

CONSIDERACIONES SOBRE EL REENIO*

(A propósito de las últimas manifestaciones de la preocupación doctrinal por el mismo)

Por el Dr. JOSÉ PEREZ MONTERO

Asociado del I.H.L.A.D.I.
Profesor Adjunto de derecho Internacional
de la Universidad de Oviedo

DESDE que la solución judicial de los famosos casos Forgo y Bigwood motivó los apasionados estudios impugnativos del reenvío de Labbé y de Laurent, respectivamente, puede decirse que tal cuestión no ha dejado nunca de preocupar a la doctrina.

Y, sin embargo, este problema – que, reducido a sus límites esquemáticos, es, sin duda, de gran sencillez –, en vez de aclararse mediante la polémica tenaz y el estudio constante, en lugar de simplificarse merced a la atención siempre despierta que le han prestado los más ilustres internacionalistas, ha ido obscureciéndose y complicándose en forma tal que ha llegado a hacerse en extremo arduo.

¿Por qué ha sucedido así? ¿A qué se debe la confusión creada en torno suyo? A nuestro juicio, la explicación hay que buscarla, entre otras causas, en el modo en que se planteó y trató el problema por la doctrina que primeramente se ocupó de él y en el consiguiente sesgo que tomó en la discusión científica.

Ya fue un desacierto la denominación misma escogida para designarlo – “renvoi au premier degré” u “au second degré”, “ruckverweisung” o weiterverweisung”, “remittal” o “trasmisión”, “rinvio indietro” o altrove”, referencia o reenvío de primero o de segundo grado – que, no obstante, la adquirido carta de naturaleza en la terminología científica hasta el extremo de haberse hecho insustituible. Con razón se refería elocuentemente Geny a la perturbación social producida por los esfuerzos que los juristas han realizado para aprehen-

* La necesidad de limitar la extensión del presente trabajo nos obliga a publicarlo a prescindir de las notas eruditas y aclaratorias y complementarias de su texto que acompañan al original manuscrito del mismo.

der o para reglamentar los fenómenos sociales adoptando ciertas palabras sin profundizar en su contenido ni percatarse bien de su verdadera significación, y Maridakis ha subrayado también atinadamente como las expresiones “referencia de la Lex Fori a la Lex Patrie” y “reenvío de la Lex Patrie a la Lex Fori” han sido fuentes de errores y de equivocadas apreciaciones y han dado pábulo, en la teoría del reenvío, a los argumentos dialécticos más sofisticados e inconsistentes.

Pero, sobre todo, lo que más contribuyó a embrollar el problema fue el modo errado de plantearlo, desvinculándolo en absoluto del terreno de las realidades y confinándolo en el campo de las abstracciones, como si sólo interesaran los principios y los conceptos. En vez de investigar si, en la práctica, el reenvío podría servir para darnos la mejor y más justa solución, al menos en ciertas ocasiones, se prefirió llevar la discusión por los derroteros de la pura lógica, llegándose así a soluciones dogmáticas, inflexibles y apriorísticas, que para nada tenían en cuenta la justicia del caso concreto. Lo correcto y conveniente hubiera sido averiguar si el reenvío constituiría para el juez – aunque sólo fuera con carácter excepcional – el instrumento técnico adecuado para aplicar la ley que le conduciría al resultado más justo, pues, en definitiva, la finalidad del derecho no es otra que la de hacer triunfar en todos los casos y en cada caso particular la justicia y de poco o nada servirán las bellas construcciones teóricas y los impecables razonamientos si se desentienden de este fin práctico y no sirven.

Desgraciadamente, el ambiente doctrinal en que se inicia la polémica sobre el reenvío no era, en general, propicio para que germinaran estas ideas. Salvo en el mundo anglo-sajón, no interesaba mucho a los autores la solución concreta que resultara de la aplicación de la ley, no les preocupaba demasiado la sentencia dictada por el juez. Poco o nada contaba para ellos la importantísima acción creadora de éste. A la sazón gozaban todavía de gran predicamento en la doctrina francesa los métodos exegéticos y privaban plenamente, sobre todo en Alemania e Italia, los dogmáticos, tan contrarios a hacer concesiones al arbitrio judicial. Laurent había escrito: “Los Códigos no dejan nada de arbitrio del intérprete: éste no tiene por misión hacer el Derecho; el Derecho está hecho”, y Liard pensaba que “los artículos del Código son teoremas cuyo alcance entre sí hay que demostrar y deducir sus consecuencias, hasta el punto de que el verdadero jurista es un geómetra y la educación puramente jurídica es puramente geométrica”. Lo mismo que la escuela de la exégesis, la “Begriffjurisprudenz” se distinguía también, como ha puesto de manifiesto Hernández Gil, por su exagerado normativismo, su culto a la lógica, su afán por la generalización, su creencia

en las abstracciones y por todo cuanto implique un apartamiento de la vida real. Con razón pudo advertir Lambert, refiriéndose a estas corrientes doctrinales, la escisión cada día más profunda que produjeron entre a teoría y la jurisprudencia, pues al inmovilizar aquella su sistema jurídico, ciñéndose a categorías cerradas y a sus redes de deducciones, forzosamente habría de alejarse de la realidad y Von Tuhr consideraba que en la investigación y en la aplicación del derecho lo que prevalece es la lógica, ya que, en último término, la jurisprudencia es sólo un operador con conceptos. ¡Qué olvidada se tenía entonces la gran verdad de que cualquier dogmática que reduzca todo a esquemas lógicos, a reglas de pensamiento, no podrá nunca representar plenamente el fenómeno jurídico, acentuando unilateralmente una de sus dimensiones! No siempre un buen resultado dialéctico es un buen resultado jurídico. Y sin embargo, la imperiosa necesidad de conectar el Derecho con la realidad social en que actúa parecía desconocerse entonces en absoluto.

