

OBSERVACIONES SOBRE EL PRIMER LIBRO DEL CODIGO BUSTAMANTE

Por el Lic. Sr. Francisco Zevallos Reyre.

No obstante que algunas publicaciones he efectuado relacionadas con tan importante obra, aprovecho la brillante oportunidad de reunirse dentro de dos meses el Congreso Nacional, para emitir ciertas y especiales apreciaciones, contribuyendo así a difundir el conocimiento del Código de Derecho Internacional Privado, en un artículo jurídico dedicado a la primera revista científica de esta ciudad.

Para proceder con método creo del caso dividir el presente estudio en dos partes. En la primera procuraré dar algunos datos históricos respecto a los intentos codificatorios de los principios de Derecho Internacional Privado; la segunda será un examen de las materias en el orden civil contenidas en el mencionado Código, frente a las disposiciones de nuestra legislación.

*
**

Las tendencias a codificar ciertos preceptos en el orden internacional no es nueva. Desde el siglo pasado Europa se propuso el acuerdo armónico en determinados asuntos internacionales en las dos ramas: pública y privado. Basta recordar las resoluciones adoptadas en los Congresos de Viena (1815) y París (1856) respecto al tráfico marítimo.

En América la corriente encaminada en el mismo sentido que la europea tenía necesariamente que dar mejores resultados por razones sociológicas clarísimas. Entre nosotros los problemas han presentado caracteres distintos a los del Viejo Continente. Nacidos los pueblos americanos al calor de idénticos sentimientos, con idioma y costumbres comunes, gozando todos de sistemas jurídicos semejantes en su organización democrática, el anhelo codificador tenía las mejores condiciones para plasmarse en una bella realidad.

Bolívar, el gran visionario y estadista sin segundo, logró

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
HISTORIA

penetrarse de las necesidades de esos pueblos jóvenes. En los distintos mensajes y cartas daba a conocer sus deseos fervientes para vincular a nuestras incipientes repúblicas sobre bases incommovibles. El, con su anticipación profética, había comprendido que la mejor forma de realizar tan generosos ideales era la organización política que uniera, con lazos comunes, a todos los pueblos surgidos a la bendita luz de la libertad gracias a esa espada triunfadora en cien batallas.

Buena pueba de tan honrado pensamiento fué el Congreso de 1826, reunido en la ciudad de Panamá a instancias del Libertador. Y si no se consiguió éxito rotundo en el primer Congreso Internacional Americano, por lo menos quedó sembrada la semilla que al correr de los tiempos había de producir óptimos frutos.

La gran Colombia, de la que fuimos parte integrante hasta 1830, cuya formación estuvo a cargo de Simón Bolívar, significaba desde entonces un intento de unión entre los países hermanos del Nuevo Continente.

La estructura de las nacionalidades americanas y la falta de un mayor desarrollo vuelven la tarea unificadora fácil; pues, a más de la igualdad en los factores étnicos, existen entre ellos lazos estrechos en el orden jurídico. Todas las legislaciones de América española tienen principios comunes que las aproximan, especialmente el régimen civil no difiere en sus lineamientos generales. A este particular el doctor Angel Modesto Paredes, en su Informe al Congreso Nacional de 1930, acerca de la importancia de ratificar la Convención sobre Derecho Internacional Privado suscrita en la Habana, dice:

“Para los pueblos de la América Latina, no me parecen insuperables las dificultades que pudieran oponerse a una comunidad de sistemas legislativos; pues, concurren a remover los obstáculos, sus profundas semejanzas étnicas, la comunidad del pensamiento jurídico mantenido entre todos ellos, el idéntico exotismo de los elementos generadores de sus instituciones y la inspiración legislativa bebida en las mismas fuentes. Coinciden de esa manera todas las posibilidades teóricas para unificar principios, tendencias y preceptos; ya se considere la Ley como un producto natural, en el sentido señalado por Montesquieu, ya se la mire como fórmula reflexiva y seleccionada de reglas extrañas que no se copian y adoptan.”

Si los ensayos de codificación del Derecho Internacional Público no han podido alcanzar los resultados lisonjeros que se

esperaban; en cambio, los preceptos en el orden privado tenían ambiente propicio para que en América se produjeran los primeros intentos de codificación mucho antes de que los interaccionistas europeos llegaran a la tercera etapa en la historia del Derecho Internacional Privado.

El primer intento hacia la codificación tuvo su origen en el Congreso de Lima, reunido en 1877. Concurrieron representantes del Perú, Argentina, Chile, Bolivia, Ecuador, Venezuela, Costa Rica y Cuba.

Se presentó a la consideración de dicho Congreso un tratado general de Derecho Internacional Privado sin que las respectivas ratificaciones fueran presentadas debido a los muchos escollos con que tropezaron los países concurrentes, cuando cada Estado estudió el tratado frente a su legislación.

Aun cuando no se consiguieron resultados concluyentes, el Congreso de Lima constituyó un presagio estimulador para que juristas latinoamericanos se dedicaran a la tarea codificadora, por ejemplo, el doctor Gonzalo Ramírez, notable jurisconsulto uruguayo, preparó un proyecto sobre la materia que nos ocupa, proyecto que fué estudiado por el Congreso de Montevideo, cuyas sesiones empezaron el 25 de Agosto de 1888 y concluyeron el 18 de Febrero del año siguiente.

Los trabajos de este Congreso significaron un avance sensible en los intentos de codificación, pero debido a que las disposiciones del convenio sobre Derecho Internacional Privado estaban inspirados en el principio del domicilio, sin tomar en cuenta la nacionalidad, pocos países lo ratificaron.

Merced al entusiasmo que las labores encaminadas a codificar los grandes principios del Derecho Internacional Privado despertaron en todas partes, una nueva corriente vital recorrería el cuerpo de este Continente: el panamericanismo.

Se comprendió que la unión de todos los países en las actividades jurídicas podía coronar lisonjeramente la obra propuesta.

Así a fines del siglo pasado se reúne la primera Conferencia Panamericana en la capital de Estados Unidos. La Conferencia trabajó fundamentándose en algunos aspectos tratados en el Congreso de Montevideo, y sin tiempo para entrar de lleno en el estudio de los problemas del Derecho Internacional Privado no adelantó gran cosa en esa materia.

En la segunda Conferencia Panamericana, efectuada en

Méjico, a principios de la presente centuria, se comprendió con mucha razón que no se progresaría con eficiencia en los trabajos codificatorios si antes no se efectuaban estudios complejos de las legislaciones americanas para unificarlas en lo posible, dentro de un proyecto destinado a merecer la aceptación de todos los países de América.

Bueno es advertir que esta Conferencia sugirió el nombramiento de tres jurisconsultos para que, reunidos en Comisión, elaborasen dos proyectos de codificación del Derecho Internacional, uno en el aspecto público y otro en el privado; fué solamente la tercera Conferencia que procedió a nombrar a los juristas que debían integrar tan importante Comisión. En 1912 comenzaron los trabajos de la Comisión de Jurisconsultos.

Se nombraron dos subcomisiones encargadas de ciertas materias las que, debidamente estudiadas, se resolverían en proyectos.

De ese modo estaban las cosas cuando se reunió la quinta Conferencia de Santiago de Chile (1923) que nuevamente movió el mismo asunto, encargando a la Comisión de Jurisconsultos el pronto y eficaz despacho de los proyectos para efectuar cuanto antes la codificación deseada.

Por último el Instituto Americano de Derecho Internacional, en una reunión efectuada en Lima el año 1924, designó una comisión integrada por los siguientes miembros de dicho Instituto: Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, cubano; Eduardo Sarmiento Laspiur, argentino; Rodigo Octavio, brasileño, y José Matos, de Guatemala, para que se dedicara exclusivamente a elaborar un proyecto de Código Internacional Privado.

El señor Sarmiento Laspiur, delegado de la Argentina, falleció poco después, de tal suerte que el proyecto quedó encomendado a los otros tres miembros.

Desde luego cada uno de ellos contribuyó con sus luces a la confección del proyecto, pero es indudable que la tarea más pesada le cupo en suerte a nuestro admirado amigo el doctor Sánchez de Bustamante quien, con el celo de la digna causa a su sapiencia encomendada, se dedicó al estudio comparativo de todas las legislaciones americanas para unificar de la mejor manera los elementos comunes. Es así como después de un trabajo prolongado tuvo la satisfacción de ver cumplidos sus deseos con el importante proyecto que, siguiendo todos los trámites legales, llegó a la mesa de discusiones de la sexta Conferencia

Panamericana, celebrada en la ciudad de la Habana a principios de 1928.

Hasta aquí hemos procurado dar una idea ligera del proceso histórico que han sufrido los intentos codificatorios del Derecho Internacional Privado.

Ahora nos dedicaremos en la siguiente parte al examen jurídico de los principales aspectos en el resúmen con el Código que ya es ley para catorce países americanos.

