecanismo del reenvío, pero de manera errónea. Se realizó el reenvío sobre una base imaginaria porque, en Austria, el estado y la capacidad de las personas se regían por la ley nacional y no

---

<sup>177</sup> Quintana c. Sión, sentencia dictada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda del 29 de septiembre de 1966, publicado en *RFCJPUCV*, 1966, No. 33, pp. 167-173.

por la ley del domicilio. No obstante, el error era justificable porque, en esta época, era muy difícil obtener informaciones sobre el Derecho extranjero.

Esta decisión no fue reconocida como precedente judicial debido a su soledad en la jurisprudencia de la época. Era el primer caso que había tratado la figura del reenvío y, además, no era una sentencia judicial que hubiese dirimido una controversia, sino meramente, un decreto de adopción. Por esta circunstancia, se declaró que “no se [podía] afirmar que la jurisprudencia venezolana [había] asumido una actitud favorable a la devolución”<sup>178</sup>. Sin embargo, se señaló una cierta inclinación a favor del reenvío.

#### **.- Sentencia del 29 de septiembre de 1966 (Quintana c. Sión)**

Esta sentencia consagra, en forma expresa y categórica, el reenvío simple o de primer grado. El caso decidido fue el siguiente: se discutía ante los tribunales venezolanos lo relativo a la validez formal de cuatro cheques. Había que decidir qué reglas determinaban los requisitos que debían cumplir los cheques. En el caso concreto, hubo alegatos no controvertidos, que los cheques tenían impreso como lugar de emisión la ciudad de Nueva York, pero carecían de fecha. La parte demandada alegó que dichos instrumentos no podían ser calificados como cheques porque el artículo 490 del Código de Comercio exigía la fecha de su emisión como requisito formal de necesario cumplimiento.

Frente a este problema, el tribunal tuvo que precisar la legislación competente para establecer los requisitos formales del cheque. El tribunal llegó a la conclusión, por aplicación del artículo 11 del Código Civil venezolano, que la ley competente para regular todo lo relativo a la validez formal del cheque era la legislación de los Estados Unidos, en concreto, la ley vigente en el Estado de Nueva York. Consideró el tribunal lo siguiente:

...la remisión hecha por nuestra norma de Derecho Internacional Privado incluye la totalidad de la Legislación imperante en el Estado de Nueva York, es preciso examinar el contenido de los preceptos de

---

<sup>178</sup> Muci Abraham, Jurisprudencia venezolana en materia de reenvío..., ob. cit., p. 124.

Derecho Internacional Privado que rigen en ese Estado para llegar a la correspondiente conclusión.

Estima el Tribunal que su función al aplicar el Derecho extranjero debe ser la de tratar de resolver la controversia en la misma forma a como lo haría un juez del país respectivo, y, por tanto, en el caso concreto este Juzgador debe tratar de llegar a la misma solución a la que arribaría el juez del Estado de Nueva York si estuviera conociendo de la controversia<sup>179</sup>.

Del examen de las normas de Derecho internacional privado vigentes en el Estado de Nueva York, el tribunal concluyó que “la ley aplicable para regular la validez formal de los cheques se determina por la Ley del lugar de emisión del cheque” que se entendía, según las normas conflictuales del Estado de Nueva York, como el sitio donde se ha verificado su entrega al beneficiario<sup>180</sup>. En el caso concreto, el lugar de entrega de los cheques era la ciudad de Caracas. Se aplicaría entonces el Código de Comercio venezolano para resolver el problema planteado. Ahora bien, según lo que hemos afirmado sobre el artículo 490 del Código de Comercio, la fecha del cheque constituye un requisito esencial para su validez formal. En el caso en cuestión, los cheques carecían de fecha y, en consecuencia, no podían ser reconocidos como cheques válidos porque no cumplían con el requisito según la ley venezolana.

Esta decisión fue ratificada por la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal, en sentencia del 13 de diciembre de 1966. En cuanto a la Corte Suprema de Justicia, esta declaró sin lugar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la segunda instancia. Un aspecto muy importante de este caso consiste en la definición expresa de la posición venezolana con relación al reenvío:

El juzgador acepta de esta manera el reenvío de primer grado que la legislación declarada competente por las normas venezolanas de Derecho internacional privado (Ley del Estado de Nueva York) hace al Derecho venezolano, y al proceder de esta manera el Juzgador

---

<sup>179</sup> Quintana c. Sión, *RFCJPUCV*, p. 171.

<sup>180</sup> Quintana c. Sión, *RFCJPUCV*, p. 171.

aplica por analogía lo previsto en el artículo 483 del Código de Comercio<sup>181</sup>.

En conclusión, después del análisis de las dos sentencias donde Venezuela ha aplicado el mecanismo del reenvío, tomando en cuenta que no existe ninguna decisión que las haya rechazado, “se puede afirmar que la jurisprudencia venezolana admite el reenvío de primer grado en cuestiones no reguladas por el artículo 483 del Código de Comercio”<sup>182</sup>. Esto significa que dicha jurisprudencia reconoce la tendencia favorable a la admisión del reenvío expresada a través del artículo 483.

Con relación al reenvío de segundo grado, la jurisprudencia venezolana no ha llegado a pronunciarse, de manera que, este tipo de reenvío queda todavía abierto a diferentes puntos de vista. Existen opiniones que rechazan la aplicación del reenvío de segundo grado por la simple razón de que nunca fue mencionado por la jurisprudencia. Por el contrario, hay otras que afirman que en la eventualidad de una aplicación posible de este tipo de reenvío, el juez venezolano resolvería el problema de la misma manera que se resolvió el reenvío de primer grado, es decir, tratando de aplicar el Derecho extranjero como lo haría un juez del país respectivo.

#### 4. Tendencias doctrinales

Desde siempre, las tendencias doctrinales se contraponen y se confrontan en una lucha para determinar cuáles tienen la mejor respuesta. Ocurre lo mismo para el caso del reenvío. Encontramos posiciones favorables a la utilización del reenvío por la aplicación analógica del artículo 483 del Código de Comercio como también opiniones contrarias en las cuales se rechaza totalmente la existencia de esta figura.

A lo largo de nuestro trabajo, tratamos de definir esas doctrinas. Lo discutimos en particular cuando abordamos el punto de la legislación

---

<sup>181</sup> Quintanac. Sión, *RFCJPUCV*, p. 172.

<sup>182</sup> Reyna de Roche, *Estudio sobre el reenvío...*, ob. cit., p. 35; el Decreto de adopción de 1906 aceptó el mecanismo del reenvío de manera implícita en cuanto a un problema relativo a la ley competente para regir el estatuto personal, mientras que en la segunda sentencia discutida, se trataba de determinar la ley competente en materia de forma de los actos y se reconoció el reenvío explícito.

interna venezolana. Sin embargo, podemos aún mencionar el pensamiento de algunos autores.

Una posición amplia en cuanto a la aceptación del reenvío es ciertamente la de Gonzalo Parra Aranguren, quien ocupó el cargo de Juez titular del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda cuando fue dictada la sentencia Quintana c. Sión. Otra posición favorable al reenvío, pero indicando ciertos límites, es la de Carmen Luisa Reyna de Roche cuando expresa:

Nuestra opinión es favorable a la aplicación analógica de la disposición contenida en la primera parte del artículo 483 del Código de Comercio. Sin embargo, creemos que debe tomarse en consideración el origen histórico de esa norma...

Y debe tenerse en cuenta, además, que la solución consagrada en la disposición puede encuadrarse dentro de la posición doctrinaria que admite el reenvío solo en materia de estatuto personal...<sup>183</sup>.

José Luis Bonnemaïson, con referencia a la jurisprudencia venezolana, cree poder afirmar “que el reenvío ha tenido aceptación y ha gozado de algún prestigio en nuestro sistema de Derecho internacional privado”<sup>184</sup>. Todo depende de la posición que se tome frente al problema de la remisión en general.

Para Juan María Rouvier, la aparición del reenvío en el campo de la jurisprudencia “solo tuvo por objeto evitar la aplicación de la ley extranjera”<sup>185</sup>. Este autor lo considera como una creación de la jurisprudencia que luego la doctrina trató de justificar. Asimismo, Francisco Gerardo Yanes declaró en su memorandum de Derecho internacional privado: “Nuestra opinión se inclina contra la devolución por razones de soberanía. Admitir con el Código alemán la devolución cuando sea favorable a la ley alemana, no puede ser nunca una solución de doctrina.

---

<sup>183</sup> Reyna de Roche, *Estudio sobre el reenvío...*, ob. cit., p. 23.

<sup>184</sup> Bonnemaïson, *Sobre el mecanismo del reenvío simple...*, ob. cit., p. 179.

<sup>185</sup> Rouvier, Juan María, *Derecho internacional privado. Parte general*, Maracaibo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia, 3ª ed., 1996, p. 381.

En Venezuela no creemos admisible esta teoría. Cuando haya de aplicarse la ley extranjera juzgamos aplicable la ley extranjera interna”<sup>186</sup>.

Otros, como dijimos anteriormente, se oponen afirmando que la disposición del artículo 483 fue solamente copiada de la Convención sobre la unificación de la letra de cambio y pagaré a la orden de La Haya sin que el legislador venezolano se pronunciara en cuanto al planteamiento del reenvío<sup>187</sup>. Se sostiene que no es una fuente del Derecho venezolano y no hay que seguir aplicándolo como principio general.

Todas esas posiciones y los comentarios que ya hicimos durante este estudio demuestran que el reenvío provocó muchas discusiones y debates sin realmente llegar a poder discernir su naturaleza. Probablemente, las dos manifestaciones más importantes sobre este tema las constituyeron los dos proyectos de ley de Derecho internacional privado elaborados en Venezuela, los cuales serán objeto de referencia a continuación, antes de emprender la segunda parte de este trabajo.

## **5. Proyectos de leyes de Derecho Internacional Privado**

En Venezuela solamente existen dos proyectos de ley de Derecho internacional privado. El primero, que tuvo su origen a principio del siglo XX, y el segundo, que tomó cuerpo en los años 63-65 para sufrir revisión treinta años después en 1996. Evidentemente, estamos hablando del Proyecto Arcaya y del Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado.

### **.- Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado (Proyecto Arcaya)**

El primero de los intentos por reunir en un solo cuerpo de normas las disposiciones relativas al Derecho internacional privado se debe al jurista

---

<sup>186</sup> Citado en Guerra Iñiguez, Daniel, *Derecho internacional privado*, Caracas, 6<sup>a</sup> ed., 1993, p. 223.

<sup>187</sup> Sansó, Benito, La función de la interpretación en la búsqueda y adaptación de la ley extranjera aplicable, en: *Libro Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, UCV, 1967, p. 726.

venezolano Pedro Manuel Arcaya, quien, una vez nombrado para formar parte de la Comisión Revisora de los Códigos de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal, propuso en el seno de la Comisión General Revisora de los Códigos en agosto de 1912, que se suprimieran de los distintos códigos nacionales las disposiciones referentes al Derecho internacional privado y que se redactará una ley especial, que él mismo se comprometía a realizar.

En efecto, el doctor Pedro Manuel Arcaya presentó el proyecto ofrecido a la consideración de las Comisiones de Reforma, pero este, a pesar de estar incluido en el orden del día de las reuniones, nunca llegó a discutirse y el mismo autor no insistió en su proposición una vez nombrado Ministro de Relaciones Interiores, probablemente convencido de que el territorialismo imperante en esa época hacía imposible la promulgación de una ley de Derecho internacional privado<sup>188</sup>.

El proyecto fue objeto de elogios por parte de Lorenzo Herrera Mendoza, quien lo consideró “un trabajo serio, digno de estudio y meditación y al que no se le prestó la atención que merecía”, quejándose también de que el mismo muriera de asfixia, “ahogado por la oposición del vacío y del silencio”<sup>189</sup>. Una de las disposiciones muy discutida fue el artículo 3 del Proyecto el cual establecía, para entonces, la admisión del reenvío de primer grado:

Cuando por mandato de la ley venezolana debiera aplicarse una ley extranjera, pero ella hiciere devolución a la ley venezolana, esta decidirá sobre el fondo<sup>190</sup>.

La explicación de este artículo proviene probablemente de la tendencia territorialista de ese tiempo, es decir, de no admitir fácilmente la aplicación de leyes extranjeras. El artículo encuadraba perfectamente con esa tendencia. Sin embargo, el Proyecto en sí era demasiado vanguardista para la mentalidad de la época en esta materia<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> Reyna de Roche, *Estudio sobre el reenvío...*, ob. cit., p. 39.

<sup>189</sup> Herrera Mendoza, Lorenzo, *La Escuela Estatutaria en Venezuela y su evolución hacia la territorialidad*, en: *Estudios de Derecho internacional privado y temas conexos*, Caracas, El Cojo, 1943, p. 209.

<sup>190</sup> B. de Maekelt, *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 112.

<sup>191</sup> Reyna de Roche, *Estudio sobre el reenvío...*, ob. cit., p. 40.

## **.- Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado**

Posteriormente fue preparado por el Ministro de Justicia un Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado. La Comisión que realizó el trabajo estuvo formada por los doctores Roberto Goldschmidt, Joaquín Sánchez Covisa y Gonzalo Parra Aranguren, quienes, siguiendo la vía ya abierta por Pedro Manuel Arcaya, quisieron mantener el principio de la autonomía legislativa del Derecho internacional privado y adoptaron, por lo tanto, el sistema de la ley especial. El Proyecto elaborado por la citada Comisión fue publicado por el Ministerio en el año 1963 y luego en el año 1965, después de sufrir ligeros cambios. Según su Exposición de Motivos, representa “el resultado de un largo proceso de estudio, discusión y depuración contemporánea y del derecho comparado con los datos históricos, sociales y humanos de la realidad venezolana”<sup>192</sup>.

Este Proyecto recibió favorable acogida en el extranjero. Varios autores lo comentaron. Entre ellos, podemos mencionar Werner Goldschmidt<sup>193</sup>, Rodolfo De Nova<sup>194</sup>, Fritz von Schwind<sup>195</sup> y Paul Heinrich Neuhaus<sup>196</sup>.

En el artículo 4 de ese Proyecto se regula el reenvío en los siguientes términos:

Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho de un tercer Estado que, a su vez, se declare competente, deberá aplicarse el Derecho interno de este tercer Estado.

Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho venezolano, deberá aplicarse este Derecho.

<sup>192</sup> *Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado*, Ministerio de Justicia, República de Venezuela, Caracas, 1963, p. 1.

<sup>193</sup> Goldschmidt, Werner, El Proyecto venezolano de Derecho internacional privado, en: *Revista del Ministerio de Justicia*, 1954, No. 50, p. 88.

<sup>194</sup> De Nova, Rodolfo, Current developments of Private International Law, en: *American Journal of Comparative Law*, 1964, Vol. 13, pp. 542-569.

<sup>195</sup> Von Schwind, Fritz, Disposiciones generales del Proyecto venezolano y recientes tendencias del Derecho internacional privado, en: *Libro-Homenaje a Roberto Goldschmidt*, Caracas, FDUCV, 1967, pp. 695-696.

<sup>196</sup> Neuhaus, Paul Heinrich, Proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado. Observaciones de Derecho comparado, en: *Libro-Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, Caracas, FDUCV, 1970, T. 1, pp. 54-64.

En los casos no previstos en los dos párrafos anteriores, deberá aplicarse el Derecho interno del Estado que declare competente la norma venezolana de conflicto<sup>197</sup>.

El mecanismo de esta institución fue incluido en una disposición legislativa porque “se ha considerado útil, en nombre de un principio de seguridad jurídica, establecer reglas definidas en materia de reenvío, determinando, por lo tanto, si la norma de Derecho internacional privado nacional remite exclusivamente al Derecho interno o material extranjero o a la totalidad del Derecho extranjero con inclusión de las correspondientes normas de Derecho internacional privado”<sup>198</sup>.

El Proyecto fue retomado en julio de 1995, con ocasión de la celebración de la Primera Reunión Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado<sup>199</sup>. Allí se acordó por unanimidad dirigir una comunicación al Ministro de Justicia apoyando la presentación del Proyecto original al Congreso Nacional para su consideración y aprobación. Sin embargo, debido a la evolución del Derecho internacional privado desde 1975, a raíz de los trabajos de las Conferencias Interamericanas Especializadas sobre el Derecho Internacional Privado, fue inevitable volver a analizar las disposiciones del Proyecto.

En abril de 1996 se celebró la Segunda Reunión Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado y durante esta reunión se revisaron las soluciones del Proyecto.<sup>200</sup> Realizadas las modificaciones, el Proyecto fue presentado a la Cámara del Senado y luego remitido por la misma a la Cámara de Diputados donde fue discutido detalladamente y aprobado el 6 de agosto de 1998.

Este Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado conservó la misma disposición referente al reenvío que el Proyecto original y observaremos que no sufrió modificación legislativa cuando estudiemos la nueva Ley de

---

<sup>197</sup> *Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 13.

<sup>198</sup> *Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 6.

<sup>199</sup> Hernández-Bretón, Eugenio, Nueva Ley venezolana de Derecho Internacional Privado, en: *RFCJPUCV*, 1999, No. 111, p. 244.

<sup>200</sup> Hernández-Bretón, Nueva Ley venezolana de Derecho Internacional Privado..., ob. cit., p. 245.

Derecho Internacional Privado. Reservaremos entonces nuestros comentarios para el próximo punto de nuestra tesis.

### **B. Visión sucesiva del reenvío a partir de la Ley de Derecho Internacional Privado**

El párrafo primero consagra el reenvío de segundo grado limitándolo expresamente al Derecho material del tercer Estado. Este reenvío se acepta en un solo caso: “Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho de un tercer Estado que, a su vez, se declare competente”. Se busca armonizar las soluciones que darían cualquiera de los tribunales competentes a juzgar en los tres Estados involucrados con la figura del reenvío. Con esto se distingue la nueva Ley favorablemente de todas aquellas leyes que reconocen el reenvío solo por el interés de la más amplia aplicación de su propio Derecho material<sup>201</sup>.

El primer aparte del artículo citado acoge con carácter general el reenvío simple o de primer grado, al igual que lo hacía el artículo 3 del Proyecto Arcaya. Se logra la uniformidad de soluciones en el único caso en que el reenvío simple puede efectuarse, es decir, cuando el Derecho extranjero rechace la competencia otorgada por la norma de conflicto venezolana. Se prefiere, en este caso, la aplicación de la ley venezolana la cual es mejor conocida por los tribunales venezolanos.

El último párrafo contiene una disposición residual en la cual se establece para las situaciones no previstas, aplicar el Derecho interno del Estado “que declare competente la norma venezolana de conflicto”. Permite llenar el vacío legal en el caso de que estemos frente a un reenvío ulterior y el tercer Estado no acepte la competencia que le remitió el derecho extranjero competente de acuerdo a la norma venezolana de conflicto o cuando esta norma mencionada remita a otro Derecho diferente. Debe notarse que por Derecho interno se entiende el Derecho material del Estado. Esta redacción es quizás un poco imprecisa y hubiera sido mejor utilizar la expresión Derecho material que derecho interno.

---

<sup>201</sup> Neuhaus, Proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado..., ob. cit., p. 59.

El contenido del artículo 4 demuestra una combinación de soluciones diversas para los diferentes casos que puedan presentarse. Por otro lado, se dice que sirve también a los propósitos expresados en la Exposición de Motivos en los términos siguientes: “Alcanzar en la esfera de los conflictos de leyes los dos supremos objetivos de justicia y seguridad jurídica, razón de ser de toda norma de Derecho, y acoplar las disposiciones a las características y necesidades de la realidad social, económica y humana de nuestro país”<sup>202</sup>.

Además, su forma de redacción, que consiste en aplicar el reenvío de segundo grado en el primer párrafo para luego establecer el de primer grado, tiende a demostrar la amplitud de la norma del artículo 4, que la regla fuese la aplicación del Derecho extranjero y su rechazo, la excepción. En efecto, el reconocimiento del reenvío se debe al afán de aplicar el propio Derecho privado. La acogida favorable del reenvío obedece al deseo de respetar dentro de lo posible la voluntad del legislador extranjero. La razón subyacente en todos estos casos es tratar de uniformar o disminuir cuando es permitido, la discrepancia en las soluciones contenidas referente a la norma de conflicto.

A partir de su vigencia, el artículo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado es la base jurídica del reenvío en el sistema venezolano, instituido como fórmula general consagradoria de las modalidades del reenvío simple y del reenvío de segundo grado. Su entrada en vigencia, el 6 de febrero de 1999, produce la derogatoria total del artículo 483 del Código de Comercio. Asimismo, la fórmula particular del reenvío que había sido establecida en dicho artículo, fue sustituida en el ordenamiento jurídico venezolano por la fórmula general consagrada en el artículo 4. La institución del reenvío queda así consagrada no solo en materia de capacidad, sino que es una norma, en principio, de aplicación general para todas las normas de conflicto venezolanas. Esta derogación fue permitida de acuerdo al artículo 63 de esta misma, según el cual se derogan todas las disposiciones que regulen la materia objeto de esa Ley. Debe notarse que el encabezamiento del artículo 483 del Código de Comercio ha sido también

---

<sup>202</sup> B. de Maekelt, Tatiana, *Ley de Derecho Internacional Privado*, Caracas, BACPS, 1999, p. 48.

derogado por los artículos 16 y 20 de la nueva Ley de Derecho Internacional Privado.