En tales circunstancias, ¿Cómo no habían de adolecer las teorías formuladas sobre el reenvío de apriorismo y dogmatismo, de inflexibilidad e intransigencia, presentándonoslo como “una unidad monolítica, frente a la cual sólo cabían posturas extremas y siempre rígidas”? Acertadamente ha destacado el profesor Aguilar la desorbitada pretensión de tales teorías que, limitándose a acotar una simple dimensión o aspecto del derecho Internacional Privado, intentan dar una visión completa, cuando sólo manejan simples fragmentos del problema. Recordemos, por ejemplo, en confirmación de lo dicho, la rotunda negación del reenvío entonces por Labbé, Liné, Pillet, Bartin, Laurent, Kahn, Niemeyer, Zitelmen, Anzilotti, Diena, Catellani, Buzzati, Olivi, Giacomo Grasso, etc. o su categórica afirmación por Keidel, Von Bar, Neumann, Fiore, Gabba, Rolin, Weiss, etc. Ni remotamente pensaban tales autores que, en la práctica, la aplicación de la doctrina del reenvío por el juez en ciertos casos podría llevarle al resultado más justo o, por el contrario, a dictar una sentencia menos justa. Su posición era radical y no permitía ni distinguos ni salvedades. Engolfados en sus preocupaciones especulativas parecían haber perdido el contacto con la realidad social, tan rica y varía en matices, que debía obligarles, en bien de la justicia, a admitir excepciones a la regla más rigurosa.

Además, por otra parte, es evidente la pobreza dialéctica de muchos de los argumentos más ardientemente sostenidos entonces en pro del reenvío. En vez de averiguar la verdadera naturaleza de las normas de Derecho Internacional privado algunos de los autores defensores del reenvío como científicos. ¿Qué valor jurídico puede atribuirse, por ejemplo, a

la opinión según la cual, la regla de derecho Internacional privado que prescribe la aplicación del derecho de otro Estado implica un *ofrecimiento* (Einladung) de aplicación de la ley extranjera, o contiene la declaración de que el primer Estado *se abstiene y se desinteresa* de la cuestión, por lo que, si el otro Estado declina el *ofrecimiento*, el juez debe aplicar la legislación de su propio país? No es cierto que, como advertía Cheshire, supone la mayor apología de la “Comitas gentium” la opinión de Weiss de que “puesto que la ley personal se inclina ante la ley territorial, no hay razón para que ésta rehuse el regalo, pues no tiene por qué mostrarse más realista que el Rey, más religiosa que la iglesia, más extranjera que el extranjero”.

Todo cuanto venimos diciendo de patentiza en el Instituto de Derecho Internacional al estudiarse y discutirse la cuestión del reenvío a finales del siglo pasado. Tanto la ponencia de Buzzati y Lainé, como los debates sobre ella durante las sesiones de La Haya (1898) y de Neuchâtel (1900), en los que distinguieron principalmente, por sus ataques al reenvío, Lainé, Renault., Asser, Buzzati, Catellani, Pierantoni y Bustamante y , por su defensa, Rolin, Roguin, Brussa, Von Bar y Westlake, prueban claramente la verdad de nuestras afirmaciones. Así, pues, la fórmula que primeramente se sometió a votación por el Instituto y que fue aprobada por 17 votos contra 7, presenta todas las características de inflexibilidad que hemos señalado: “Cuando un legislador, al formular una regla de Derecho internacional privado, designa como directamente aplicable por sus Tribunales a una cierta materia una ley extranjera, no debe subordinar la aplicación de esta ley a la condición de que sea prescrita igualmente por la legislación extranjera de que forma parte la ley civil así designada. Como dice el profesor Gestoso Tudela, esta fórmula era “la negación completa, clara, total y absoluta” del reenvío. Y aún la fórmula definitiva, aceptada por 21 votos contra 6, a pesar de que pareció a algunos, como Diena, poco concreta, precisa y enérgica, no cabe duda de que es asimismo rígida y rigurosa, pues, si bien se limita a manifestar un deseo, lo hace rotundamente, sin admitir paliativos ni excepciones a la condenación que expresa del reenvío: “Cuando la ley de un Estado regula un conflicto de leyes en materia de Derecho privado, es de desear que designe la disposición que debe ser aplicada directamente en cada caso y no la disposición extranjera sobre el conflicto de que se trata”.

Y, sin embargo, no obstante este rigor y radicalismo de la doctrina al enjuiciar la cuestión, en la práctica el reenvío va imponiéndose ya en aquellos tiempos, especialmente en materia de estatuto personal, ante los conflictos entre la ley nacional y la de domicilio. Sobre todo, la jurisprudencia fran-

cesa, la belga y la alemana se distinguen por su aceptación. También muchas legislaciones lo recogen, reconociendo así su conveniencia, al menos en materia de estatuto personal: la Ley húngara sobre matrimonio, de 1894, el famoso artículo 27 de la Ley de Introducción al Código civil alemán, de 1896, el art. 29 de la Ley japonesa I-Iorei (reproducción del anterior), la Ley sueca de 1904, el Código civil suizo de 1907, etcétera. Y, finalmente, pese a la oposición doctrinal, hay necesidad de admitirlo en varios Convenios Internacionales, pues una razón práctica (conseguir la adhesión de los Estados partidarios de la ley del domicilio) obliga a ello: Convenio sobre el matrimonio (La Haya, 1902), íd. sobre unificación del Derecho de los efectos de comercio (La Haya, 1910 y 1912), etcétera.

* * *

No vamos ahora a exponer la historia del reenvío, ni siquiera una síntesis de ella. No lo permitiría la brevedad de esta nota ni tampoco sería de utilidad, pues plumas autorizadísimas lo han hecho ya magistralmente reiteradas veces. Pero sí conviene, después de cuánto hemos dicho sobre el planteamiento inicial del problema y el ambiente doctrinal en que surge la polémica sobre éste y sus características, que destaquemos algunos rasgos de su evolución posterior, especialmente relevantes para explicar las últimas manifestaciones de la preocupación doctrinal acerca del mismo.