*
*
*

El Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, así llamado por acuerdo de la VI Conferencia en la sesión del 13 de Febrero de 1928 como justo homenaje al autor, se compone de un título preliminar y cuatro libros sobre Derecho Internacional civil, mercantil, penal y procesal respectivamente.

En el título preliminar con reglas sencillas, contenidas en ocho artículos fundamentales, se establece la situación jurídica de los individuos respecto al goce de los derechos civiles, procurando armonizar las distintas legislaciones mediante el artículo tercero concebido en estos términos:

“Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres clases siguientes:

I.—Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las que siguen aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno.

II.—Las que obligan por igual a cuantos residen el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional.

III.—Las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado.”

No puede ser más amplio el espíritu de este artículo, pues al redactarlo se han tomado en cuenta todos los sistemas que puedan imperar en las leyes de cada Estado.

Nuestro Código Civil, en el Título Preliminar, parágrafo tercero (Efectos de la Ley,) artículo trece, establece:

“La ley obliga a todos los habitantes de la República, con *inclusión de los extranjeros*; y su ignorancia no excusa a persona alguna.”

Por consiguiente, nuestra disposición legal está comprendida en la segunda regla del artículo tercero del Código Bustamante.

Aun mayor amplitud, al tiempo que completa el ya mencionado artículo tercero, presenta el artículo séptimo, redactado así:

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

No veo, en consecuencia, el peligro que el doctor Paredes encuentra en la celebración de acuerdos internacionales que de todas maneras paralizan la actividad creadora del derecho; pues en su previsión el Código se adelanta a respetar las leyes que en adelante se expidieran en cada Estado, sin dejar por eso de mantener la unidad que debe caracterizar a todo Código.

En el Capítulo I del Libro I determina el Código la nacionalidad y naturalización de las personas.

Para mejor inteligencia copio el artículo noveno:

“Cada Estado contratante aplicará su propio derecho a la determinación de la nacionalidad de origen de toda persona individual o jurídica y de su adquisición, pérdida o reintegración posteriores, que se hayan realizado dentro o fuera de su territorio, cuando una de las nacionalidades sujetas a controversia sea la de dicho Estado. En los demás casos, regirán las disposiciones que establecen los artículos restantes de este capítulo.”

Este artículo no establece diferencia entre las personas naturales y jurídicas, pues el doctor Bustamante sostiene que la situación legal de ambas es idéntica. Grandes controversias se han suscitado alrededor de la nacionalidad de las personas jurídicas y el ejercicio de sus actividades en un Estado distinto al de origen.

El Código Civil ecuatoriano en el artículo 50 establece la división de las personas, y después de dar la definición de las mismas, habla en el 52 de la nacionalidad en la forma siguiente:

“Son *ecuatorianos* los que la Constitución del Estado declara tales. Los demás son *extranjeros*.”

Ahora bien, nuestra Constitución (1929) no mantiene un

criterio unilateral para establecer la nacionalidad; sigue los dos principios (*jus soli* y *jus sanguinis*) hábilmente combinados como se verá en la transcripción de los artículos pertinentes:

“Art. 7º—Son ecuatorianos de nacimiento los nacidos en el territorio de la República.”

“Art. 8º—Se reputan también como ecuatorianos de nacimiento:

1º—Los hijos nacidos en el extranjero de padre o madre ecuatorianos de nacimiento, cuando cualquiera de ellos se hallare en servicio de la República, en el caso del artículo 86, atribución 7ª, inciso 5º, y

2º—Los que habiendo nacido en suelo extranjero, de padre o madre ecuatorianos de nacimiento, vinieren a residir en la República o expresaren su voluntad de ser ecuatorianos.”

El mismo Código Civil en el artículo 53 dice:

“La ley no reconoce diferencia entre el *ecuatoriano* y el *extranjero*, en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código.”

Esta última disposición de nuestro Código se encuentra perfectamente en armonía con las del Código Bustamante respecto a esta materia.

A fin de resolver los conflictos que se produce en lo tocante a la nacionalidad de las sociedades anónimas existe la disposición del artículo 19 del Código de Derecho Internacional Privado.

Así como los individuos cambian de nacionalidad, igualmente sucede con las corporaciones, asociaciones y sociedades. En tales casos habrá que atenerse a lo dispuesto por el artículo 20 del Código Bustamante.

Estudiando nuestra ley respectiva vemos que no existe discrepancia alguna entre las disposiciones de ella y los principios generales del Código de Derecho Internacional Privado.

El Capítulo II del mismo Libro se contrae a reglar en ofrma general, todo lo concerniente al domicilio de las personas naturales y jurídicas.

El artículo 24 dice:

“El domicilio legal del jefe de la familia se extiende a la mujer y los hijos no emancipados, y el del tutor o curador a los menores o incapacitados bajo su guarda, si no dispone lo

contrario la legislación personal de aquellos a quienes se atribuye el domicilio de otro.”

Es un principio reconocido en todas las legislaciones que la mujer casada, el que vive bajo patria potestad y el que se halla bajo tutela o curadería siguen el domicilio de su marido, padre, tutor o curador respectivamente. Así lo preceptúa nuestro Código Civil en los artículos 68 y 69 e iguales disposiciones encontramos en las demás legislaciones. De tal suerte que el artículo 24 del Código Bustamante está en perfecto acuerdo con los dictados de nuestra ley.

El Capítulo III que versa sobre el nacimiento, extinción y consecuencias de la personalidad civil se encuentra dividido en dos secciones: de las personas individuales y de las personas jurídicas.

En la primera sección, mediante cuatro artículos (del 27 al 30) regla la situación de las personas individuales, sujetándola en todo a la ley personal.

Respecto al nacimiento, ejercicio de ciertos derechos y extinción de las personas jurídicas se estará igualmente a las disposiciones de la ley local.

El Capítulo IV, que trata del matrimonio y divorcio, contempla los aspectos siguientes: condiciones jurídicas que han de preceder a la celebración del matrimonio, de la forma del matrimonio, efectos del matrimonio en cuanto a las personas de los cónyuges, nulidad del matrimonio y sus efectos, separación de cuerpos y divorcio.

En cuanto a las condiciones para preceder a la celebración del matrimonio se toman en cuenta las reglas de la ley local.

Es indudable que tratándose de materia tan delicada era necesario no perder de vista el valor de la ley local, pues pocas instituciones como el matrimonio constituyen fuente pródiga de un complejo de derechos y deberes. Todo descuido en este tópico hubiera podido volverse causa de muchos y frecuentes conflictos, poniendo en peligro la estabilidad social de los Estados. Por eso el doctor Bustamante encarga a las leyes locales la reglamentación de todos los actos previos al matrimonio.

Los tratadistas distinguen en el matrimonio dos aspectos: el fondo mismo de la institución y la forma. Parece que lo concerniente al fondo debe regirse por la ley nacional, pero en lo tocante a las formas se atiende a las reglas legales del país de celebración. Nuestra ley sustantiva mantiene este criterio

como vamos a comprobarlo copiando el artículo 115 del Código Civil:

“El matrimonio celebrado en *nación extranjera*, en conformidad a las leyes de la misma nación o a las leyes ecuatorianas, surtirá en el Ecuador los mismos efectos civiles que si se hubiere celebrado en territorio ecuatoriano.

Sin embargo, si un ecuatoriano o ecuatoriana contrajere matrimonio en *nación extranjera*, contraviniendo de algún modo a las leyes ecuatorianas, la contravención surtirá en el Ecuador los mismos efectos que si se hubiere cometido en el Ecuador.”

Por razones de orden público establece nuestro Código los preceptos contenidos en los dos artículos siguientes:

“Art. 116.—El matrimonio disuelto en *territorio extranjero* en conformidad a las leyes del mismo lugar, pero que no hubiere podido disolverse según las leyes ecuatorianas, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse en el Ecuador, mientras viviere el otro cónyuge.”

“Art. 117.—El matrimonio que, según las leyes del lugar en que se contrajo, pudiera disolverse en él, no podrá sin embargo disolverse en el Ecuador sino en conformidad a las leyes ecuatorianas.”

Como bien se comprende estos artículos toman muy en cuenta el divorcio y las consecuencias del mismo, cuando el matrimonio fué contraído y disuelto en territorio extranjero, ordenando que rijan las leyes nacionales aún dado el caso de que la disolución hubiera sido válida en el país donde se dictó; pero que, de acuerdo con nuestras disposiciones, no hubiera podido aceptarse tal disolución. Se sigue, pues, la regla *locus regit actum* para la forma de los contratos, desde luego, siempre que se trate de instrumentos públicos que tienen por objeto constatar un acto.