### **III. El sistema jurídico de Québec**

Dedicaremos este capítulo al estudio más detenido del ordenamiento jurídico quebequense en el cual podrá observarse una división similar a la de nuestro capítulo anterior. En efecto, utilizaremos como punto divisorio la entrada en vigencia del nuevo Código Civil de Quebec (C.c.Q.) de 1994. Por eso, trataremos primero el estado del reenvío en el antiguo régimen legislativo quebequense para luego, señalar sus novedades en el nuevo Código.

#### **A. El tratamiento del reenvío antes de la reforma del ordenamiento jurídico de Quebec**

El Derecho quebequense es particularmente poco explícito en cuanto al mecanismo del reenvío. Existe solamente una decisión, ya lejana, de la Corte de Apelación la cual dispuso en relación con esta figura del Derecho internacional privado. La Corte Suprema de Canadá confirmó el fallo basándose en otros motivos. Era el famoso caso *Ross c. Ross*<sup>203</sup>. Al igual que la mayoría de las sentencias donde se produjo el reenvío, se trataba de un problema de sucesión. James Gibb Ross, domiciliado en la provincia de Quebec, redactó un testamento ológrafo durante un viaje a Nueva York. Luego regresó a Quebec trayéndose este testamento. Falleció unos años después y se entabló una acción para que se pronunciara la nulidad de este testamento ológrafo debido a que no estaba conforme con las disposiciones del Derecho del estado de Nueva York relativas a la forma de los testamentos. Ross poseía otro testamento del año 1865. Según la época, era el Derecho francés el que regía la provincia de Quebec con la máxima *locus regit actum*<sup>204</sup>. El problema se formulaba de la siguiente manera:

---

<sup>203</sup> *Ross c. Ross* (1895-1896) 25 Recueils de la Cour Suprême du Canada 307, confirmado (1893) Cour du Banc du Roi 707, confirmado (1892) 2 Cour Supérieure 8.

<sup>204</sup> Debe notarse que el primer Código Civil escrito en Quebec fue promulgado en 1866.

Si la máxima *locus regit actum* era declarada imperativa había que referirse al Derecho del estado de Nueva York para determinar las normas para la validez del testamento del difunto. Por otro lado, si se declaraba facultativa la máxima *locus regit actum* era posible evitar el examen de los conflictos de leyes y, asimismo, decidir que el testador domiciliado en Quebec podía testar válidamente, en cualquier parte del mundo, según las formas requeridas por la ley de su domicilio.

La Corte Superior adoptó la segunda posición de manera que no tuvo que examinar la cuestión del reenvío y pronunció la validez del testamento según la ley de la provincia de Quebec. Apelada esta sentencia, la decisión fue confirmada por unanimidad, pero por otras razones. La Corte de Apelación concluyó que la máxima *locus regit actum* era imperativa y que para conocer de la validez del testamento del *de cuius*, necesitaba remitirse a la ley del lugar donde había sido redactado el testamento, es decir, el estado de Nueva York. La Corte refirió al ordenamiento americano en su totalidad incluyendo sus normas materiales y sus normas de conflicto. La norma de conflicto del estado de Nueva York habilitaba a un extranjero a testar según las formas permitidas por la ley de su domicilio con la única restricción que el efecto de este testamento se limitaba a los bienes muebles del testador. La forma ológrafa del testamento era aceptada por Quebec. En consecuencia, la Corte de Apelación, por el mecanismo del reenvío de primer grado de la ley del estado de Nueva York a la ley de la provincia de Quebec, validó el testamento del difunto.

Esta decisión fue corroborada también por la Corte Suprema de Canadá la cual reconoció, por una mayoría de cuatro a uno, la validez del testamento. No obstante, esta última, por una mayoría de tres magistrados, impugnó la unanimidad de la Corte de Apelación acerca de que la regla *locus regit actum* era imperativa y estableció lo contrario, que era facultativa. Así, la Corte Suprema de Canadá pronunció que el testamento era válido por haber sido redactado según las disposiciones de la ley del domicilio del testador.

Un aspecto importante es que los mismos tres magistrados señalaron que, aun en la eventualidad de admitir la regla *locus regit actum* como imperativa, había que remitir en todo caso a la ley de la provincia de

Quebec por el mecanismo del reenvío simple. El cuarto juez, miembro de la mayoría, fue el único que compartió el punto de vista de la Corte de Apelación de aceptar directamente el reenvío.

Como vemos, los cinco jueces de la Corte de Apelación y un magistrado de la Corte Suprema sancionaron la teoría del reenvío de primer grado y la usaron como fundamento de sus decisiones, mientras los otros tres magistrados de la Corte Suprema expresaron una opinión favorable a dicha teoría. Solo un juez de la Corte Suprema se opuso al reenvío.

Después de esta decisión no surgió otro caso en el cual se admitiera abiertamente el reenvío, aunque podemos señalar unos fallos que lograron expresarse sobre la materia como *obiter dictum*. Encontramos las decisiones Gauthier c. Bergeron<sup>205</sup>, Lindsay-Hogg c. Ministre du Revenu du Quebec<sup>206</sup>, Chanteclair Pontiac Buick Limitée c. Ernst & Whinney Inc.<sup>207</sup> y Flanagan c. Flanagan.<sup>208</sup>

En Gauthier c. Bergeron, el magistrado Deschênes de la Corte de Apelación declaró inútil analizar la teoría del reenvío<sup>209</sup>. Sucedió un accidente de automóvil en Quebec. El hijo menor del demandado estaba manejando el carro de su padre sin su consentimiento. Golpeó a dos peatones. Hirió a uno y mató al otro, que era la esposa del primer peatón. La demanda fue introducida en Quebec. El demandado y su hijo estaban domiciliados en Ontario. El hijo tenía 17 años en el momento del accidente y no tenía licencia para manejar. La Corte de Apelación tuvo que determinar cuál ley iba a regir el caso: la ley de Quebec o la de Ontario.

La cuestión era sumamente importante porque los dos sistemas de leyes contemplaban soluciones que podían llevar a resultados diametralmente contrarios. La Corte juzgó que nada permitía extender el efecto de la ley de Quebec a una persona extranjera que no residía en Quebec. El carro había sido transportado a Quebec sin el consentimiento del padre y, consecuentemente, debía regirse según la ley del domicilio del propietario

---

<sup>205</sup> Gauthier c. Bergeron [1973] Cour d'Appel 77.

<sup>206</sup> Lindsay-Hogg c. Ministre du Revenu du Québec [1976] Cour Supérieure 606.

<sup>207</sup> Chanteclair Pontiac Buick Limitée c. Ernst & Whinney Inc. [1984] Revue Légale 278 (Cour Supérieure).

<sup>208</sup> Flanagan c. Flanagan Jurisprudence Expresse 85-98 (Cour Supérieure).

<sup>209</sup> Gauthier c. Bergeron, ob. cit., p. 87.

que era la de Ontario. En consecuencia, el tribunal se declaró a favor de aplicar la ley de Ontario y mencionó que se debía respetar esta, porque nada en el caso permitía relacionar al propietario a la ley de Quebec. La Corte se negó a analizar la cuestión del reenvío, pero señaló que igualmente si lo hubiese tomado en cuenta llegaba al mismo resultado: aplicar la ley del domicilio del propietario.

En *Chanteclair Pontiac Limitée c. Ernst & Whinney Inc.*, la Corte Superior emitió también un *obiter dictum* acerca del reenvío. Los hechos no tienen importancia en este caso. Lo que nos interesa es el *obiter dictum* el cual estipula que si las partes de un contrato escogen expresamente la aplicación del Derecho de otro país, esta escogencia descarta las normas de Derecho internacional privado extranjeras y remiten solamente a su Derecho material. Pensar lo contrario sería ir en contra de la intención manifiesta de las partes<sup>210</sup>. Además, se mencionó que si la ley del foro remitía, por sus normas de conflicto, a la ley de otro Estado y si las normas de conflicto de este Estado devolvían la competencia a la ley del foro, habría que aplicar la ley material de este último<sup>211</sup>. Entreveamos entonces el reconocimiento del reenvío de primer grado. En el caso concreto, no hubo escogencia del Derecho por las partes y consiguientemente, se permitió el análisis más profundo de las leyes de Ontario, incluyendo sus normas de conflicto, para determinar el campo de aplicación de las leyes de Ontario con relación a la necesidad de registrar un derecho real sobre un bien mueble.

En el mismo sentido, podemos observar el caso *Flanagan c. Flanagan* de la misma Corte, en el cual se aplicó el mecanismo del reenvío de primer grado sin mencionarlo directamente. Después del pronunciamiento de un juicio de divorcio, el marido intentó una acción para ser declarado propietario de un inmueble situado en Montreal (provincia de Quebec) y usado por las partes como domicilio durante su vida común. Las partes se casaron en Ontario bajo el régimen legal de la separación de bienes. Luego, fueron a vivir en Montreal donde el demandado (esposa) vivía en el momento de la demanda. El marido alegó que la compra del inmueble representó un acto familiar regido por la *Family Law Reform Act* de

---

<sup>210</sup> *Chanteclair Pontiac Buick Limitée c. Ernst & Whinney Inc.*, ob. cit., p. 279.

<sup>211</sup> *Idem*.

Ontario. La Corte decidió que según el artículo 13(2) de esta Ley, la propiedad de bienes inmuebles entre esposos se regía según la ley del lugar de su situación. En consecuencia, la *Family Law Reform Act* remitió la competencia a la ley de Quebec porque el inmueble se encontraba en Montreal.

Finalmente, notamos otro caso, *Lindsay-Hogg c. Ministre du Revenu du Quebec*, en el cual la Corte Superior se pronunció sobre una solicitud de pronunciamiento declarativo común que establecía en los hechos un reenvío simple hacia la ley de Quebec. Se trataba de un problema de sucesión. Arthur Richard Doble redactó un testamento nombrando como ejecutores testamentarios a su esposa y a la *Royal Trust Company*. El testamento establecía que a la muerte de su esposa, iban a ser herederas de sus propiedades sus dos hijas. Una de las dos hijas falleció antes de su madre y su único hijo reivindicó parte de la herencia. Se expuso que la hija, *Lady Frances Mary Lindsay-Hogg*, estableció su domicilio y su residencia principal en España en la ciudad de Madrid y permaneció domiciliada en España hasta el día de su muerte.

Según la ley española, la sucesión se regía por la ley nacional del causante. Se dijo que *Lady Frances Mary Lindsay-Hogg* conservó su ciudadanía canadiense. También, se demostró que cuando ella era residente en Canadá, vivía en la provincia de Quebec. Por esa razón, el Derecho español remitió al ordenamiento jurídico quebequense. De acuerdo a la ley de Quebec, el demandante (el hijo de la difunta), era el único heredero de *Lady Frances Mary Lindsay-Hogg*. Sin embargo, su acción fue rechazada por no tratarse de un caso de sustitución debido a la falta de testamento por parte de *Lady Frances Mary Lindsay-Hogg*.

Todas estas decisiones emanaron de los tribunales de Quebec. En lo que concierne a las otras provincias canadienses, tampoco abundan los casos de reenvío. La primera y única decisión que trató el tema del reenvío parece haber sido el caso *Rosencrantz c. Union Contractors Ltd. and Thornton*<sup>212</sup> juzgada por la Corte Suprema de la Columbia Británica en materia contractual. Se relacionaba con una acción sobre un pagaré al cual se le

---

<sup>212</sup> *Rosencrantz c. Union Contractors Ltd. and Thornton* (1960) 23 *Dominion Law Reports* (2d) 473.

aplicaba el Derecho del estado de Washington. En esta sentencia, el demandado entregó al demandante dos pagarés por un monto total de \$50,000 emitidos en Seattle en el estado de Washington y pagables igualmente en Seattle. El demandante introdujo su acción en Columbia Británica. Los pagarés habían sido entregados mediante una tasa de interés usuraria que no estaba prohibida en el estado de Washington y que penalizaba al beneficiario de los pagarés. La Corte de Columbia Británica aplicó su propia norma de conflicto que remitió al Derecho del estado de Washington, el cual era el lugar donde los pagarés habían sido suscritos y eran pagables. Esas indicaciones confirmaban la escogencia por las partes del Derecho del estado de Washington. La Corte decidió que la expresión “ley de Washington” debía entenderse como refiriéndose solamente al Derecho material del estado de Washington y no a sus normas de conflicto. En consecuencia, la Corte rechazó la teoría del reenvío. Se trató de una sentencia en la cual se respetó la autonomía de la voluntad de las partes.

Existen algunas otras decisiones canadienses en las cuales se aludió al reenvío sin aplicarlo concretamente. Podemos citar las sentencias *In Beaudoin c. Trudel*, *In Sayers c. International Drilling Co. N.V.* e *In re Spencer and the Queen*.<sup>213</sup>

Luego de este estudio jurisprudencial, podemos concluir que el reenvío es aceptado por el ordenamiento jurídico de Quebec aunque no parece ser muy utilizado por los jueces. La Corte de Apelación se pronunció a su favor y podemos entrever una actitud positiva también de parte de los magistrados de la Corte Suprema de Canadá. Ahora bien, si formulamos la misma interrogante en cuanto a la legislación, nos damos cuenta de que existe un vacío legal relativo al reenvío. Efectivamente, en el Código Civil de 1866, también llamado Código Civil del Bajo Canadá, no aparece ninguna disposición que nos indique la intención del legislador respecto a esta figura del Derecho internacional privado. Nos encontramos en una situación similar a la de Francia para la misma época. Al igual que en su homónimo, el reenvío surgió como creación jurisprudencial y la legislación no lo

---

<sup>213</sup> Para mayor información acerca de estos casos *vid.* Edinger, Elizabeth R., *Renvoi in Canada: form and availability*, en: *Manitoba Law Journal*, 1984, Vol. 14, p. 40.

mencionó por ser un problema contemporáneo que ocurrió después del Código Civil.

Sin embargo, observamos un cambio de pensamiento cuando el legislador en 1955 decidió proceder a la revisión del Código Civil. Lo que se requería era elaborar un nuevo Código Civil y adaptarlo a las realidades sociales, morales y económicas de la sociedad quebequense moderna.<sup>214</sup> Muchos factores hicieron que este instrumento legislativo terminara siendo un símbolo de inmovilidad que guardaba una concepción rígida de otro orden social y, que con el tiempo, excavaba un abismo entre el Derecho y la vida real.<sup>215</sup> Podemos enumerar los movimientos sociales que provenían de la revolución industrial, de las dos Guerras Mundiales, de los grandes descubrimientos en la ciencia y el desarrollo de una sociedad de consumismo. Por esas razones, una profunda reforma legislativa se imponía para restablecer al Código Civil su verdadera vocación: la de regir las relaciones entre los ciudadanos según las normas y concepciones contemporáneas.

En la perspectiva de la reforma del Código Civil, el *Office de Révision du Code Civil* depositó un Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado en 1977 destinado a dotar al Quebec de una legislación moderna y completa<sup>216</sup>. Fue solamente diez años después que el gobierno retomó la iniciativa y exigió poner el Proyecto al día a fin de poder presentarlo a la Asamblea Nacional. Las proposiciones legislativas en materia de Derecho internacional privado fueron presentadas en junio de 1988, al mismo tiempo que las de la prueba y de la prescripción. De allí se redactó un informe. A partir de este informe, el Ministro de Justicia, Herbert Marx, introdujo en el mismo año un anteproyecto de ley titulado *Loi portant réforme au Code Civil du Québec du droit de la preuve et de la*

---

<sup>214</sup> Office de Révision du Code Civil: *Projet de Code Civil*, Québec, Éditeur Officiel du Québec, 1978, Vol. 1, p. XXVI.

<sup>215</sup> Office de Révision du Code Civil, *Projet de Code Civil...*, ob. cit., p. XXVII.

<sup>216</sup> Talpis, Jeffrey / Gérald Goldstein, Analyse critique de l'Avant-Projet de loi du Québec en Droit international privé, en: *Revue du Notariat*, 1989, No. 91, p. 295.

*prescription et du droit international privé*<sup>217</sup>. Las proposiciones legislativas presentadas en el anteproyecto recibieron una acogida favorable<sup>218</sup>.

Con relación al reenvío, este anteproyecto constituyó una revolución. El principio del reenvío, que había sido consagrado por la jurisprudencia, fue rechazado por la legislación. Fue el artículo 3443 del anteproyecto que trataba el problema del reenvío. Se leía así:

Cuando en virtud de las normas del presente Libro resulte aplicable la ley de un Estado extranjero, se tomarán en cuenta las normas de Derecho interno de este Estado, con exclusión de sus normas de conflicto de leyes<sup>219</sup>.

La disposición del anteproyecto no cambió la versión original. En efecto, antes de llegar a ser el artículo 3443 del Libro décimo del anteproyecto, era el artículo 4 del Libro noveno. El cambio surgió luego de finalizar la determinación de los diferentes Libros del futuro Código Civil. Por eso, la primera versión del reenvío fue el artículo 4 el cual declaraba “Cuando en virtud de las normas de Derecho internacional privado resulte aplicable el Derecho de un Estado extranjero, se tomarán en cuenta las normas de Derecho interno de este Estado”<sup>220</sup>. Vemos que conservó los mismos lineamientos que en el anteproyecto. Muchos autores se pronunciaron en contra del artículo 3443, pues hubieran preferido que el anteproyecto no se pronunciara sobre el problema del reenvío y que dejara al juez la oportunidad de determinar los casos en los cuales se podría utilizar esta figura. Están de parte de esta corriente los autores G. Rémillard, J. A.

---

<sup>217</sup> Talpis / Goldstein, *Analyse critique de l'Avant-Projet de loi...*, ob. cit., p. 296.

<sup>218</sup> Rémillard, Gilles, *Présentation du Projet de Code Civil du Québec*, en: *Revue Générale de Droit*, 1991, No. 22, p. 74.

<sup>219</sup> Traducción nuestra. El texto original se lee de la siguiente manera: Art. 3443. “*Lorsque, en vertu des règles du présent Livre, la loi d'un État étranger s'applique, il s'agit des règles du droit interne de cet État, à l'exclusion de ses règles de conflits de lois*”.

<sup>220</sup> Traducción nuestra. El texto original se lee así: Art. 4 “*Lorsque, en vertu des règles du droit international privé, le droit d'un État étranger s'applique, il s'agit des règles du droit interne de cet État*”.

Talpis y G. Goldstein<sup>221</sup>. También, el Colegio de Abogados se declaró en contra de la disposición en cuestión<sup>222</sup>.

Sin embargo, la posición del anteproyecto de excluir el reenvío sin excepción fue juzgada como satisfactoria por los siguientes motivos<sup>223</sup>:

- i) La exclusión del reenvío ofrece un más alto nivel de seguridad en las relaciones internacionales.
- ii) La gran tendencia en los convenios internacionales y en las codificaciones es a excluirlo totalmente o a limitar su aplicación en algunos supuestos, a excepción de los casos que dependen de la autonomía de la voluntad.
- iii) Se puede llegar al mismo resultado que el reenvío de primer grado o de segundo grado por el nuevo instrumento de la cláusula de escape del artículo 3445, en la medida en que la conexión entre el país designado por la norma de conflicto y la situación real sea insignificante.
- iv) Tal mecanismo no tiene lugar en un sistema de conflicto fundado sobre conexiones que poseen vínculos más estrechos o conexiones alternativas, como lo prevé el anteproyecto.

En resumen, las ventajas eventuales del reenvío pierden peso frente a la complejidad metodológica y la incertidumbre que trae<sup>224</sup>. Por esas razones, se aprobó su rechazo con la disposición 3443 del anteproyecto que se encontraba en el Libro X del futuro Código Civil. Este Libro X fue objeto de tantas críticas y se le hicieron tantas modificaciones, que el artículo 3443 pasó a ser en el momento de la presentación del Proyecto de Ley 125, el artículo 3080. Un punto digno de mención es que la prohibición del reenvío que existía en el anteproyecto fue introducida a último momento en

---

<sup>221</sup> Rémillard, *Présentation du Projet de Code Civil du Québec...*, ob. cit., p. 75; Talpis / Goldstein, *Analyse critique de l'Avant-Projet de loi...*, ob. cit., pp. 320 y 324.

<sup>222</sup> Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code Civil du Québec du Droit International Privé*, Québec, 1989, p. 4.

<sup>223</sup> Talpis / Goldstein, *Analyse critique de l'Avant-Projet de loi...*, ob. cit., pp. 320-321.

