

UCUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

Los Fundamentos para la Aplicación de las Leyes Extranjeras:
Utilitarios, Políticos y Jurídicos.

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales.

Autor:

Pedro Mateo Jarrín Silva

C.I.:0150064178

Correo electrónico: pedromjarrins@gmail.com

Directora:

Dra. María Elena Coello Guerrero

C.I.: 0103092987

Cuenca, Ecuador

02-noviembre-2022

Resumen

En el presente trabajo se investiga y realiza un análisis crítico de aquellas escuelas que a lo largo de los siglos han intentado resolver la difícil cuestión que a continuación formulamos a modo de pregunta: ¿Qué es lo que hace posible que la ley que rige sobre el territorio de un Estado pueda ser aplicada en otro diferente? Tales escuelas han intentado resolver esta interrogante mediante lo que se han denominado fundamentos. Tres son las principales categorías de fundamentos que se puede afirmar han existido simultáneamente. Una primera categoría se denomina fundamentos Utilitarios o de la Utilidad, y en la misma, encontramos al fundamento de la Cortesía Internacional y al fundamento de la Reciprocidad. El fundamento de la Cortesía es defendido por la Escuela Holandesa, el cual, para ser entendido a cabalidad, nos sitúa en la necesidad de estudiar previamente a la Escuela Italiana de los Glosadores, a la Escuela Italiana de los Postglosadores, y a la Escuela Francesa, mientras que el fundamento de la Reciprocidad, nos llevará por el contrario al estudio de un contexto histórico particular de la vieja Francia. Una segunda categoría, es la que tiene que ver con el fundamento Político, el cual, nos conducirá al estudio del fundamento de la Nacionalidad, que, por cierto, dicho sea de paso, es defendido por la Escuela del célebre profesor Mancini. Finalmente, la tercera categoría, es la que se refiere a los fundamentos Jurídicos, lo cual nos llevará a su vez, al estudio del fundamento del Respeto a las Soberanías, formulado por la Escuela de Pillet, el fundamento de la Comunidad de Derecho promulgado por la Escuela de Savigny y, el fundamento de la Comunidad Jurídica Internacional, estandarte de la Escuela de la Habana de Bustamante.

Palabras clave: Fundamentos. Utilitarios. Jurídicos. Políticos. Cortesía. Reciprocidad. Nacionalidad. Soberanías. Comunidad. Extraterritorialidad.

Abstract

In the present work, a critical analysis is investigated and carried out, of those schools that over the centuries have tried to address the difficult issue that we hereafter formulate as a question: What makes it possible for the law that governs the territory of one State to be applied in a different one? Such schools have attempted to answer this question through what have been called foundations. There are three main categories of foundations that can be said to have existed simultaneously. The first category is called Utilitarian or Utility foundations, and in it, we find the foundation of International Courtesy and the foundation of Reciprocity. The foundation of Courtesy is defended by the Hollandaise school, which, to be fully understood, places us in the need to priorly study the Italian school of Glossors, the Italian school of Postglossors, and to the French school, while the foundation of Reciprocity will lead us to the study of a particular historical context of old France. A second category is the one that has to do with the Political foundation, which will lead us to the study of the foundation of Nationality, which, by the way, is upheld by the school of the famous Professor Mancini. Finally, the third category is that which refers to the Legal foundations, which will lead us, in turn, to the study of the foundation of Respect for Sovereignty, formulated by the school of Pillet, the foundation of the Community of Law promulgated by the school of Savigny and the foundation of the International Juridical Community, standard of the school of Havana of Bustamante.

Keywords: Foundations. Utilitarian. Legal. Political. Courtesy. Reciprocity. Nationality. Sovereignty. Community. Extraterritoriality.

Índice

Resumen.....	2
Abstract.....	3
Índice.....	4
Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional.....	9
Cláusula de Propiedad Intelectual.....	10
Dedicatoria.....	11
Agradecimientos.....	12
Prefacio.....	13
1. La Extraterritorialidad de las Leyes y el Derecho Internacional Privado.....	13
Prólogo.....	15
2. Introducción: Una Propuesta Clasificatoria Inicial de Estudio.....	15
Capítulo Primero.....	17
De los Fundamentos Utilitarios.....	17
3. La Cortesía Internacional.....	17
4. La Escuela Italiana de los Glosadores y Postglosadores.....	18
4.1 Contexto Histórico de la Escuela Italiana de los Glosadores y Postglosadores	
18	
5. La Escuela Italiana de los Glosadores.....	19
5.1 La Doctrina de la Aplicación Extraterritorial de las Leyes según la Escuela Italiana de los Glosadores.....	20
5.2 El Fundamento para la Extraterritorialidad según la Escuela Italiana de los Glosadores.....	21

UCUENCA

6.	La Escuela Italiana de los Postglosadores	22
6.1	La Doctrina de la Aplicación Extraterritorial de las Leyes según la Escuela Italiana de los Postglosadores	22
6.2	El Fundamento para la Extraterritorialidad según la Escuela Italiana de los Postglosadores.....	23
6.3	Otros Aportes de la Escuela Italiana de los Postglosadores presentes en la Legislación Ecuatoriana.....	24
7.	La Escuela Francesa.....	26
7.1	Contexto Histórico	26
7.2	La Doctrina de la Aplicación Extraterritorial de las Leyes según la Escuela de Francia.....	29
7.3	El Fundamento para la Extraterritorialidad según la Escuela de Francia	31
7.4	Estatutos Mixtos de la Escuela de Francia	31
8.	La Escuela Holandesa	32
8.1	Contexto Histórico	32
8.2	La Doctrina de la Aplicación Extraterritorial de las Leyes según la Escuela de Holanda	33
8.3	El Fundamento para la Extraterritorialidad según la Escuela de Holanda...	36
8.4	Estatutos Mixtos de la Escuela de Holanda	37
9.	Un Análisis Crítico General de las Escuelas.....	38
9.1	Crítica de las Doctrinas Propuestas por las Tres Escuelas: Italia, Francia y Holanda.....	38