Al estudiar el artículo 41 del Código Bustamante cabe que se tome muy en cuenta la observación del doctor Luis Felipe Borja, reputado comentador del Código Civil chileno, respecto al matrimonio contraído por dos nacionales de una misma patria, según los ritos religiosos, en un país cuyas leyes excluyen la potestad eclesiástica en cuanto a la celebración del acto matrimonial. Se pregunta: ¿Tendrá valor como acto jurídico tal matrimonio ante la ley civil? La contestación es negativa porque ante la ley local el acto religioso no tiene fuerza legal;

en consecuencia, de acuerdo con las disposiciones del Código de Derecho Internacional Privado, sería necesario que tales extranjeros acudieran a las autoridades civiles para adquirir el estado civil de casados puesto que se establece como válida únicamente la ley local.

En caso contrario tendríamos un estado opuesto al orden público ecuatoriano, por ejemplo; pues nosotros no reconocemos valor jurídico alguno a la ceremonia religiosa.

El artículo 42 del Código Bustamante toma muy en cuenta el principio de la extraterritorialidad de que gozan los agentes diplomáticos así como la facultad que les concede la ley del país representado para autorizar matrimonios de nacionales de ese mismo país.

En cuanto a los efectos del matrimonio, mediante los artículos 43 y 44 del Código Bustamante, se subordinan a la ley personal de los cónyuges, lo mismo sucede en lo tocante a los deberes recíprocos así como al derecho de la mujer para administrar sus bienes y comparecer en juicio.

Por la ley de emancipación económica de la mujer casada ésta puede separar sus bienes de la sociedad conyugal sin que el marido tenga derecho alguno para intervenir en dicha administración.

Los artículos 45 y 46 imponen el imperio de la ley territorial en cuanto a la fidelidad y socorros mutuos, lo mismo que para castigar, con privación de los efectos civiles, al matrimonio bígamo.

La nulidad del matrimonio debe sujetarse a la condición intrínseca o extrínseca que la origina así lo dispone con mucho acierto el artículo 47 del Código.

Cuando interviene la coacción, el miedo y el rapto el matrimonio es nulo, por consiguiente, la nulidad debe sujetarse a la ley del lugar donde el acto matrimonial se celebró.

Respecto al matrimonio putativo se aplica la ley personal de ambos cónyuges, si fuere común; o en su defecto la del cónyuge que haya obrado de buena fe, y, a falta de ambas, la del varón, en todo lo relacionado con el cuidado de los hijos, en los casos en que no puedan o no quieran estipular nada sobre éstos los padres. (Art. 49.)

Como en todos los contratos en el matrimonio existen dos cosas del todo distintas: los requisitos intrínsecos y la forma.

La forma, como dice el doctor Luis Felipe Borja, es el conjunto de solemnidades para expresar el consentimiento.

Nuestra ley establece dos: celebración ante funcionario civil competente y la presencia de testigos. La falta de algunas de estas solemnidades no da al matrimonio el carácter de putativo.

El requisito indispensable para que el matrimonio sea putativo es la buena fe, es decir, la seguridad por parte de los contratantes de que a la validez del matrimonio no obstaba ningún impedimento. (1)

Cuando existe justa causa de error el matrimonio es putativo.

El justo error en asunto de hecho no se opone a la buena fé y, por consiguiente, el matrimonio es putativo; pero como estas cuestiones son apreciadas de diversa manera por las legislaciones, bien está que se aplique la ley personal de ambos cónyuges, o de uno de ellos, según expresa el artículo 49.

El Art. 51 del Código da valor público internacional a las reglas que señalan los efectos judiciales de la demanda de nulidad.

La separación de cuerpos y el divorcio se reglan por la ley del domicilio conyugal, esos dos aspectos legales no pueden fundamentarse en causas anteriores a la adquisición de dicho domicilio si no lo autoriza la ley personal de ambos cónyuges. (Art. 52.)

La regla del artículo 56 es muy importante porque se trata del valor de sentencias extranjeras respecto a separación de cuerpos y divorcio. Era necesario que constara esa disposición especial que establece el sometimiento de todos los Estados contratantes a la resolución pronunciada por el competente Tribunal de un país, sin que por esto pierda cada Estado contratante su derecho a permitir o reconocer o no, el divorcio o el nuevo matrimonio de personas divorciadas en el extranjero, en casos, con efectos o por causas que no admita su derecho personal.

Bien sabido es que para la separación de cuerpos o divorcio se necesita la sentencia del respectivo Tribunal, pues de otra manera tales situaciones civiles no se producirían, y sólo mediante esa sentencia dichas situaciones surten efectos civiles en cualquiera de los Estados contratantes.

(1) Doctor Luis Felipe Borja.—Comentarios al Código Civil chileno, tomo III, pág. 295.

Se pretende con la regla del artículo 56 no invalidar una legítima consecuencia por razones de orden interno, con perjuicio de la moral internacional; esto no obstante la disposición amplia del artículo 53.

En el capítulo de la Paternidad y Filiación se toma en cuenta el aspecto de orden público interno que caracteriza a tales instituciones para seguir la ley personal del padre o hijos, según quien ejerza el respectivo derecho dentro de las relaciones familiares.

En cuanto a la forma y demás circunstancias del reconocimiento de los hijos ilegítimos se subordina al derecho territorial. (Artículo 66.)

Generalmente las legislaciones difieren en cuanto a la forma y más solemnidades para efectuar el reconocimiento, luego, justo es, respetar la ley territorial para evitar conflictos.

Los alimentos pueden ser solicitados solamente por las personas llamadas a recibirlos, en la forma y del modo que su ley personal lo determine.

Todas las demás disposiciones respecto a alimentos son de orden público internacional.

En el capítulo VII trata el Código Bustamante de la Patria Potestad, sometiendo a la ley personal del hijo la existencia y amplitud de dicho derecho sobre su persona y los bienes, así como las causas de su extinción o recobro y la limitación por las nuevas nupcias del derecho de castigar. (Art. 69.)

Igualmente siguen la ley personal del hijo la existencia de los derechos de usufructo y las demás reglas aplicables a las diferentes clases de peculios sin consideración a la naturaleza y lugar donde se encuentren los bienes. (Art. 70.)

Las leyes de los diferentes Estados siempre tratan de proteger los derechos de los relativamente incapaces, por eso la patria potestad que es, según nuestro Código Civil, el conjunto de derechos que tienen los padres legítimos sobre sus hijos no emancipados, se resuelve en tres funciones principales: representación, administración y usufructo. Ahora bien, todos esos derechos han sido otorgados al padre para beneficio de sus hijos, por consiguiente, la ley ha querido asistirlos de un modo especial; de ahí que el Código de Derecho Internacional Privado designe la ley personal del hijo como prevalente en caso de un conflicto.

Pasamos por alto la adopción porque nuestro derecho po-

sitivo no contempla esa institución que aún subsiste en algunas legislaciones como rezagos del antiguo Derecho Romano.

En el Capítulo IX se trata de las medidas provisionales en caso de ausencia, considerándolas de orden público internacional.

Nuestro Código no tiene disposiciones especiales para la simple ausencia. Legisla solamente respecto a la muerte presunta del que se ha ausentado, siempre que concurren ciertos requisitos, entre los que están los siguientes: la declaración por el juez del último domicilio que el desaparecido tuvo en el Ecuador y las pruebas de los varios hechos constitutivos de la desaparición. Por eso encontramos acertado que el Código Bustamante dé supremacía a la ley personal del desaparecido, cosa que se completa con la regla del artículo 83 que concede a la declaración de muerte presunta efectos extraterritoriales.

El capítulo V está dedicado a las tutelas. El Código Bustamante aplica, para los efectos de la guarda, la ley del menor o incapacitado. En este punto sería conveniente decir lo mismo que acabamos de exponer acerca de la patria potestad, esto es, la razón para que se toma en cuenta la ley del menor o incapacitado; la disposición obedece a los mismos motivos que inspiraron al autor cuando regló la situación entre padres e hijos.

En cuanto a las tutelas y las curadurías o curatelas, nuestro Código, en el artículo 328 las define diciendo que son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre, madre o marido que puedan darles la protección debida.

Siempre existe el espíritu de prodigar protección a los incapacitados, por consiguiente, lógico es que en un proyecto de Código Internacional Privado, se dé importancia a la ley personal del menor o incapacitado.

El doctor Borja, al comentar el Código Civil chileno del cual se tomó el nuestro, cree que la distinción entre tutelas y curatelas sirve para complicar sin buenos resultados el sistema de legislación.

Los códigos modernos, añade el mismo autor, no establecen la añeja distinción entre las tutelas y las curadurías.

El Código Bustamante en este punto sigue la corriente moderna, aún cuando en líneas generales habla de tutela o

curatela para amoldarse a la legislación de los países que mantengan esas diferencias.