<sup>224</sup> Talpis / Goldstein, *Analyse critique de l'Avant-Projet de loi...*, ob. cit., p. 322.

el Proyecto de Ley 125<sup>225</sup>. Este fue presentado el 18 de diciembre de 1990 a la Asamblea Nacional, que lo adoptó, en principio, el 4 de junio de 1991, para luego sancionarlo el 18 de diciembre de 1991<sup>226</sup>. Este Proyecto de Ley 125 se convirtió en el nuevo Código Civil de Quebec que entró en vigencia el primero de enero de 1994.

## **B. Su impugnación a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil de Quebec (C.c.Q.)**

El Código Civil de Quebec reemplazó el Código Civil del Bajo Canadá adoptado por el capítulo 41 de las leyes de 1865 de la legislatura de la provincia de Quebec<sup>227</sup>. El nuevo Código Civil comprende diez Libros y el Derecho internacional privado está tratado en el Libro décimo de este. El artículo 3080 que habla del reenvío se encuentra en las disposiciones generales del Libro X. Está redactado de la siguiente manera:

Cuando en virtud de las normas del presente Libro resulte aplicable la ley de un Estado extranjero, se tomarán en cuenta las normas de Derecho interno de este Estado con exclusión de sus normas de conflicto de leyes<sup>228</sup>.

Las nuevas disposiciones del Código Civil que consagran el Derecho internacional privado se inspiraron en diversas fuentes. En primer lugar, se originaron principalmente en el proyecto del *Office de Révision du Code Civil* de 1977, de la Ley federal suiza sobre el Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987, de la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales del 19 de junio de 1980 y de algunas otras convenciones elaboradas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. En lo que concierne al reenvío, podemos ubicar sus raíces a partir del artículo 4 del Libro IX creado por el *Office de Révision du Code Civil*. También se inspiró en la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980, la Convención sobre la ley aplicable al trust y a su reconocimiento del primero de julio de 1985 y la

---

<sup>225</sup> Groffier, Éthel, La Réforme du Droit International Privé Québécois, en: *Revue du Barreau*, 1992, No. 52, p. 618.

<sup>226</sup> *Projet de loi 125: Code Civil du Québec*, capítulo 64, 1991.

<sup>227</sup> *Projet de loi 125: Code Civil du Québec...*, ob. cit., p. 1.

<sup>228</sup> Debe notarse que la versión definitiva permaneció igual a la versión del anteproyecto.

Convención sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías del 22 de diciembre de 1986<sup>229</sup>. Asimismo, se refirió a la Convención sobre ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales del 15 de junio de 1955 y a la Convención sobre ley aplicable a la transferencia de la propiedad en caso de venta de carácter internacional de objetos muebles corporales del 15 de abril de 1958.<sup>230</sup>

Es importante tomar en cuenta los objetivos del Derecho internacional privado quebequense. Podemos enumerarlos en cinco aspectos: 1) la coordinación de los sistemas jurídicos; 2) la necesidad de asegurar una justicia material según la concepción que tenga el tribunal; 3) proteger las aspiraciones legítimas de los contribuyentes, es decir, lograr prever soluciones a los problemas jurídicos; 4) armonizar o uniformar los resultados de los conflictos de leyes a fin de reprimir el *forum shopping*; y 5) tratar de simplificar las normas de Derecho internacional privado para facilitar un mejor uso de ellas<sup>231</sup>. Podríamos añadir un sexto objetivo que consiste en mantener la coherencia del orden jurídico del tribunal que debe decidir el asunto.

Si analizamos el artículo 3080 frente a los objetivos del Derecho internacional privado quebequense, observamos que la prohibición del reenvío quizás no logró perfeccionar esos objetivos. En efecto, ahora es imposible coordinar las soluciones entre dos sistemas de conflictos. Deploramos la acogida de una actitud rígida y no, más bien, conciliadora. Hubiera sido mejor proclamar una norma general que exigiera por parte del juez la obligación de buscar una solución que favoreciera la armonía entre los diferentes sistemas de conflictos.

No obstante las críticas formuladas a este artículo, el legislador quebequense decidió conservarlo en su ordenamiento jurídico por varias razones. Al principio, se argumentó que debían tomarse en consideración

---

<sup>229</sup> Renaud, Baudoin, *Code Civil du Québec annoté*, Montreal, Wilson & Lafleur Ltée, 2<sup>a</sup> ed., 1999, T. 2, art. 3080.

<sup>230</sup> Renaud, *Code Civil du Québec annoté...*, ob. cit., art. 3080.

<sup>231</sup> Goldstein, Gérald, L'interprétation du domaine d'application international du nouveau Code Civil du Québec, en: *Le Nouveau Code Civil, interprétation et application*, Montreal, Editions Thémis, 1992, p. 97.

las complicaciones causadas por este mecanismo y la necesidad de tener una seguridad jurídica en las relaciones internacionales de derecho privado como una necesidad de certeza en el resultado<sup>232</sup>. En efecto, por la designación del Derecho interno extranjero, que se entiende como referencia al Derecho material extranjero, se simplifica la administración de la justicia<sup>233</sup>. Luego se reiteró el comentario que hicimos en las observaciones iii) y iv) relativas al anteproyecto, es decir, si el sistema jurídico está basado sobre normas de conexiones alternativas y normas que ayudan a determinar los vínculos más estrechos, el reenvío no tendría razón de existir<sup>234</sup>. Sin embargo, algunos autores<sup>235</sup> formularon el comentario de que podríamos encontrarnos frente a situaciones en las cuales el reenvío podría revelarse útil. Por ejemplo, en lo que concierne al establecimiento de la filiación o cuando el reenvío tiende a favorecer la intención del legislador.

En fin, notamos un desacuerdo frente a la prohibición expresa del reenvío en el sentido de cerrar toda oportunidad de usarlo. Hasta el momento, no se ha dictado sentencia alguna que permita ver la actitud de la Corte con relación al reenvío. Tampoco podemos criticar el gesto del legislador sin tomar en consideración la multitud de artículos que traen normas alternativas o que indican aplicar la ley que presenta el vínculo más estrecho. Si guardamos en mente que el sistema quebequense es relativamente novedoso y que se inspiró en gran parte en el de Suiza, opinamos que no podemos, sin un estudio más profundo de su funcionamiento, criticarlo en lo que se refiere al reenvío sin analizar sus otros componentes. No obstante, compartimos el punto de vista de Goldstein y Groffier quienes tratan de contraponer argumentos a la posición absolutamente negativa del ordenamiento jurídico quebequense relacionado con el reenvío.

---

<sup>232</sup> Talpis, Jeffrey / Jean Gabriel Castel, *Le Code Civil du Québec. Interprétation des règles du Droit international privé*, en: *La Réforme du Code Civil*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, T. 3, p. 823.

<sup>233</sup> Castel, Jean Gabriel, *Commentaires sur certaines dispositions du Code Civil du Québec se rapportant au droit international privé*, en: *Journal du Droit International*, 1992, No. 1, año 119, 1992, p. 629.

<sup>234</sup> Talpis / Castel, *Le Code Civil du Québec...*, ob. cit., p. 823.

<sup>235</sup> Groffier, *La Réforme du Droit International Privé Québécois...*, ob. cit., p. 619; Goldstein, Gérald / Éthel Groffier, *Droit international privé. Théorie générale*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1998, T. 1, p. 175.

#### **IV. Perspectiva actual**

Este último capítulo representa la médula de nuestra tesis. Luego de haber desarrollado la teoría general del reenvío con las posiciones respectivas de Venezuela y Quebec, concluye nuestra investigación para determinar la utilidad de esta figura. En una primera etapa, resaltaremos las novedades del reenvío con relación a la jurisprudencia más reciente, es decir, desde 1955 hasta 1999. Seguidamente, intentaremos destacar las diversas perspectivas doctrinales preponderantes. Al efecto, las repartiremos en tres grandes clases: la que favorece el reenvío sin percibirle obstáculos, la que lo rechaza totalmente y la que le confiere importancia, pero limita su uso.

Posteriormente al establecimiento de estos supuestos generales, analizaremos algunos supuestos especiales. Son ellos: la autonomía de la voluntad, las conexiones alternativas, particularmente, en materia de la forma de los actos, las normas que poseen un resultado material específico y el principio de proximidad analizado en conjunto con la cláusula de escape. En estas circunstancias, trataremos de demostrar que el reenvío en principio no puede aplicarse a menos que nos encontremos en una situación especial en la cual el rol del reenvío pueda favorecer el resultado perseguido por el legislador. La primera parte de este capítulo, en particular la jurisprudencia, ayudará a sustentar nuestra opinión acerca de los diversos supuestos específicos.

##### **A. El reenvío frente a los supuestos generales**

El objeto de este punto es hacer una recapitulación de las tendencias jurisprudenciales y doctrinales con relación al reenvío. En lo que concierne a la jurisprudencia, nos detendremos a examinar la segunda parte del siglo XX con el fin de identificar una inclinación compartida por los diferentes países. A través de este examen podremos conseguir algunas corrientes comunes en cuanto al reenvío. Por lo que se refiere a la doctrina, a lo largo de nuestra investigación, trataremos de recopilar las opiniones expresadas por los autores, para luego clasificarlas según su contenido. Es importante

observar que esas opiniones incluyen toda la bibliografía consultada sobre el reenvío.

## 1. Posiciones jurisprudenciales

De acuerdo con nuestro análisis, en las últimas décadas podemos distinguir diferentes tendencias respecto del reenvío. En primer lugar, veremos esta figura con relación a la autonomía de la voluntad de las partes. Cada vez que se pueda demostrar que existió una escogencia clara de una ley particular, se nota la propensión a rechazar el reenvío. Percibimos esta tendencia en *Siegelman c. Cunard White Star Ltd.*<sup>236</sup>, *Rosencrantz c. Union Contractors Ltd. and Thornton*<sup>237</sup>, *Chanteclair Pontiac Buick Limitée c. Ernst & Whinney Inc.*<sup>238</sup>, *Mobil North Sea c. C.F.E.M.*<sup>239</sup> y la sentencia No. 436 del Tribunal Supremo de Primera Instancia de España.<sup>240</sup>

En el caso *Siegelman c. Cunard White Star Ltd.* de los Estados Unidos de América se estableció claramente que la autonomía de la voluntad debía prevalecer sobre el reenvío. Elias Siegelman entabló una demanda contra la Cunard para obtener compensación por los daños y perjuicios debidos a las lesiones sufridas por su esposa en el transcurso de un viaje de Nueva York a Cherbourg en el barco *R.M.S. Queen Elizabeth*, el cual pertenecía a la Cunard. Una cláusula del boleto de transporte de la señora Siegelman declaraba que “todas las cuestiones derivadas del contrato debían resolverse de acuerdo al Derecho inglés”<sup>241</sup>. Por tanto, las partes escogieron el Derecho aplicable, lo cual fue aceptado en el tribunal por dos de los tres jueces. Según el magistrado Harlan, quien redactó la sentencia, la remisión al Derecho inglés debía entenderse como solamente referida al Derecho material de este país porque la razón principal de incluir esta disposición en

<sup>236</sup> *Siegelman c. Cunard White Star Ltd.* (1955) citado en: Sharwood, Robin L., *Renvoi and contractual choice of law*, en: *American Journal of Comparative Law*, 1956, Vol. 5.

<sup>237</sup> *Vid.* Capítulo III de nuestra tesis.

<sup>238</sup> *Vid.* Capítulo III de nuestra tesis.

<sup>239</sup> *Mobil North Sea c. C.F.E.M.* (1995) 122 *Journal du Droit International* 607.

<sup>240</sup> Sala Primera del Tribunal Supremo español, núm. 436/1999, rec. 3086/1995, sentencia del 21 de mayo de 1999. Esta sentencia nos fue transmitida mediante el correo electrónico por el profesor Carlos Esplugues de la Universidad de Valencia, España.

<sup>241</sup> Traducción nuestra. El texto original se puede encontrar en Sharwood, *Renvoi and contractual choice of law...*, ob. cit., p. 120; Se lee como lo siguiente: “*All questions arising on this contract ticket shall be decided according to English law with reference to which this contract is made*”.

el boleto, era asegurarle a la Cunard un resultado uniforme en cualquier litigio, sin importar el sitio de emisión del mismo o dónde se pudiera entablar un juicio, y este resultado no podía obtenerse si la referencia se hacía a la totalidad del Derecho inglés.<sup>242</sup> En consecuencia no se aplicó el reenvío.

La misma posición fue mantenida en *Rosencrantz c. Union Contractors Ltd. and Thornton* cuando la Corte rechazó la teoría del reenvío por haber decidido que la expresión “ley de Washington” debía entenderse como referida solamente al Derecho material de este Estado. En cuanto a la sentencia *Chanteclair Pontiac Buick Limitée c. Ernst & Whinney Inc.*, se aplicó el reenvío de primer grado porque no se probó la intención de las partes de escoger un Derecho. Sin embargo, se mencionó en *obiter dictum* que si las partes escogían el Derecho de otro país, esta escogencia se refería al Derecho material de este país, sin tomar en consideración sus normas de conflicto.

En la sentencia *Mobil North Sea c. C.F.E.M.*, se reconoció también la autonomía de la voluntad de las partes, y, en consecuencia, se excluyó el reenvío. Sin embargo, es importante mencionar que la Corte tuvo también que pronunciarse acerca de la posibilidad de un reenvío de calificación. Los hechos pueden resumirse de la siguiente manera:

En 1974, una sociedad del estado de Delaware, la *Mobil North Sea Ltd.*, pidió a dos empresas francesas la tarea de concebir, construir e instalar una plataforma petrolera en el sector británico del Mar del Norte. En el acuerdo, las partes decidieron que la interpretación, la validez y la ejecución del contrato se regirían por la ley inglesa. Una de esas dos empresas empleó a otra sociedad francesa para la construcción de una columna fija que fue instalada en 1975 y la cual pasó los controles de seguridad efectuados sobre ella. Sin embargo, en 1985, la columna se rompió y la parte inferior de la plataforma se cayó, llevando al mismo tiempo a la parte superior a bascular

---

<sup>242</sup> Traducción nuestra. El texto original puede encontrarse en Sharwood, *Renvoi and contractual choice of law...*, ob. cit., p. 121; Se lee como lo siguiente: “*for surely the major purpose of including the provision in the ticket was to assure Cunard of a uniform result in any litigation no matter where the ticket was issued or where the litigation arose, and this result might not be obtained if the ‘whole’ law of England were referred to*”.

en el mar. Se entabló un juicio para determinar la ley aplicable a la prescripción de la demanda introducida por la Mobil North Sea Ltd.

Según el derecho inglés, la prescripción en materia contractual era de 6 años a partir del nacimiento de la “causa de la demanda”. Las sociedades asignadas en garantía sostenían que en el caso concreto la “causa de la demanda” había nacido el día de la entrega de la plataforma, es decir, el 6 de mayo de 1975. Debido a que la demanda había sido introducida el 14 de abril de 1986, la aplicación del Derecho inglés conducía a declararla caduca según los alegatos de las empresas demandadas. La parte demandante, Mobil North Sea Ltd., argumentó a favor de la aplicación del Derecho francés. En efecto, según ella, el punto de partida era el día del descubrimiento del vicio, luego de una investigación realizada en 1987. Por tanto, la demanda introducida en 1986 no había caducado. Para solucionar el conflicto, la Corte de Apelación acudió a la regla que estipula que en Derecho internacional privado francés, la prescripción de una obligación contractual se rige por la ley que regula la obligación. En el caso concreto, la obligación contractual se regía por la ley inglesa por haber sido escogida entre las partes. No obstante, Mobil North Sea Ltd. alegó, que en la apreciación del Derecho inglés, había que tomar también en cuenta sus calificaciones. En el sistema inglés, la prescripción se consideraba como una cuestión procesal que remitía a la aplicación de la *lex fori*, es decir, Francia, en virtud de la cual la demanda no había prescrito.

Sin embargo, la Corte no aceptó este argumento por dos razones. Primero porque el reenvío de calificación supone una divergencia nítida entre la *lex fori* y la *lex causae*. Si existe duda alguna, el mecanismo del reenvío no puede intervenir. En el caso concreto, la Corte estableció una seria duda relativa a la naturaleza procesal de la prescripción del Derecho inglés desde la intervención de la *Foreign Limitation Act 1984* que entró en vigencia el primero de octubre de 1985.<sup>243</sup> Esta ley armoniza las normas de conflicto inglesas en cuanto a la prescripción, con el Convenio de Roma. Somete la prescripción, al igual que el artículo 10 del Convenio, a la ley que rige la obligación contractual (contrato). A partir de este momento, se elimina la divergencia de calificación y asimismo la posibilidad de un reenvío.

---

<sup>243</sup> Mobil North Sea c. C.F.E.M. (1995), ob. cit., p. 620.

La segunda razón se refería a la norma de conflicto. Según la Corte, para aplicar el reenvío de calificación, este debía ser admitido por la regulación de la materia en cuestión. No obstante, la Corte observó que las normas de conflicto que se fundamentan en la autonomía de la voluntad de las partes excluyen el reenvío. En efecto, las partes expresaron el deseo de regir el contrato por la ley inglesa. Consecuentemente, el reenvío no tenía razón de existir. Fue el motivo principal que la Corte de Apelación utilizó con el fin de rechazar la posible aplicación del reenvío de calificación. Sin embargo, este caso dejó entrever una actitud favorable a esta nueva concepción del reenvío, con la única condición de lograr establecer la existencia de una clara diferencia de calificación entre los dos ordenamientos jurídicos involucrados en el litigio.

Por último, con relación a la autonomía de la voluntad de las partes, existe una sentencia española que data de 1999, en la cual se rechazó el mecanismo del reenvío porque se demostró, en materia sucesoria, la libertad de testar del Derecho inglés. Se pueden apreciar los siguientes antecedentes:

Los demandantes son hijos nacidos de un primer matrimonio de D. John, de nacionalidad inglesa, fallecido en Salvatierra de los Barros el día 30 de abril de 1990, bajo testamento abierto otorgado el día 23 de noviembre de 1987; en la cláusula primera de su testamento, el testador manifiesta haber estado casado en primeras nupcias con D<sup>a</sup> Diana, de cuyo matrimonio son hijos los demandantes; en la cláusula segunda dispuso que ‘sin perjuicio de los derechos legitimarios que según su Ley Nacional pudieran corresponder a sus tres citados hijos, o descendientes, instituye heredera única y universal de sus bienes derechos y acciones a su esposa D<sup>a</sup> Celia’; en la cláusula tercera nombra albacea a D. Luis. El 22 de octubre de 1990, ante el Notario de Almendralejo, D. Luis y D<sup>a</sup> Celia otorgaron escritura pública de manifestación, liquidación de la herencia de D. John, adjudicándose D<sup>a</sup> Celia, el único bien inventariado, mitad en pago de sus bienes comunes, y la otra mitad, por herencia de su referido aspecto. El bien inventariado se describe como ‘Rústica: suerte de tierra con algunas higueras, al sitio del castillo, término de Salvatierra de los Barros, con superficie aproximada de nueve fanegas y cuatro celemines, igual a seis hectáreas, seis áreas y cuarenta centiáreas’, se declara que fue

adquirida por el finado por compra, en estado de casado con la compareciente, D<sup>a</sup> Celia<sup>244</sup>.

El juez de Primera Instancia dictó sentencia declarando que la sucesión de D. John se regía por el Derecho de España y que por ello los hijos eran legitimarios que concurrían con D<sup>a</sup> Celia en la sucesión del difunto, es decir, poseían derecho a un tercio del haber hereditario. En consecuencia, el magistrado declaró nula la partición y adjudicación que se hizo a favor de la demandada del castillo situado en Salvatierra de los Barros. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz estimó el recurso de apelación interpuesto y revocó la sentencia de primera instancia sin entrar en el fondo del asunto.

La problemática principal del litigio se centraba en la determinación de la ley material por la que había de regularse la sucesión del difunto. Entendían los demandantes que la sucesión de su difunto padre había de regirse por la ley española en virtud del reenvío de retorno que los tribunales ingleses, de acuerdo con el informe sobre el Derecho inglés que acompañaba a la demanda, hacían a la legislación del país en que se encontraban esos bienes, como aplicable para regular la sucesión del causante, forma de reenvío que recogía el artículo 12(2) del Código Civil español según el cual “La remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española”.

Lo que revela ser muy importante en el rumbo del reenvío contemporáneo es el comentario que el Tribunal Supremo español realiza cuando sostiene:

No obstante el contenido del informe sobre la jurisprudencia de los Tribunales ingleses sobre aplicación del reenvío, acompañado con la demanda, lo cierto es que, como señalan los autores, tanto españoles como británicos, la jurisprudencia de ese país marca una nueva tendencia reticente a la aplicación del reenvío en materia sucesoria; postura coincidente con la que sustenta la más moderna doctrina internacionalista española en relación con el reenvío establecido en el art. 12.2 del Código Civil respecto a la norma de conflicto inglesa en materia de sucesiones inmobiliarias...

---

<sup>244</sup> Sala Primera del Tribunal Supremo español, núm. 436/1999, ob. cit., p. 3.