Ante todo, la mayor flexibilidad de las doctrinas sobre la condena o la defensa del reenvío. Ha pasado la época de los apriorismos y dogmatismos, de las soluciones puramente especulativas y teóricas, dadas de espaldas a la realidad, con total olvido de la conveniencia y justicia de cada caso concreto. En cambio, empiezan a preocupar ya los factores sociales, las exigencias humanas de los supuestos particulares, comienza a estimarse la función creadora judicial, se trata de conciliar la teoría con la realidad, y la cuestión del reenvío sufre el mimetismo del nuevo ambiente doctrinal. En consecuencia, aunque suele persistir el errado planteamiento inicial del problema, con todos los inconvenientes que implica, las posiciones adoptadas frente a éste son menos irreductibles, las conclusiones dialécticas menos rotundas, rigurosas y tajantes: cada vez con mayor frecuencia se van admitiendo excepciones al principio general condenatorio o favorable al reenvío.

Por otra parte, se nota una tendencia, de día en día más acusada, a limitar el reenvío a las cuestiones de estado y capacidad de las personas, primeramente, y a darle mayor amplitud, después. El profesor Aguilar se pregunta: “Por qué negarse a contemplar el reenvío como resultado del choque de

criterios de conexión más diversos?”. Y el profesor Gestoso Tudela advierte: “es ocioso encarecer la importancia capital de esta cuestión, que no afecta solamente, como creen algunos, al estatuto personal y a la elección entre la ley nacional o la de domicilio, sino que afecta y puede afectar a todas las partes y problemas particulares del derecho Internacional privado”. Pero lo cierto es que el campo más fértil para la aplicación y fructificación del reenvío es el del estatuto personal, que, además, es, como afirmaba ya Lainé, la parte más importante del Derecho internacional privado, hasta tal punto que afecta a todo éste, el cual se halla así comprometido en su totalidad por el reenvío. ¿Qué de extraño tiene, pues, que se haya tratado de limitar la cuestión, ciñéndola a tal materia?

Aguilar ha observado también que, incluso en el mismo *Bartin*, decidido adversario del reenvío y considerado como un espíritu geométrico dentro del derecho Internacional privado por su exagerado rigor metódico, se percibe ya, en los años 1930 y 1931, cuanto acabamos de afirmar.

En tercer lugar, indiquemos asimismo que, aun cuando la doctrina sigue, en general, oponiéndose al reenvío, son cada vez más los internacionalistas prestigiosos que, apoyándose en consideraciones de orden práctico, lo defienden, aunque no falte tampoco algún que otro autor que lo haga basándose en argumentos puramente teóricos, que recuerdan los aducidos a fines y principios de siglo.

Fácilmente puede probarse la verdad de los anteriores asertos con la cita de algunos ejemplos bien significativos.

En Francia, *Lerebours-Pigeonnière* expone una teoría en la que se defiende el reenvío, aunque sin mencionarlo y aplicado exclusivamente en materia de estatuto personal. *Niboyet*, en un principio adversario del reenvío y después partidario de su aplicación, es especial en cuanto al estatuto personal, pero con exclusión de otras materias, defiende finalmente su total admisión. *Savatier* y *Lepaulle* la defiende igualmente. *Arminjon* admite su aplicación en materia de autonomía de la voluntad. Y, sobre todo, destaca en su defensa *Batiffol*, fundamentándolo en la coordinación de las normas de conflicto y poniendo de manifiesto cómo sirve mejor el interés de las partes que el sistema contrario, pues gracias al reenvío puede aplicarse el Derecho material que tienen relaciones más reales con sus intereses permanentes.

Descuellan también en la defensa del reenvío, en los últimos treinta años: en Alemania, *Nussbaum*, *Frankenstein* (cuya doctrina al respecto, sigue, en general, la vieja teoría de *Fiore*) y *Raape*, quien, aun cuando no se pronuncia en principio y en cuanto a la teoría ni en pro ni en contra del reenvío (“*Das Problem der Rück-und Weiterverweisung* –ex-

reclama en la última edición de su “Lehrbuch” – ist nicht mit cinen Ja oder Nein zu beantworten”), termina por manifestarse ardiente partidario de su aplicación (recuérdese el famoso ejemplo por él considerado como “roca de bronce” contra la que se estrellan los adversarios del reenvío); en los Estados Unidos, Cowan y Griswold; en Inglaterra, Reeburns, que adopta una posición realista, aceptando o no el reenvío según pueda producir un resultado práctico; en España, Trías de Bes, Gestoso Tudela, que afirma que “la solución del problema de la referencia no puede hallarse sino mediante la profunda meditación y el análisis jurídico de cada caso concreto”, Aguilar, para quien “el reenvío puede ser un instrumento que en muchos casos concretos facilite el resultado que se busca, que no es otro que el de otorgar la mayor universalidad y garantía a las soluciones”, y Goldschmidt, el cual resuelve el problema, según su teoría del uso jurídico, que ve en la aplicación del Derecho extranjero más bien una solución judicial, “algo que pretende estar especialmente ligado al resultado concreto”; en Bélgica, Verplaetse, que ha escrito al respecto párrafos tan significativos como éstos: “es de presumir, a la luz de la casuística y de la tendencia de las más recientes jurisprudencias, que, en el problema del reenvío, no se dé otra solución que en el de las calificaciones. Ambos rechazan las soluciones rígidas, universales; ninguno de los dos son verdaderas teorías ni momentos aislados en el proceso judicial. Ni la calificación ni el reenvío ostentan una solución meramente formal y abstracta: la decisión es el resultado de la consideración de todos los elementos conexos del caso concreto”, en Suiza, Schnitzer, cuya doctrina sobre el reenvío es análoga a las de Aguilar y Verplaetse, así como a las de Lepaulle y Arminjon, mostrando en ella – igual que en la de éstos – una gran preocupación pragmática...