El tratadista Fiori, en el tercer tomo de sus estudios de Derecho Internacional Privado, dice:

“También deben determinarse, con arreglo a la *ley personal del incapacitado*, la manera cómo deferirse la tutela o curatela, y si debe o no haber lugar a la tutela legal o a la testamentaria, y cuando puede nombrarse el tutor por el consejo de familia, por el magistrado o de otro modo cualquiera.”

Significa que concede importancia suma a la ley personal del menor o incapacitado, pues como el mismo Fiore añade, “que las tutelas o curatelas son medidas de protección establecidas por la ley en favor del incapacitado, son sancionadas por ésta en interés del mismo, y a fin de proteger o completar de cualquier modo su personalidad, así también debe depender todo de la *ley personal del incapacitado* y no de la ley de la persona que pretende ejercer su autoridad sobre aquél.”

El mismo doctor Bustamante en su tratado de Derecho Internacional Privado, explica la razón de haber dado preferencia a la ley personal del menor o incapacitado de la manera siguiente:

“La tutela, que suple para los menores a la patria potestad y representa para los incapaces el complemento de vida mental que les falta, se somete comúnmente a la ley personal de los interesados, repitiéndose en cuanto a ella la discrepancia casi secular entre la nacionalidad y el domicilio. Depende la solución práctica del criterio general de cada legislación, que es el de la nacionalidad en la nuestra.”

Es acertada la disposición del artículo 88 (Código Bustamante) acerca del régimen de cuentas para los guardadores.

Hay que distinguir dos partes en el artículo:

1º—Obligación de rendir cuentas. (Se aplica la ley personal del menor o incapacitado.)

2º—Responsabilidades penales. (Es competente la ley territorial.)

Pertenece al orden público internacional las disposiciones que obligan al Ministerio Público o cualquier funcionario local, a solicitar la declaración de incapacidad de dementes y sordomudos.

Las consecuencias de la interdicción pertenecen también al orden público internacional.

Artículos son estos que no se oponen al derecho positivo ecuatoriano.

Tiene gran alcance el artículo 92 del Código Bustamante respecto a la declaratoria de incapacidad e interdicción civil al conceder a los efectos de tales actos jurídicos carácter extraterritorial.

El artículo 97 del mismo Código llena un vacío al establecer que los Estados contratantes que tengan por ley personal la del domicilio, pueden pedir, cuando cambie el de los incapaces de un país para otro, que se ratifique o discierna de nuevo la tutela o curatela.

De otro modo se produciría un conflicto grave, por eso la ley se anticipa a dar la solución si el caso llegara a presentarse. Dicho artículo obedece, según el autor del Código, al deseo explícito de algunas de estas repúblicas.

El capítulo XI del PRIMER LIBRO trata en tres artículos de la prodigalidad.

El doctor Bustamante sujeta la declaración de prodigalidad y sus efectos a la ley personal del pródigo.

Nuestro Código Civil, en el artículo 432, indica las personas que pueden provocar el juicio de interdicción, disponiendo además que el Ministerio público sea oído aún en los casos en que el juicio de interdicción no hubiere sido provocado por él.

Desde luego, es disposición de orden público interno.

El artículo 433 del Código Civil ecuatoriano dice:

“Si el supuesto disipador fuere *extranjero*, podrá también ser provocado el juicio por el competente empleado diplomático o consular.”

El artículo 100 del Código Bustamante concede eficacia extraterritorial a la declaración de prodigalidad hecha en uno de los Estados contratantes respecto de los demás, siempre que el derecho local permita.

Aún cuando en este punto podría hacerse una reserva respecto a nuestro derecho, sin embargo la última parte del artículo 100, “en cuanto el derecho local lo permita”, nos relevan de mayor comentario.

El Capítulo XII del Código Bustamante trata de la emancipación y mayor edad.

En estas dos instituciones impera la ley personal de los interesados.

No nos ocupamos de las disposiciones acerca del registro civil por ser territoriales.

El Título Segundo del Código de Derecho Internacional Privado habla de los bienes y se divide en siete capítulos.

Los artículos 105 y 111 aplican la ley territorial para su situación, lo propio para distinguir entre muebles e inmuebles, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros.

Casi todos los tratadistas han efectuado distinciones bien marcadas acerca de la ley aplicable a los bienes, pues tomando en cuenta que las cosas muebles siguen al propietario, aplican a esta especie de bienes la ley personal del dueño; en cambio, la territorial estaba destinada a los inmuebles por su condición de cosas fijas en un territorio determinado.

El doctor Bustamante, siguiendo las corrientes modernas, establece la ley territorial para la situación de los bienes e igual cosa para distinguir entre muebles e inmuebles.

La situación de los créditos se reglan por la ley del lugar donde se harán efectivos, y si no estuviere precisado, por el domicilio del deudor.

La propiedad industrial, intelectual y los demás derechos análogos que autorizan el ejercicio de ciertas actividades acordadas por la ley, se consideran situados donde se hayan registrado.

Esta regla es muy importante, sobre todo hoy que las actividades humanas crecen enormemente en el tiempo y el espacio era necesario determinar su situación jurídica, la propio sucede para el ejercicio de ciertas profesiones que no pueden reducirse a los estrechos límites patrios.

El capítulo segundo está dedicado a la reglamentación de la propiedad.

La propiedad familiar inalienable, siempre que se encuentre libre de gravámenes y embargos, se regla por la ley de su situación. Pero como puede acontecer que los nacionales de un Estado donde no se admita o regule esa clase de propiedad pretendieran tenerla u organizarla, produciéndose una situación difícil, podrán hacerlo en cuanto no perjudiquen a los herederos forzosos. (Art. 114.)

La regla del artículo 115 se armoniza bien con los preceptos del artículo 108.

Cada Estado contratante tiene facultad de someter a reglas especiales la propiedad minera, la de buques de pesca y cabotaje, las industrias en el mar territorial y en la zona marítima y la obtención y disfrute de concesiones y obras de utilidad pública y de servicio público, todo respecto de los extranjeros. (Art. 116.)

Nuestro Código Civil establece el principio de que el Estado es dueño del subsuelo y, por consiguiente, de las minas que en él se encuentren, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares sobre la superficie de la tierra.

Si los particulares, previa autorización, construyen en sitios de propiedad nacional, dichos particulares solo tienen el derecho de uso y goce de las mencionadas obras pero nunca la propiedad del suelo.

En cuanto a los derechos de pesca el artículo 600 (inciso 1º) de nuestro derecho positivo dice:

“Se podrá pescar libremente en los mares; pero en el *mar territorial* sólo podrán pescar los *ecuatorianos* y los *extranjeros domiciliados*.”

De manera que un extranjero sólo cuando se haya domiciliado. Y ya sabemos por el artículo 55 de nuestro Código Civil que “el domicilio consiste en la residencia, acompañada real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella.”

Estas son reglas de orden público, en consecuencia, es acertada la idea de facultar a cada Estado la reglamentación de tales asuntos.

Las disposiciones generales sobre propiedad y modos de adquirirla o enajenarla entre vivos, incluso las aplicables al tesoro oculto, así como las que rigen las aguas de dominio público privado y su aprovechamiento son de orden público internacional, tal es la acertada regla del Código Bustamante en el artículo 117.

De la comunidad de bienes se habla en el capítulo siguiente. Tratándose de una institución que se establece por voluntad de las partes justo es que sea ese mismo acuerdo que establezca la ley, o en su defecto la del lugar.

Cuando no se ha pactado, se tendrá por domicilio de la comunidad el lugar en que se hubiere establecido, siempre que no se haya convenido en contrario.

Es natural que sea la ley local la aplicable cuando se trate

de la división de la cosa común así como de las formas y condiciones de su ejercicio.

Generalmente los Códigos cuando regulan ciertas cuestiones relacionadas con la propiedad y por ende al interés económico colectivo lo hacen con un carácter de orden público internacional. El doctor Bustamante a este respecto aclara que la comunidad de bienes es una institución de aplicaciones prácticas muy frecuentes y que casi todas las legislaciones positivas regulan desde el punto de vista interior." (1)

Todas estas materias están reguladas por nuestra ley desde el punto de vista mencionado por el autor del Código.

En lo concerniente a la posesión y sus efectos es la ley local la que impera, pues, como decíamos anteriormente, esta institución se determina siempre desde el punto de vista interno.

El artículo 123 del Código Bustamante tiene importancia suma porque concede a la ley del Tribunal los medios y trámites utilizables para que se mantenga en posesión al poseedor inquietado, perturbado o despojado en virtud de medidas o acuerdos judiciales o por consecuencia de ellos.

Es de interés el capítulo V que regla los derechos de usufructo, uso y habitación por las leyes prevalentes en cada caso.

Así cuando el usufructo se constituya por la ley de un Estado contratante, dicha ley lo regirá obligatoriamente.

Supongamos que se constituya un usufructo de acuerdo con nuestra ley, será ésta la que lo regle en forma obligatoria respecto a los demás Estados contratantes.