9.2 Críticas de los Fundamentos de las Tres Escuelas: Italia, Francia y Holanda

39

10.	El Fundamento de la Cortesía ¿Presente en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano?	41
11.	La Reciprocidad Internacional.....	42
11.1	Origen Histórico de la Reciprocidad.....	42
11.2	El Significado de la Reciprocidad a la Luz del Código Civil Francés de 1804	43
11.3	Crítica a la Reciprocidad como Fundamento para la Aplicación Extraterritorial del Derecho	46
11.4	El Fundamento de la Reciprocidad ¿Presente en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano?	46
	Capítulo Segundo.....	49
	Del Fundamento Político	49
12.	La Escuela de la Nacionalidad o Personalidad del Derecho.....	50
12.1	Contexto Histórico de la Escuela de la Nacionalidad	50
12.2	La Doctrina de la Aplicación Extraterritorial de las Leyes según la Escuela de la Nacionalidad o Personalidad del Derecho	51
12.3	El Fundamento para la Aplicación Extraterritorial de las Leyes según la Doctrina de la Escuela de la Nacionalidad o Personalidad del Derecho	59
12.4	Crítica a la Escuela de la Nacionalidad o Personalidad del Derecho.....	61

12.5 La Presencia del Fundamento de la Escuela de la Nacionalidad para la
Aplicación Extraterritorial del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano

63

Capitulo Tercero	65
De Los Fundamentos Jurídicos.....	65
13. La Escuela de Pillet.....	66
13.1 Contexto Histórico de la Escuela de Pillet	66
13.2 La Doctrina de la Aplicación Extraterritorial de las Leyes según la Escuela de Pillet	66
13.3 El Fundamento para la Aplicación Extraterritorial de las Leyes según la Escuela de Pillet.....	76
13.4 Presencia del Fundamento de la Escuela de Pillet para la Aplicación Extraterritorial de las Leyes en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano	77
13.5 Critica a la Escuela de Pillet.....	77
14. Escuela de Savigny	78
14.1 Contexto Histórico de la Escuela de Savigny	79
14.2 Doctrina de la Escuela de Savigny.....	79
14.3 El Fundamento para la Aplicación Extraterritorial del Derecho según la Escuela de Savigny	86
14.4 Presencia del Fundamento de la Escuela de Savigny para la Aplicación Extraterritorial del Derecho dentro del Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano	90
14.5 Critica a la Escuela de Savigny	90
15. Escuela de Bustamante	92

UCUENCA

15.1	Contexto Histórico de la Escuela de Bustamante.....	92
15.2	Doctrina de la Escuela de Bustamante	93
15.3	El Fundamento para la Aplicación Extraterritorial de las Leyes según la Escuela de Bustamante	106
15.4	Presencia del Fundamento de la Escuela de Bustamante para la Aplicación Extraterritorial de las Leyes en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano	106
15.5	Crítica de la Escuela de Bustamante	108
	Epílogo.....	110
16.	Conclusión	110
	Posfacio.....	116
17.	Apéndice Normativo de los Fundamentos de la Extraterritorialidad del Derecho presentes en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano.....	116
17.1	El fundamento de la Cortesía	116
17.2	El fundamento de la Reciprocidad	116
17.3	El fundamento de la escuela de la Nacionalidad.....	116
17.4	Respeto de las Soberanías	117
17.5	Comunidad de Derecho.....	117
17.6	Comunidad Jurídica Internacional	117
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	118

Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

Pedro Mateo Jarrín Silva, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación Los Fundamentos para la Aplicación de las Leyes Extranjeras: Utilitarios, Políticos y Jurídicos, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 02 de noviembre de 2022



Pedro Mateo Jarrín Silva

C.I: 0150064178

Cláusula de Propiedad Intelectual

Pedro Mateo Jarrín Silva, autor del trabajo de titulación Los Fundamentos para la Aplicación de las Leyes Extranjeras: Utilitarios, Políticos y Jurídicos, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, 02 de noviembre de 2022



Pedro Mateo Jarrín Silva

C.I: 0150064178

Dedicatoria

A mi amado abuelo Pedro, quien habiéndose quedado dormido una noche, se despertó a la orilla de un vasto océano de aguas diáfanas y piedras de multitudinarios colores.

Agradecimientos

A mis Padres y mi Hermana, por su inmensa bondad imperecedera.

A mis abuelos, por la complicidad de siempre.

A Diana, por supuesto, por su presencia apacible en mi vida.

A la Dra. María Elena, por su desinteresada gentileza en el transcurso de esta investigación.

A mi irremplazable amigo Hansel, y mi noble compañera Tadea, cuyas dulces compañías me han vuelto más humano y han hecho mi vida más llevadera.

Prefacio

1. La Extraterritorialidad de las Leyes y el Derecho Internacional Privado

Las relaciones jurídicas se encuentran sometidas a leyes pertinentes que las regulan. Es bajo esa óptica que, en el derecho interno, tenemos tantas leyes reguladoras como relaciones con la necesidad de ser reguladas existen. Sin embargo, eso no implica en absoluto, la ausencia de conflictos en materia de leyes. Muchas veces de hecho, las diferentes leyes existentes entran en una suerte de concurso, surgiendo de ese modo la necesidad de descubrir cuál de las leyes en fricción es la llamada a regular tal o cual relación de derecho.

Es entonces, por ejemplo, que el derecho interno ecuatoriano, específicamente el civil, ha propuesto una especie de manual de instrucciones en su artículo siete, que pretende ser un faro, que sirva de norte y guía, en medio de las oscuras aguas de los mares conflictivos que las leyes suscitan. Es por ello que al mirar con atención el artículo mencionado en el título preliminar del código civil, llegamos a la conclusión de que el legislador ha establecido una serie de estándares jurídicos que buscan resolver los conflictos de las leyes en el tiempo.