Pero lo que más llama la atención en esta época es que los autores que consideran que doctrinalmente el reenvío carece de fundamento duelen admitirlo también, sin embargo, en la práctica como un expediente, común subterfugio o recurso (Behelf), cuantas veces lleve a dar a un caso concreto soluciones “sanas” y “justas”. Así Lewald, que estima que los argumentos en defensa del reenvío “no resisten a la crítica” y que éste “erigido en principio es inadmisibles”, sin embargo reconoce que ello “no impide que pueda ser admitido como solución útil en situaciones especiales”. Así también Melchior, que adopta análogo punto de vista, sosteniendo que la aceptación del reenvío puede proporcionar importantes ventajas prácticas. Así Maury, quien, abundando en el mismo criterio, escribe, refiriéndose al reenvío, que “s’il ne doit pas être érigé en système, il peut peu-être être accepté, exceptionnellement, à titre d’expédient » y cita los casos en que, a su jui-

cio, se conseguirán soluciones más justas mediante su aplicación,. Así Wolff y Pagenstecher, quienes ofrecen ejemplos de casos en los que, en la práctica, la aplicación del reenvío lleva a la mejor y más justa solución, lográndose mediante é la deseada armonía de las decisiones judiciales, no obstante lo impugnabile del mismo como principio-. Así Falconbridge, Makarov y Valladão, que se pronuncian contra las posiciones radicales en pro o en contra del reenvío, admitiendo, de acuerdo con Lewald, que puede ser expediente útil en situaciones especiales...

Incluso en Italia (done tradicionalmente la doctrina se ha mostrado adversaria del reenvío, desde la condenación rotunda que de é hicieron Anzilotti, Catellani, Diena, Buzzati, OLivi y Cavaglieri y más recientemente Fedozzi, Pacchioni, Moreliiii, Bosco y Ago), se admiten cada vez con mayor frecuencia excepciones al principio general impugnativo y se reconoce que las consideraciones contra el reenvío “non vogliono tuttavia essere una condanna assoluta del rinvio in ogni sua forma: vi sono infatti delle ipotesi singoli, in cui, qualora fosse usufruibile il rinvio, si otterrebbe una regolamentazione piú lógica del rapporto: e che il rinvio non sia del tutto da escludersi è dimostrato da alcune legislazione straniere che lo ammettono”. En tal sentido,, se pronuncian, por ejemplo, Baladore Pallieri, Monaco (al que pertenece el texto transcrito) y Ziccardi.

Finalmente, ha de mencionarse también aquí la especial posición de Wengler, quien aun declarándose contrario a la “Gesamtverweisung” y estimando, en consecuencia, que, *en principio*, la remisión ha de hacerse a las normas materiales del derecho privado del estado cuya legislación so invoca, enumera sin embargo una serie de supuestos en los que, en su opinión, el juez del foro debe tener en cuenta las reglas de conflicto de otro Estado, entre ellos, “cuando la ley aplicable, según la norma conflictual del foro, *deba adaptarse a las circunstancias del caso, por razones de equidad*”.

Pronto las nuevas tendencias doctrinales acerca de la cuestión del reenvío se acusan en el Instituto de Derecho Internacional. En su Sesión de Oslo, en 1932, siguiendo la orientación iniciada ya en la de Cambrigde de 1931 y a propuesta de Niboyet y de Streit, el Instituto, a pesar de la rotunda condenación de 1900, acepta el reenvío, aunque sólo en materia de capacidad personal. Y veinte años más tarde, en la Sesión de Siena de 1952, en vistas de las nuevas circunstancias y de la preocupación creciente por tan debatida cuestión, acuerda volver a pronunciarse sobre ella, designa como coponentes para tratarla a los profesores Lewald y Meijers (muerto en 1954, antes de comenzar la redacción de la Ponencia y sustituido por el Profesor Maridakis) y crea la XXIII Comisión

encargada de estudiarla e integrada por ambos componentes y por otros doce prestigiosos internacionalistas como miembros.

Igualmente la VII Sesión de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya de 1951 incluye en su orden del día el tema del reenvío. Discute un Proyecto presentado al respecto por el Gobierno holandés – preparado principalmente por el profesor Meijers -, favorable a la aplicación del reenvío, y concluye por aprobar un “Proyecto de convenio para regular los conflictos entre la ley nacional y la ley del domicilio”, en el que implícitamente se admite el reenvío, si bien sólo en materia de estatuto personal.

Y también a causa de la diversidad de sistemas – domiciliario o nacional – para regular el estatuto personal – que, como hemos indicado, obligó ya a principios de siglo a la admisión del reenvío en varios Convenios – sigue aceptándose en otros. Así en los de Ginebra de 1930 sobre letra de cambio y de 1931 sobre cheques.

Además, como agudamente han observado Donnedieu de Vabres, Raape y Lewald, se nota en los últimos decenios una tendencia jurisprudencial cada vez más favorable a la aplicación del reenvío, especialmente en materia de estatuto personal. Buena prueba de ello es su admisión desde 1926 por los Tribunales británicos – a través de la práctica del sistema de doble reenvío, inspirado en la doctrina de Dicey – y la reciente jurisprudencia norteamericana favorable (Recordemos también que el mismo “Restatement” lo admite excepcionalmente, incluso aplicándolo a la “lex rei sitae”, lo que no deja de ser sorprendente, dado el carácter eminentemente territorialista de dicha compilación).

En cambio, en las legislaciones positivas existe en esta época diversidad de criterios, pues mientras unas admiten el reenvío (art. 36 de la Ley polaca del 2 de agosto de 1926, ley china de 5 de agosto de 1926, art. 91 de la Ley cambiaria alemana del 21 de junio de 1933, art. 4 de la Ley siamesa sobre competencias legislativas o conflictos de leyes, del 10 de marzo de 1939, arts. 156 y 159 de la Ley yugoslava sobre Derecho sucesorio, del 25 de abril de 1955), otras lo rechazan (Códigos civiles italiano de 1942 (art. 30), griego de 1946 (art. 32) y egipcio de 1949 (arts. 26 y 27), Ley brasileña de 1942 (art. 16), Proyectos húngaro /art.11) y español (art. 11), de 1944).