Si se constituye por voluntad de los particulares, sea por acto entre vivos o *mortis causa*, se aplicará la ley del acto o la de la sucesión.

Si surge por prescripción se sujetará a la ley local que lo establezca.

Resumiendo tenemos:

- 1º—Usufructo por mandato de la ley;
- 2º—Usufructo por acto entre vivos;
- 3º—Usufructo por causa de muerte, y
- 4º—Usufructo por prescripción.

Siguiendo la doctrina de que la ley personal del hijo rige en todo lo relacionado con los derechos de la patria potestad,

(1) Derecho Internacional Privado, tomo II, pág. 142.

el artículo 127 así establece para los casos en que deben rendir fianza el padre usufructuario o cuando está relevado de ese derecho.

Como la constitución de los derechos de uso y habitación dependen de la voluntad o voluntades de la parte o partes respectivamente que los establezcan, es lógico que se determinen por la ley de esa misma parte o partes.

En cuanto a las servidumbres se aplica el derecho local siempre que se trate de su concepto, clasificación, modos de adquirirlas, extinguirlas y a los derechos y obligaciones entre los propietarios de los predios dominante y sirviente. (Art. 131.)

Las servidumbres tienen su origen en el principio *jus in re aliena* del Derecho Romano.

Nuestra ley divide las servidumbres en naturales, legales y voluntarias, dando reglas especiales para cada una de ellas.

El artículo 132 del Código Bustamante somete las servidumbres contractuales o voluntarias a la ley del acto o relación jurídica que los origina.

La tercera clase de las servidumbres establecidas por nuestro Código corresponde a las que regla el artículo antes citado.

Son de orden privado las reglas aplicables a las servidumbres legales que se imponen por interés o por utilidad particular. (Art. 134.)

El derecho territorial es aplicable al concepto y enumeración de las servidumbres legales y la regulación *no convencional* de las aguas, paso, medianería, luces y vistas, desagüe de edificios, y distancias y obras intermedias para construcciones y plantaciones. (Art. 135.)

La expresión *no convencional* en esta regla tiene mucha importancia porque acabamos de ver que las servidumbres contractuales o voluntarias se rigen por la ley del acto o contrato.

El Código Civil ecuatoriano, en el artículo 871, establece que cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños, con tal que no se dañe con ellas al ornato público, ni se contravenga a las leyes.

Sigue la ley en este punto el principio, llamado con acierto por el doctor Bustamante, de la autarquía personal. La única

limitación que nuestro derecho pone a ese principio es que al establecer una servidumbre activa o pasiva no se dañe al ornato público o se contravenga a las leyes.

Las reglas del Capítulo VII relativas a los registros de propiedad son interesantes para los Estados que suscriben el Código de Derecho Internacional Privado.

Las disposiciones que establecen y regulan los registros de la propiedad e imponen su necesidad respecto de terceros son de orden público internacional. (Art. 136.)

El artículo 137 del Código Bustamante está en concordancia con los artículos 423 y 437 del mismo, especialmente en la segunda parte del prenombrado artículo 137 o sea la que se refiere a la inscripción de ejecutorias que, de acuerdo con el Código de Derecho Internacional Privado, se den cumplimiento en el Estado a que el registro corresponde, o tengan en él fuerza de cosa juzgada. Ahora para que dicha ejecutoria tenga fuerza y pueda ejecutarse en otro Estado es necesario que reúna las condiciones del artículo 423 del mismo Código, completadas con la disposición última, en materia penal, del ya tantas veces mencionado Código Bustamante.

En nuestro Código de Enjuiciamientos Civiles encontramos la siguiente disposición:

“Art. 506. — Las sentencias extranjeras se ejecutarán:

1º — Si estuvieren arregladas a los tratados vigentes; y

2º — Si a falta de tratados, en el exhorto en que se pida la ejecución, consta:

a) Que ella no contraviene a ninguna ley, ni por consiguiente, al Derecho Público Ecuatoriano;

b) Que se notificó legalmente la demanda;

c) Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada conforme a las leyes del país en que hubiese sido expedida; y

d) Que la sentencia recayó sobre acción personal.”

Nuestro sabio jurista doctor Víctor M. Peñaherrera efectuó un estudio profundo de este artículo, llegando a la conclusión de que la ley no es todo lo completa sobre materia tan grave que exige especificaciones detenidas.

Los jueces nuestros no recibirán propiamente un exhorto sino simplemente la ejecutoria, es decir el instrumento público en que esté copiada la sentencia que en definitiva viene a ser el título ejecutivo con que el interesado aparejará su demanda.

Dicho instrumento deberá estar legalizado en la forma que determina el artículo 198 de nuestro Código de Procedimientos Civiles, artículo que solo sirve para legalizar en país extranjero un instrumento que deba servir en el Ecuador; pero para el caso contrario, es decir legalizar en nuestro país un instrumento que servirá en nación extranjera no tenemos regla alguna. Dificultad bastante grave y que constituye un vacío en nuestra legislación.

Esta situación se remediaría al aceptar el Código de Derecho Internacional Privado cuyo artículo 423, perteneciente al Título Décimo sobre ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros (Materia civil) dice:

"Toda sentencia civil o contencioso-administrativa dictada en uno de los Estados contratantes, tendrá fuerza y podrá ejecutarse en los demás si reúne las siguientes condiciones:

1º—Que tenga competencia para conocer del asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas de este Código, el juez o tribunal que la haya dictado;

2º—Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal para el juicio;

3º—Que el fallo no contravenga el orden público o el derecho público del país en que quiere ejecutarse;

4º—Que sea executorio en el Estado en que se dicte;

5º—Que se traduzca autorizadamente por un funcionario o intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse, si allí fuere distinto el idioma empleado;

6º—Que el documento en que conste reúna los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico en el Estado de que proceda, y los que requiera para que haga fe la legislación del Estado en que se aspira a cumplir la sentencia."

Este artículo armoniza hábilmente las legislaciones para los efectos de cumplir una sentencia dictada en país extranjero; desde luego, aprobado el Código por el mayor número de países entre todos ellos habría una norma general para la ejecución de sentencias extranjeras.

A este respecto cedo la palabra al doctor Angel M. Paredes, quien se expresa así:

"Son de suma importancia las claras y detalladas reglas anteriores, donde un criterio sabio ha determinado los requisitos convenientes para cumplir una sentencia auténtica, legal y

no contraria a los intereses de la soberanía del país llamado a cumplirla.”

Las disposiciones sobre hipoteca legal a favor del Estado, de las provincias o de los pueblos, son de orden público internacional. (Art. 138.)

El artículo 139 establece que la hipoteca legal que algunas leyes acuerdan en beneficio de ciertas personas individuales solo será exigible cuando la ley personal concuerde con la ley del lugar en que se hallen situados los bienes afectados por ella.

El título tercero se ocupa de los varios modos de adquirir distribuidos en cinco capítulos: uno general, de las donaciones, de las sucesiones, de los testamentos y de la herencia.

En cuanto a los modos de adquirir se aplica la ley local.

Las donaciones irrevocables, cuando nacieren de contrato se rigen en cuanto a su perfección y efectos a las reglas generales de las convenciones. (Art. 141.)

Las respectivas capacidades del donante y donatario se sujetan a la ley personal de cada uno de ellos. (Art. 142.)

Las donaciones que hayan de producir efecto por muerte del donante, participarán de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y se regirán por las reglas internacionales establecidas en este Código para la sucesión testamentaria. (Art. 143.)

Muy difícil ha sido conciliar los diversos modos de adquirir que contemplan las legislaciones americanas, por eso el doctor Bustamante ha subsanado la dificultad dando supremacía a la ley local.

Tratándose de las donaciones, cuya institución depende exclusivamente de la voluntad del donante, hay dos aspectos a considerar:

1º—Sujección a las leyes de orden privado cuando revisten la forma contractual.

La segunda parte del artículo 990 de nuestro Código Civil da ese valor a las donaciones o promesas entre marido y mujer, las cuales, aunque revocables podrán hacerse bajo la forma de los contratos entre vivos.

2º—Sujección a las leyes de orden público internacional, en caso de llevar como condición suspensiva la muerte de

donante y entonces forma parte de los problemas sucesorios. El doctor Bustamante lo confirma al abordar este punto en su tratado de Derecho Internacional Privado.

El capítulo tercero del Código Bustamante regla, mediante dos artículos las sucesiones.

En el artículo 144 se establece que las sucesiones intestadas y las testamentarias, incluso en cuanto al orden de suceder, a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de las disposiciones, se regirán, salvo los casos de excepción más adelante establecidos, por la ley personal del causante, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren. (Art. 144.)

Este artículo es uno de los más importantes porque alrededor del mismo se establecen muchas situaciones jurídicas en el orden internacional privado.

