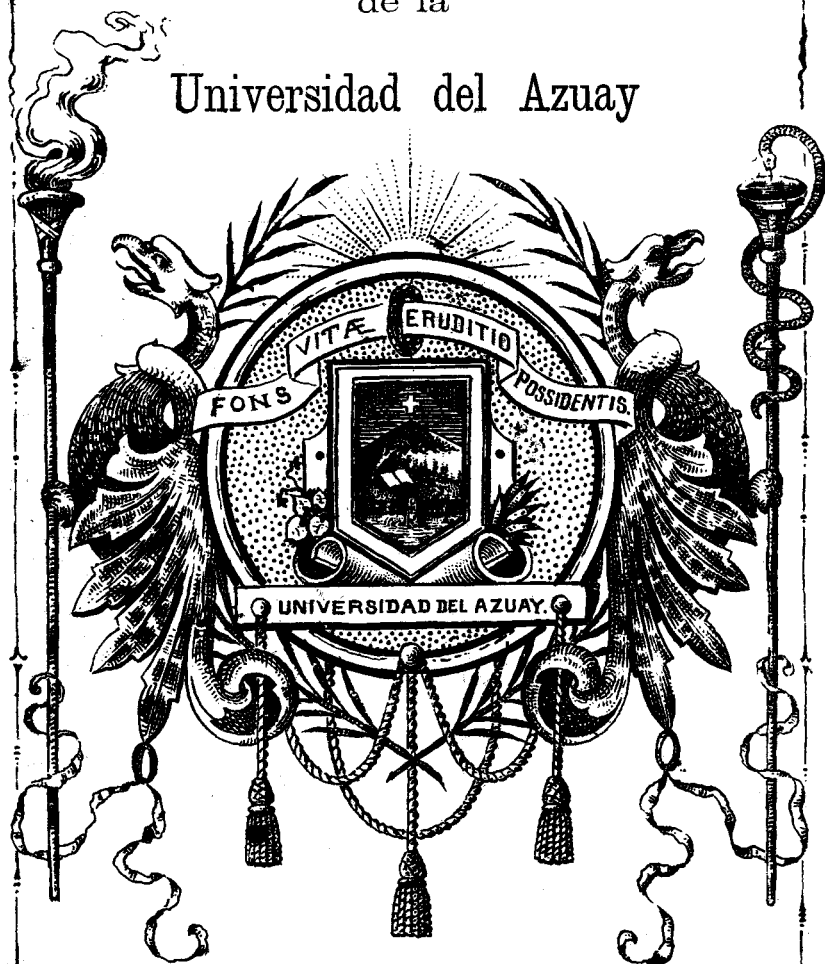


REVISTA

Científica y Literaria

de la

Universidad del Azuay



Cuenca - Ecuador.

SUMARIO

Nociones de Derecho Internacional Privado

Alfonso M. Borrero
(Profesor de la materia)

El Dr. Benigno Malo

Remigio Crespo Toral.

La acción directa sobre los centros nerviosos (Traducción)

Dr. Pierre Bonnier.

El Cometa de Halley

Alfonso M. Borrero.

Relaciones de la Economía con otras ciencias

Ezequiel Márquez.

Apuntes

Alfonso M. Borrero.

BOLETIN UNIVERSITARIO.

Honor al mérito

Informe

NOCIONES

de Derecho Internacional Privado

Comparado con la Legislación
Positiva Ecuatoriana.

CAPÍTULO III

7. Refutación de la Doctrina de las *comitas gentium*.—
8. Sistema de la *reciprocidad*.—9. Teoría fundada en las *sententie receptae*.—10. Principios de Savigny y de la *escuela italiana*. Obligación de los jueces de aplicar la ley extranjera.--
11. Disposiciones de la legislación ecuatoriana acerca de esta materia.