* * *

Considerando aparte merece, por ser la más importante manifestación de la actual preocupación doctrinal por el reenvío y marcar el ápice de las reflexiones de los autores sobre el mismo, la Ponencia redactada por Maridakis, con asentimiento en lo fundamental de Lewald, que, presentada para su

examen y aceptación a los miembros de la XXIII Comisión ya mencionada y modificada en vista de las observaciones de éstos, se halla pendiente de la aprobación del Instituto de derecho Internacional.

En esta Ponencia, a pesar de que confirma substancialmente la Resolución de 1900 del Instituto, se nota la influencia de cuánto hemos indicado en los párrafos precedentes. Ello ha determinado –como veremos más adelante– la existencia de ciertas diferencias entre aquella Resolución y la que propone dicha Ponencia, las cuales interesa destacar como sintomáticas de un cambio de criterio y de actitud al enfocar y resolver los problemas del Derecho internacional privado.

La Ponencia de Maridakis, como han observado los profesores Wengler y Yanguas, se inspira en la Teoría general del Derecho. Ante todo prueba que, contrariamente a lo que de ha afirmado, las normas de Derecho material y las de Derecho Internacional Privado son de la misma naturaleza. Ambas contienen un imperativo dirigido a todo el mundo, sin tener en cuenta su aprobación o reprobación, el silogismo judicial es igual en unas y en otras. Basándose en ello, Maridakis rebate los conocidos argumentos, favorables al reenvío, del desistimiento y de la cortesía o el ofrecimiento (Einladung) y pone de manifiesto así la total carencia de valor científico de los mismos. Por idénticos motivos rechaza la teoría del doble reenvío (Foreign Court Theory) de los jueces ingleses y, también apoyándose en convincentes razonamientos, las de la remisión integral (Gesamtverweisung) e indivisibilidad del derecho extranjero reclamado. Después refuta los argumentos de quienes, aun reconociendo lo infundado del reenvío en teoría, lo admiten como expediente cuando lleve a dar una solución “sana” y reputen como tal la que permita al juez aplicar la “lex fori”, por creer que aquél conoce perfectamente la legislación de su país y, en cambio, no siempre conoce con la misma seguridad el verdadero sentido del derecho extranjero. “Pero si el retorno a la “lex fori” por el canal del reenvío fuera considerado como solución “sana” – escribe a este propósito Maridakis – ello significaría que todos los casos en que la “lex fori” no se aplica, en virtud de las normas del Derecho Internacional Privado, constituyen por sí mismos un estado de cosas malsano, lo que es inadmisibles por quebrantar los fundamentos mismos del Derecho Internacional Privado”. A su juicio, “la solución más oportuna y más sincera sería que el juez aplicase la “lex fori” sólo cuando, después de haber hecho todo cuanto le fuera humanamente posible, no llegara a conocer el derecho extranjero”. Asimismo crítica y rechaza el argumento en pro del reenvío, según el que, mediante éste, se consiga la armonía de las decisiones judiciales, y llega

finalmente a la conclusión, deducida de toda la exposición anterior, de que los argumentos en pro del reenvío son sólo sofismas, presentados “a posterior” en apoyo del resultado deseado, que generalmente consiste en la aplicación de la “lex fori”. Sin embargo, aun insiste y se detiene una vez más en una argumentación que parece preocuparle especialmente: la de quienes, reconociendo la pobreza dialéctica de los razonamientos que la doctrina ha formulado tradicionalmente a favor del reenvío, lo admiten, sin embargo, como medio terapéutico, principalmente contra las perturbaciones ocasionadas en la vida interestatal de los individuos por el hecho de que, en lo referente al estatuto personal y a las relaciones de familia y sucesiones, unos Estados toman como punto de conexión la nacionalidad, mientras otros, en cambio, adoptan como tal el domicilio. Así, según Maridakis, “el problema del reenvío se reduce y se circunscribe hoy a la cuestión siguiente: ¿el reenvío, aunque carece de fundamento teórico, puede servir de expediente (Behelf) para que los Tribunales que han de entender en un litigio, en cualquier Estado en que se plantee, apliquen el mismo Derecho material?” Maridakis contesta negativamente a esta pregunta. Todo mal – dice – sólo puede curarse si el foco patógeno que lo origina es vigorosamente atacado. Así, si universalmente se admitiera como punto de conexión la nacionalidad o el dominio, el foco del mal desaparecería e “ipso facto” éste también. Pero el reenvío deja intacto el foco patógeno que trata de atacar y, por tanto, no sirve como remedio. Además tampoco puede cumplir su fin de medio terapéutico, pues varios Estados lo rechazan y los Estados que lo admiten discrepan en cuanto a su concepto. “Los teóricos – añade Maridakis- puede cómodamente imaginarse casos en la soledad de su despacho e idear teorías para resolverlos; pero los jueces se encuentran en situación distinta, porque se enfrentan con una situación concreta y en ella deben experimentar el valor de todas las teorías. No podrá nunca exigirse a ningún juez de ningún país que, al reglamentar una relación dada, realice un esfuerzo superior a las fuerzas humanas. Y ha de desplegar tal esfuerzo cuando trate de determinar en qué sentido cada Estado “reenvía” a una legislación extranjera. Además se contravendría también el principio de *sencillez* propio de las normas jurídicas, sencillez en la que se basan la estabilidad y la positividad del derecho”. Según Maridakis, cada autor, al formular su propia teoría del reenvío, obra como si los hombres entre los que las relaciones jurídicas se establecen no existieran. Cada teórico combina a su manera los derechos de éstos, sin tener en cuenta que, antes de establecer determinada relación jurídica, los hombres pueden estudiar estas combinaciones para asegurarse de que tal relación será válidamente establecida. No hay que olvidar