Ha sido motivo de grandes controversias entre los tratadistas de Derecho Internacional Privado saber cual ley debía aplicarse en caso de sucesión, cuando concurren distintas nacionalidades ya respecto a la persona del testador, de los bienes y del lugar donde se abre la sucesión.

El Código Bustamante subsana esas dificultades, estableciendo como ley reguladora la personal del causante.

Nuestro Código Civil desde el artículo 1017 hasta el 1019 indica las condiciones que debe reunir un testamento otorgado en país extranjero para ser válido en el Ecuador, las personas que pueden testar en nación extranjera, quienes deben autorizar tales testamentos, las solemnidades externas a llenarse y el trámite legal para la protocolización.

Ha querido el legislador darle toda la amplitud necesaria al acto testamentario, pues la ley sale de las fronteras patrias para asistir al ecuatoriano o extranjero que tenga domicilio en el Ecuador, aceptando las disposiciones como si hubieran sido dictadas en el país. Y aún más le concede valor al testamento escrito otorgado en nación extranjera con los requisitos y pruebas legales.

Siendo el testamento un acto de última voluntad, más apropiado era hacer primar la ley del causante en un proyecto de Código Internacional Privado.

Es de orden público internacional el precepto en cuya virtud los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte. (Art. 145.)

Nos parece adecuada la disposición del artículo 146 que ordena se regule por la ley personal del testador su capacidad para testar.

Sabido es que cualquier incapacidad nulita el acto testamentario, por consiguiente, las situaciones jurídicas que se presentan deben reglarse por la ley personal del testador.

Nuestro Código Civil en el artículo 995 dice:

“No son hábiles para testar:

1º—La persona que ha muerto civilmente;

2º—El impúber;

3º—El que se halla en interdicción por causa de demencia;

4º—El que actualmente no estuviere en su sano juicio;

5º—El que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente.”

El testamento que se otorgase existiendo algunas de las causas de inhabilidad es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa; al contrario, si después de otorgado un testamento sobreviene alguna de las causas de inhabilidad no pierde por eso su validez.

De ahí que el reconocimiento de la ley personal del testador sea de suma importancia para los Estados que adopten el Código.

También son de orden público internacional las reglas sobre forma de papeles privados relativos al testamento y sobre nulidad del otorgante con violencia, dolo o fraude. (Art. 149.)

Los preceptos sobre forma de los testamentos son de orden público internacional, con excepción de los relativos al testamento otorgado en el extranjero, lo propio que el militar y marítimo cuando se otorguen fuera del país. (Art. 150.)

Ya hemos expuesto anteriormente las disposiciones de nuestro derecho respecto al testamento solemne otorgado en país extranjero que, desde luego, no pertenecen al orden público internacional; en consecuencia, es importante que se haga la salvedad anotada en el artículo 150.

El artículo 151 del Código Bustamante comprende dos partes:

1º—La procedencia, condiciones y efectos de la revocación de un testamento se sujetan a la ley personal del testador;

2º—La presunción de revocatoria se determinan por la ley local.

Al tratar de la herencia, no desconociendo que son de orden público internacional las incapacidades para suceder que los Estados contratantes consideren como tales, en principio el Código reconoce que la capacidad para suceder por testamento o sin él se regula por la ley personal del heredero o legatario. (Arts. 152 y 153.)

Como la institución de heredero y la sustitución dependen de la voluntad del testador, será la ley personal de éste la que se aplique. (Art. 154.)

El derecho local regirá la prohibición de sustituciones fideicomisarias que pasen del segundo grado o que se hagan a favor de personas que no vivan al fallecimiento del testador y de las que envuelvan prohibición perpetua de enajenar. Nuestro Código en el artículo 1154 define la sustitución fideicomisaria como aquella en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria. Todas las demás reglas del Código Civil ecuatoriano sobre sustituciones son de las que el doctor Bustamante llama de orden público interno. De ahí que en el Código de Derecho Internacional Privado se aplique a la prohibición de dichas sustituciones, en las circunstancias determinadas en el artículo 115, las reglas del derecho local.

También el nombramiento y las facultades de los albaceas dependen de la ley personal del difunto y deben ser reconocidos en cada uno de los Estados contratantes de acuerdo con esa ley. (Art. 156.)

En la sucesión intestada caben dos cosas:

1º—Cuando el Estado sucede por mandato de la ley se aplica la ley personal del causante;

2º—Cuando el Estado es llamado como ocupante de cosas *nullius* se aplica el derecho local.

Nuestro derecho establece en las reglas relativas a la sucesión intestada que a falta de todos los herederos *abintestato* designados legalmente, sucederá el Fisco; pero no se determinan los modos como puede suceder.

En cuanto a las precauciones que convengan adoptar con la viuda que hubiere quedado en cinta se toma en cuenta la regla *locus regit actum*.

Respecto a las formalidades requeridas para aceptar la herencia a beneficio de inventario o para hacer uso del derecho

de deliberar y su determinación a la ley del lugar en que la sucesión se abra, prefiero ceder la palabra al doctor Bustamante, quien se expresa así:

“El beneficio de inventario y el derecho de deliberar interesan particularmente al heredero, sin perjuicio de que aquel afecte e importe también a los acreedores de la herencia. Pero ese interés se enlaza con el causante, con su responsabilidad y con su nombre *post mortem*. Entre ambos intereses parece que los Códigos dan la preferencia a los primeros, más no con la intensidad suficiente para que puedan desligarse de la sucesión y regirse por una ley distinta de ella. Por eso estimamos tales preceptos de orden público interno, mientras no se trate de formas o solemnidades.”

El precepto que se refiere a la proindivisión ilimitada de la herencia o establezca la partición provisional es de orden público internacional.

La capacidad para solicitar y llevar a cabo la división se sujeta a la ley personal del heredero. (Arts. 160 y 161.)

Es la ley personal del causante la que rige en el nombramiento y las facultades del contador o perito partidor. (Art. 162.)

El artículo 163 contempla dos situaciones:

1º—El pago de las deudas hereditarias se subordina a la ley personal del causante;

2º—Los acreedores que tuvieren garantía de carácter real, podrán hacerla efectiva de acuerdo con la ley que rija esa garantía.

Conociendo la diferencia que existe entre deudas hereditarias y testamentarias, justo es que las primeras contraídas por el causante se reglen por su ley personal. No sucede lo propio con los acreedores garantizados con derechos reales, a quienes la ley del lugar favorece.

El título cuarto habla de las obligaciones y contratos. Varios capítulos se encargan de reglar la materia en el aspecto internacional.

El Código Bustamante deja a la ley territorial el concepto y clasificación de los contratos.

Nuestro Código Civil, en el libro cuarto, título primero, desde el artículo 1427 hasta el 1434 establece el concepto de los

contratos, después de clasificarlos señala las diferencias entre lo principal y lo accesorio, las maneras de perfeccionarse y las distinciones entre las cosas de la esencia, naturaleza y puramente accidentales en los contratos.

Siendo disposiciones de orden interno, toca a la ley territorial determinarlas cuando se contemplan en el aspecto internacional privado.

Los artículos 165, 166, 167 y 168 del Código Bustamante toman en cuenta el origen de las obligaciones para señalar la ley aplicable.

El orden es el siguiente:

1º—Las obligaciones derivadas de la ley se reglan por el derecho que las haya establecido;

2º—Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, con las limitaciones establecidas por el mismo Código;

3º—Las que se originan por delitos y faltas se sujetan al mismo derecho que el delito o falta de que proceden;

4º—Las obligaciones que sean el resultado de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, se regirán por el derecho del lugar en que se hubiere incurrido en la negligencia o culpa.

La naturaleza y efectos de las diversas clases de obligaciones, así como su extinción, se rigen por la ley de la obligación de que se trata. (Art. 169)

Sin que se vulnere la ley interna de ninguno de los Estados contratantes se establece dicha regla favorable precisamente a la situación jurídica de cada uno frente al derecho de otro. Con dicho artículo se completan las reglas dadas en los anteriores.

Las condiciones de pago y la moneda en que debe hacerse son cuestiones de trámite local, en consecuencia, será dicha ley la que regle tales actos.

La regla del artículo 171 es concordante con la anterior, pues los gastos judiciales que origine el pago así como su regulación deben someterse a la ley local.

Como la prueba de una obligación se vincula a su nacimiento y está sujeta a la ley a cuyo amparo surgió, necesario se hace que esa misma ley se tome en cuenta para admitir en toda su eficacia la respectiva prueba.

En cuanto a la manera de probar sólo la ley territorial es competente.

El doctor Bustamante dice que "para salvar una dificultad práctica, nacida de las condiciones a que suele subordinarse en el derecho positivo la fuerza probatoria de los documentos privados, ordena el artículo 173 que la impugnación de la certeza del lugar de su otorgamiento si influye en su eficacia, podrá hacerse siempre por el tercero a quien perjudique, y la prueba estará a cargo de quien la aduzca."