Sin embargo, cuando extrapolamos esta realidad al conflicto de leyes en el espacio, el problema se torna verdaderamente más complejo. Cuando dos o más leyes de diferentes legislaciones, se debaten por regir una relación de derecho, solamente una deberá ser la competente, llamada a regir esa relación, para lo cual, entran en juego los diversos principios que habitan el complejo mundo del derecho internacional privado.

Una vez que la ley competente de cierta legislación resulta electa para solucionar un problema de derecho concreto, la misma – es decir la ley electa - puede surtir su efecto en un territorio extraño, regido a su vez por una legislación totalmente ajena, con respecto al territorio y

legislación de los cuales la ley electa ha provenido. Es en ese punto, cuando surge la pregunta: ¿Qué es lo que hace posible que ciertas normas provenientes de una legislación de determinado territorio puedan ser aplicadas en otro territorio que a su vez se encuentra regido por una legislación diferente?

Si bien la respuesta a esa pregunta no pareciera entrañar ninguna dificultad, la realidad es otra. Pues es precisamente de esa pregunta, de donde han surgido diversas teorías desde varios siglos atrás a esta parte, de la mano de diferentes escuelas situadas en diversas latitudes del mundo.

Por tanto, el objeto de esta investigación, consiste en realizar un análisis que nos permita vislumbrar cuáles han sido o son las teorías que han intentado dar fundamento o razón de ser, respecto de la aplicación extraterritorial de las leyes. El análisis desde luego, no pretende de ninguna manera agotar el tema que nos ocupará, porque aquello demandaría volúmenes y años de trabajo sin duda, ya que supondría una investigación histórica de extensas proporciones, lo cual evidentemente, rebasa los límites y el objeto de este trabajo.

Al contrario, proponemos realizar un abordaje lo suficientemente amplio y conciso de las principales teorías y escuelas que han procurado dar solución y fundamento al problema de la extraterritorialidad de la ley, indagando igualmente, si es que varias de esas teorías, se encuentran inmersas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Prólogo

2. Introducción: Una Propuesta Clasificatoria Inicial de Estudio

En el estudio que realizaremos a lo largo del presente trabajo investigativo, adoptaremos como línea didáctica una clasificación para nada heterodoxa, sino al contrario, ortodoxa, que hemos creído es la adecuada por tratarse de la que generalmente se ha compartido entre la mayor parte de doctrinarios y tratadistas de la materia que nos ocupa - el Derecho Internacional Privado – mismos que se han encargado de estudiar los fundamentos para la aplicación extraterritorial de las leyes en sus atinadas obras.

De ese modo, hemos creído conveniente estudiar las teorías de la Cortesía y de la Reciprocidad como parte de lo que en doctrina se denomina los Fundamentos Utilitarios; la teoría de la Nacionalidad como integrante de lo que los diferentes autores califican como Fundamento Político; y la teoría del Respeto de las Soberanías, la teoría de la Comunidad de Derecho de Savigny y la teoría de la Comunidad Jurídica Internacional de Bustamante, como parte del séquito de los llamados Fundamentos Jurídicos.

Vale advertir, sin embargo, desde un inicio, que nuestro apego a esta estructura de clasificación que resulta tradicional, es nada más didáctica, pues como veremos cuando corresponda, no necesariamente estamos de acuerdo con que ciertos fundamentos ocupen los escaños de clasificación que hemos mencionado y que diversos autores recogen. En realidad, no todos los autores optan por la línea tradicional de clasificación que hemos descrito.

Nada más por poner un ejemplo, autores como García Amador, consideran la existencia de lo que ellos consideran fundamentos filosófico – jurídicos, o estudian a la Cortesía y la

UCUENCA

Reciprocidad como elementos característicos del fundamento político, o bien, a la teoría de la Nacionalidad como parte del fundamento jurídico. (Romero Del Prado, 1944)

Capítulo Primero

De los Fundamentos Utilitarios

Como se desprende del análisis que realizaremos a lo largo de este primer capítulo, la denominación, fundamentos utilitarios, responde al hecho de que, dichos fundamentos, hallan su razón de ser en la utilidad, en el provecho, o, en fin, en el beneficio que puede reportar un Estado, cuando permite la aplicación de leyes extranjeras en su territorio, y esto último, sobre la base de alguno de estos dos supuestos: La Cortesía Internacional, o bien, la Reciprocidad Internacional.

3. La Cortesía Internacional

Para entender correctamente el origen del fundamento utilitario de la Cortesía, atribuido al ingenio de la escuela holandesa, es necesario estudiar primero a dos escuelas que la precedieron, estas son: la escuela italiana, y la escuela francesa. Y esto, con la necesidad de poder comprender el tema a cabalidad, ya que la escuela holandesa, es derivación de la francesa, y esta última, una línea de pensamiento contraria al pensamiento de la escuela italiana.

Es con razón entonces, que el célebre profesor Niboyet, en su obra Principios del Derecho Internacional Privado, expresó:

En materia de conflicto de leyes, tres grandes escuelas se formaron en el Derecho Antiguo:

1. La Escuela italiana. 2. La Escuela Francesa. 3. La Escuela Holandesa. No han existido simultáneamente, sino sucesivamente pudiendo decirse que cada una ha sido, en cierto modo, derivación de la anterior. (Niboyet, 1930, pp. 206 - 207)

4. La Escuela Italiana de los Glosadores y Postglosadores

Analizaremos a continuación, el contexto histórico de la escuela italiana de los Glosadores y Postglosadores conjuntamente, para luego estudiar la doctrina y el fundamento de la aplicación extraterritorial del derecho, de los Glosadores primero, y de los Postglosadores en ulterioridad.