Si bien una aplicación puramente literal del artículo 12.2 del Código Civil conduciría a la solución defendida en la demanda, la evolución actual del Derecho internacional privado, tal como se manifiesta en el Derecho comparado y de manera notable en el Derecho convencional internacional, implica un tratamiento matizado del reenvío que hace imposible adoptar una actitud indiscriminada de aceptación o rechazo del mismo, sino proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada. La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda, es contraria al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio o impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria; asimismo, contradice y deja sin aplicación el principio rector del Derecho inglés en materia sucesoria como es la libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad. Por otra parte, como señala la sentencia de esta Sala del 15 de noviembre de 1996, ante un supuesto análogo al actual, la aplicación al caso del reenvío de retorno no conseguiría la finalidad que se asigna a este instrumento jurídico, de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados, a lo que debe añadirse, que en este supuesto, la solución que se alcanzaría con esa aplicación tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego. Por todo ello, debe concluirse que la sucesión del causante D. John se rige por su ley nacional, es decir, por la Ley inglesa reconocedora de la libertad de testar a sus nacionales y, en consecuencia, procede la desestimación de la demanda, con revocación de la sentencia de primera instancia.<sup>245</sup>

Esta sentencia es muy reciente e indica una nueva actitud hacia el reenvío. España, luego de casi un siglo desde el caso Hospital de Barcelona, finalmente se pronunció. Después de muchas incertidumbres entre la aceptación o el rechazo de esta figura, pudo definir su posición. Es una visión mitigada del reenvío en la cual se lo considera con un enfoque flexible, es decir, adaptable al caso concreto y de aplicación restringida.

Esos casos relatados previamente nos demuestran sin duda alguna que el reenvío no tiene lugar cuando interviene la autonomía de la voluntad, sea en materia contractual o en materia sucesoria. En el momento en que podamos probar que estamos frente a un caso declarativo de voluntad

---

<sup>245</sup> Sala Primera del Tribunal Supremo español, núm. 436/1999, ob. cit., p. 6.

expresa, entonces no podremos contar con el reenvío. Esta tendencia ha venido solidificándose a lo largo de los años, también en la doctrina<sup>246</sup>.

Una segunda tendencia que rechaza el reenvío se refiere a los regímenes matrimoniales. Podemos señalar las sentencias Lardans (1969) y Gouthertz (1972) de Francia<sup>247</sup>. La Corte de Casación francesa descartó el reenvío por la particularidad de la materia. En ambos casos se trataba de determinar la ley aplicable al régimen matrimonial legal. La solución de la Corte se fundamentó en que el régimen legal se analiza como un régimen convencional tácito y que la sumisión a la ley del primer domicilio matrimonial se basa sobre la voluntad presumida de los esposos de localizar en este país sus intereses pecuniarios<sup>248</sup>. La Corte de Casación interpretó esta intención como una autonomía de la voluntad de los esposos y consecuentemente, rechazó la posibilidad de recurrir a la figura del reenvío. Observamos un parecido a la materia contractual en la cual la regla de la autonomía de la voluntad es más acentuada.

Siguiendo con la corriente que rechazó el reenvío, encontramos el caso Gauthier c. Bergeron que permite apreciar el principio de proximidad. No deseamos relatar los hechos debido a que fueron expuestos ya en el capítulo III de nuestra investigación. Sin embargo, queremos llamar la atención acerca de algunos puntos importantes de este caso que permiten llegar a la conclusión, que fue aplicado el principio de proximidad sin haber sido estipulado expresamente por la Corte de Apelación. Efectivamente, el apelante y su hijo estaban domiciliados en Ontario. El automóvil involucrado en el accidente provenía del padre y había sido transportado a Quebec sin su permiso. La violación de la prohibición paternal tuvo lugar en Ontario. Además, aparte del accidente, que sucedió en Quebec, el apelante no tenía conexión alguna con esta provincia. Se declaró que el tribunal quebequense no podía extender la ley de Quebec fuera de su territorio.

En el caso concreto, el padre no había ido a Quebec, era el hijo quien manejaba sin su consentimiento. En consecuencia, el padre debía ser

---

<sup>246</sup> *Vid.* el supuesto especial sobre la autonomía de la voluntad.

<sup>247</sup> Ambas sentencias son mencionadas en Loussouarn / Bourel *Droit international privé...*, ob. cit., pp. 199, 223-224.

<sup>248</sup> Loussouarn / Bourel, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 224.

juzgado según la ley de Ontario donde se encontraban todos sus vínculos. La Corte de Apelación de Quebec estableció que no se trataba de importar a Quebec la ley de Ontario en materia de responsabilidad por un accidente de automóvil ocurrido en Quebec sino, más bien, resistir a la tentación de la extraterritorialidad y respetar la exoneración del propietario extranjero que hacia la ley de Ontario, pues nada permitía vincular a dicho propietario con la ley de Quebec<sup>249</sup>. No se aplicó la teoría del reenvío porque la sentencia fue decidida por el principio de proximidad<sup>250</sup>.

Abordamos ahora otras dos tendencias en las cuales se permitió el reenvío de segundo grado. La primera de ellas se relaciona con la determinación de la validez formal de un matrimonio. El caso francés Zagha<sup>251</sup> de 1982 sostiene esta posición.

Dos personas de Siria, de religión judía, se casaron en 1924 en Italia. El matrimonio era válido en cuanto a la forma según el Derecho de Siria que admitía el matrimonio religioso conforme a la ley mosaica, pero el Derecho italiano no lo reconocía. Luego, esta pareja obtuvo la nacionalidad francesa por decreto el 20 de mayo de 1955. Fue el 26 de julio de 1966, para tratar de sustraerse de una demanda alimenticia, que el señor Zagha introdujo una acción buscando la nulidad de este matrimonio. La Corte Civil rechazó su demanda, pero el tribunal hebreo le otorgó la sentencia de divorcio en 1968. Posterior a este otorgamiento, el señor Zagha contrajo nupcias con la señora Moatti, en Ashod (Israel) según la ley mosaica, porque no podía casarse en Francia ya que este país no había reconocido el divorcio del primer matrimonio. En 1975, el señor Zagha entabló otra acción para hacer declarar el primer matrimonio nulo o inexistente. Al igual que en 1966, la acción fue rechazada en 1977. Sin embargo, la señora Moatti objetó, como tercera parte, esta decisión y pidió la retractación y la nulidad del matrimonio de 1924 y, al mismo tiempo, la declaración de validez de su matrimonio con el señor Zagha.

La Corte francesa, más de cincuenta años después de la celebración del matrimonio, tuvo que conocer del asunto. Según el Derecho internacional

---

<sup>249</sup> Gauthier c. Bergeron, ob. cit., p. 87.

<sup>250</sup> Para mayor información sobre el principio de proximidad, referirse a la próxima parte de nuestro trabajo en cuanto a esta figura.

<sup>251</sup> Zagha (1983) 110 *Journal du Droit International* 595.

privado francés, la ley aplicable a la celebración del matrimonio era la ley italiana que exigía una ceremonia civil. Sin embargo, el tribunal aplicó la ley de Siria por razón del reenvío que fue realizado por la norma de conflicto italiana y, en consecuencia, el matrimonio de 1924 fue considerado válido. Además, estableció que el segundo matrimonio no podía existir debido a que el primero nunca había sido disuelto y que, por ser dos ciudadanos franceses que conocían la ley francesa y aún así decidieron evadirla casándose en Israel, ello era un motivo más para no consagrar esta segunda unión, porque infería una mala fe y un comportamiento fraudulento por parte de la pareja.

El reenvío normalmente no es aceptado cuando concierne a la forma de los actos jurídicos. Su rechazo se justifica para evitar poner en duda la validez de los actos concluidos en conformidad con las leyes materiales del país donde se originaron<sup>252</sup>. No obstante, constatamos que la Corte francesa admitió el reenvío de segundo grado porque favorecía la validez del matrimonio. Entreveamos una posibilidad de admitir el reenvío cuando este último asegura la validez del acto en cuestión (reenvío *ad validitatem*)<sup>253</sup>. También, al mismo tiempo, se respeta la voluntad del legislador, lo que es muy importante, porque constatamos que si por la intervención del reenvío logramos una solución que concuerda con el punto de vista del legislador, entonces podemos aceptar el reenvío<sup>254</sup>.

La segunda tendencia se refiere a la materia de sociedades. La sentencia *Banque Ottomane*<sup>255</sup> de la Corte de Apelación de París estableció una nueva corriente en el reenvío. Efectivamente, dejó entender que el reenvío puede existir en materia de sociedades. Sin entrar en los detalles, la Corte tuvo que pronunciarse sobre la validez de unas resoluciones de asambleas generales de una sociedad registrada en Turquía con sede principal en Inglaterra. La demanda fue introducida en Francia, donde se encontraba también una sede, debido a que la junta directiva de esta sociedad se reunía la mitad del

---

<sup>252</sup> Mezghani, Ali, *Droit international privé. Etats nouveaux et relations privées internationales*, Túnez, Centre d'Études, de Recherches et de Publications de l'Université de Droit, d'Économie et de Gestion, 1991, p. 329.

<sup>253</sup> Loussouarn / Bourel, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 225.

<sup>254</sup> Para mayor información al sujeto *vid.* el punto 3 de este capítulo titulado *Normas con un resultado material específico*.

<sup>255</sup> *Banque Ottomane* (1966) 93 *Journal du Droit International* 118.

tiempo en Londres (Inglaterra), la mitad en París (Francia). La norma de conflicto francesa designó la ley inglesa, por ser Londres el lugar donde la sociedad había establecido su administración central. Según la ley inglesa, las resoluciones no eran válidas. Sin embargo, el juez francés terminó aplicando el Derecho de Turquía, porque la ley inglesa declinó su competencia y remitió a la ley turca, por ser el lugar de constitución de la sociedad. En consecuencia, validó las resoluciones administrativas. Es un ejemplo claro de un reenvío de segundo grado. Apreciamos una nueva tendencia que permite el mecanismo del reenvío en materia de sociedades. Solo el tiempo nos dirá si verdaderamente esta tendencia se seguirá.

## 2. Perspectivas doctrinales

Durante nuestra investigación, recopilamos las opiniones doctrinales acerca del reenvío. Ellas pueden clasificarse de tres maneras. Una primera acepta el reenvío como principio general sin limitaciones a su aplicación. Una segunda división rechaza esta figura, y, finalmente, el tercer grupo, el cual representa la posición doctrinal mayoritaria permite el reenvío en algunos supuestos y lo desecha en otros.

Pocos autores se han pronunciado totalmente a favor del reenvío. Encontramos solamente dos: Lepaulle y Deschênes. Lepaulle lo considera como un principio de aplicación general que favorece la tarea al juez debido a que la gran mayoría de los magistrados en el mundo no tienen suficiente especialización en Derecho internacional privado y tampoco tienen los conocimientos suficientes para juzgar si, en cada caso concreto, es preferible o no aplicar el reenvío<sup>236</sup>. De esta manera, este autor se asegura que el juez juzgará mejor el caso si tiene el reenvío como principio y no como una opción facultativa. En lo que concierne a Deschênes, este autor quebequense admite la teoría del reenvío y concluye que el reenvío de

---

<sup>236</sup> Lepaulle, Pierre, *Le Droit international privé, ses bases, ses normes et ses méthodes*, Paris, Dalloz, 1948, pp. 174-175.

primer grado debe ser tomado en consideración en el ordenamiento jurídico de Quebec<sup>257</sup>.

Del lado contrario, un mayor número de autores se expresaron en contra del reenvío. Podemos nombrar a Alfonsín, Castel, Lewald, Rouvier, Sperduti y Yanguas. Estos autores estiman que el reenvío no debe ser considerado como un principio por varias razones. En efecto, Sperduti, después de un detenido y objetivo análisis, declara:

Se ha comprobado la falta de idoneidad del principio del reenvío para asegurar una concepción verdaderamente abierta, racional y moderna del Derecho internacional privado. Es un hecho notorio que, no obstante las múltiples versiones doctrinales de la teoría del reenvío, no existe una elaboración científica del principio que quede exenta de fundadas críticas en cuanto concierne a la misma base lógica o a la coherencia del desarrollo o al equilibrio de las soluciones interdependientes<sup>258</sup>.

Esta opinión es compartida por Lewald que señala que las consecuencias de la admisión del reenvío ofrecen solamente inconvenientes. Lejos de llevarnos a la armonía jurídica, el reenvío provoca dudas e incertidumbres. Verlo como principio no parece defendible<sup>259</sup>.

Otro argumento principal contra esta figura de Derecho internacional privado es que la armonización y la uniformidad de las soluciones entre los sistemas jurídicos designados por los hechos de un litigio no pueden ser obtenidos por el mecanismo del reenvío<sup>260</sup>. Además, se determinó que no tiene ventajas prácticas en el sentido de traer consigo demasiadas repercusiones sobre el *commercium* internacional<sup>261</sup>. Como observa Castel:

Las complicaciones y las sutilezas a las cuales se debe llegar para obtener una coordinación perfecta de los sistemas son desproporcionadas con relación al problema y poco susceptibles de

---

<sup>257</sup> Deschênes, Jules, La théorie du renvoi en droit québécois, en: *Études juridiques en hommage à M. le juge Bernard Bissonnette* Montreal, Presses de l'Université de Montréal, 1963, p. 285.

<sup>258</sup> Traducción nuestra. Sperduti, *Théorie du Droit international privé...*, ob. cit., p. 236.

<sup>259</sup> Lewald, *La théorie du renvoi...*, ob. cit., p. 615.

<sup>260</sup> Castel, Jean Gabriel, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 68; ver también Alfonsín: *Teoría del Derecho privado internacional...*, ob. cit., p. 452.

<sup>261</sup> Alfonsín: *Teoría del Derecho privado internacional...*, ob. cit., p. 452.

una aplicación judicial. No existe una solución lógica al problema del reenvío que sea de un manejo fácil para los no iniciados. Tenemos que escoger según el objetivo perseguido por la norma. Debemos establecer normas claras y precisas que sean de aplicación fácil<sup>262</sup>.

Otros autores fueron aún más severos frente al reenvío. Rouvier manifestó que “su admisión indiscriminada por los legisladores o por las convenciones internacionales nos conduciría a la quiebra del Derecho internacional privado”<sup>263</sup>. En lo que concierne a Yanguas, este último indicó:

La única, inconfesable razón creadora del reenvío, fue la disimulada atracción de todos los casos de Derecho internacional privado a la ley del juez, bajo la apariencia de una correcta aplicación de la ley extranjera declarada competente, para regirlos por la propia *lex fori*. Todo el sistema de Derecho internacional privado queda así destruido, y sus reglas de conflicto, obligatorias para el juez, escamoteadas e incumplidas por quien las debiera aplicar. Para tal resultado, mucho más sencillo y sincero sería suprimir las reglas de conflicto y declarar en todo caso aplicables las normas sustantivas de la ley del juez<sup>264</sup>.

Estos comentarios representan las principales razones por las cuales se rechaza el reenvío en el Derecho internacional privado. Existen otras, pero juzgamos útil mencionar solamente las que los autores tomaron para justificar la no aplicación de esta figura.

Ahora bien, la posición mayoritaria de la doctrina se encuentra a mitad de camino entre estos dos extremos. Se reconoce la importancia del reenvío para algunas situaciones, pero al mismo tiempo, se admiten sus límites. Se pueden observar dos tendencias. La primera contempla el reenvío como principio general, pero con limitaciones. La otra corriente es lo contrario: rechaza la figura, a excepción de casos particulares en los que se permite su utilización. No queremos entrar a analizar cuál de estas dos tendencias tiene más adeptos. Sin embargo, lo que nos interesa es determinar esos límites porque, independientemente de la posición en que uno se ubique, los límites son comunes.

---

<sup>262</sup> Traducción nuestra. Castel, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 68.

<sup>263</sup> Rouvier, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 384.

<sup>264</sup> De Yanguas Messía, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 288-289.

Debemos, asimismo, especificar que algunos autores expresaron claramente una posición moderada, pero sin aclarar cuándo consideraban que el reenvío era aplicable o no, mientras que otros autores también moderados sí esgrimen sus razones.

La gran mayoría de los autores que hemos sistematizado solo establecen su punto de vista. Encontramos a Groffier, quien al referirse al ordenamiento jurídico de Quebec apunta que es lamentable haberse privado de una técnica que se hubiera podido utilizar en casos excepcionales<sup>265</sup>. También, Roche señala que no es partidaria de la aplicación del reenvío en los casos en que no se obtenga la armonía internacional de las soluciones<sup>266</sup>. Por su lado, Francescakis nota que el reenvío no puede considerarse como un principio general del Derecho internacional privado. Tampoco, puede considerarse como expediente<sup>267</sup> porque esta palabra sugiere la carencia de medios o procedimientos de reglamentación, mientras que la cuestión del reenvío se refiere a determinar si seguimos o no una norma de conflicto existente<sup>268</sup>.

Esta concepción es compartida por Falconbridge el cual sostiene que el enfoque correcto del problema del reenvío es el de no aplicarlo en su totalidad ni tampoco rechazarlo enteramente. La doctrina del reenvío es un útil, aún necesario, mecanismo en algunas situaciones, pero no debe ser adoptada como principio general a todas las situaciones<sup>269</sup>. Al igual que Falconbridge, Pereznieto señala que “el rechazo total [del reenvío] equivaldría a ignorar su naturaleza misma y no puede ser admitido en todos los casos porque, con ello, se plantearían serios problemas”<sup>270</sup>. Finalmente,

---

<sup>265</sup> Groffier, *La Réforme du Droit International Privé Québécois...*, ob. cit., p. 619.

<sup>266</sup> Reyna de Roche, *Estudio sobre el reenvío...*, ob. cit., p. 46.

<sup>267</sup> El término expediente fue explicado por Fernández Rozas / Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 395 que significa “cuando el resultado no querido deriva de la primera y única conexión de la norma de conflicto del foro, facilitando, de esta forma, una orientación material en la solución del conflicto”.

<sup>268</sup> Francescakis, *La théorie du renvoi...*, ob. cit., p. 234.

<sup>269</sup> Falconbridge, John Delatre, *Essays on the conflict of laws*, Toronto, Canada Law Book Company Ltd., 2<sup>a</sup> ed., 1954, p. 141.

<sup>270</sup> Pereznieto Castro, Leonel, *Derecho internacional privado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, p. 226.

para clausurar esta primera parte, queremos hacer hincapié en las palabras de Aguilar Navarro, palabras que hacemos nuestras:

El Derecho internacional privado tampoco puede prescindir de un obligado servicio a unas tareas muy específicas: seguridad del tráfico, armonización de las decisiones, defensa de la validez de los actos, reconocimiento del carácter incondicional de ciertas conexiones. El Derecho internacional privado tiene que aceptar su condición precaria y el carácter ecléctico de sus soluciones, por lo cual deberá adoptar una actitud modesta y conformarse con ofrecer un repertorio de fórmulas, que debidamente manejadas y diversificada su aplicación, puedan proporcionar resultados equitativos y eficientes en los casos concretos. Dentro de esta nueva perspectiva resulta claro que tenían que desaparecer las posiciones dogmáticas, absolutas, y quedar todo reducido a encontrar fórmulas de compromiso: bien aceptando como regla general la remisión a las normas materiales extranjeras, con el explícito reconocimiento de que en casos especiales, o en casos determinados, se podría tener en consideración la norma de colisión extranjera, bien aceptando como principio la consulta de la norma de colisión extranjera y señalando específicamente los casos en los que se excluiría<sup>271</sup>.

La segunda parte de nuestra clasificación incluye autores que se pronunciaron más concretamente con respecto a su posición. Ellos conservaron una posición intermedia, pero trataron de limitar el juego del reenvío de manera específica. Al problema de la armonía jurídica, Vitta declara que es preferible adoptar un procedimiento que permita la elaboración de convenciones internacionales mediante las cuales los Estados contratantes establezcan cuándo el reenvío debe ser aplicado<sup>272</sup>. Este autor es partidario de regular el reenvío en las convenciones, con el fin de no consagrarlo en la legislación nacional.

Otro autor, Borioli, establece que la aplicación del reenvío debe encontrar su fundamento en una idea de justicia y no en las consideraciones de oportunidad<sup>273</sup>. Al contrario de Vitta, considera que el reenvío no tiene lugar

---

<sup>271</sup> Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 178-179.

<sup>272</sup> Vitta, *Cours général de Droit international privé...*, ob. cit., p. 66.

<sup>273</sup> Borioli, *La notion du renvoi en droit positif suisse...*, ob. cit., p. 112.

en las convenciones internacionales ni tampoco en un simple contrato entre las partes contratantes<sup>274</sup>.

En cuanto a Batiffol, este autor acepta el reenvío como principio general, pero lo limita en relación con la forma de los actos y con respecto a la autonomía de la voluntad de las partes<sup>275</sup>. También están de acuerdo con este punto de vista Louis-Lucas, Loussouarn y Bourel<sup>276</sup>.