El artículo 174 trata de la presunción de cosa juzgada por sentencia extranjera y su admisibilidad, siempre que la sentencia reúna las condiciones necesarias para su ejecución en el territorio, conforme al Código. (1)

El Código Bustamante establece que son reglas de orden público internacional las que impiden celebrar pactos o intercambiar cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, la moral y el orden público y la que prohíbe el juramento y lo tiene por no puesto. (Art. 175)

Nuestro Código Civil distingue el objeto de la causa ilícita. Así el artículo 1452 dice:

"Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público ecuatoriano. Así, la promesa de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por leyes ecuatorianas es nula por vicio del objeto."

El artículo 1456 establece lo siguiente:

"Hay así mismo objeto ilícito en las deudas contraídas en el juego de azar, en la venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente, de láminas, y estatuas obscenas y de impresos condenados como abusivos de la libertad de prensa; y generalmente en todo contrato prohibido por las leyes."

Estos aspectos son tomados muy en cuenta por el Código Bustamante para declararlos de orden público internacional.

Los requisitos esenciales a los contratos son reglados por las leyes territoriales de distinta manera, por eso no es dable aplicar en esa materia una ley extraña que acepte para la celebración de un contrato lo que para el derecho local no puede clasificarse de tal manera.

(1) Véanse los artículos 423, 437 del Código de Derecho Internacional Privado.

A la ley personal del contratante están sometidas las reglas que determinan la capacidad o incapacidad para prestar el consentimiento. (Art. 176)

Nuestra legislación reconoce los siguientes vicios de que puede adolecer el consentimiento: error, fuerza y dolo. Luego en varios artículos se ocupa de cada uno de ellos; pero, como bien dice el doctor Bustamante, los efectos de esos vicios sobre la libertad para consentir son necesariamente de orden público internacional, porque esa libertad tiene que estar garantizada en iguales términos y con igual extensión respecto del ciudadano y el extranjero. (1)

De ahí que el artículo 177 aplique la ley territorial al error, la violencia, la intimidación y el dolo, en *relación con el consentimiento*.

Al criterio anterior se someten los asuntos relacionados con la prohibición de que sean objeto de los contratos, servicios contrarios a las leyes y a las buenas costumbres y cosas que estén fuera del comercio.

Las disposiciones que se refieren a causa ilícita en los contratos son de orden público internacional, pues las leyes de todos los países están de acuerdo en condenar los contratos que tienen una causa ilícita, considerada tal desde el punto de vista interno, pero cuyo cumplimiento interesa a todos por igual.

Así, en nuestra ley civil, la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral tiene una causa ilícita.

El artículo 180 indica la aplicación simultánea de la ley del lugar del contrato y la de su ejecución a la necesidad de otorgar escritura o documento público para la eficacia de determinados convenios y a la de hacerlos constar por escrito.

Las causas de rescisión, forma y efectos se subordinan a la ley territorial, excepto cuando la rescisión se produce por incapacidad o ausencia, caso que se regirá por la ley personal del ausente o incapacitado.

Las reglas de los artículos 184, 185 y 186, a más de claras, ponen siempre a salvo las disposiciones locales cuando se trata de la interpretación de las convenciones y contratos de adhesión.

En los artículos siguientes del Código Bustamante se regla

(1) Derecho Internacional Privado, tomo III, pág. 232.

el contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio, o sean las capitulaciones matrimoniales de que trata nuestra ley civil.

Nuestro Código deja a la voluntad de los contratantes celebrar o no el pacto de capitulaciones matrimoniales, tanto es así que el artículo 1078 dice:

“A falta de pacto escrito, se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este capítulo.”

Como bien se comprende nuestra legislación sigue, en este punto, el régimen normal de la libre contratación.

Según el artículo 187 del Código Bustamante, el contrato de bienes con ocasión de matrimonio se regla por la ley personal común de los contratantes y en su defecto por la del primer domicilio matrimonial.

Las propias leyes determinan, por ese orden, el régimen legal supletorio a falta de estipulación.

El precepto que prohíbe celebrar capitulaciones durante el matrimonio o modificarlas o que se altere el régimen de bienes por cambio de nacionalidad o de domicilio posteriores al mismo, es de orden público internacional. (Art. 188)

Sigue el mismo criterio el artículo 189 que se refiere al mantenimiento de las leyes y las buenas costumbres, a los efectos de las capitulaciones matrimoniales respecto de terceros y a su forma solemne.

El artículo 1707 de nuestro Código Civil establece lo siguiente:

“Las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. No podrán, pues, celebrarse en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes.”

Es una regla de orden público internacional impuesta a los contratantes no para impedir su libertad de contratar sino en salvaguardia de ciertos preceptos que atañen a la salud moral de los Estados, si se nos permite la frase, y que por consiguiente, están sobre las demás consideraciones de orden privado.

La voluntad de las partes regula el derecho aplicable a las donaciones por razón de matrimonio, excepto en lo referente a su capacidad, a la precautela de derechos legitimarios y a la nulidad mientras el matrimonio subsista, todo lo cual se subor-

dina a la ley general que lo rige, y siempre que no afecte el *orden público internacional*.

El doctor Bustamante opina que las parafernales están llamadas a desaparecer debido a la tendencia igualitaria de los dos sexos que cada día se afirma más en las legislaciones; con todo se ha visto obligado a establecer la disposición del artículo 191, haciendo depender la dote y parafernales de la ley personal de la mujer.

Las disposiciones de los artículos 192 y 193 dan el carácter de orden público internacional tanto a la regla que repudia la inalienabilidad de la dote como a la prohibición de renunciar a la sociedad de gananciales durante el matrimonio.

En lo tocante a la compra venta, cuando es enajenación forzosa por utilidad pública se incluye en el orden internacional público.

Y tiene necesariamente ese carácter porque siendo forzosa, debido a los altos fines que la motivan, están sujetos a ella tanto los nacionales como los extranjeros, sin tomar en cuenta el lugar de su residencia o domicilio.

Nuestra Constitución Política, decretada por la Asamblea de 1906 decía, en el numeral cuarto del artículo 26, correspondiente al título VI de las garantías individuales, lo siguiente:

“El derecho de propiedad. Nadie puede ser privado de sus bienes, sino en vista de sentencia judicial, o de expropiación por causa de utilidad pública. En este segundo caso, se indemnizará previamente al propietario el valor de la cosa expropiada.”

Más concisa la Constitución vigente establece que “la privación de todo o parte de los bienes no podrá verificarse sino en virtud de fallo judicial definitivo o de expropiación, con la indemnización que corresponda en los términos y con los trámites que establece la ley.”

Como se ve son disposiciones de orden público internacional.

El artículo 195 del Código Bustamante da valor de orden público internacional a las reglas que fijan los efectos de la posesión y de la inscripción entre varios adquirentes y las que se refieren al retracto legal.

Es acertado que en el arrendamiento de cosas se aplique la ley territorial para dejar a salvo el interés de terceros y a los derechos y deberes del comprador de finca arrendada. (Art. 196.)

También es territorial la legislación sobre accidentes de trabajo y transportes por agua, tierra y aire.

En el arrendamiento de servicios, la regla que impide concertarlos para toda la vida o por más de cierto tiempo es de orden público internacional.

Pasemos por alto el estudio de los censos porque están abolidos en nuestra legislación civil. En caso de que se llegara a suscribir el Código de Derecho Internacional Privado, el Ecuador como estado contratante, tendría que reconocer los principios internacionales a ese respecto.

El artículo 204 del Código Bustamante declara territoriales todas las leyes que exigen objeto lícito, formas solemnes en inventarios cuando hay inmuebles en el contrato de sociedad, es decir se mantiene el principio de *locus regit actum*.

La sociedad civil es menos frecuente que la mercantil, pero si bien la libertad de pactar corresponde a los socios, la ley tiene interés en resguardar los intereses de la misma y como concurren muchas circunstancias que obligan a la intervención de la ley local; he ahí la territorialidad declarada al tratarse del contrato de sociedad.

El artículo 205 da primacía a la ley local cuando se trata del pacto expreso de intereses y a su tasa.

La ley nuestra considera dos clases de préstamos: comodato y mutuo.

Sólo en el segundo existe la regulación de intereses, como se desprende de la naturaleza misma de la obligación, por consiguiente, aun cuando demasiado general el artículo 205, no cabe duda que a esta segunda especie de préstamo se refiere.

Siempre es la legislación local la llamada a reglar el contrato de mutuo, estableciendo los intereses, forma de pago y demás estipulaciones para la validez del mismo.

En cuanto al depósito sea necesario o secuestro rigen las disposiciones territoriales. (Art. 206.)