4.1 *Contexto Histórico de la Escuela Italiana de los Glosadores y Postglosadores*

Es necesario tener en cuenta que la escuela italiana a la que hacemos referencia, se desarrolla en una época en la cual, las ciudades italianas, eran verdaderas ciudades-estado, cada una independiente en territorio y legislación. Aquello, con el desarrollo del comercio, de los negocios, de los distintos actos jurídicos llevados a cabo entre los comerciantes de aquellos distintos territorios autónomos, se tradujo en una serie de problemas y dificultades, surgidos a raíz de la enorme oposición existente entre las diversas legislaciones a las cuales pertenecían esos comerciantes.

Desde el siglo XI, las ciudades del norte de Italia fueron aumentando su importancia y poderío, habiéndoseles reconocido su existencia de comunas libres, constituyéndose en verdaderas repúblicas autónomas. Gozaron así de la autonomía política y al mismo tiempo legislativa, pues si eran regidas por el derecho común de la Lombardía (derecho romano y derecho lombardo) tenían igualmente sus leyes municipales o de la ciudad, particulares, originadas de los nuevos usos y costumbres, llamadas *Estatutos*, que diferían unos de otros. Tales ciudades, sobre todo Módena, Bolonia, Florencia, Padua, Génova, no vivían aisladas: mantenían relaciones comerciales cada vez mayores; sus habitantes se desplazaban de una ciudad a otra y todo ello provocaba la concurrencia o conflictos entre unos estatutos y otros... (Romero Del Prado, 1944, p.396)

Al respecto el profesor Lazcano, en su Derecho Internacional Privado, comenta:

Cuando las Cruzadas desarrollaron el comercio y las ciudades de la Alta Italia tuvieron gran intercambio con el mundo conocido, la legislación territorial resulto absurda y hubo que encontrar soluciones a los conflictos entre ella y las legislaciones de otros pueblos.
(Lazcano, 1965, p. 95)

Es entonces, que surgió la necesidad de encontrar una solución que permitiera solventar o hacer frente a los problemas acaecidos a raíz de las diferencias y conflictos existentes entre las leyes que provenían de las diferentes ciudades-estado de la vieja Italia y otros territorios, que no hacían más que entorpecer las relaciones comerciales que se entrelazaban.

5. La Escuela Italiana de los Glosadores

La solución inicial, la estableció la escuela italiana de los Glosadores, que se extiende desde el siglo XII hasta el siglo XIII, desarrollándose principalmente en la ciudad de Bolonia. Tal solución, consistió en la exegesis de los textos del derecho romano, mediante glosas - o comentarios si se quiere -, a lo cual, además, deben los Glosadores su nombre. (Romero Del Prado, 1944)

El máximo exponente de la escuela italiana de los Glosadores, sin duda alguna, fue Acurssio, quien es conocido por atribuírsele la elaboración de la llamada Gran Glosa, consistente en un comentario realizado a la ley Cunctus Populos del Código de Justiniano, en búsqueda de resolver lo atinente al conflicto de la extraterritorialidad del derecho que se produce cuando existe concurrencia de leyes – de diversos territorios agregamos nosotros -. (Lazcano, 1965)

5.1 *La Doctrina de la Aplicación Extraterritorial de las Leyes según la Escuela*

Italiana de los Glosadores

La ley *Cunctus Populos* del Código de Justiniano – nos dice el académico y catedrático Hernán Coello García en su obra *Derecho Internacional Privado* - establecía un texto que rezaba palabras más palabras menos lo siguiente: queremos que todos los pueblos del imperio, los que se hallan sometidos a nuestra benévola autoridad profesen aquella religión que enseñó a los romanos San Pedro. Es entonces que, - continúa el Doctor Coello - Acurssio, realiza la siguiente glosa - o comentario - a la ley *Cunctus Populos*: si un habitante de Bolonia se traslada a Módena, no debe ser juzgado con arreglo a las leyes de tal ciudad, a las cuales no está sometido como lo demuestra la frase de la ley *Cunctus Populos*: los que se hallan sometidos a nuestra benévola autoridad. (Coello García, 2004)

Al respecto, comentemos que el propósito de Acurssio con aquella glosa, no fue otro que el de establecer el hecho de que ciertas leyes siguen a la persona, independientemente del lugar al cual aquella se traslade. En otras palabras, lo que Acurssio hace, es reconocer el carácter extraterritorial de ciertas leyes, posibilitando entonces la idea de la aplicación de las mismas fuera del territorio en el cual han sido expedidas.

Fue de ese modo que los Glosadores llegaron a distinguir, o bien, a reconocer, las leyes que regían aquellos derechos de los cuales el hombre es titular, de aquellas que seguían acompañándolo fuera de su territorio, llegando a catalogar a estas últimas – a las extraterritoriales - como leyes favorables. (Lazcano, 1965)

Evidentemente, lo expuesto, nos indica que la escuela italiana de los Glosadores inició el camino, abrió la puerta, estableció la brecha de entrada a una distinción de las leyes en territoriales y extraterritoriales.

5.2 El Fundamento para la Extraterritorialidad según la Escuela Italiana de los

Glosadores

Ahora bien, al realizarnos la pregunta ¿Cuál es la justificación para poder aplicar las leyes fuera del territorio al cual pertenecen según los Glosadores? Debemos acudir al criterio de uno de ellos, así, cuando nos referimos a la opinión de Aldricus, se sabe que:

Si varios individuos de diversas provincias, de costumbres diferentes, litigaban ante un mismo juez, ALDRICUS se preguntaba: ¿Cuál de las costumbres elegir o aplicar? Y respondía que debía darse la preferencia a la más poderosa y útil, que debía juzgar de acuerdo a la que considerara mejor. “Así, ALDRICUS no hacía prevalecer ni el derecho del juez – *lex fori* – ni una regla que considerara directamente el caso litigioso sino el derecho que se recomendara por su conexión más íntima con el caso concreto que se juzgaba...y transa una controversia importante de la época en el sentido de que el juez está autorizado a preferir la equidad al derecho escrito...”. (Romero Del Prado, 1944, p.399)

Es entonces necesario concluir que, los Glosadores, encontraban la razón de la aplicación extraterritorial del derecho en lo que ellos denominaban, la equidad, la ley que se considerara mejor o más justa, incluso como lo hemos notado ya, por sobre el derecho escrito. Y es justamente la equidad, uno de los elementos sobre los cuáles los Postglosadores, harán descansar su concepción sobre la extraterritorialidad de la ley.