La teoría de la *comitas gentium* es inaceptable: primero, porque, de admitirla, carecería el Derecho Internacional Privado de base científica, ya que la cortesía, la benevolencia, la recíproca utilidad ó conveniencia, son cosas variables, contingentes y que dependen de la voluntad y arbitrio de los Estados; y es sabido que toda ciencia debe tener fundamentos sólidos, principios inmutables, invariables y constantes; segundo, porque dejar á la voluntad del juez encargado de aplicar la ley, el preferir la extranjera á la nacional, por razones de cortesía, equivaldría á no im-

ponerle la obligación de aplicar la ley extranjera ni concederle tampoco autorización para ello; y tercero, porque los pleitos, por regla general, no tienen por objeto crear nuevos derechos entre las partes litigantes, sino reconocer los existentes; y esta verdad inconcusa quedaría desconocida, si se sustentara el error de asegurar que el juez, en todo caso y sin distinción alguna, está obligado á aplicar la ley nacional, ó la del país en que se ha trabado la litis.

8.—El sistema de la *reciprocidad* consiste en dar valor extraterritorial á las leyes de un Estado en el territorio de otro, cuando se hace igual concesión por parte del primero. Este sistema puede considerarse como una reliquia de la vetusta doctrina del *talión*, rechazada en las relaciones individuales, y, en la actualidad, conforme á los principios del Derecho Internacional moderno, en las de los Estados; pues el castigo que entraña la idea del *talión*, sólo puede infligirlo un superior; y es sabido que los Estados son iguales en abstracto, sin que ninguno de ellos tenga autoridad ni jurisdicción sobre los demás. Para corroborar lo dicho, basta apuntar que las *represalias* y la *retorsión*, especies de *talión*, van cayendo paulatinamente en desuso en las relaciones internacionales de la presente época.

El sistema de que nos ocupamos, no obstante haber sido defendido por el notable jurisconsulto napolitano, Nicolás Rocco, y haberlo adoptado la legislación francesa, es inadmisibile, porque no se apoya en una base científica, una vez que no puede estimarse como tal la que depende de la voluntad, arbitrio y hasta capricho de los Estados. El sistema carece, pues, de aquel elemento constante, permanente é invariable de que deben estar revestidos los principios de toda ciencia; y es, además, atentatorio á los derechos del hombre, ya que el ejercicio de los derechos naturales de los extranjeros y aun el de los llamados civiles que les competen y que fluyen inmediatamente de aquellos, no están ni cabe considerarlos sujetos al voluble querer de los legisladores. De ahí que la mayor parte de los Códigos modernos, inclusive el del Ecuador, no establece la distinción

odiosa entre nacionales y extranjeros, que antes se hacía respecto de este asunto, con mengua de los derechos innatos de *dignidad personal é independencia* que radican en todos los hombres, sea cual fuere su nacionalidad.

9.—Los partidarios de la *escuela histórica* del Derecho, que dan exclusiva importancia al elemento *práctico ó consuetudinario*, han ideado un nuevo sistema como base de la ciencia de que tratamos; y lo han bautizado con el nombre de *sententiæ receptæ*; el cual consiste en admitir como principios del Derecho Internacional Privado los comunmente adoptados por los tribunales en sus fallos, sin indagar la parte motiva de los mismos.

Siendo el Derecho Internacional, en sus dos ramos, un conjunto de principios y de reglas prácticas, es claro que tiene que fundarse no sólo en la *escuela histórica*, sino también en la *filosófica*; de donde se sigue que no puede darse una preponderancia única y absoluta al *derecho consuetudinario*; sin que por ello desconozcamos que éste constituye uno de los factores de toda legislación. Hecha esta salvedad, rechazamos la teoría llamada *sententiæ receptæ* por ilógica é insuficiente. En efecto, en ninguna de las otras partes del Derecho es tan difícil determinar la costumbre jurídica como en el Derecho Internacional Privado; lo que proviene de que unos adoptan la máxima *lex non valet extra territorium statuentis*; otros la teoría de los estatutos, ó la de la reciprocidad, ó la de la *comitas gentium*. En consecuencia, los tribunales de los diversos Estados sentencian con arreglo á las diferentes doctrinas contenidas en dichos sistemas y adoptadas por cada uno de ellos; y por lo mismo, no hay uniformidad en los fallos. Por otra parte, como éstos deben fundarse en las distintas teorías mentadas, se deduce la insuficiencia del sistema de que hablamos; y que, adoptándolo, se incurre en un verdadero círculo vicioso, en lo que los filósofos llaman una *petición de principio*.