Finalmente, hallamos un enfoque de von Overbeck que es diferente. Este último establece que el reenvío parece útil solamente para conciliar los principios del domicilio y de la nacionalidad<sup>277</sup>. En efecto, declara que los sistemas de Derecho internacional privado basados sobre el principio de la nacionalidad deberían permitir el reenvío por una fórmula del tipo de la Ley checoslovaca, mientras que los ordenamientos jurídicos que adoptan el principio del domicilio no deberían permitirlo. Sin embargo, admite que el rechazo del reenvío parece más apto para asegurar la previsión y la seguridad jurídica.

Estos comentarios fueron los que pudimos resaltar claramente de las palabras de esos autores. No obstante, es bueno insistir sobre el hecho de que muchos autores, sin pronunciarse directamente sobre los límites del reenvío, mencionaron en sus trabajos posibles obstáculos a su aplicación. Las más aceptadas reservas relativas al reenvío son la autonomía de la voluntad y la forma de los actos. Ahora bien, empiezan a plasmarse otros dos supuestos especiales que son el examen de las normas para discernir un resultado material específico y el principio de proximidad.

## **B. El reenvío frente a los supuestos especiales**

Esta última parte de nuestra tesis completa la investigación realizada acerca del reenvío. Estimamos que representa el punto fundamental de nuestra labor investigativa porque engloba los desarrollos modernos de esta figura del Derecho internacional privado. En esta parte, abordaremos la

<sup>274</sup> Borioli, *La notion du renvoi en droit positif suisse...*, ob. cit., p. 66.

<sup>275</sup> Batiffol, *Droit international privé...*, ob. cit., pp. 358-360.

<sup>276</sup> Louis-Lucas, Pierre, *Vue simplifiée du renvoi*, en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1964, T. 1, p. 5; Loussarn / Bourel, *Droit international privé...*, ob. cit., p.223.

<sup>277</sup> Von Overbeck, *Les questions générales du Droit international privé...*, ob. cit., p. 167.

aplicación del reenvío destacando sus límites. Además, examinaremos una nueva posibilidad de su uso si respeta la intención del legislador. Demostraremos que es más conveniente adoptar una posición flexible con relación al reenvío. Este podrá ser apreciado como útil en algunos supuestos, pero tendremos que tomar en cuenta que, hoy en día, existen otros supuestos que deben ser considerados con el fin de respetar la voluntad del legislador. Es importante notar que no retomaremos el análisis jurisprudencial debido a que ya fue desarrollado anteriormente, al principio de este capítulo.

## 1. Autonomía de la voluntad

Fue Rochuis Curtius quien expuso, por primera vez, la idea de la importancia de la voluntad de las partes cuando justificó la preeminencia de la *lex loci contractus* debido a que las partes habían implícitamente consentido la aplicación de esta ley<sup>278</sup>. Esbozada por los últimos post-glosadores, esta idea fue tomada de nuevo por Dumoulin en el siglo XVI cuando tuvo que pronunciarse sobre el tema relativo a los regímenes matrimoniales<sup>279</sup>. No obstante, la materia de los regímenes matrimoniales no fue el campo predilecto para la autonomía de la voluntad sino la materia contractual. La tendencia doctrinaria a aceptar la autonomía de la voluntad no fue seguida inmediatamente por la jurisprudencia.

En efecto, las primeras ocurrencias jurisprudenciales emergieron a finales del siglo XIX y principios del siglo XX<sup>280</sup>. Generalmente se admite que este principio encontró en Francia su expresión más clara en una sentencia del Tribunal de Casación del 5 de diciembre de 1910, en el asunto *American Trading Company c. Quebec Steamship Company Limited*, el cual estableció que la ley aplicable a los contratos, sea que se refiera a su formación o a sus efectos y condiciones, es la que las partes adoptaron<sup>281</sup>.

---

<sup>278</sup> Schnitzer, Adolf F., La loi applicable aux contrats, en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1955, No. 1, p. 460.

<sup>279</sup> Loussouarn / Bourel, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 168.

<sup>280</sup> Schnitzer, La loi applicable aux contrats..., ob. cit., pp. 461-468.

<sup>281</sup> Loussouarn / Bourel, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 172.

Ahora bien, aunque en nuestros días el principio de la autonomía de la voluntad está aceptado universalmente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, esta uniformidad, a primera vista, esconde divergencias. Debemos constatar una fuerte oposición entre la concepción subjetiva y la concepción objetiva. Las consecuencias prácticas que resultan de la adhesión a una o a otra concepción varían profundamente. Los partidarios de la teoría de la concepción subjetiva favorecen una autonomía de la voluntad ilimitada en la escogencia de las relaciones contractuales, mientras que los partidarios de la teoría de la concepción objetiva consideran la autonomía de la voluntad como un elemento más, que permite la determinación objetiva del contrato.

La concepción que uno prefiera incide sobre la posición que se adopte en cuanto al rechazo o a la admisión del reenvío en materia contractual. La objeción esencial formulada a la aplicación del reenvío en esta materia es la incompatibilidad que existe entre la idea del reenvío y la de la autonomía de la voluntad. Los autores Loussouarn y Bourel sostienen que, mientras más importante sea la autonomía de la voluntad, menos será aceptable el reenvío. El reenvío es condenado en la concepción subjetiva, y, en cambio, podría ser tolerado en la concepción objetiva<sup>282</sup>. Sin embargo, estos mismos autores reiteran que la doctrina generalmente tiende a descartar el reenvío en materia contractual aunque, en ausencia de una escogencia expresa, se recurre a la localización objetiva del contrato<sup>283</sup>.

A la interrogante de si la designación de un Derecho por las partes apunta al Derecho material o a las normas de conflicto de dicho Derecho, los autores contemporáneos se han pronunciado a favor del Derecho material. Navarrete señala que “las partes quieren tener certeza sobre la reglamentación del contrato, y por ello designan un Derecho para gobernarlo. Resulta un poco absurdo pensar que con la designación de dicho Derecho también pretenden incluir sus reglas de conflicto, ya que si así fuera, no estarían con rodeos y declararían aplicable inmediatamente el Derecho designado por la regla de conflicto del Derecho que en principio declaraban aplicable”<sup>284</sup>. Por su lado, von Overbeck<sup>285</sup> declara que una

<sup>282</sup> Loussouarn / Bourel, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 172.

<sup>283</sup> Loussouarn / Bourel, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 223.

<sup>284</sup> Navarrete, *El reenvío...*, ob. cit., p. 20.

persona que posee la facultad para designar la ley aplicable, escogerá la que responde más a sus intereses. Son consideraciones materiales que intervienen en la designación de la ley aplicable.

Otros autores se expresaron claramente en cuanto al rechazo del reenvío cuando se admite la autonomía de la voluntad de las partes. La competencia que los contratantes otorgan a una ley extranjera manifiesta su voluntad de someterse a este régimen jurídico. Este es determinado por ellos y no puede ser abandonado a las repercusiones imprevistas de una teoría jurídica (reenvío) que probablemente ignoran y a la que no quisieron referirse<sup>286</sup>. Louis-Lucas menciona que es conveniente determinar cuáles son los casos en los cuales la alusión al Derecho extranjero se refiere a su Derecho internacional privado y cuáles son los casos en los que la alusión a este Derecho extranjero apunta al Derecho material<sup>287</sup>. Los autores Calvo Caravaca y Carrascosa González se muestran aún más severos frente a la aplicación del reenvío cuando indican que “aceptar un reenvío efectuado por la ley elegida vulneraría la directriz que sustenta la norma de conflicto, esto es, el criterio de auto composición de intereses de las partes a nivel de DIPr”<sup>288</sup>.

Por su naturaleza, la autonomía de la voluntad es incompatible con el reenvío. Es legítimo pensar que las partes escogieron solamente el Derecho material. De imaginar lo contrario, sus previsiones serían simplemente refutadas si se admitiera el reenvío. Su contrato sería sometido a una ley indeterminada que podría ser identificada solo en el nacimiento del litigio y cuando el juez tuviera que decidir del asunto. Como dice Mezghani, y hacemos nuestra su reflexión, la admisión del reenvío en materia contractual es inoportuna porque vuelve inseguro el régimen contractual, lo que es nefasto para la seguridad jurídica<sup>289</sup>.

Otro desarrollo importante en la doctrina es la expansión de la autonomía de la voluntad a las materias que presenten a la vez un carácter patrimonial

---

<sup>285</sup> Von Overbeck, *Les questions générales du Droit international privé...*, ob. cit., p. 87.

<sup>286</sup> Louis-Lucas, *Vue simplifiée du renvoi...*, ob. cit., p. 5.

<sup>287</sup> Louis-Lucas, *Vue simplifiée du renvoi...*, ob. cit., p. 7.

<sup>288</sup> Calvo Caravaca / Carrascosa González, *Introducción al Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 390.

<sup>289</sup> Mezghani, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 328.

y familiar, tales como las sucesiones y los regímenes matrimoniales. Los autores Batiffol y Lagarde mencionan que el análisis del régimen matrimonial como un contrato tácito puede explicar las razones por las cuales la Corte de Casación descartó el reenvío en esta materia<sup>290</sup>. Sin embargo, esta libertad de escoger el Derecho aplicable al régimen matrimonial y sucesorio parece limitado. En efecto, si la *electio juris* es permitida, lo será normalmente solo con referencia a la ley nacional o a la ley del domicilio o de la residencia habitual de una de las partes<sup>291</sup>.

Puede ocurrir que la gama de opciones sea más grande, por ejemplo, con relación a la Convención de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales donde se admite la *lex rei sitae* en cuanto a los inmuebles<sup>292</sup>. La libertad restringida otorgada a las partes contrasta con la que les es reconocida en materia contractual. Se admite más y más en el Derecho positivo la idea que las partes de un contrato internacional pueden escoger la ley que les conviene mejor sin necesariamente tener relación con la operación contractual. Lo que se requiere es una estipulación expresa de la escogencia o, al menos, la posibilidad de poder determinar de manera unívoca, el derecho que las partes quisieron aplicar.

Ahora bien, si examinamos las convenciones desarrolladas en el capítulo primero, constatamos que sobre dieciséis convenciones analizadas, ocho permiten el principio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, observamos que a partir del año 1978, todas incluyen disposiciones que tratan de la autonomía de la voluntad de las partes. Al mismo tiempo, nos damos cuenta de que la mayoría de estas convenciones otorgan la autonomía de la voluntad en materia contractual: la Convención de La Haya sobre ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales del 15 de junio de 1955 (art. 2), la Convención de La Haya sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación del 14 de marzo de 1978 (art. 5), la Convención sobre la ley

---

<sup>290</sup> Batiffol, Henri / Paul Lagarde: *Droit international privé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 6<sup>a</sup> ed., 1974, T. I, p. 395.

<sup>291</sup> Gannagé, Pierre, La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le Droit international privé de la famille, en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1992, No. 3, T. 81, p. 439.

<sup>292</sup> *Vid.* artículo 6 de la Convención de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales del 14 de marzo de 1978.

aplicable a las obligaciones contractuales, realizada en Roma el 19 de junio de 1980 (art. 3), la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, del 22 de diciembre de 1986 (art. 7), y la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, aprobada en México el 17 de marzo de 1994 (art. 7). Es interesante notar que las dos primeras convenciones mencionadas hacen expresamente referencia a la elección de un Derecho interno efectuada por las partes. No obstante, las otras convenciones que versan sobre la materia contractual expresan solamente la potestad de las partes de designar el Derecho de su escogencia.

Percibimos también una autonomía de la voluntad para designar la ley que regirá el trust en la Convención de La Haya sobre la ley aplicable al trust y a su reconocimiento, del primero de julio de 1985 (art. 6). Lo mismo ocurre en materia de regímenes matrimoniales con la Convención de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales del 14 de marzo de 1978 (art. 3) y en materia sucesoria con la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte del primero de agosto de 1989 (art. 5).

En lo que se refiere a las legislaciones internas, encontramos también un resultado similar, pero con mayor aceptación. En efecto, casi todas las legislaciones nacionales estudiadas en relación con el reenvío, adoptan el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, especialmente en cuanto a la materia contractual. Sin querer entrar a enumerar cada una de ellas, no obstante, juzgamos útil mencionar que la autonomía de la voluntad se expandió a diferentes campos.

Un primer campo es el de la sucesión. Dentro de las legislaciones que han adoptado este principio en la materia sucesoria se encuentran la Ley federal suiza sobre Derecho Internacional Privado (1987), el Código Civil de Quebec (1991), la Ley relativa a los Principios Generales del Código Civil de Estonia (1994), la Ley italiana de Derecho Internacional Privado (1995) y la Ley de Liechtenstein sobre el Derecho Internacional Privado (1996). Es importante notar que la autonomía de la voluntad en esta materia es limitada. Las partes no pueden designar cualquier Derecho sino que deben acudir a la disposición pertinente al respecto.

Brevemente, podemos comentar que la Ley federal suiza sobre Derecho Internacional Privado otorga solamente la potestad de escogencia a una persona extranjera y esta última debe designar el Derecho de uno de sus Estados nacionales (art. 90[2]). Por su parte, el Código Civil de Quebec, en el artículo 3098 segundo párrafo, opta entre diferentes variantes. Se puede designar la ley del Estado de la nacionalidad del testador, la de su domicilio al momento de la designación o de su deceso y, si refiere a bienes inmuebles, se puede escoger la ley del lugar de su situación (*lex rei sitae*). La Ley relativa a los Principios Generales del Código Civil de Estonia establece la facultad de escoger sólo en cuanto a los bienes muebles (art. 157[4]). El individuo puede decidirse entre la ley del lugar de la situación del bien (*lex rei sitae*) o la ley de su nacionalidad.

En lo que concierne a la Ley italiana de Derecho Internacional Privado, es el artículo 46 el cual indica el régimen sucesorio. En su primer párrafo, establece que la sucesión se rige por la ley nacional del *de cuius*. Sin embargo, el segundo párrafo permite escoger la ley de la residencia habitual del fallecido. Esta solución aparece también en la Ley de Liechtenstein sobre el Derecho Internacional Privado en el artículo 29(3) en el cual se puede elegir el Derecho de la nacionalidad del difunto o el derecho de su residencia habitual.

Un segundo campo se refiere a los regímenes matrimoniales. Observamos como ejemplos la Ley federal austríaca sobre Derecho Internacional Privado (1978), la Ley alemana que contiene la reforma del Derecho Internacional Privado (1986) y el Código Civil de Quebec (1991)<sup>293</sup>. Aquí también, a excepción de la Ley federal austríaca sobre Derecho Internacional Privado que estipula en su artículo 19 una libertad total con relación a la escogencia del Derecho, las otras dos legislaciones nacionales tienen límites.

La Ley alemana que contiene la reforma del Derecho Internacional Privado permite ver dos situaciones donde se puede efectuar una escogencia de Derecho. La primera situación ocurre cuando uno de los cónyuges posee varias nacionalidades. En este momento, está permitido escoger el Derecho

---

<sup>293</sup> El ordenamiento jurídico de Quebec extiende también el principio de la autonomía de la voluntad a la fiducia (art. 3107) y al acuerdo de arbitraje (art. 3121).

de uno de esos Estados a condición que el otro cónyuge tenga esa misma nacionalidad (art. 14[2]). La segunda situación sucede con el tercer párrafo de este mismo artículo. Allí, los cónyuges pueden escoger el Derecho del Estado de la nacionalidad de uno de ellos si dejaron de ser nacionales del Estado al que pertenecían en el momento del matrimonio y si uno de ellos no es nacional del Estado en el cual ambos tienen su residencia habitual o, si los cónyuges no tienen su residencia habitual en el mismo Estado. Notamos que la aplicación de esta disposición es muy restringida.

Finalmente, la ley aplicable al régimen matrimonial de Quebec se determina por las normas generales aplicables al fondo de los actos jurídicos (art. 3122). Debemos entonces referirnos al artículo 3111 el cual indica que el acto jurídico está regido por la ley designada por las partes.

Muy relacionado con el régimen matrimonial, se encuentra el régimen patrimonial del matrimonio en el cual también podemos señalar una indicación de la autonomía de la voluntad. Al igual que en los otros campos anteriores, el principio de la autonomía de la voluntad no recibe una aplicación amplia. Sin embargo, pueden resaltarse unas limitaciones comunes a todas las legislaciones internas. Para determinar los efectos patrimoniales, los cónyuges pueden optar por el Derecho de un Estado cuya nacionalidad tenga uno de ellos o por el Derecho del Estado en el cual uno de los cónyuges tiene su residencia habitual. Esta solución es adoptada por la Ley alemana que contiene la reforma del Derecho Internacional Privado (art. 15[2]), la Ley italiana de Derecho Internacional Privado (art. 30) y la Ley de Liechtenstein sobre el Derecho Internacional Privado (art. 20).

La Ley federal suiza sobre Derecho Internacional Privado ofrece la opción tanto del Derecho de la nacionalidad de uno de los cónyuges como del Derecho del domicilio al momento de la celebración del matrimonio o el Derecho del domicilio en el que se encontraban después de casarse (art. 52[2]). Por último, debemos mencionar que la Ley alemana que contiene la reforma del Derecho Internacional Privado, en el artículo 15(2), añade un criterio adicional: si se trata de bienes inmuebles, los cónyuges pueden escoger el Derecho del lugar de su situación (*lex rei sitae*).

Después de este análisis, llegamos a la conclusión que el principio de la autonomía de la voluntad no pertenece más a la esfera contractual sino que se está desarrollando en otros sectores como en materia de regímenes matrimoniales, de regímenes patrimoniales durante el matrimonio y del derecho de sucesión. De acuerdo con lo expuesto en relación con la jurisprudencia y la doctrina, constatamos que el reenvío no tiene lugar si interviene la autonomía de la voluntad de las partes.

Opinamos que el reenvío tendrá menos repercusión en un futuro cercano si se sigue expandiendo el principio de la autonomía de la voluntad. Este comentario puede ser sustentado en lo que se puede leer en el Código Civil portugués de 1966 (art. 19[2]), en la Ley alemana que contiene la reforma del Derecho Internacional Privado de 1986 (art. 4[2]), en la Ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995 (art. 13[2]a), y en la Ley de Liechtenstein sobre el Derecho Internacional Privado de 1996 (art. 11[1]). En efecto, estas legislaciones establecen claramente que el reenvío no es permitido si la ley extranjera es designada por las partes.

## **2. Conexiones alternativas: Forma de los actos**

Otra materia relevante dentro de una consideración de la figura del reenvío es lo que se refiere a la forma de los actos. Tradicionalmente presidido por la regla *locus regit actum*, que implica que un acto jurídico es válido en cuanto a su forma si respeta las disposiciones materiales vigentes en el lugar de su celebración, el régimen de la forma, hoy en día, ha evolucionado para adoptar un contenido normativo de conexiones alternativas. En efecto, la regla *locus regit actum* permanece, pero su aplicación se vuelve facultativa frente a otras posibilidades de preservar la forma de un acto jurídico. La intención del legislador es favorecer la validez de esos actos que, por mucho tiempo, fueron objetados debido a errores formales. Para asegurar esta validez, la mejor vía fue la de prever alternativamente diferentes leyes que pueden aplicarse al acto jurídico con el fin de respetar su forma. La aplicación alternativa reconoce una cierta libertad en la escogencia del

Derecho aplicable y puede, de esta manera, facilitar las transacciones internacionales<sup>294</sup>.

Las normas de conexiones alternativas predominan en determinados campos. Para empezar, podemos discernir un campo que establece una disposición general referente a la forma de los actos jurídicos. Se pueden mencionar como ordenamientos jurídicos que adoptaron este método la Ley checoslovaca sobre Derecho Internacional Privado (art. 4), el Código Civil español (art. 11), la Ley federal austríaca sobre Derecho Internacional Privado (art. 8), la Ley alemana que contiene la reforma del Derecho Internacional Privado (art. 11[1] y [5]), el Código Civil de Quebec (art. 3109 primer y segundo párrafo), el Código Civil mexicano para el Distrito Federal como el Código Civil mexicano federal luego de sus respectivas reformas en el año 2000 (art. 13,IV), la Ley de Liechtenstein sobre el Derecho Internacional Privado (art. 8), y la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado (art. 37).

De manera general, puede observarse una conexión alternativa entre la ley que rige el acto jurídico y la ley del lugar de celebración de este último. Es importante mencionar que algunos de esos ordenamientos jurídicos contemplan otras disposiciones en cuanto a la forma de los actos jurídicos particulares.

Otro campo muy relevante en cuanto a la forma de los actos es el del régimen matrimonial. Numerosas legislaciones adoptaron una norma de conexiones alternativas con el objetivo de mantener la validez del matrimonio. Encontramos la Ley polaca sobre Derecho Internacional Privado (art. 15), el Código Civil portugués (arts. 50 y 51), la Ley federal austríaca sobre Derecho Internacional Privado (art. 16[2]), la Ley federal suiza sobre Derecho Internacional Privado (art. 56), el Código Civil de Quebec (art. 3088 segundo párrafo), la Ley italiana de Derecho Internacional Privado (art. 28), y el Código de Derecho Internacional Privado de Túnez (art. 46 primer párrafo).