6. La Escuela Italiana de los Postglosadores

Las glosas al derecho romano, elaboradas por Acurssio y la escuela de los Glosadores, fueron acogidas por sus sucesores: la escuela de los Postglosadores, cuyo centro científico se situó en la ciudad italiana de Perugia, siendo el máximo representante de la misma, Bartolo de Saxoferrato. El espíritu de esta escuela, consistió en la búsqueda de soluciones para los problemas de conflictos de leyes que iban manifestándose cada vez más con mayor frecuencia, debido a que las mismas – las leyes -, provenían de diferentes ordenamientos jurídicos pertenecientes a las diferentes ciudades-estado de Italia y otras latitudes. (Coello García, 2004)

Es así, que la escuela italiana de los Postglosadores, desarrolla su labor a partir del siglo XIV, consiguiendo con el transcurso del tiempo, fuerte presencia e influencia en la Francia de aquellos tiempos, hasta que, el francés D'Argentré – como revisaremos posteriormente – reemplaza la teoría italiana por una nueva escuela de tendencias distintas. (Niboyet, 1930)

6.1 *La Doctrina de la Aplicación Extraterritorial de las Leyes según la Escuela Italiana de los Postglosadores*

La doctrina de la escuela de los Postglosadores se caracteriza por el establecimiento de dos principios a saber:

El primer principio, hace referencia a la clasificación de las leyes. Es necesario – afirmaban los Postglosadores - clasificar las leyes en conflicto según su naturaleza, para entonces, reconocerles su propio ámbito de aplicación. Para ello, según esta escuela, era necesario, agrupar las leyes según su materia respectiva en tantos grupos como fuese necesario. De ese modo, Bartolo, por ejemplo, clasificó las leyes en diversos grupos según su materia respectiva: contratos, delitos, testamentos, etc. (Niboyet, 1930)

El segundo principio defendido por la escuela italiana de los Postglosadores, consiste en cambio, en la determinación de la ley competente llamada a resolver el conflicto surgido de la concurrencia de las leyes. Una vez clasificadas las leyes en conflicto— como el primer principio manifiesta -, es necesario determinar cuál de aquellas es la llamada a resolver el problema. La elección de la ley competente entonces, se debe buscar aplicando los criterios de buen sentido y equidad. (Coello García, 2004)

Mediante su método - clasificación y elección de una ley competente -, los Postglosadores, llegaron a determinar leyes de carácter territorial, denominadas desfavorables, y leyes de carácter extraterritorial, llamadas favorables.

Los postglosadores aceptaron, en su mayoría, la diferenciación entre estatutos favorables y prohibitivos o desfavorables, los primeros tutelaban o ampliaban la capacidad individual o acordaban facultades para el ejercicio de un derecho, en tanto que los segundos consagraban incapacidades o vedaban realizar un acto; los favorables en general se extraterritorializaban, los otros no, pero en ambos supuestos había excepciones. (Lazcano, 1965, pp. 99 - 100)

Resulta entonces atinado afirmar, que los Postglosadores, reconocen con su método, la existencia de leyes de carácter territorial, como, por el contrario, leyes de carácter extraterritorial.

6.2 El Fundamento para la Extraterritorialidad según la Escuela Italiana de los Postglosadores

Al referirnos al segundo postulado de la doctrina aplicada por los Postglosadores para la resolución de conflictos en caso de concurrencia de leyes – la determinación de la ley competente – hemos manifestado que la razón de ser de la extraterritorialidad de las leyes para esta escuela,

no era otra más que el buen sentido y la equidad, fundamento que más adelante será objeto de nuestra crítica.

Machado Villela, al referirse al fundamento que defendían los Postglosadores respecto de la aplicación extraterritorial del derecho, afirma que, Bartolo, como los otros adeptos de su escuela, se guiaba por la naturaleza de las leyes para dar competencia a aquella que la razón le aconsejaba como la más justa – o equitativa -. (Romero Del Prado, 1944)

6.3 Otros Aportes de la Escuela Italiana de los Postglosadores presentes en la Legislación Ecuatoriana

Por resultar de alto interés, como se podrá apreciar, a más de haber expuesto en líneas anteriores, los principios fundamentales que la escuela italiana de los Postglosadores estableció como parte de su método de resolución de conflictos en caso de concurrencia de leyes – clasificación y competencia - recogemos sucintamente una serie de principios adicionales que se formularon en sus aulas, sobre todo bajo la guía de Bartolo, mismos que, al analizar las normas de derecho internacional privado que recoge nuestro derecho civil, se hallan presentes como una suerte de legado histórico.

Así, al realizar un análisis de las escuelas históricas del derecho internacional privado, podemos concluir, que la escuela italiana que nos ocupa, promovió el conocido principio *Locus Regit Actum*, para todo lo que tiene que ver con la forma extrínseca de los actos. (Coello García, 2004)

El principio mencionado, puede ser fácilmente encontrado en el Art 16 del Código Civil Ecuatoriano, que en su parte pertinente establece: “La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las

reglas establecidas en el Código Orgánico General de Procesos” (Codificación del Código Civil, 2005, p.12).