En los contratos aleatorios sólo los efectos de la capacidad en acciones nacidas del contrato de juego se determinan por la ley personal del interesado; pues la definición de los contratos de suerte y la determinación del juego así como las apuestas permitidas o prohibidas se regulan por la ley local.

La disposición que declara nula la renta vitalicia sobre la vida de una persona, muerta a la fecha del otorgamiento, o

dentro de un plazo si se halla padeciendo de enfermedad incurable es territorial. (Arts. 207, 208 y 209.)

Las disposiciones últimas son de orden interno, puesto que así están reglamentadas en los códigos sustantivos.

Nuestro Código en el artículo 2257 dice lo siguiente:

“Es nulo el contrato, si antes de perfeccionarse muere la persona de cuya existencia pende la duración de la renta, o si al tiempo del contrato adolecía de una enfermedad que le haya causado la muerte dentro de los treinta días subsiguientes.”

Como bien se ve es una precaución de la ley contra el fraude y la mala fe en los procedimientos contractuales.

Cuando se renuncian voluntariamente ciertos derechos o ciertas pretensiones, fundamentadas en esos mismos derechos, tenemos lo que en lenguaje jurídico se llama transacción.

El carácter de orden público interno que tiene esta materia ha inspirado la redacción del artículo 210 del Código Bustamante en el sentido de que las disposiciones que prohíben transigir o sujetar a compromiso determinados asuntos, son territoriales.

Igualmente depende de la ley territorial la extensión, efectos del compromiso y la autoridad de la cosa juzgada de la transacción. (Art. 211.)

La fianza de que se ocupa el capítulo XII, puede tener los siguientes orígenes:

a) contratos; b) ser exigida por la ley; c) imponerse por la autoridad judicial.

En los tres momentos tienen importancia razones de orden público internacional.

El artículo 212 dice que es de orden público internacional la regla que prohíbe al fiador obligarse a más que el deudor principal.

Dentro de la misma clase están incluidas las disposiciones relativas a fianza legal o judicial.

Todas las disposiciones del capítulo XIII, sobre prenda, hipoteca y anticresis, expuestas en la generalidad aconsejada por la ciencia del Derecho Internacional Privado, cuando se trata de un intento codificadorio, son territoriales.

Los artículos 220, 221 y 222 se ocupan de los cuasi contratos. La gestión de negocios ajenos se regla por la ley del lugar en que se efectúa. Disposición muy acertada para impedir el conflicto de la ley local con la extranjera.

El cobro de lo indebido se somete a la ley personal común de las partes y, en su defecto, a la del lugar en que se hizo el pago.

Los demás cuasi contratos se sujetan a la ley que regula la institución jurídica que los origina.

Muy coordinadas me parecen las disposiciones del capítulo XV acerca de la concurrencia y prelación de créditos.

En caso de que las obligaciones concurrentes no tengan carácter real y estén sometidas a una ley común, dicha ley regulará también su prelación.

Las obligaciones concurrentes garantidas con acción real se rigen por la ley de la situación de la garantía.

Para evitar los inconvenientes, en los casos no determinados por las anteriores disposiciones, se aplicará a la prelación de créditos la ley del tribunal que haya de decidirla.

Para completar la regla anterior se establece la disposición del artículo 226 que dice literalmente:

“Si la cuestión se planteara simultáneamente en tribunales de Estados diversos, se resolverá de acuerdo con la ley de aquel que tenga realmente bajo su jurisdicción los bienes o numerario en que haya de hacerse efectiva la prelación.”

Tratándose de la prescripción de bienes muebles o inmuebles se ha tenido en cuenta el principio *locus regit actum*, esto es que debemos atenernos a la ley del lugar donde estén situados.

Después de estudios complejos estableció el doctor Bustamante la regla consignada en el artículo siguiente y que completa la que acabamos de mencionar. Dicha regla dice:

“Si las cosas muebles cambiasen de situación estando en camino de prescribir se regirá la prescripción por la ley del lugar en que se encuentren al completarse el tiempo que requiera.”

A fin de evitar las muchas controversias cuando se ha abordado la prescripción extintiva de las acciones personales se estableció en el Código Bustamante que ella había de sujetarse a la ley de la obligación que va a extinguirse. Los artículos 230 y 231 se completan hábilmente como vamos a verlo de su transcripción:

“La prescripción extintiva de acciones reales se rige por la ley del lugar en que esté situada la cosa a que se refiere.”

“Si en el caso previsto en el artículo anterior se tratase de cosas muebles y hubieren cambiado de lugar durante el plazo de prescripción, se aplicará la ley del lugar en que se encuentren al cumplirse allí el término señalado para prescribir.”

El doctor Bustamante dice lo siguiente acerca de las acciones mixtas:

“Las acciones mixtas, en cuanto participan del carácter de reales, seguirán naturalmente su regulación internacional. Y para las imprescriptibles, dada su trascendencia general, debe aceptarse como de orden público internacional el precepto que le atribuye esa condición.”

En vista de que el doctor Bustamante con frecuencia usa las expresiones *leyes privadas*, *leyes de orden público interno* y *leyes de orden público internacional*, siendo esta denominación causa para que algunos juristas hagan ciertas apreciaciones respecto a la inconveniencia o no de aprobar el Código, me permitiré explicar el significado de tales expresiones con el alcance que les concede el ilustre jurista cubano.

LEYES PRIVADAS para el autor del Código son aquellas que permiten a los individuos arreglar sus relaciones legales, estableciéndolas en la forma que el derecho ordena. Las leyes privadas se aplican a los nacionales y extranjeros porque son impersonales. Para su correcta aplicación no es necesario el consentimiento del Estado que las establece.

LEYES DE ORDEN PÚBLICO.—Estas admiten dos divisiones: leyes de orden público interno y leyes de orden público internacional.

Hablemos de las primeras. *Leyes de orden público interno* son las que regulan las relaciones jurídicas, cuyo objeto y efecto no depende del territorio ni de la existencia del Estado mismo, pero que sirven para organizar la sociedad civil de un Estado cualquiera considerado desde el punto de vista interno. Esta clase de leyes son obligatorias para todos los miembros de esa sociedad civil no sólo cuando permanecen dentro del Estado sino también cuando lo abandonan; es como si dijéramos que los siguen. Estas leyes no se aplican a los individuos que no forman parte de la sociedad civil de un Estado.

Pertenecen al orden público interno las leyes relativas a la

capacidad para que los actos tengan la validez legal correspondiente, al estado de las personas y las que reglan los derechos y deberes nacidos en el campo de las relaciones domésticas.

Estas leyes tienen carácter territorial y extraterritorial.

LEYES DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL. — Se consideran como tales las que tienen por objeto la persona del Estado, constituyendo su ley, de tal suerte que la violación iría en menoscabo de su poder soberano. En la aplicación de dichas leyes va envuelto, como si dijéramos, el honor nacional.

El doctor Bustamante reconoce dentro de las leyes de orden público internacional algunas que son expansivas y otras restrictivas.

Las segundas se aplican solamente a las cosas que se encuentran en el interior del Estado lo mismo que a las acciones; son leyes de orden público internacional expansivas las que reglan actos que se efectúan fuera del territorio nacional.

Las leyes políticas, las que reglan la administración de un Estado, las procesales son leyes de orden público internacional restrictivas porque ellas determinan circunstancias jurídicas dentro de los límites de una nación; sin embargo, en casos especiales, pueden algunas de esas leyes ser expansivas.

Así ciertas legislaciones establecen en sus códigos penales que la falsificación de monedas, del sello del Estado son delitos que se consideran como cometidos en territorio nacional aún cuando se hubieren efectuado en suelo extranjero.

Las reglas relativas a los bienes son de orden público internacional, pero aplicables sólo a los bienes que se encuentran dentro del territorio del Estado.

Al contrario de lo que opinan algunos juristas norteamericanos, creo que es un acierto del doctor Bustamante esta clasificación respecto a las leyes civiles porque sólo mediante un sistema, como el establecido, es posible dar a las disposiciones de un código sustantivo el alcance que ellas deben tener desde el punto de vista internacional. No me parece aventurado suponer que el acierto y buenos resultados que hasta aquí ha obtenido el gran jurisconsulto cubano se debe a esa cuidadosa selección de todos los artículos de ley dentro de una necesaria nomenclatura coordinadora.

Nuestra situación será otra, respecto al Código Internacional Privado, cuando los hombres de ciencia se dediquen a un estudio detenido, dentro de la clasificación propuesta por el

doctor Bustamante, de los principios contenidos en los códigos nacionales frente a las disposiciones generales de la nueva convención.

Sin tiempo suficiente para un examen circunstanciado del Código Bustamante en los demás libros de que consta, me limito, mediante este trabajo, a tributar mi admiración más rendida al sabio maestro al tiempo que llamo la atención de los estudiosos sobre el presente tópico de interés nacional.