La mayoría de esas codificaciones internas establecen una conexión alternativa entre la ley del lugar de la celebración del matrimonio o la ley

---

<sup>294</sup> Yasseen, Mustafa Kamil, Principes généraux de Droit international privé, en: *Recueil des Cours*, 1965, T. 116, p. 423.

nacional de los cónyuges. También, con relación a las convenciones internacionales, se pueden encontrar normas de conexiones alternativas en cuanto a la forma del acto del matrimonio. Dos ejemplos de ellas se refieren a convenciones de La Haya: la Convención para regular los conflictos de leyes en materia de matrimonio de 1902 en los artículos 5 a 7 y la Convención sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales de 1978 en los artículos 12 y 13.

Al igual que la materia del régimen matrimonial, la materia sucesoria, a su vez, presenta conexiones alternativas referentes a la validez del testamento. Pueden mencionarse la Ley polaca sobre Derecho Internacional Privado (art. 35), el Código Civil portugués (art. 65), el Decreto Ley No. 13 sobre Derecho Internacional Privado de Hungría (art. 36[2]), la Ley alemana que contiene la reforma del Derecho Internacional Privado (art. 26[1]), la Ley federal suiza sobre Derecho Internacional Privado (art. 93), el Código Civil de Quebec (art. 3109 tercer párrafo), la Ley que contiene la reforma del capítulo tercero del título preliminar del Código Civil del Estado de Luisiana (art. 3528), la Ley relativa a los Principios Generales del Código Civil de Estonia (art. 158[3]), la Ley italiana de Derecho Internacional Privado (art. 48), y el Código de Derecho Internacional Privado de Túnez (art. 55).

Las conexiones alternativas posibles para que tenga validez la forma de un testamento son generalmente la ley nacional del difunto, la ley del lugar de la celebración del testamento, la ley del lugar en el cual el *de cuius* tenía su domicilio o residencia habitual, y también, en lo que concierne a los bienes inmuebles, la ley del lugar de su situación. En el ámbito convencional, puede apreciarse la Convención de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias de 1961 que regula la validez de la disposición testamentaria en los artículos 1 y 3 de la misma.

Por último, las conexiones alternativas para la forma de los actos son también importantes en la materia contractual, a la que se refieren las siguientes legislaciones: el Código Civil portugués (art. 36), el Decreto Ley No. 13 sobre Derecho Internacional Privado de Hungría (art. 30[1] y [3]), la Ley federal suiza sobre Derecho Internacional Privado (art. 124), la Ley que contiene la reforma del capítulo tercero del título preliminar del

Código Civil del estado de Luisiana (art. 3538), y el Código de Derecho Internacional Privado de Túnez (art. 68). Otra vez, la ley del lugar de celebración del contrato es una conexión alternativa posible junto con la ley aplicable a este último. Similares conexiones son consideradas en la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1986 (art. 11), el Convenio de Roma de 1980 (art. 9), y la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales aprobada en 1994 (art. 13).

Esto resume las áreas fundamentales que tienen que ver con la forma de los actos. Sin embargo, se distinguen otras aplicaciones: podemos señalar el artículo 60(2) de la Ley italiana de Derecho Internacional Privado el cual establece que el acto de otorgamiento de los poderes de representación es válido, en cuanto a la forma, si es considerado tal por la ley que regula su contenido o bien por la ley del Estado en que se realiza el otorgamiento. Se observa también una disposición acerca de la donación en el artículo 56 del Código de Derecho Internacional Privado de Túnez que declara que la donación está regida, en cuanto a la forma, por la ley nacional del donante o por la ley del Estado donde se efectuó el acto de donación.

Nos damos cuenta de que la regla *locus regit actum* siempre interviene, pero de manera facultativa. Constituye una de las opciones entre otras posibles. Ahora bien, debemos preguntarnos si la ocurrencia de las conexiones alternativas en la forma de los actos permite la aplicación del reenvío. Sobre esta interrogante, se pronunciaron diversos autores. Podemos clasificarlos en dos grupos.

Un primer grupo rechaza la figura del reenvío cuando se encuentran conexiones alternativas. Batiffol menciona que el reenvío no es un desistimiento de la norma de conflicto sino más bien una combinación de esta con una norma de conflicto extranjera; si esta combinación no respeta los intereses por regular, debe ser descartada<sup>295</sup>. En efecto, la exclusión del reenvío se justifica por la preocupación de evitar juzgar de nuevo la validez de los actos concluidos de conformidad con las leyes internas<sup>296</sup>. Si se

---

<sup>295</sup> Batiffol, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 358. También comparte la misma opinión Dolinger, *Direito internacional privado...*, ob. cit., p. 309.

<sup>296</sup> Mezghani, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 329.

permite el reenvío, este último podría conducir a una ley que anularía el acto. Compartiendo esta posición, los autores Calvo Caravaca y Carrascosa González sostienen lo siguiente:

El objetivo del legislador es proporcionar un abanico amplio de leyes que pueden servir de “canon de validez” del acto o situación. La norma de conflicto con puntos de conexión alternativos obliga a una consulta de todos los ordenamientos reclamados por la norma de conflicto, lo que permite juzgar la validez del acto o de ciertos efectos del mismo. De esta manera, el acto sólo será inválido si así lo disponen todos los ordenamientos jurídicos reclamados.

Aceptar el reenvío... supone desatender el mandato de consulta plural de varios ordenamientos fijado por la norma de conflicto. Ello pone en peligro la directriz material que inspira la norma de conflicto que contiene puntos de conexión estructurados en modo alternativo<sup>297</sup>.

Un ejemplo legislativo ilustrativo de esta tendencia es la Ley italiana de Derecho Internacional Privado que expresa claramente en el artículo 13(2)b) que el reenvío se excluye respecto de las disposiciones relativas a la forma de los actos. Vemos que el legislador italiano adoptó, sin duda alguna, esta posición. Asimismo, se puede indicar el Código Civil portugués el cual enuncia en el artículo 19(1) que el reenvío no seguirá aplicándose si provoca la invalidez o ineficacia de un negocio jurídico que sería válido o eficaz de acuerdo al artículo 16 que refiere a la aplicación del derecho material.

Un segundo grupo, de posición más tolerante, acepta el reenvío en cuanto a la forma de los actos si este favorece la validez del acto. Son partidarios de esta posición Bourel, Francescakis<sup>298</sup>, Lagarde<sup>299</sup>, Loussouarn, von Overbeck, y, en Venezuela, Hernández-Breton<sup>300</sup>. Von Overbeck expresa la opinión de que una regla que establece la aplicación del reenvío en caso de conexiones alternativas no es deseable, pero un reenvío facultativo puede, a veces,

<sup>297</sup> Calvo Caravaca / Carrascosa González, *Introducción al Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 389.

<sup>298</sup> Francescakis, *La théorie du renvoi...*, ob. cit., pp. 156-157.

<sup>299</sup> Lagarde, Paul, Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporain. Cours général de Droit international privé, en: *Recueil des Cours*, 1986, T. 196, p. 58.

<sup>300</sup> Hernández-Breton, Eugenio, Capacidad y forma en materia de letra de cambio en la nueva Ley de Derecho Internacional Privado, en: *RFCJPUCV*, 2000, No. 117, p. 40.

realizar el objetivo de la norma de conflicto<sup>301</sup>. En lo que concierne a Loussouarn y a Bourel, estos autores comparten la misma opinión<sup>302</sup>. La sustentan con el caso *Zagha* que fue explicado previamente y sugieren una posibilidad similar en materia de filiación<sup>303</sup>.

Una manifestación de esta tendencia es representada por el Código Civil portugués en los artículos 36(2) y 65(1). En efecto, estos dos artículos permiten el reenvío si este último favorece la validez del acto. En el primer caso, estamos frente a la forma de una declaración negocial, mientras que en el segundo caso se trata de la forma de las disposiciones *mortis causa*.

Al igual que el segundo grupo, creemos útil conservar el mecanismo del reenvío si este asegura la validez del acto porque, de esta manera, se preserva un acto que, de lo contrario, podría declararse nulo, y, al mismo tiempo, se respeta la voluntad del legislador en cuanto al establecimiento de una norma de conexiones alternativas. De modo específico, compartimos la misma reflexión de von Overbeck en el sentido de que, mientras más alternativas una norma de conflicto prevea, menos importancia tendrá la cuestión del reenvío, debido a que los factores de conexión posibles son variados y a que existe buena probabilidad de que el reenvío designe una ley ya prevista de manera alternativa<sup>304</sup>. Si nos encontramos frente a una disposición normativa que engloba múltiples leyes de posible aplicación, el reenvío no poseerá tanta utilidad práctica porque seguramente el resultado al cual llevaría estaría ya incluido en la misma norma alternativa. No obstante, si estamos en presencia de una norma que presenta solamente dos conexiones alternativas posibles, puede ser que por el mecanismo del reenvío, lleguemos a un resultado no descrito en la norma misma, pero también válido para conservar el acto jurídico. Toda la cuestión se centra en el número de conexiones que podemos escoger y en si, efectivamente, la forma del acto puede mantenerse.

Observamos que el ordenamiento jurídico quebequense en su Título II del Libro Décimo del Código Civil que versa sobre los conflictos de leyes, dispone de 18 artículos sobre 50 que son normas de conexiones alternativas.

<sup>301</sup> Von Overbeck, *Les questions générales du Droit international privé...*, ob. cit., p. 150.

<sup>302</sup> Loussouarn / Bourel, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 225.

<sup>303</sup> Loussouarn / Bourel, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 225.

<sup>304</sup> Von Overbeck, *Les questions générales du Droit international privé...*, ob. cit., p. 150.

Esta puede ser una de las razones del rechazo del reenvío en este sistema, debido a la múltiple posibilidad de realizar la intención del legislador. Si lo comparamos con Venezuela, descubrimos que este último ordenamiento jurídico contempla el artículo 37 que establece conexiones alternativas con relación a la forma de los actos y el artículo 32 que consiste en una norma materialmente orientada que trata sobre los hechos ilícitos, los cuales se rigen por el Derecho del lugar donde se han producido o, por el Derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito si la víctima lo exige. Constatamos entonces, solamente dos ejemplos de normas con conexiones alternativas y como lo hemos visto anteriormente, Venezuela acepta el reenvío de primer grado y el de segundo grado, cuando el tercer Estado se declare competente.

### **3. Normas con un resultado material específico**

Otras normas que plantean problemas particulares desde el punto de vista del reenvío son las normas con un resultado material específico. Observamos en nuestra época contemporánea un desarrollo notable de las normas de conflicto cuyo objetivo es designar el ordenamiento jurídico que permitirá, directamente, obtener el resultado material deseado por el autor de la norma de conflicto. Cuando el legislador dicta una norma de conflicto con una finalidad material, tiene en mente un cierto resultado y, para lograr este último, utiliza el mecanismo de la norma de conflicto.

Existen diferentes tipos de normas de conflicto materialmente orientadas. Las más típicas son las normas de conflicto con conexiones alternativas que discutimos cuando tratamos la forma de los actos. De hecho, las normas que regulan la forma de los actos constituyen un ejemplo de normas de conflicto con un resultado material específico, porque el objetivo del legislador es asegurar la validez del acto. Puede ser una norma de conexiones alternativas en la cual cada uno de los Derechos señalados tiene igual posibilidad de aplicación o puede ser una norma que posee un orden en las conexiones alternativas, es decir, se aplica tal Derecho o, en su defecto, se aplica otro Derecho.

Podemos apreciar también otro tipo de normas con una finalidad material que se realiza a través de conexiones alternativas, pero en las cuales se

declara expresamente que el Derecho aplicable será el más favorable a la parte designada por la norma. Asimismo, existen normas de conflicto que determinan directamente el Derecho aplicable sin dejar opciones de escogencia o que muestran una protección especial hacia una parte específica. Sucede particularmente en cuanto al Derecho aplicable al menor o al hijo, al consumidor y al trabajador con el fin de protegerlos. Finalmente, en los casos de hechos ilícitos, la escogencia del Derecho es facultativa de la víctima. Todos estos tipos de normas materialmente orientadas se encuentran en la legislación interna de los diferentes países.

En lo que concierne a las convenciones internacionales<sup>305</sup>, hasta ahora, ellas han utilizado poco estas normas. La mayoría de ellas remiten a un agrupamiento de puntos de contacto, es decir, refieren al principio de proximidad que examinaremos en el próximo punto de nuestro trabajo. Sin embargo, a título ilustrativo, pueden nombrarse la Convención de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de forma de disposiciones testamentarias (arts. 1 a 3) la cual favorece la validez de la disposición testamentaria, la Convención de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (arts. 4 a 6) que favorece el acreedor de alimentos, y el Convenio de Roma (arts. 5 y 6) donde se indica una protección particular para el consumidor y el trabajador. La razón por la cual no es usual que las convenciones incluyan normas con finalidad material proviene del hecho de que una convención engloba diferentes Estados y es difícil lograr un consenso general. Por ejemplo, en relación con las obligaciones alimenticias, algunos países pueden favorecer al acreedor de alimentos, es decir, la persona que necesita esos alimentos, mientras que otros ordenamientos jurídicos pueden proteger al deudor de alimentos o persona que debe mantener a la otra. Se vuelve extremadamente complicado llegar a un acuerdo total entre todos los países y, por esa razón, es preferible optar por otro camino legislativo.

A continuación, analizaremos entonces la codificación interna de diferentes Estados con el fin de determinar las materias más propicias para encontrar estas normas materialmente orientadas. Empezaremos con las materias que

---

<sup>305</sup> Debe notarse que en las próximas páginas, nos referiremos solamente a las convenciones ya mencionadas con respecto a la figura del reenvío.

se relacionan con el menor o con el niño. Seguidamente, abordaremos las otras materias de manera general. Debe notarse que no efectuaremos un recuento extensivo de todas las legislaciones sino, más bien, realizaremos una enumeración puntual de los artículos que incluyen normas con finalidad material.

Las materias relacionadas con el niño pueden dividirse en 5 grupos: la filiación, las relaciones jurídicas entre padres e hijos, la legitimación, la tutela, y una categoría que comprende diversas normas. En materia de filiación, la mayoría de las normas materialmente orientadas son de conexiones alternativas. Son parte de ellas la Ley federal austríaca sobre Derecho Internacional Privado (art. 21), la Ley alemana que contiene la reforma del Derecho Internacional Privado (art. 20[1]), el Código Civil de Quebec (art. 3091), la Ley relativa a los Principios Generales del Código Civil de Estonia (art. 148), y el Código de Derecho Internacional Privado de Túnez (art. 52). Se puede observar que todas estas leyes, a excepción de la Ley alemana, contienen normas de conexiones alternativas que dan preferencia al derecho más favorable para el niño. Luego, encontramos el Decreto Ley No. 13 sobre Derecho Internacional Privado de Hungría (art. 42) que establece la ley personal del niño, la Ley federal suiza sobre Derecho Internacional Privado (art. 68[1]) que menciona el derecho de la residencia habitual del menor, la Ley italiana de Derecho Internacional Privado (art. 33[1]) que refiere a la ley nacional del hijo, y finalmente la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado (art. 24) la cual señala como derecho aplicable el del domicilio del hijo.

En cuanto a las relaciones jurídicas entre padres e hijos, todas las legislaciones señaladas que adoptan normas con finalidad material mencionan directamente el derecho aplicable el cual siempre se relaciona con el hijo. Tenemos la Ley polaca sobre Derecho Internacional Privado (art. 19[1]) y la Ley italiana de Derecho Internacional Privado (art. 36) que remiten a la ley nacional del niño. Con relación al Decreto Ley No. 13 sobre Derecho Internacional Privado (art. 45[1]), este es aún más amplio porque refiere a la ley personal del hijo. Después, encontramos la Ley alemana que contiene la reforma del Derecho Internacional Privado (art. 20[2]) y la Ley federal suiza sobre Derecho Internacional Privado (art. 82[1]) que establecen como Derecho aplicable el de la residencia habitual

del menor. También, podemos notar la Ley relativa a los Principios Generales del Código Civil de Estonia (art. 147[1]) la cual refiere al Derecho del domicilio común, y en caso de no haberlo, remite a la ley nacional del niño, en el segundo párrafo del mismo artículo. Finalmente, parecida a la Ley relativa a los Principios Generales del Código Civil de Estonia, la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado (art. 24) remite a la ley del domicilio, pero refiriéndose al hijo solamente. No importa dónde estén domiciliados los padres.

En lo que concierne a la legitimación, distinguimos dos leyes que regulan el asunto: la Ley federal austríaca sobre Derecho Internacional Privado (art. 22) y la Ley italiana de Derecho Internacional Privado (art. 34). La primera aplica el Derecho del estatuto personal de los padres y, si este último es diferente, se aplica el estatuto más favorable al hijo, mientras que la segunda contiene una conexión alternativa entre la ley nacional del hijo o la ley de uno de los padres.

En materia de tutela, el Decreto Ley No. 13 sobre Derecho Internacional Privado de Hungría (art. 48) adopta la ley personal del pupilo o en caso de encontrarse este en Hungría, se aplica el Derecho húngaro si es más favorable. La Ley venezolana de Derecho Internacional Privado (art. 26) acude al Derecho del domicilio del incapaz y el Código de Derecho Internacional Privado de Túnez (art. 41) remite a la ley nacional del menor o del incapaz.

En esta misma materia, existe una disposición muy particular del Decreto Ley No. 13 sobre Derecho Internacional Privado de Hungría (art. 46) que menciona la aplicación del Derecho húngaro si este es el más favorable al niño en relación con la filiación, las relaciones entre padres e hijos, así como las obligaciones alimenticias. También, se puede mencionar el artículo 35 de la Ley italiana de Derecho Internacional Privado que trata del reconocimiento del hijo natural; la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado (art. 25) que aplica, en materia de adopción, el Derecho del domicilio respectivo del adoptante y del adoptado; y el Código de Derecho Internacional Privado de Túnez (art. 50) el cual refiere a la ley más favorable al niño en cuanto a la guarda y custodia. De manera general,

existe una protección muy importante hacia el niño en las últimas codificaciones internas, que se aplica en diferentes aspectos de su persona.

Otras áreas donde notamos la presencia de normas materialmente orientadas se relacionan con las obligaciones alimenticias, la violación de derechos personales, el contrato de consumo, el contrato de trabajo, los bienes, y las obligaciones no convencionales.

Todas las normas con finalidad material comprenden conexiones alternativas para las obligaciones alimenticias. Están el Código Civil de Quebec (art. 3094), la Ley relativa a los Principios Generales del Código Civil de Estonia (art. 150[2]), y el Código de Derecho Internacional Privado de Túnez (art. 51). La primera ley se refiere a la ley del domicilio del acreedor. Sin embargo, cuando el acreedor no puede obtener alimentos del deudor en virtud de esta ley, la ley aplicable es la del domicilio de este último. La segunda ley, más amplia que la primera, acepta la ley del domicilio del acreedor o del deudor, pero lo deja a la escogencia de la persona que pide los alimentos. La última ley establece el Derecho más favorable al acreedor de alimentos. El juez podrá escoger tanto la ley nacional o la del domicilio del acreedor como del deudor.

En cuanto a normas con conexiones alternativas relativas a la violación de derechos personales está el Decreto Ley No. 13 sobre Derecho Internacional Privado de Hungría (art. 10[2]), la Ley federal suiza sobre Derecho Internacional Privado (art. 139), y la Ley relativa a los Principios Generales del Código Civil de Estonia (art. 137). La Ley húngara aplica el Derecho del lugar de la violación o el Derecho húngaro si este último es más favorable a la víctima. La Ley suiza, al igual que la Ley relativa a los Principios Generales del Código Civil de Estonia, deja la escogencia de la ley aplicable a la elección de la víctima. Cabe observar que la Ley suiza refiere a la violación de derechos personales en relación con los medios de comunicación.

La próxima categoría concierne al contrato de consumo. Se encuentra la Ley federal austríaca sobre Derecho Internacional Privado (art. 41) la cual enuncia que en la medida en que se trate de normas imperativas de este Derecho, no se respetará la elección de un Derecho desventajoso para el consumidor. La misma directriz puede leerse en el Código Civil de Québec

(art. 3117). También, podemos mencionar la Ley relativa a los Principios Generales del Código Civil de Estonia (art. 166) que deja al consumidor la escogencia de la ley aplicable a la demanda por daños y perjuicios. Esta escogencia debe realizarse según las alternativas propuestas por este artículo.

Apreciamos el mismo estilo de redacción en cuanto al contrato de trabajo. En efecto, la Ley federal austríaca sobre Derecho Internacional Privado (art. 44) y el Código Civil de Quebec (art. 3118) señalan que la elección de un Derecho desventajoso para el trabajador no recibirá aplicación si tiene por resultado privarlo de la protección que le aseguran las disposiciones imperativas de los Derechos que pueden ser aplicados a este.