De la misma forma, el mismo principio mencionado, en el caso de los negocios jurídicos mortis causa, se encuentra recogido en el Art. 1065, que reza el siguiente texto:

Valdrá en el Ecuador el testamento escrito, otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciera constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo, en la forma ordinaria. (Codificación del Código Civil, 2005, p.373)

En cuanto a los principios que la escuela italiana ha catalogado como favorables – que tienen la característica de ser extraterritoriales aunque con sus excepciones –, y desfavorables – que tienen la característica de ser territoriales aunque de la misma forma con sus variadas excepciones -, mismos a los que nos habíamos referido en líneas anteriores, y que como analizaremos más adelante, la escuela francesa y holandesa los denominará posteriormente como estatutos o leyes personales -extraterritoriales- y reales -territoriales-, podemos encontrarlos en nuestra legislación civil:

El Art. 14 del código civil, consagra el texto de lo que podríamos denominar ley favorable – de efecto extraterritorial - en nomenclatura de la escuela italiana, o personal en nomenclatura de las escuelas francesa y holandesa: Los ecuatorianos, aunque residan o se hallen domiciliados en un lugar extraño, están sujetos a las leyes de su patria: primero, en todo lo referente al estado y capacidad de las personas para ejecutar ciertos actos que deban verificarse en el Ecuador; y segundo, en lo referido a los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto del cónyuge y los parientes ecuatorianos. (Codificación del Código Civil, 2005)

El Art. 15 de nuestra legislación civil, por su parte, recoge lo que para la escuela italiana representaría una ley de carácter desfavorable – de efecto territorial – o real para las escuelas francesa y holandesa, conocido comúnmente como el principio *Lex Rei Sitae* o principio de la ubicación de los bienes, que indica en su parte pertinente que:

Los bienes situados en el Ecuador, se sujetan a las leyes ecuatorianas, independientemente de que los dueños sean extranjeros o residan en otras latitudes (Codificación del Código Civil, 2005).

7. La Escuela Francesa

De la misma forma, al estudiar a la escuela francesa, abordaremos primeramente su contexto histórico, para dar lugar, en lo posterior, al estudio de su doctrina y su fundamento en lo que a la extraterritorialidad del derecho respecta.

7.1 *Contexto Histórico*

La escuela de Francia se desarrolla en medio de una muy marcada presencia del sistema feudal. En efecto, el feudalismo en Francia, se dejó sentir con gran fuerza, determinando así, un territorialismo absoluto y estricto del derecho, de las leyes. (Coello García, 2004)

El feudalismo, puede ser concebido desde varias aristas o puntos de vista, en nuestro análisis, tomaremos en cuenta, la concepción otorgada por el catedrático Pedro Jarrín Ochoa, en su obra *Formaciones Sociales*, donde manifiesta que, el feudalismo, debe ser entendido como:

Un conjunto de instituciones feudo-vasalláticas, que crean y rigen obligaciones de obediencia y servicio por parte de un hombre llamado vasallo hacia un hombre libre llamado señor; y, en forma recíproca, obligaciones de protección y sostenimiento por parte

del señor al vasallo, dándose el caso generalizado de que esta protección se realiza a través de la concesión de un bien llamado feudo por parte del primero al segundo. (Jarrín Ochoa, 2010, p.75)

En dicha época justamente, es que cada feudo, señorío, ciudad o país, mantenía su propio régimen jurídico y político. Aquello devino con el tiempo, en una suerte de individualismo jurídico de los diversos territorios feudales de aquel entonces, en los cuales, la única ley vinculante, no era otra más, que la que emanaba del señor del territorio feudal en cuestión.

Acorde con aquello, el Doctor Carlos Castro, en su libro, Temas de Historia del Derecho y del Estado, manifiesta respecto del Estado feudalista, la siguiente consideración:

Una característica fundamental del Derecho Feudal constituye el fenómeno del particularismo jurídico en virtud de que dada la estructura del sistema feudal, prácticamente cada entidad feudal sea reinado, principado, ducado, condado, ciudad, feudo, corporación, familia tiene su sistema particular de costumbres, normas, precedentes a lo que se suma la presencia de la iglesia con su propio sistema de Derecho Canónico y la infinitud de fueros reconocidos o concedidos, de manera que existe un abigarrado pluralismo jurídico. (Castro Riera, 2013, p. 98)

Creemos que los efectos del feudalismo en el mundo jurídico se podrían resumir en dos consideraciones realizadas por el doctrinario Vico. Una primera consideración, hace relación a que cada señor feudal, tiene un derecho absoluto para aplicar su propia ley en su respectivo territorio. Mientras que una segunda consideración, nos recuerda que, en la época feudal, los estatutos o leyes, están forzosamente limitados al espacio comprendido dentro de los dominios del señor

feudal, cobrando sentido el axioma imperante en aquellos días: *leges non valen extraterritorium* o las leyes no valen fuera del territorio. (Vico, 1934)

Es entonces que, al encontrarse Francia, en tal marcado territorialismo de leyes, no es difícil suponer que las voces de la escuela italiana tuvieron gran acogida, por ser por consecuencia lógica, la respuesta a varios de los problemas suscitados entre las leyes francesas con las provenientes de otros territorios, conforme las relaciones comerciales se iban desarrollando de manera cada vez más marcada.

La doctrina italiana de hecho, fue llevada a Francia, Bélgica y Alemania, por juristas de renombre como Fabre, Belleperche, entre otros. Es así, que hasta el siglo XVI, en Francia, se producirá finalmente, una coexistencia del sistema feudalista que pregonaba la territorialidad estricta de las leyes, con el sistema de pensamiento de la escuela italiana. (Lazcano, 1965)

Sin embargo, en lo posterior, una vez llegado el siglo XVI, la escuela francesa toma un rumbo propio, de la mano de su máximo exponente, D'Argentré, quien decide separarse de la doctrina de la escuela italiana. En ese sentido:

D'Argentré, que se separa de los estatutarios italianos, a quienes acusaba de no haber establecido ninguna clasificación sistemática de las normas aplicables a los diferentes supuestos y de haber conseguido, en el mejor de los casos solo distinciones embarazosas, clasifica a los preceptos legales aplicables en dos categorías inexorables: los estatutos son reales y excepcionalmente personales. (Coello García, 2004, p.121)

Estudiaremos a continuación, los postulados fundamentales de esta escuela, los cuales sirvieron de punto de partida por así decirlo, a la escuela holandesa, misma que desarrollaremos

más adelante y a la que se le atribuye el desarrollo del criterio de la Cortesía como fundamento de la extraterritorialidad del derecho.