que las normas jurídicas de Derecho Internacional privado son normas jurídicas, y que, por tanto, sus destinatarios están obligados a someterse a ellas. Pero los teóricos del reenvío tratan de la cuestión sin cuidarse, al parecer, del carácter obligatorio de las normas de Derecho Internacional privado. Sólo se preocupan y hablan del juez y se esfuerzan por encontrar una infinidad de casos y por presentar una serie de combinaciones para reglamentarlos, creando así una gran variedad de reglas que los hombres que viven en sociedad sólo pueden observar a costa de enormes dificultades para saber cuál de tales reglas se adapta a la relación concreta que se proponen establecer. De este modo, la cuestión del reenvío – concluye Maridakis – lleva a la inestabilidad y a la incertidumbre, y los riesgos que corren los hombres a ver sus relaciones anuladas “a posteriori” son infinitamente más si se admite el reenvío como sistema que si se le rechaza. En consecuencia, el profesor Maridakis trata de hallar otro remedio a la difícil situación creada por la división de los estados en dos grupos: el de los que admiten como punto de conexión el domicilio y de los consideran como tal la nacionalidad. Y para dicho autor, este remedio no debe buscarse en el exterior, sino nuevamente sólo en la misma naturaleza de las normas jurídicas. Formuladas éstas en abstracto, en vista del “quod plerumque fit”, es raro que cubran exactamente a la relación considerada. Por ello el legislador confía al juez la tarea de aplicar la norma abstracta al caso concreto, adaptándola a las dimensiones de éste, a fin de atribuir “con exactitud a cada uno lo que le conviene”. Todo esto aplica también a las normas de Derecho Internacional privado, que, igual que las demás, se formulan teniendo en cuenta lo que sucede comúnmente. Y lo que suele acontecer es que una categoría de relaciones se liga mediante un determinado elemento a cierto Estado. la Norma de Derecho Internacional privado designa este Estado como aquello cuyas reglas que gobiernan la vida en común debe aplicarse. Pero no se excluye por ello, sin embargo, que una relación jurídica perteneciente a la categoría de relaciones a que se refiere la norma de Derecho internacional privado, aún estando vinculada al Estado determinado por esta norma, se ligue también más íntimamente, en virtud de elementos especiales, a otro Estado. Entonces la norma de Derecho Internacional privado dejaría de cumplir su misión de realizar la justicia, si se aplicara a dicho caso, en el que está demostrado que la relación de liga más estrechamente a otro Estado. Si los vínculos generales engendrados por los elementos especiales no prevalecen, la norma de Derecho Internacional privado, formulada en abstracto y teniendo en cuenta el término medio, no habrá cumplido su misión, al no determinar el Derecho “exacto” apropiado a la circunstancia considerada. La relación debe subordinarse,

en cuanto al fondo, al derecho del Estado que parece más indicado por las circunstancias. Incluso cuando los Tribunales aplican normas escritas de Derecho Internacional privado, obran como hubiesen obrado el legislador. El juez "completando la obra del legislador crea una norma individual de Derecho Internacional privado" como la que el legislador mismo, *si hubiera estado presente* y hubiera conocido las circunstancias particulares, hubiese dictado". Por tanto, "si la estricta aplicación de la norma lleva a una injusticias, debe permitirse al juez apartarse de tal norma y designar, en cambio, la ley de otro Estado, cuya aplicación se impone en dicho caso debido a sus particulares circunstancias".

En vista de los razonamientos precedentes, Maridakis considera que, puesto que teóricamente el reenvío carece de fundamento y como expediente es de difícil aplicación y apenas sirve para nada, "las perturbaciones producidas en la vida internacional por el foco patógeno ya mencionado sólo pueden eliminarse si los países que admiten el punto de conexión de la nacionalidad introducen una excepción, según la cual la "lex patriae" no se aplicará cuantas veces las circunstancias particulares de un determinado caso impongan la reglamentación de la relación por la "lex domicilii" o por otra ley. Por su parte, los países que admiten el punto de conexión del domicilio (residencia habitual) deben también renunciar excepcionalmente a la aplicación de la "lex domicilii" cuando las circunstancias particulares del caso concreto obliguen a ello por resultar injusta e inconveniente tal aplicación".

Como conclusión de su larga y substanciosa Ponencia, el profesor Maridakis considera que el Instituto debe mantener la Resolución de 1900, pero formulándola de la manera siguiente:

"Il est désirable que les règles de D.I.P., désignant le droit d'un État déterminé comme étant applicable à un certain rapport de vie, entendent le droit matériel en vigueur dans cet État, à l'exclusion des règles de D.I.P. établies dans même État ».

"Il est désirable que les règles de D.I.P., stipulant que l'état de la personne physique et ses rapports de famille et de succession son régis d'après le droit en vigueur dans l'État de la nationalité ou du domicile (résidence habituelle), souffrent une exception dans les cas où les circonstances particulières imposent le droit d'un autre État comme étant le plus approprié.

(Ou ...dans les cas où les circonstances particulières commandent que ces rapports soient réglés le droit en vigueur dans un autre pays, comme étant le plus approprié) ».

* * *

Si se compara la Ponencia de Maridakis y la Resolución que propone con la de 1900 del Instituto de Derecho Internacional y con las teorías sobre el reenvío formuladas entonces, que inspiraron los debates del mencionado Instituto e aquella ocasión, se advierte claramente en el trabajo del jurista griego respecto de éstas:

1^o.) Mayor sencillez en el planteamiento y carácter más científico de la doctrina sustentada y de la solución dada. El autor se limita a estudiar, con gran claridad, la naturaleza y el funcionamiento de las normas jurídicas y a demostrar la identidad de naturaleza y funcionamiento de la norma de Derecho Internacional privado y de la de Derecho material y, basándose en tal estudio, prueba la conveniencia o no conveniencia de la aceptación del reenvío. De este modo dicha cuestión, que tan oscura y complicada se presenta por otros autores, se torna diáfana y sencilla.