Con relación a la categoría de los bienes, debemos distinguir entre si son bienes muebles o inmuebles. Si se trata de un contrato sobre la explotación de bienes inmuebles, la Ley federal austríaca sobre Derecho Internacional Privado (art. 42[2]) declara que en la medida en que se trate de normas imperativas de este Derecho, no deberá ser respetada la elección de un Derecho desventajoso para el inquilino o el arrendatario. Si estamos hablando de bienes muebles, podemos apreciar, en materia de responsabilidad del fabricante, que la ley aplicable queda a la elección de la víctima en el Código Civil de Quebec (art. 3128). En lo que concierne a la responsabilidad por productos, el Código de Derecho Internacional Privado de Túnez (art. 72) deja también a la elección de la víctima el Derecho aplicable. Sin embargo, tanto el Código Civil de Quebec como el Código de Derecho Internacional Privado de Túnez establecen alternativas.

Finalmente, en cuanto a las obligaciones no convencionales, la Ley relativa a los Principios Generales del Código Civil de Estonia (art. 164[3]), la Ley italiana de Derecho Internacional Privado (art. 62[1]), la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado (art. 32), y el Código de Derecho Internacional Privado de Túnez (art. 70) permiten a la víctima demandar la aplicación del Derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito. Si se trata de un enriquecimiento sin causa, el Decreto Ley No. 13 sobre Derecho Internacional Privado de Hungría (art. 32[1] y [2]) enuncia la posibilidad de decidir entre la aplicación de la ley del lugar de la actividad u omisión que produjo el daño o la ley del lugar del daño si esta última es más favorable a la persona lesionada.

Examinemos ahora el rol del reenvío frente a estas normas materialmente orientadas. Al igual que en materia de forma de los actos, percibimos dos tendencias doctrinales. Una primera rechaza de plano el mecanismo del reenvío cuando intervienen este tipo de normas, mientras que la segunda lo tolera si se respeta la voluntad del legislador expresada en la norma de conflicto.

Partidario de la primera tendencia, Mezghani declara que la aceptación del reenvío introduciría incertidumbre en cuanto a la ley aplicable, lo que el legislador trató de evitar a través de la norma de conflicto materialmente orientada<sup>306</sup>. En efecto, el reenvío puede verse como el resultado de una interpretación de la norma de conflicto del foro. Es conveniente verificar, para cada norma de conflicto, la verdadera intención del legislador y, con respecto al reenvío, su verdadero alcance. Esta verificación debe hacerse caso por caso. Podría entonces ocurrir que algunas normas de conflicto sean incompatibles con el mecanismo del reenvío, en el sentido de contradecir la calificación inicial del foro, es decir, la intención del legislador. Por esa razón, se impone una interpretación restringida del reenvío, con el fin de conservar los factores de conexión establecidos en las normas con una finalidad material. Si se acepta el reenvío en estos casos, ello “supondría frustrar el objetivo material perseguido por el legislador y reflejado en la formulación expresamente materializada de la norma de conflicto”<sup>307</sup>.

Por otro lado, Loussouarn y Bourel admiten que el reenvío podría aplicarse si, con su utilización, llegamos a un resultado que no contradiga la voluntad del legislador<sup>308</sup>. La Ley italiana de Derecho Internacional Privado adoptó esta posición en el artículo 13[3] en el que permite considerar el reenvío si este conduce a la aplicación de una ley que favorece el establecimiento de la filiación.

Una interrogante de interés que se puede formular con relación al ordenamiento jurídico venezolano es: ¿Cómo debemos analizar el artículo 2 de la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado frente al artículo

---

<sup>306</sup> Mezghani, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 331.

<sup>307</sup> Calvo Caravaca / Carrascosa González, *Introducción al Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 389.

<sup>308</sup> Loussouarn / Bourel, *Droit international privé...*, ob. cit., p.368.

4 *eiusdem* que trata del reenvío? Señalamos que el artículo 4 acepta el reenvío de primer grado y el de segundo grado si el tercer Estado al cual remite la norma de conflicto también se declara competente. Este artículo no contempla excepciones expresas como lo hace la Ley italiana de Derecho Internacional Privado.

Ahora bien, si consultamos el artículo 2 de la Ley venezolana, podemos leer que “el Derecho extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto”. ¿Qué significa la expresión los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto? Según Hernández-Bretón, “lo que la norma consagrada en el artículo 2 de la LDIP exige es que, para cada caso particular, para cada norma venezolana de conflicto, se determine cuál es el objetivo perseguido. Se trata de una determinación de objetivos para el supuesto específico regulado en la particular norma de conflicto venezolana de que se trate”<sup>309</sup>.

Si reconocemos esta idea, entonces podríamos limitar la aplicación del reenvío cuando este llevara a un resultado que no respete el objetivo perseguido por la norma venezolana de conflicto. Este objetivo representa una directriz material que puede implicar la aplicación del Derecho interno y no del Derecho internacional privado. Sin embargo, al igual que en el caso de la forma de los actos, si por la aplicación de la figura del reenvío, alcanzamos un resultado que no contradice esta norma materialmente orientada, podríamos conservar este mecanismo. Otra vez, la cuestión se centra sobre el respeto o no de la intención del legislador.

No obstante, debemos tener en mente que el artículo 4 no establece excepciones. Entonces, si lo aplicamos tal cual, y resulta que, al mismo tiempo, por su aplicación, estamos violando el objetivo perseguido por la norma venezolana de conflicto del artículo 2, no hemos progresado. Tampoco puede funcionar si respetamos el artículo 2 y por la interpretación que hacemos de este, limitamos el alcance del reenvío. Entonces no se aplicaría el artículo 4 en todo su alcance. Nos encontramos en un dilema en el cual el respeto de una norma podría conducir a la

---

<sup>309</sup> Hernández-Bretón, Capacidad y forma en materia de letra de cambio..., ob. cit., p. 40.

violación de la otra. Creemos que el legislador venezolano debería aclarar esta situación porque, de lo contrario, muchas normas materialmente orientadas podrían perder su significado, si admitimos la aplicación incondicional del reenvío en el ordenamiento jurídico venezolano. Nos inclinamos hacia la posición de leer el artículo 4 de la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado en concordancia con el artículo 2 buscando armonizarlos en cada caso.

Antes de clausurar este punto, solo queremos mencionar que el sistema quebequense, en la reforma de su Código Civil, se concentró sobre la justicia material del caso concreto. En efecto, esta preocupación fue una de las principales características del contenido de las normas de Derecho Internacional Privado de ese Código<sup>310</sup>. Se evidenció este objetivo por la adopción de una cantidad importante de normas de conflicto con finalidad material. A parte de las que fueron enumeradas previamente, podemos encontrar otras disposiciones que contienen una vocación material. Así, el artículo 3084 trata de la aplicación de la ley del tribunal que conoce del asunto para asegurar la protección de una persona o de sus bienes en caso de emergencia o de inconvenientes serios. El artículo 3099 se refiere a la protección del cónyuge o de un hijo del difunto cuando la designación de la ley aplicable a la sucesión lo priva de un derecho sucesorio que le correspondía en ausencia de tal designación. Los artículos 3121 y 3123 contemplan la validez del acuerdo de arbitraje y del régimen matrimonial por conexiones alternativas. Finalmente, el artículo 3130 promueve la ley más favorable a la validez de la prueba. Todas estas disposiciones son indicaciones claras de la voluntad del legislador quebequense y pensamos que pueden ser razones adicionales para que este ordenamiento jurídico rechace el reenvío, en el sentido de que muchas normas señalan ya hacia un resultado material que no debe ser evadido.

#### **4. Principio de proximidad. Cláusula de escape**

La aplicación del principio de proximidad es otra de las vías a través de la cual el Derecho internacional privado moderno busca la justicia material

---

<sup>310</sup> Goldstein, *L'interprétation du domaine d'application international du nouveau Code Civil du Québec...*, ob. cit., p. 98.

del caso concreto. De allí la importancia de su análisis al estudiar la figura del reenvío. Antes de abordar el estudio de su aplicación hoy en día, juzgamos útil, en primer lugar, aclarar lo que se entiende por cláusula de escape y por principio de proximidad. En un sentido amplio, podemos definir las cláusulas de escape del Derecho internacional privado como disposiciones generales que tienen por función atribuir al juez un poder discrecional de corregir *praeter legem* una o muchas normas de conflicto si de acuerdo con el conjunto de las circunstancias, la aplicación de la ley de otro Estado diferente de la designada por la norma de conflicto, se impone como más apropiada<sup>311</sup>. En cuanto al principio de proximidad, este último expresa la idea de acoplar la relación jurídica con el Derecho del Estado que tiene los vínculos más estrechos o, por lo menos, más próximos en lugar del Derecho designado por la norma de conflicto<sup>312</sup>. Este principio puede acogerse simultáneamente con la cláusula de escape o, puede encontrarse solo en una disposición. La cláusula de escape representa una manera de expresar el principio de proximidad. Debido a la complejidad de la cuestión, nos detendremos más sobre el examen del principio de proximidad.

Distinguiremos esencialmente dos materias que se prestan más al empleo del principio de proximidad. Son la materia contractual y el régimen matrimonial. Observaremos la aplicación de este principio en ordenamientos jurídicos plurilegislativos, en caso de pluralidad de nacionalidades, y cuando se toman en consideración las disposiciones imperativas del Derecho extranjero. También mencionaremos otros artículos que consideramos interesantes y que están dispersos en la codificación interna de algunos Estados. Por último, discutiremos el principio de proximidad consagrado de manera general en la legislación austríaca, para luego examinar su inclusión en la cláusula de escape de los ordenamientos jurídicos de Suiza y de Quebec. Al terminar este estudio, analizaremos las repercusiones del principio de proximidad frente a los supuestos especiales que hemos desarrollado anteriormente y, al mismo tiempo, frente al reenvío.

---

<sup>311</sup> Dubler, César E., *Les clauses d'exception en Droit international privé*, Geneve, Société suisse de Droit International, Librairie de l'Université Georg & Cie, 1983, p. 27.

<sup>312</sup> Lagarde, Le principe de proximité..., ob. cit., pp. 26-27.

El campo más propicio para la aplicación del principio de proximidad es la materia contractual. Fue con relación a los contratos, a falta de escogencia de las partes, que apareció por primera vez la solución de regir el contrato por la ley del Estado con el cual presenta los vínculos más estrechos<sup>313</sup>. Entre las convenciones internacionales que lo acogen, encontramos la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación (art. 6 tercer párrafo y art. 11 tercer párrafo). Ambos artículos señalan el principio de proximidad para determinar el Derecho aplicable cuando una de las partes tiene varios establecimientos profesionales. En efecto, el artículo 6 trata del Derecho aplicable a la relación de representación entre el representado y el intermediario, mientras que el artículo 11 se refiere al Derecho aplicable para las relaciones entre el representado y los terceros.

La Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Convenio de Roma) también incluye el principio de proximidad en el artículo 4(1) el cual establece que, a falta de elección del Derecho por las partes, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los lazos más estrechos. No obstante, se mencionan en los párrafos siguientes las presunciones que tienen que darse para probar con cuál Derecho el contrato presenta los lazos más estrechos. De esta misma Convención podemos señalar el artículo 6(2) *in fine*, que indica el principio de proximidad en cuanto al contrato de trabajo.

En la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, se aplica la misma solución en el artículo 8(3) excepto que en lugar de establecer presunciones a la determinación del principio de proximidad, se enuncian reservas en los párrafos cuarto y quinto. El párrafo cuarto formula la no aplicación del principio si en el momento de la celebración del contrato, el vendedor y el comprador tuvieran sus respectivos establecimientos en Estados que hubieran adherido a la reserva prevista en el inciso b) del párrafo primero del artículo 21. Asimismo, se establece la no aplicación del principio en el párrafo quinto si en el momento de la celebración del contrato, el vendedor y el comprador tuvieran sus respectivos establecimientos en Estados

---

<sup>313</sup> Lagarde, Le principe de proximité..., ob. cit., p. 32.

distintos que sean partes del Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías aprobado en Viena el 11 de abril de 1980, si la materia en cuestión está regulada por este último. Al igual que en la primera convención mencionada, se aprecia en el artículo 14(1) el principio de proximidad cuando una de las partes tiene más de un establecimiento. Allí, se toma en cuenta el establecimiento que guarde una relación más estrecha con el contrato y su ejecución.

Finalmente, la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales adopta una posición similar a la del Convenio de Roma en el sentido de indicar cómo determinar el Derecho del Estado con el cual el contrato presenta los vínculos más estrechos. Es interesante notar que al igual que el Convenio de Roma, el Código de Derecho Internacional Privado de Túnez establece, en su artículo 67, una referencia al principio de proximidad en el contrato de trabajo.

En relación con la codificación interna, podemos mencionar el Decreto Ley No. 13 sobre Derecho Internacional Privado de Hungría (art. 29), la Ley alemana que contiene la reforma del Derecho Internacional Privado (art. 28), la Ley federal suiza sobre Derecho Internacional Privado (art. 117), el Código Civil de Quebec (arts. 3112 y 3113) y la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado (art. 30). Todas esas leyes, a excepción de la Ley húngara, establecen los criterios que se deben utilizar para la determinación de los vínculos más estrechos.

Otra materia muy propicia al principio de proximidad es la del régimen matrimonial. La Convención de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales establece en el párrafo tercero del artículo 4 que “en defecto de residencia habitual de los cónyuges en el territorio del mismo Estado o en defecto de nacionalidad común, su régimen matrimonial quedará sometido a la ley interna del Estado con el cual, teniendo en cuenta todas las circunstancias, presente los vínculos más estrechos”. El Código Civil portugués, en el artículo 52(2) enuncia que “si los cónyuges no tienen la misma nacionalidad, es aplicable la ley de la residencia habitual común, y a falta de esta, la ley del país donde la vida familiar se encuentre más estrechamente vinculada”.

La Ley alemana que contiene la reforma del Derecho Internacional Privado, también aplicando el principio de proximidad, estipula en su artículo 14(1) el Derecho aplicable a los efectos generales del matrimonio de manera alternativa. La última solución posible es el Derecho del Estado con el cual los cónyuges mantienen, de cualquier forma, el vínculo más estrecho. Por su lado, Suiza prefirió simplificar el proceso con relación a los efectos del matrimonio y se contentó con declarar directamente que el Derecho aplicable será el del domicilio con el cual la causa presenta el vínculo más estrecho, en la eventualidad de estar los cónyuges domiciliados en diferentes Estados (art. 48[2]).

Una tercera situación en que puede aplicarse este principio es aquella en la cual estamos frente a ordenamientos jurídicos plurilegislativos. De no poder establecer el Derecho aplicable cuando un ordenamiento jurídico contiene diferentes sistemas legislativos, se aplica el vínculo más estrecho al caso concreto. Esta solución fue acogida en la Convención de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias (art. 1 segundo párrafo), la Convención de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (art. 16), y la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (arts. 19 y 20). El artículo 20 de esta última Convención es muy particular porque trata de ordenamientos jurídicos plurilegislativos que se aplican a categorías diferentes de personas.

En lo que concierne a la legislación interna, pueden encontrarse la Ley federal austríaca sobre Derecho Internacional Privado (art. 5[3]), la Ley alemana que contiene la reforma del Derecho Internacional Privado (art. 4[3]), el Código Civil de Quebec (art. 3077 segundo párrafo), y la Ley de Liechtenstein sobre el Derecho Internacional Privado (art. 5[2]). Todas adoptan la misma solución que las convenciones.

Otra situación notable en que puede acogerse el principio de proximidad se relaciona con la pluralidad de nacionalidades. Pueden señalarse la Ley polaca sobre Derecho Internacional Privado (art. 2[2]), la Ley federal austríaca sobre Derecho Internacional Privado (art. 9[1]), la Ley alemana que contiene la reforma del Derecho Internacional Privado (art. 5[1]), la Ley federal suiza sobre Derecho Internacional Privado (art. 23[2]), y la Ley

italiana de Derecho Internacional Privado (art. 19[2]). Todas esas legislaciones refieren al principio de proximidad para determinar cuál ley regirá el estatuto de la persona. Sin embargo, observamos que la Ley austríaca, la Ley alemana y la Ley italiana hacen prevalecer su propia nacionalidad en la eventualidad de que la persona posea esta entre otras nacionalidades.

Otro punto relevante en la materia es la toma en consideración de disposiciones imperativas del Derecho extranjero. En efecto, se establece que una disposición imperativa del Derecho extranjero puede tomarse en cuenta si la situación de que se trata presenta un vínculo más estrecho con ese Derecho. Pueden apreciarse disposiciones de este tipo en la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales (art. 11), la Ley federal suiza sobre Derecho Internacional Privado (art. 19[1]), el Código Civil de Quebec (art. 3079), y el Código de Derecho Internacional Privado de Túnez (art. 38).

Con esto concluye el tratamiento general de la materia referente al principio de proximidad. Sin embargo, quedan algunas disposiciones que juzgamos útil mencionar con el fin de observar mejor la aplicación de este principio. En primer lugar, podemos indicar la Convención de La Haya sobre la ley aplicable al trust y a su reconocimiento la cual establece en el artículo 7 que, a falta de elección de la ley aplicable al trust, se busca la ley que esté más estrechamente vinculada con el mismo. Debe notarse que esta disposición señala los criterios a aplicar en la determinación de los vínculos más estrechos. Otra convención en la cual podemos observar el principio de proximidad es la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (art. 3[3]) que dispone que “la sucesión se regirá por la ley del Estado del que el difunto fuera nacional en el momento de su fallecimiento, salvo si en ese momento el difunto tuviera vínculos más estrechos con otro Estado, en cuyo caso se aplicará la ley de este último”.

En cuanto a la legislación interna, encontramos la Ley federal suiza sobre Derecho Internacional Privado (art. 187[1]) y el Código Civil de Quebec (art. 3107). La primera acoge el principio de proximidad para determinar el Derecho aplicable en material arbitral, mientras que la segunda lo utiliza para precisar el Derecho aplicable a la fiducia.

Todos estos son ejemplos de la utilización del principio de proximidad. Es importante poder discernir entre la cláusula de escape y el principio de proximidad. Efectivamente, la mayoría de los ejemplos tomados no consagran cláusulas de escape. A título de ilustración, podemos indicar la presencia de esta cláusula para separar una parte del contrato del resto del mismo, si esa parte tiene una conexión más estrecha con otro país. Esto ocurre en el Convenio de Roma (arts. 4[1]), en la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales (art. 9 tercer párrafo), y en la Ley alemana que contiene la reforma del Derecho Internacional Privado (art. 28[1]).

Existen también otras disposiciones que contienen esta cláusula. En relación con las convenciones podemos señalar el párrafo tercero del artículo 8 de la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías que establece la posibilidad de aplicar un Derecho diferente de los párrafos primero y segundo del mismo artículo si el contrato tiene vinculaciones manifiestamente más estrechas con una ley distinta. Asimismo, podemos indicar, los artículos 18(2) y 48(1) de la Ley federal austríaca sobre Derecho Internacional Privado, así como el artículo 3547 de la Ley que contiene la reforma del capítulo tercero del título preliminar del Código Civil del Estado de Luisiana. El artículo 18(2) de la Ley federal austríaca se refiere a los efectos personales del matrimonio y dispone lo siguiente:

Si un matrimonio es válido para la esfera jurídica austríaca sin serlo para la esfera del Derecho señalado en el primer párrafo, los efectos personales se rigen por el Derecho austríaco. Sin embargo, si los cónyuges tienen una vinculación más fuerte con un tercer Estado, de acuerdo con cuyo Derecho el matrimonio es igualmente válido, se aplica el Derecho de ese Estado en lugar del Derecho austríaco<sup>314</sup>.

Constatamos que se permite la aplicación del Derecho de un tercer Estado, si los cónyuges presentan una vinculación más fuerte con este y el mismo reconoce la validez del matrimonio. En la cláusula de escape, como vemos, no se hace referencia al vínculo más estrecho sino simplemente a un vínculo más fuerte que el designado originalmente. Otro ejemplo del estilo

---

<sup>314</sup> B. de Maekelt, *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 383.

de redacción de la cláusula de escape es el artículo 48(1) de la misma Ley austríaca que sostiene:

Las acciones extracontractuales por daños y perjuicios se rigen por el Derecho del Estado en el cual se produjo la conducta causante del daño. Sin embargo, si existe para las partes un vínculo más fuerte con el Derecho de un solo Estado o aun con el de otro, este Derecho es aplicable<sup>315</sup>.

Este artículo se refiere a los daños y perjuicios extracontractuales. Se aplica en el caso en que la víctima y el autor del daño tengan factores de conexión comunes como la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual<sup>316</sup>.