7.2 La Doctrina de la Aplicación Extraterritorial de las Leyes según la Escuela de Francia

D'Argentré, propone los postulados que harán parte de la doctrina francesa del siglo XVI, en busca de dar solución al conflicto originado por la concurrencia de leyes de distintos territorios que se oponen entre sí, como consecuencia, del territorialismo feudal que se vive en aquellos días.

El primer postulado, se refiere a la clasificación de las leyes. De este modo, D'Argentré, afirma de un modo anticipado – apriorísticamente -, que las leyes se dividen en dos grupos: leyes reales y leyes personales. Reales, cuando las leyes tienen por objeto a las cosas. Y, por el contrario, personales, cuando el objeto de las leyes son únicamente las personas.

El doctor Niboyet, otorgando como siempre su vasto conocimiento, se refiere a los caracteres de la doctrina de la escuela francesa, afirmando que, el primer carácter fundamental de la misma, es la clasificación bipartita de los estatutos – es decir leyes – en dos ramas: estatutos reales y estatutos personales. Reafirma nuestra idea, al definir a los estatutos reales como aquellos que se refieren a las cosas (res), y a los estatutos personales, como aquellos que se refieren a las personas de una manera estricta. (Niboyet, 1930)

El segundo postulado de la escuela francesa que propone D'Argentré, es el que tiene que ver con la aplicación de las leyes. Así, para tal autor y escuela, por principio general, las leyes se aplican estrictamente de forma territorial, y solo por excepción a tal principio, las leyes son aplicables extraterritorialmente.

Niboyet al referirse al segundo carácter de la doctrina de la escuela francesa propuesto por D'Argentré, lo hace bajo la percepción de lo que él denomina: los límites de la aplicación de los estatutos. Niboyet, explica entonces, que el límite de aquellos – de los estatutos -, fue recogido por la escuela francesa bajo la siguiente fórmula: las leyes son en principio reales y solo por excepción personales. La Excepción que recoge la fórmula propuesta por la escuela de Francia, tenía por objeto, según Niboyet lo explica, el posibilitar el comercio entre los distintos territorios independientes, ya que como en aquella época – agregamos nosotros - cada territorio tenía su propia legislación - característica propia del estado feudal como lo manifestamos – el tráfico del comercio, evidentemente era objeto de frecuentes trabas y dificultades. (Niboyet, 1930)

Al respecto, comentemos que lo que Niboyet quiere dar a entender con lo expuesto es que, para la escuela francesa, las leyes personales, que son las que tienen por objeto exclusivo a la persona, admiten como efecto la posibilidad de ser aplicables extraterritorialmente; mientras que, otras leyes – las reales -, cuyo objeto no son las personas, sino los bienes, tienen como efecto, su sola y exclusiva aplicación territorial.

Así, al decir que, en Francia, las leyes eran reales por principio general y solo por excepción personales, lo que la escuela francesa estaba afirmando, era que las leyes que se refieren a los bienes, siempre, van a ser de efecto territorial, mientras que, por contrapartida, las leyes que se refieren a las personas, siempre, van a posibilitar su aplicación fuera del territorio.

El estatuto real, era por tanto la ley de la situación de los bienes -Lex Rei Sitae- mientras que el estatuto personal, lo constituía la ley del domicilio (Romero Del Prado, 1944).

Ahora bien, si nos hacemos la pregunta ¿Cuáles eran específicamente las leyes personales que para los franceses gozaban de aplicación extraterritorial? Diríamos que eran aquellas que se referían al estado y capacidad de los individuos (Romero Del Prado, 1944).

Así, son personales, el estatuto que fija a los veinte años en Bretaña y a los veinticinco años en París la edad de la mayoría y de la capacidad civil, el que priva a la mujer casada del poder o de la facultad de contratar y de obligar y declara nulos sus actos; el que establece la incapacidad de las personas colocadas bajo el poder de otro; el que somete a los hijos a la autoridad paterna; el que se refiere a la legitimación, etcétera. (Romero Del Prado, 1944, p. 415)

7.3 El Fundamento para la Extraterritorialidad según la Escuela de Francia

El fundamento de la extraterritorialidad de la ley para la escuela francesa se puede explicar tomando en cuenta el hecho de que, al producirse la aplicación extraterritorial de las leyes, aquello, sucede en respuesta a una exigencia de derecho, de justicia, por tanto, en respuesta a una obligación jurídica como tal.

Hay que tomar en cuenta, que no es sino la idea de justicia, el verdadero fundamento de la aplicación extraterritorial de las leyes, es decir, que la razón de ser de estas leyes – las extraterritoriales-, se resume, en un deber impuesto por el derecho. (Coello García, 2004)

7.4 Estatutos Mixtos de la Escuela de Francia

Si bien es cierto que la clasificación que los franceses realizaban de los estatutos era bipartita – estatutos reales y personales – es válido cuestionarse ¿Qué sucedía con aquellos estatutos o leyes que tenían por objeto a bienes inmuebles y personas al mismo tiempo? Admitían entonces los franceses, como una especie de subclasificación, lo que ellos calificaban como

estatutos mixtos, que no eran otra cosa que una derivación de los estatutos reales, pues se trataba de leyes – o de costumbres en terminología francesa - que se referían a un mismo tiempo, a las personas y a los bienes inmuebles, mismas que, para esta escuela, no se extraterritorializaban.