10.—Savigny, al tratar de los *derechos territoriales contradictorios en Estados diferentes*, dice: “Nuestro punto de vista es el de una comunidad de de-

recho entre los diferentes pueblos; en el transcurso del tiempo este punto de vista ha sido cada vez más generalmente adoptado bajo la influencia de las ideas cristianas y de las ventajas reales que á todos reporta"; y añade: "Para decidir sobre una relación de derecho en el caso de colisión entre diversos Estados independientes, debe aplicar el juez el derecho local á que pertenece la relación de derecho litigiosa, sin distinguir si este derecho es el de su país ó el de un Estado extranjero."

El luminoso principio de Savigny, puede formularse en los siguientes términos: *Toda relación jurídica, todo hecho jurídico nacen bajo el imperio de una ley; es, pues, necesario indagar cuál sea esta ley para aplicarla á cada caso concreto, sin distinguir si es nacional ó es extranjero.* Nosotros adoptamos el principio del eminente jurisconsulto alemán, como base del Derecho Internacional Privado; pero admitiendo, al mismo tiempo, las dos excepciones consignadas por él y que son las que siguen:

"1.^a Leyes de una naturaleza positiva rigurosamente obligatoria, que tienen su motivo y su objeto fuera del dominio del derecho abstractamente concebido, de manera que no están hechas únicamente en interés de las personas titulares de los derechos. Las leyes de esta especie pueden tener por base un motivo moral; tal es la ley que prohíbe la poligamia. Pueden estar dictadas por un motivo de interés general (*publica utilitas*), ya revistan un carácter político, ya de policía ó de economía política; tales son varias leyes que restringen la adquisición de la propiedad inmueble para los judíos. Todas las leyes de esta clase pertenecen á la excepción, de manera que en lo que respecta á su aplicación, cada Estado debe considerarse como absolutamente libre. Así, en un país en donde está prohibida la poligamia, deben rehusar los tribunales su protección al matrimonio polígamo del extranjero, contraído según las leyes de su nación que lo autoricen.

"2.^a Instituciones de un Estado extraño cuya existencia no se encuentra en general reconocida por el nuestro. Así, en un país donde es desconocida la es-

clavitud, el esclavo que en él resida no será tratado como propiedad de su señor, ni como privado de la capacidad de derecho."

En resumen, las leyes de un Estado no podrán aplicarse nunca en el territorio de otro, si fuesen contrarias á la moralidad, buenas costumbres, interés general, orden é instituciones públicas del segundo.

La humanidad puede considerarse como un gran organismo cuyos miembros son los diversos Estados diseminados en el haz de la tierra. Estos se hallan en la imposibilidad de vivir en el aislamiento, so pena de morir; de aquí que las leyes naturales de la división del trabajo y de la solidaridad á la que están sujetas también las naciones, engendran el comercio y las relaciones internacionales: en una palabra, todos los pueblos civilizados constituyen lo que los tratadistas modernos llaman *comunidad internacional*.

Lo expuesto nos proporciona el siguiente principio adoptado por la escuela italiana, representada principalmente por Fiore: *Los Estados y las naciones deben coexistir armónica y jurídicamente en la gran sociedad que se llama el género humano; y como correlario, este otro: Cada soberanía puede ejercer sus derechos más allá de los límites de su propio territorio, con tal que no lastime los derechos de los demás soberanos.*

Sentados los principios que preceden, cábenos manifestar que, conforme á ellos y al de Savigny, el juez está en la obligación de aplicar la ley extranjera, siempre que la relación jurídica litigiosa esté regida por ella; añadiremos que, aun cuando haya divergencia en los pareceres de los autores y en los Códigos de los Estados, el juez tiene el deber de aplicar *de oficio* la ley extranjera, una vez que su misión es la de administrar rectamente la justicia, lo que sólo puede conseguirlo aplicando al derecho controvertido la ley que lo regula; y por lo mismo, en ciertos casos, la extranjera.