2^o.) Preocupación pragmática dominante, frente al carácter eminentemente especulativo de la mayoría de aquellas doctrinas y soluciones. Tal preocupación, se manifiesta principalmente: a) En el interés con que el profesor Maridakis procura demostrar que el reenvío no sirve *en la práctica* para la realización de la justicia. El problema del reenvío se desplaza así del campo de la teoría al de la realidad. Lo que le interesa, sobre todo, al citado profesor es una cuestión puramente práctica: la de saber cuál es la ley que, dado un determinado caso, llevará al resultado más justo... Por eso deja de lado unas veces o rechaza abiertamente otras os razonamientos basados en el principio de soberanía, en la cortesía internacional, etc. y fija su atención preferentemente en el hombre, como destinatario de la norma, y en la acción creadora del juez ante cada caso concreto. b) En el detenimiento y cuidado con que rebate las teorías llamadas por el profesor Aguilar “concretas” y las demás doctrinas semejantes a ellas a las que nos hemos referido anteriormente. Más de un tercio de la Ponencia (&& VIII-XII) se dedica a refutarlas y a demostrar que *en la practica* el reenvío no cumple la misión de instrumento o “expediente” (Behelf)

3^o.) Mayor flexibilidad. Ciertamente que la condenación del reenvío se mantiene en los términos rotundos de la Resolución de 1900, pero, a diferencia de ésta, se añade a ella un segundo párrafo que atempera mucho el rigor de los principios y normas del Derecho Internacional privado, haciéndolos más elásticos y adaptables a las situaciones concretas. Así el juez goza de mayor libertad para aplicar el derecho que lleva al resultado más justo. Las excepciones contenidas en ese segundo párrafo contrastan con el dogmatismo de las teorías y el legalismo de las soluciones dadas en otros tiempos y suponen

una concesión a los partidarios de aumentar el arbitrio judicial, a fin de que el juez pueda cumplir mejor su importantísima misión creadora, indispensable para completar y perfeccionar la obra del legislador, haciendo que la aplicación de la ley conduzca siempre, incluso en circunstancias excepcionales, a la realización de la justicia.

Maridakis ha llegado a este resultado principalmente mediante el profundo estudio y aguda crítica que en la Ponencia hace de las teorías mencionadas, así como también del Proyecto de convenio de La Haya de 1951 para regular los conflictos entre la ley nacional y la domiciliar. Quizá de no haber procedido a tan maduro examen de tales teorías, no hubiera añadido dicho importante segundo párrafo en su Resolución. Es bastante significativo a este respecto el hecho de que no se contenga tal excepción en ninguno de los treinta artículos que integran el vigente sistema de Derecho Internacional privado griego (arts. 4-33 del Código civil de 1946), no obstante ser obra personal de Maridakis, y el de que en el Curso que él explicó en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1954 sobre “Los principales rasgos de la reciente codificación helénica del Derecho Internacional privado”, así como en su Tratado se refiriera a dicha excepción, aunque no dejara, sin embargo, de manifestarse reiteradamente partidario de una interpretación amplia de las normas contenidas en el Código griego que facilitara la actividad creadora judicial.

* * *

Concluimos esta nota con algunas consideraciones sugeridas por cuanto precede.

Para mayor orden y claridad distinguiremos, de acuerdo con la doctrina italiana (Fedolli, Ago, etc.), dos hipótesis (correspondientes a la distinta posición del legislador y del juez respectivamente ante el problema del reenvío) y, dentro de ellas, diversos supuestos:

1ª.) De jure condendo.

a) Que el legislador rechace el reenvío. Entonces cabe imaginarse dos casos: que lo admita con carácter excepcional o que lo excluya en absoluto. En este último supuesto habrá de introducir en sus sistema de Derecho internacional privado las excepciones propuestas por Maridakis, pero no limitadas a los puntos de conexión a todos los demás, pues e reenvío no sólo afecta “al estatuto personal y a la elección entre la ley nacional o la del domicilio, sino que afecta y puede afectar a todas

las partes y problemas del Derecho Internacional privado”. Por eso convendría englobar todas estas excepciones en una disposición general, que podría redactarse así o en forma análoga: “Los principios de Derecho Internacional privado aquí enunciados sufrirán una excepción cuando las circunstancias particulares del caso al que se apliquen impongan como más apropiado que el Derecho que ellos determinan el de otro Estado”. Esta disposición vendría a ser una especie de válvula de seguridad que el hombre – destinatario de la norma – tendría siempre frente a los peligros del excesivo legalismo.

b) Que el legislador acepte el reenvío, deberá establecer tal norma aprobatoria con carácter general y facultativo, general, pues no conviene que indique los grados y las materias a que la de aplicarse. Facultativo, adoptando, por ejemplo, el criterio que sobre el reenvío tiene la ley sueca de 1904, frente al de la polaca de 1926.

A todas estas conclusiones llegamos en vista del carácter eminentemente práctico de reenvío, que aconseja no ligar demasiado al juez con una legislación rígida o prolija y casuística, la cual haría en este caso embarazoso el cumplimiento de su misión, privándole de la libertad que requiere su acción creadora.