Un último ejemplo de cláusula de escape es el artículo 3547 de la Ley que contiene la reforma del capítulo tercero del título preliminar del Código Civil del estado de Luisiana que señala que “el Derecho aplicable según los artículos 3543-3546 no será aplicable si de la totalidad de las circunstancias de un caso excepcional resulta claramente evidente bajo los principios del artículo 3542, que las políticas legislativas de otro Estado serían más gravemente perjudicadas si su Derecho no fuera aplicable a la cuestión particular. En tal caso, el Derecho del otro Estado será aplicado”<sup>317</sup>. Este artículo regula la materia de las obligaciones extracontractuales e interviene cuando las finalidades legislativas de un Estado son perjudicadas. El factor de conexión con el otro Estado no es la proximidad sino más bien la finalidad legislativa de ese Estado. Es una facultad legal que se le otorga al juez para recordarle que debe escrutar minuciosamente la aplicación de los artículos 3543 a 3546, de manera de asegurarse que la aplicación de ellos no será incompatible con el objetivo mismo de cada artículo.<sup>318</sup>

Ahora bien, todos los artículos que fueron discutidos anteriormente disponen la aplicación del principio de proximidad de manera específica, es decir, en cada caso este principio está relacionado con una materia particular. Sin embargo, existe una disposición en la Ley federal austríaca sobre Derecho Internacional Privado que consagra el principio de proximidad en el artículo 1(1) como disposición de aplicación general para

<sup>315</sup> B. de Maekelt, *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 389.

<sup>316</sup> Dubler, *Les clauses d'exception en Droit international privé...*, ob. cit., p. 58.

<sup>317</sup> B. de Maekelt, *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 521.

<sup>318</sup> Syméonides, *Les grands problèmes du droit international privé...*, ob. cit., p. 248.

el Derecho Internacional Privado. Se indica que “las situaciones con elementos extranjeros están regidas, en materia de Derecho privado, conforme al orden jurídico con el cual tengan el más fuerte vínculo”<sup>319</sup>. Esta disposición no indica una función correctiva como ocurre en el artículo 15 de la Ley federal suiza sobre Derecho Internacional Privado. En consecuencia, no es una cláusula de escape sino una consagración del principio de proximidad que no establece límites.

El último punto que quisiéramos discutir es el principio de proximidad incluido dentro de una cláusula de escape. Pocas legislaciones adoptan este método. Existen solamente la Ley federal suiza sobre Derecho Internacional Privado (art. 15) y el Código Civil de Quebec (art. 3082). Debemos indicar que la disposición quebequense se basó sobre la disposición suiza<sup>320</sup>. El artículo 15 de la Ley federal suiza se lee de la siguiente manera:

1. El Derecho designado por la presente ley excepcionalmente no es aplicable si, a la vista del conjunto de circunstancias, es evidente que la causa no tiene un vínculo bien determinado con ese Derecho y que se encuentra en una relación mucho más estrecha con otro Derecho.
2. Esta disposición no es aplicable en caso de elección del derecho<sup>321</sup>.

Ahora si examinamos el artículo 3082 del Código Civil de Quebec observamos lo siguiente:

A título excepcional, la ley designada por el presente libro no es aplicable si, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias, es manifiesto que la situación no tiene sino un vínculo lejano con esta ley, y que ella se encuentra en relación mucho más estrecha con la ley de otro Estado. La presente disposición no se aplicará cuando la ley esté designada en un acto jurídico<sup>322</sup>.

Nos damos cuenta de que ambas disposiciones son iguales. Son dos cláusulas de escape que consagran el principio de proximidad. La interpretación de estos artículos debe ser restringida. En efecto, ambos

<sup>319</sup> B. de Maekelt, *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 380.

<sup>320</sup> Castel, *Commentaires sur certaines dispositions du Code Civil du Québec...*, ob. cit., p. 630.

<sup>321</sup> B. de Maekelt *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 465.

<sup>322</sup> B. de Maekelt *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 524.

artículos se aplican a título excepcional. La función de estos artículos es asegurar la justicia material en la resolución de los casos contemplados en las normas de conflicto, es decir, permite al juez aplicar siempre la ley que posee los vínculos más estrechos con el caso concreto<sup>323</sup>. Habilitan a este último a mejorar la pertinencia del vínculo que existe entre la ley aplicable y la situación jurídica. Sin embargo, generan una gran incertidumbre e imprevisión en las relaciones internacionales debido al gran poder discrecional que se le deja al juez. Otro inconveniente mayor es el peligro de ver a los jueces aprovecharse de este principio con el fin de aplicar el Derecho del foro o la ley que les parece mejor. Esta subjetividad puede llevar al tratamiento de casos iguales con criterios diferentes y en consecuencia, perjudica la seguridad jurídica. Por estas razones, se menciona que el principio de proximidad no debe invadir las normas de conflicto hasta el punto de sustituirlas.

Castel señala, que hubiera sido preferible tener normas de conflicto que se inspiraran directamente en el principio de proximidad, en lugar de normas de conflicto que son corregidas por este en todos los casos, a menos de encontrarse frente a una declaración de autonomía de la voluntad de las partes.<sup>324</sup> Este autor comparte el punto de vista de que este principio debe utilizarse solamente en algunas normas de Derecho internacional privado y no en todas<sup>325</sup>.

El rol de la cláusula de escape se manifiesta en el momento de la determinación del Derecho que va a ser aplicado cuando se descarta un sistema jurídico escogido por la norma de conflicto, para designar subsidiariamente otro que presenta vínculos más estrechos con el caso concreto. De esta manera, puede declararse que responde al objetivo de coordinación y de armonización de los ordenamientos jurídicos<sup>326</sup>. En consecuencia, restringe el sentido de la norma de conflicto “defectuosa”. Desde este punto de vista, se considera que el principio de proximidad

---

<sup>323</sup> Goldstein, *L'interprétation du domaine d'application international du nouveau Code Civil du Québec...*, ob. cit., pp. 93-94.

<sup>324</sup> Castel, *Commentaires sur certaines dispositions du Code Civil du Québec...*, ob. cit., pp. 630-631.

<sup>325</sup> Castel, *Commentaires sur certaines dispositions du Code Civil du Québec...*, ob. cit., p. 632.

<sup>326</sup> Goldstein / Groffier, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 123.

sirve para llenar las lagunas del Derecho internacional privado, porque permite encontrar una respuesta más adecuada a un problema puntual de localización que no sería tratado de manera satisfactoria por la norma de conflicto regular. Lagarde lo interpreta más bien como una función correctiva de la norma de conflicto cuando ella designa un Derecho que no coincide con el caso concreto y cuya aplicación conduciría a una solución injusta o débil.<sup>327</sup>

Examinemos ahora el alcance de la cláusula de escape y del principio de proximidad frente a los supuestos especiales. En primer lugar, podemos afirmar que tanto la cláusula de escape como el principio de proximidad no pueden tener lugar cuando interviene la autonomía de la voluntad<sup>328</sup>. Lagarde considera que existe un cierto tipo de complementariedad y, al mismo tiempo, de incompatibilidad, entre el principio de proximidad y la autonomía de la voluntad<sup>329</sup>. En efecto, podemos hablar de complementariedad, cuando para determinar la voluntad implícita de las partes, recurrimos a la búsqueda objetiva de los vínculos más estrechos y, de incompatibilidad, cuando una vez establecida la voluntad de las partes de manera evidente, el principio de proximidad no puede intervenir. Además, constatamos por la cláusula de escape que consagra el principio de proximidad de Suiza y de Quebec, que su aplicación no es admitida cuando las partes han decidido la ley aplicable.

Con relación a las normas de conflicto con conexiones alternativas, debemos distinguir dos corrientes doctrinales. Una primera corriente no permite la aplicación de la cláusula de escape o del principio de proximidad cuando estamos frente a normas de conflicto con conexiones alternativas<sup>330</sup>. La segunda corriente permite su aplicación si no va en contra de la intención del legislador de la norma de conflicto corregida<sup>331</sup>.

---

<sup>327</sup> Lagarde, *Le principe de proximité...*, ob. cit., p. 31.

<sup>328</sup> Von Overbeck, *Les questions générales du Droit international privé...*, ob. cit., p. 190; Lagarde, *Le principe de proximité...*, ob. cit., p. 48; Dubler, *Les clauses d'exception en Droit international privé...*, ob. cit., p. 79.

<sup>329</sup> Lagarde, *Le principe de proximité...*, ob. cit., p. 48.

<sup>330</sup> Von Overbeck, *Les questions générales du Droit international privé...*, ob. cit., p. 190; Groffier, *La Réforme du Droit International Privé Québécois...*, ob. cit., p. 620; Talpis / Castel, *Le Code Civil du Québec...*, ob. cit., p. 827.

<sup>331</sup> Goldstein / Groffier, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 77.

Igual solución ocurre en cuanto a las normas de conflicto de carácter material. Talpis y Castel<sup>332</sup> no admiten la posibilidad de usar el principio de proximidad, mientras que Dubler<sup>333</sup> conserva la misma posición, en el sentido de declarar aplicable la cláusula de escape si esta última respeta la *ratio legis* de la norma de conflicto en cuestión.

Hay otro supuesto que podemos examinar con referencia al principio de proximidad. Si observamos una disposición particular que aplica el principio de proximidad, la cláusula de escape que consagra este principio de manera general no podrá ser aplicada, porque ya estaremos usando el principio de proximidad en la norma de conflicto específica.<sup>334</sup>

En lo que concierne a la cláusula de escape y al principio de proximidad, en relación con la figura del reenvío, podemos notar diferentes opiniones al respecto. Von Overbeck señala que una cláusula de escape general podría retomar la función del reenvío<sup>335</sup>. Los autores H. P. Glenn<sup>336</sup> y C. E. Dubler<sup>337</sup> comparten la misma opinión. Con referencia al principio de proximidad, se señala que el reenvío debería ser excluido cuando interviene este principio, porque no sería lógico, que luego de haber estudiado cuidadosamente los diversos factores de conexión y de haber procedido a una localización de la situación, el juez deba rechazar la aplicación de la ley designada debido a que la norma de conflicto de la misma remite a otra ley<sup>338</sup>. Lo mismo ocurre con el reenvío frente a las cláusulas de escape. Observamos que intervienen cuando la ley designada por la norma de conflicto posee un vínculo muy débil con la relación jurídica, por lo cual dichas cláusulas buscan mejorar esa vinculación<sup>339</sup>.

También se dice que el rechazo del reenvío puede explicarse, por la existencia dentro de un sistema de Derecho internacional privado de una

---

<sup>332</sup> Talpis / Castel, *Le Code Civil du Québec...*, ob. cit., p. 827.

<sup>333</sup> Dubler, *Les clauses d'exception en Droit international privé...*, ob. cit., p. 75.

<sup>334</sup> Talpis / Castel, *Le Code Civil du Québec...*, ob. cit., p. 827; Goldstein / Groffier, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 85.

<sup>335</sup> Von Overbeck, *Les questions générales du Droit international privé...*, ob. cit., p. 132.

<sup>336</sup> Glenn, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 683.

<sup>337</sup> Dubler, *Les clauses d'exception en Droit international privé...*, ob. cit., pp. 119 y 215.

<sup>338</sup> Goldstein / Groffier, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 173; Lagarde, *Le principe de proximité...*, ob. cit., p. 40.

<sup>339</sup> Dubler, *Les clauses d'exception en Droit international privé...*, ob. cit., p. 120.

cláusula de escape como la prevista en el ordenamiento jurídico quebequense, en el artículo 3082, porque esta cláusula es la materialización del principio de proximidad<sup>340</sup>. En caso de encontrarse un ordenamiento jurídico que incluya, tanto una cláusula de escape por el principio de proximidad, como una disposición que permita el reenvío, debe darse preeminencia a la cláusula de escape<sup>341</sup>.

Finalmente, entre la seguridad jurídica, que exige una certeza y una previsibilidad del resultado, y la flexibilidad de las soluciones, que busca la justicia material del caso concreto, podemos afirmar que el principio de proximidad y la cláusula de escape tienen un lugar importante en el Derecho internacional privado. El principio de proximidad, como lo comenta T. B. de Maekelt, “es la médula del Derecho internacional privado actual” y es “casi sinónimo de la idoneidad”<sup>342</sup>. El mismo debe recibir un lugar razonable en el Derecho internacional privado, sin destruir las normas de conflicto<sup>343</sup>. Podemos formularlo de dos maneras. Una primera manera, consiste en diversificar la norma de conflicto otorgándole diferentes posibilidades y predeterminando los agrupamientos de índices necesarios para lograr establecer el vínculo más estrecho. Una segunda manera, se refiere a privilegiar un índice o un agrupamiento de ellos, pero dejando estos últimos a una cláusula de escape de manera que el juez pueda apreciar la situación. Estas dos fórmulas pueden, de cierto modo, conciliar la previsibilidad de la solución y una justicia material del caso concreto.

En lo que concierne a la cláusula de escape, siendo su objetivo la aplicación de la ley que presenta los vínculos más estrechos, podemos también otorgarle relevancia, pero es importante que esté precisada *modo legislatoris*<sup>344</sup>. En efecto, debe distinguirse entre los casos en los cuales la certeza y la previsión son necesarias y los que no merecen una

<sup>340</sup> Goldstein / Groffier, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 173.

<sup>341</sup> Dubler, *Les clauses d'exception en Droit international privé...*, ob. cit., p. 122.

<sup>342</sup> B. de Maekelt, Tatiana, La Codificación interamericana en materia de Derecho internacional privado en el contexto universal y regional, en: *Libro-Homenaje a Haroldo Valladão*, Caracas, FCJPUCV, 1997, p. 159.

<sup>343</sup> Lagarde, *Le principe de proximité...*, ob. cit., pp. 45-46.

<sup>344</sup> Goldstein, *L'interprétation du domaine d'application international du nouveau Code Civil du Québec...*, ob. cit., p. 205.

consideración absoluta de estos elementos. La necesidad de previsión es prioritaria en las situaciones en las cuales el sujeto de Derecho debe anticipar el futuro antes de tomar las decisiones que producirán o continuarán produciendo sus efectos en un período alejado<sup>345</sup>.

Puede suceder, por ejemplo, en las materias contractual, del régimen matrimonial y de la sucesión. En estas materias, la cláusula de escape, que sacrifica la certidumbre a la proximidad, no debería ser aceptable, a menos que encuentre su contraparte en el sentido de permitir al sujeto de Derecho restablecer esa certidumbre por la autonomía de la voluntad<sup>346</sup>. En otras materias, como la del divorcio o de los efectos del matrimonio, la necesidad de seguridad no es tan importante como para privar sobre la justicia de la conexión. En este caso, el principio de proximidad podría intervenir para restablecer la relación más vinculada con la situación examinada. Nos damos cuenta hoy en día de que el principio de proximidad está en plena expansión. Debido a este crecimiento, pensamos que, tarde o temprano, el mecanismo del reenvío no se considerará tan útil como para querer conservarlo en el Derecho internacional privado. Otros mecanismos lo están reemplazando y es por la amalgama de todos estos nuevos desarrollos que terminaremos por considerar el reenvío como menos conveniente.

## Conclusión

El reenvío, en su concepción moderna, debe utilizarse con el fin de lograr satisfacer un mejor cumplimiento de la función del Derecho internacional privado. Para determinar su utilidad práctica, necesitamos referirnos específicamente a un ordenamiento jurídico en el cual se encuentra consagrado. No podemos apreciarlo en su justo valor si no analizamos el sistema de Derecho internacional privado que lo adopta. Si en este sistema jurídico observamos normas que se refieren a la autonomía de la voluntad de las partes, normas que tienen factores de conexión alternativos, normas que aspiran a un resultado material específico o, simplemente, normas que aplican el principio de proximidad, sea de manera general o dentro de una cláusula de escape, entonces, el reenvío probablemente no será de gran

---

<sup>345</sup> Lagarde, *Le principe de proximité...*, ob. cit., p. 116.

<sup>346</sup> Lagarde, *Le principe de proximité...*, ob. cit., p. 117.

utilidad, debido a la existencia en ese ordenamiento de todos estos caminos legislativos que conducen a la justicia material.

Ahora bien, si el ordenamiento jurídico no posee todas estas herramientas, pero acoge la figura del reenvío, podríamos ver en esta una manera de llegar a la armonía de las soluciones. Todo depende de cómo un sistema jurídico está construido.

La comparación efectuada entre el ordenamiento jurídico venezolano y el de Québec permite apoyar nuestras afirmaciones. Aunque ambos son de tradición civilista, estos sistemas representan posiciones opuestas en cuanto al reenvío. Venezuela favorece esta figura, mientras que Québec la rechaza expresamente. No obstante, cuando examinamos cada uno de estos sistemas, apreciamos diferencias notables en la manera cómo ellos fueron construidos. Por eso, creemos que el reenvío puede tener una utilidad práctica en el Derecho internacional privado, pero esta utilidad depende también de las características del ordenamiento jurídico. Mientras más herramientas legislativas tenga un sistema de Derecho internacional privado para lograr la justicia material del caso concreto, menos conveniente será la figura del reenvío para este último.

Como lo hemos visto, el reenvío no puede aplicarse cuando interviene la autonomía de la voluntad de las partes. La figura tampoco puede admitirse, de manera general, si nos encontramos frente a normas con conexiones alternativas o con una finalidad material. En relación con el principio de proximidad, se ha demostrado que es preferible no emplear el reenvío, debido a que su utilización puede alejarnos del Derecho que presenta los vínculos más estrechos.

Sin embargo, es innegable que el reenvío comporta también ventajas. A título ilustrativo, puede, en ciertos casos, apuntar al *favor negotii* o al *favor filii*, pero es importante que se respete la intención del legislador. Podríamos entonces aceptarlo con relación a las normas de conflicto con conexiones alternativas o aquellas que buscan directamente un resultado material. Por consiguiente, resultaría precipitado entonar un *requiem* por esta figura. La prueba más obvia de ello se halla en el hecho de que el reenvío todavía persiste en las últimas codificaciones internas como la Ley alemana que contiene la reforma del Derecho Internacional Privado (1986),

la Ley relativa a los Principios Generales del Código Civil de Estonia (1994), la Ley italiana de Derecho Internacional Privado (1995), la Ley de Liechtenstein sobre el Derecho Internacional Privado (1996), la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado (1998), y el Código de Derecho Internacional Privado de Túnez (1998) que son ejemplos de su existencia.

Concluimos nuestro estudio con la consideración que el reenvío puede, todavía, ser útil para resolver equitativamente las controversias derivadas de las situaciones privadas internacionales. No obstante, tenemos reservas sobre su aplicación en caso de estar frente a ordenamientos jurídicos que aplican otros mecanismos para lograr la justicia material del caso concreto. Opinamos que Venezuela debe mantener la figura del reenvío dentro de su ordenamiento jurídico porque este último no contiene suficientes supuestos especiales para conducir a la justicia material. Sin embargo, estimamos que el ordenamiento jurídico de Quebec puede justificar el rechazo del reenvío debido a que este sistema refiere a una cantidad considerable de supuestos especiales que conducen a la justicia material del caso concreto. Al final de todo este análisis, independientemente de cómo está constituido un sistema jurídico, lo más importante es guardar en mente que tenemos que optar por una solución que favorece la armonía internacional entre los diferentes sistemas de conflictos.

## Veredicto

Los suscritos, miembros del Jurado designado por el Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela para examinar el trabajo de grado presentado por la ciudadana Carolina Bergeron, cédula de identidad No. 82.212.243, titulado “**El reenvío en el Derecho internacional privado contemporáneo**”, con el cual opta al grado de *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado, hacemos constar:

1. Leído dicho trabajo por cada uno de los miembros del Jurado se fijó el día martes 20 de febrero del año 2001 a las 2:30 p.m., para que la autora lo defendiera en forma pública, lo que esta hizo en la Sala de Conferencias del Centro de Estudios de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela en la Ciudad Universitaria, mediante un resumen oral de su contenido, luego de lo cual respondió satisfactoriamente a las observaciones y preguntas que le formuló el Jurado, todo ello conforme lo dispuesto en los artículos 44, 46 y 49 del Reglamento de Estudios de Postgrado vigente

2. Finalizado el examen público del trabajo, el Jurado decidió **APROBARLO** por consiguiera que se ajusta a lo dispuesto y exigido en la normativa vigente, aunque ello no significa que los miembros del Jurado compartan todos los planteamientos y conclusiones expuestos por la aspirante.

3. Por cuanto se trata de un meritorio trabajo personal que constituye un aporte sustancial a la materia y es el resultado de una seria investigación teórico-práctica que reviste importancia para el desarrollo del Derecho internacional privado en Venezuela, el Jurado, de conformidad con el artículo 52 del mismo Reglamento, por unanimidad, acordó recomendar su publicación.

Veredictos dado el día 20 de febrero del año 2001. También se deja constancia de que de conformidad con las disposiciones vigentes actuó como Coordinadora del Jurado, la Tutora del Trabajo, profesora Carmen Luisa Roche.

Tatiana B. de Maekelt

Eugenio Hernández-Bretón

Carmen Luisa Roche

Tutora