Cuando hay duda ú obscuridad acerca de la ley extranjera, el juez debe proceder como lo haría, en idénticos casos, tratándose de la ley nacional, esto es,

acudir á las reglas de Hermenéutica legal.

Sostienen algunos que cuando las partes no han conseguido comprobar la ley extranjera, el juez está dispensado de aplicarla; pero esta aseveración carece de fundamento jurídico, porque no puede reputarse como tal una dificultad que puede vencerse. Ciertos autores opinan también que la prueba del Derecho extranjero incumbe á la parte que lo invoca. Consecuentes con el principio arriba mencionado, nuestro criterio es que cuando el juez está convencido de que debe aplicar una ley extraña, aun cuando no la compruebe la parte, tiene el deber de emplear los medios adecuados, como sería valerse de abogados, notarios &, para alcanzar la certidumbre que ha menester, ora en cuanto al texto, ora por lo que respecta al sentido de la ley extranjera.

II.—La legislación ecuatoriana no está conforme con la doctrina que acabamos de sustentar. Según ella, los tribunales y jueces ecuatorianos no tienen el deber de aplicar de oficio á un asunto litigioso una ley extranjera; y pesa sobre el litigante que funda su derecho en ésta, presentarla autenticada; lo cual puede hacerse en cualquier estado del juicio, conforme al art. 1031 del Código de procedimientos Civiles, cuyo inciso segundo dice así: “La certificación del Agente Diplomático respecto de la autenticidad de la ley, se considerará como prueba fehaciente.” Análoga á esta disposición es la del Art. LIV del Tratado sobre Derecho Internacional Privado celebrado entre el Ecuador y Colombia, canjeado en 31 de Julio de 1907, que dice: “Corresponde al que invoca una ley extranjera y pide su aplicación, probar la existencia de dicha ley.”

CAPÍTULO IV

12. Fuentes del Derecho Internacional Privado.—13. La Ley. La Jurisprudencia. Los Tratados Internacionales.

12.—Entendemos, siguiendo á Federico Díez de Medina, por fuentes del Derecho Internacional *el origen ó procedencia de los principios y reglas que lo forman y constituyen.*

Dividiéndose el Derecho Internacional, tanto público como privado, en *originario* y *positivo*, es claro que hay dos clases de fuentes: las primeras, que pudiéramos llamar *primitivas*, las forman los principios del Derecho Internacional Natural, promulgados por la *recta razón* y reconocidos por la *conciencia universal*; y las segundas, ó *derivadas*, se hallan constituidas por el consentimiento tácito ó expreso de los Estados, y son: *la ley, la jurisprudencia y los tratados*.

De las fuentes *primitivas* nos hemos ocupado ya, al enumerar los principios de la ciencia que estamos estudiando. Tócanos, por lo mismo, hablar solamente de las *derivadas*.

13.—Todos los códigos modernos, el Civil francés, el Código General de Prusia, la Ley holandesa sobre las reglas generales de la legislación, el Código Civil italiano, el chileno &, contienen disposiciones, aunque pocas, relativas á la materia del Derecho Internacional Privado.

Estas disposiciones se encuentran consignadas en los artículos 13, 14, 15, 16 y 17, párrafo 3º. Título preliminar, Libro 1º, del Código Civil del Ecuador, y en algunos otros que mentaremos á su debido tiempo.