Nosotros estamos lejos de defender las teorías del “judge made law”. No podemos en modo alguno adherirnos al criterio radical, de todo punto inadmisibles por lo exagerado, de la Escuela norteamericana de Yale, de Lorenzen o de Cook, por ejemplo. Por el contrario, sostenemos con el profesor Gestoso Tudela que “El derecho pide ante todo y es ante todo certidumbre y seguridad”, y afirmamos con el profesor Werner Goldschmidt que “en cuanto a las jurisprudencias hay que tener en cuenta que poseen desigual valor en los diferentes países; en algunos son fuente formal del derecho en otros no lo son; ; en algunos jueces y abogados tienen una gran cultura jurídica de la que en otros carecen. En este supuesto se aplican las palabras de Laurent: “Tan valent les motifs, tan vaut l’arrêt”. A la idolatría de la ley ha seguido, en parte por la influencia poderosa de los anglosajones, una idolatría de la jurisprudencia. Ambas son igualmente estúpidas”. Pero también creemos como el profesor Aguilar, que todo en el Derecho Internacional privado “queda centrado fundamentalmente en torno del hombre, cuyos intereses son los que deben primar” y que, para ello, es indispensable que las normas de Derecho Internacional privado tengan la elasticidad precisa para que el juez, después de valorar convenientemente los factores sociales y humanos de cada caso particular, pueda adaptar adecuadamente el contenido abstracto de la norma a la relación concreta que ha de regular, creando “aquella norma individual que, al completar y perfeccionar la obra del legis-

lador, hace el Derecho “exacto” de que ya hablaron Platón y Aristóteles. Solo así se conseguirá que la justicia pueda triunfar siempre, dándole a cada uno lo que le corresponde sin detrimento del formalismo legal. No olvidemos que no hay regla sin excepción y que, en la práctica, no existen nunca dos casos iguales, pues las circunstancias jamás de repiten en idéntica forma, dadas la complejidad de la realidad y la gana de infinitos matices que presenta.

2ª.) De jure condito

a) Si la “lex fori” sólo acepta el reenvío con carácter *excepcional* o lo rechaza en absoluto, pero admite las excepciones a los principios a que nos hemos referido en el apartado anterior (&a) o a alguno de ellos, el juez habrá de extremar su prudencia y cautela en la aplicación de todas estas excepciones, limitándolas a los casos estrictamente necesarios para la realización de la justicia. En la aplicación de esta disposición, como en la de la “vorbehaltsklausel” o der la excepción de orden público, se recomienda al juez que adopte siempre un criterio restrictivo. En modo alguno pretextando conocer mejor su propia ley que la extranjera reclamada y sin atender a otros motivos de mayor fundamento, abusará de esta licencia que el legislador le ha concedido con el exclusivo objeto de que cumpla mejor su misión. Ha de evitarse siempre que lo que, según la ley, es sólo excepción, se convierta en la práctica en regla.

b) Si la “lex fori” admite el reenvío con carácter general y facultativo, es decir, si lo permite o nada dice sobre él, el juez goza evidentemente de muchísima mayor libertad en la aplicación del reenvío que en los supuestos ya tratados. Sin embargo, no ha de interpretarse este precepto en el sentido de que tal libertad sea completa, pues conviene que lo aplique sólo cuando llegue al convencimiento de su necesidad para la realización de la justicia, después de compenetrarse con el espíritu que anima al sistema de Derecho Internacional privado de la “lex fori”, de comparar las normas de este sistema con las vigentes en los otros Estados con los que la relación examinada está ligada asimismo, de calcular el resultado que se obtendrá, de la aplicación del derecho material del foro o de la aplicación del de estos otros Estados, de apreciar las circunstancias particulares que concurren en dicha relación, de fundarse en los principios generales del derecho, de apoyarse en la equidad y, finalmente, después de tener en cuenta también los intereses de su país, tanto considerado aisladamente como en cuanto miembro de la sociedad internacional.

c) Si la “lex fori” prohíbe en absoluto el reenvío, sin

admitir tampoco las excepciones a los principios aludidos en el párrafo “a” del presente apartado, o si, por el contrario ordena la aplicación del reenvío (al menos en su primer grado o en ciertas materias), el juez habrá de limitarse a hacer lo que la ley le ordena. Pero, aún en este supuesto, en virtud del principio “fiat justitia, pereat lex”, el juez deberá obrar de distinta manera a la ordenada por el legislador, cuando la aplicación de tal ley lleve a un resultado *evidentemente* injusto, y concederá a la equidad toda la enorme importancia que tiene para la cabal realización de la justicia. Como muy bien ha escrito el profesor Legaz, “si dentro de una serie típica de casos, lo individual supera a lo genérico, entonces la misma justicia exige la práctica de la equidad, es decir, el no aplicar el esquema lógico, genérico y abstracto de la norma, sino una medida adecuada a esos elementos individuales, pues lo contrario sería faltar a la equidad, y faltar a la equidad sería faltar a la justicia, pues sería tratar igualmente lo desigual y lo desigual ha de tratarse desigualmente... La ley es menos poderosa, menos eficiente de lo que ella piensa de sí, y el juez posee, jurídicamente más poder que el que él mismo se atribuye cuando interpreta demasiado restrictivamente las normas que se le conceden”.

Huelga insistir en lo excepcional de esta conducta del juez, que deberá justificar debidamente, poniendo muy de manifiesto, al motivar su sentencia, lo injusto e inconveniente de la estricta aplicación de la ley en el caso concreto de que se trata, en vista de las particulares circunstancias que en él se dan.

d) Todos los demás supuestos que cabe imaginarse, pueden reducirse a la combinación de los tres anteriores. Por tanto, es posible resolverlos fácilmente mediante la adecuada combinación también de las normas que acabamos de indicar (*).

* Como hemos indicado ya, tuvimos presente, al redactar los anteriores párrafos, la magistral Ponencia sometida por el Prof. MARIDAKIS al examen y aprobación de los miembros de la XXIII Comisión del Instituto de Derecho Internacional. Después hemos conocido las observaciones formuladas por éstos y por el Prof. KELSEN a dicha Ponencia, así como el *Rapport* definitivo escrito por MARIDAKIS en vista de las mismas, todo ello inserto – juntamente con la citada Ponencia provisional – en el vol. 47-II del Anuario del Instituto de Derecho Internacional, recientemente publicado (Basilea, Verlag für Rech und Gesellschaft A. G., 1958, págs. 1-125). también con posterioridad a la escritura de cuanto antecede, hemos leído la monografía de FRANCESEKAKIS: *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, París, Sirey, 1958, 301 páginas. Dado el gran interés de todas estas nuevas aportaciones doctrinales para el tema del reenvío, volveremos a ocuparnos de él en un próximo artículo, teniéndolas debidamente en cuenta.