Mencionaremos brevemente las reglas de Derecho Internacional Privado que dichos artículos contienen: el 14 sienta la doctrina de que el estado y capacidad de las personas ecuatorianas se rigen por su *estatuto personal* ó *ley nacional*, como también las relaciones jurídicas que nacen de la familia, pero sólo respecto del cónyuge y parientes ecuatorianos: el 15, admite la *lex loci rei sitæ* para todos los bienes ubicados en el Ecuador, sin distinción de muebles é inmuebles; la *lex loci contractus*, por lo que respecta al *vinculum juris* de las convenciones celebradas en nación extranjera; y la *lex solutionis* en lo tocante al *onus conventionis* de los contratos verificados en país extraño que hayan de cumplirse en el Estado ecuatoriano: el 16, acepta el principio *locus regit actum* para las solemnidades ó formas extrínsecas de los instrumentos públicos; y el 17 establece la excepción de que, cuando las leyes ecuatorianas exigie-

ren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y surtir efecto en el Ecuador, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el lugar en que hubieren sido otorgadas. En el curso de estas lecciones haremos el juicio crítico respectivo sobre cada uno de los mencionados artículos.

La segunda fuente de la ciencia que nos ocupa es la jurisprudencia, ó sea, las sentencias de los tribunales, el Derecho consuetudinario y las doctrinas de los autores. Para que todas estas cosas tengan el carácter de fuentes, es indispensable, dice Díez de Medina, que se conformen con los principios fundamentales de justicia, y muestren cierto grado de uniformidad con los de otros países civilizados. Respecto de esta fuente, recordaremos lo que expusimos antes, al refutar la teoría de las *sententiae receptae*, y es que en ningún orden jurídico, como en el Derecho Internacional Privado, es tan difícil precisar la costumbre jurídica, supuestos los diversos sistemas que en esta materia imperan. Si á esto se añade que en la mayor parte de los Estados modernos la costumbre no tiene fuerza de ley por la promulgación de Códigos, tenemos que concluir, con Asser y Rivier, “que la jurisprudencia, como la doctrina de los autores, no pueden tener más valor que el de auxiliares de la interpretación, y no el de fuente positiva del Derecho.” (1)

La tercera fuente del Derecho Internacional Privado son los tratados. Estos no son otra cosa que el consentimiento libre, voluntario y expreso entre dos ó más Estados, en virtud del cual se originan relaciones jurídicas entre ellos. La fuerza obligatoria de los tratados estriba en la voluntad de las partes; y, por lo mismo, en la ley natural. Además, tienen el carácter de verdaderas leyes positivas, puesto que en la mayor parte de las naciones, inclusive la nuestra, son aprobados los tratados por las personas morales,

(1) El Código Civil ecuatoriano, en su art. 2.º, dice: “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite á ella.”

en quienes radica el Poder legislativo; y no tienen eficacia jurídica sino después de esta aprobación. Siendo, pues, los tratados verdaderas leyes para los Estados contratantes, y constituyendo éstas una fuente del Derecho Internacional Privado, es evidente que los primeros tienen también igual condición, ya que en ellos se establecen muchos principios de dicha ciencia.

Por lo que á nosotros toca, mencionaremos el tratado sobre Derecho Internacional Privado, celebrado entre el Ecuador y Colombia, en 18 de Junio de 1903, aprobado por decreto legislativo de 22 de Septiembre de 1904, y ratificado y canjeado en 31 de Julio de 1907. Este tratado nos servirá para nuestro estudio comparativo, materia de las presentes disertaciones; ya que en él están detallados con más amplitud que en el Código Civil y en su totalidad los principios de la ciencia de que nos estamos ocupando.

Para concluir este capítulo, indicaremos que “ciertas corporaciones científicas son poderosos auxiliares para uniformar los preceptos del Derecho Internacional; y entre ellas es digna de citarse la conocida con el nombre de *Instituto de Derecho Internacional*, cuya creación fué iniciada en 1873 por M. Rolin Jacquemyns, Ministro del Interior, entonces, en el reino de Bélgica. Dicha corporación, compuesta de los más notables publicistas mundiales, ha prestado imponderables servicios, tanto al derecho que sirve para resolver los conflictos entre las diversas legislaciones civiles y criminales, como también al que rige las relaciones de los Estados.” (1)

(1) Palabras del autor en el artículo intitulado “Arbitraje,” publicado en el N.º 2.º de la serie segunda de la *Revista Científica y Literaria de la Universidad del Azuay*.