En ese sentido, el Doctor Lazcano manifiesta que:

Si una disposición contempla personas y cosas, o sea que es mixta, D'ARGENTRÉ la asimiló al estatuto real; aun los personales solo lo eran si se referían al Estado o la capacidad en forma general, porque su aplicación derogaba el principio territorial dominante. Los estatutos mixtos, división lógica desde el punto de vista de la ley examinada, fueron inútiles para la extraterritorialización del derecho, dado que tal categoría estaba incluida dentro de la regla genérica que le daba carácter real a todas las costumbres y la identificaba, por tanto, con los estatutos territoriales. (Lazcano, 1965, p.103)

Por el contrario, si el estatuto se refería a personas y bienes muebles, el mismo, seguía siendo considerado como personal y por ende extraterritorial, porque para D'Argentré, así lo demandaba su criterio de justicia (Lazcano, 1965).

8. La Escuela Holandesa

Al realizar el respectivo estudio de la escuela de Holanda, iniciaremos por revisar su situación histórica, para enseguida, revisar su doctrina y fundamento en lo que a la aplicación extraterritorial de la ley se refiere.

8.1 *Contexto Histórico*

Los países bajos vivieron durante la primera mitad del siglo XVII, la dominación por parte de España y de Austria, liberándose de la misma a consecuencia de la Paz de Westfalia. Los años

UCUENCA

de la dominación dejaron un gran resentimiento en el corazón del pueblo holandés, inclinándose, por tanto, hacia un estricto nacionalismo que se combinó con una de sus principales actividades: el comercio. Al ser, Holanda, en ese espacio de tiempo, fuertemente nacionalista, acoge las ideas territorialistas de la escuela francesa de D'Argentré, por medio de jurisconsultos como Burgundus y Rodenburg, mismas que serán desarrolladas de la mano de quienes se convertirán en los máximos exponentes de esta escuela: Juan y Pablo Voet y Ulrich Huber, quienes - por eso de que el nacionalismo estricto y el comercio no van de la mano, agregamos nosotros - buscarán la forma de conciliar el fuerte nacionalismo y territorialismo de Holanda con la necesidad de desarrollar su comercio, proponiendo una doctrina basada en la territorialidad estricta de las leyes con la excepción de la aplicación extraterritorial de las mismas, la cual se fundamentará a diferencia de la escuela de Francia, en una actitud de cortesía hacia los pueblos más no en una idea de justicia . (Pereznieta Castro, 2002)

8.2 La Doctrina de la Aplicación Extraterritorial de las Leyes según la Escuela de Holanda

La doctrina de la escuela de Holanda es una sucesión casi idéntica de la doctrina francesa de D'Argentré. Es con razón que el académico Hernán Coello, expone en ese sentido que, la escuela de Holanda, toma los mismos postulados de la doctrina de la escuela francesa, apartándose de dicha escuela, eso sí, en lo que tiene que ver con el fundamento de la extraterritorialidad de la ley. (Coello García, 2004)

De ese modo, al referirnos al primer principio, en lo que se refiere a la clasificación de las leyes, al igual que los franceses como lo habíamos expuesto, la escuela de Holanda participa del criterio de que las leyes se dividen en dos grupos: leyes reales y leyes personales, reafirmando el

concepto de que las reales son aquellas leyes cuyo objeto son las cosas, mientras que las personales son aquellas leyes cuyo objeto son las personas de forma exclusiva.

El segundo principio que los holandeses aceptan de la doctrina francesa que habíamos referido, es el que tiene que ver con la aplicación de las leyes: es en esa dirección que la escuela de Holanda acepta que las leyes son por principio territoriales y solo por excepción extraterritoriales, siendo las personales aquellas que revisten un carácter de aplicación extraterritorial y las reales las que responden a una aplicación estrictamente territorial.

Justamente y en consonancia con lo expuesto, al referirse a las características de la escuela holandesa, en su obra, Curso de Derecho Internacional Privado, el profesor Duncker refiere:

Entre las principales características de esta escuela señalamos: 1.a Establece que todas las leyes son reales, formulando así el principio que se conoce con el nombre de la territorialidad absoluta de las leyes, el que hacían descansar en la soberanía e independencia de los Estados. Con este principio hacían imposible la aplicación de las leyes extranjeras y en consecuencia determinaba el casi absoluto desconocimiento de los actos y contratos celebrados entre los individuos de un Estado con los de otros Estados.

2.a Característica: Los tribunales de justicia pueden aplicar excepcionalmente las leyes personales de cada individuo en materia de capacidad y estado civil en virtud de la “cortesía internacional”. (Duncker Biggs, 1967, p.19)

Igualmente, en su obra Derecho Internacional Privado Parte General, el criterio acertado de Leonel Pereznieto sobre las características de la escuela holandesa resulta de utilidad al manifestar que:

UCUENCA

Las ideas básicas son las siguientes: la ley holandesa debe aplicarse de manera general a toda persona y a todo acto jurídico en territorio holandés. Debido a que hay necesidad de combinar ese territorialismo con el comercio internacional, dichos autores aceptan la aplicación de la ley extranjera...Para explicar la aplicación de la ley extranjera, estos autores elaboran el principio de la comitas, por el cual el soberano holandés, en un acto de generosidad, aceptaba la aplicación de dicha ley en su territorio. (Pereznieto Castro, 2002, p.19)

Es interesante hacer hincapié, en el hecho de que la teoría de la extraterritorialidad de los estatutos o leyes personales de la escuela holandesa, no se refiere a cualquier clase de leyes, sino por ejemplo, a aquellas que versan sobre, o recaen sobre, la condición jurídica de las personas en cuanto a su estado civil y capacidad, es decir a aquellas leyes ligadas a lo que se conoce como estatuto personal del individuo, mismo que va con la persona a donde sea que aquella se traslade.

Es debido entonces, a las fuertes relaciones comerciales de Holanda por ser un puerto marítimo que servía de entrada a Europa, que se vio la imposibilidad por parte de los holandeses de aplicar estrictamente el principio de territorialidad o también llamado de realidad de las leyes, dando así, paso a la aplicación de la teoría de la extraterritorialidad o personalidad de las leyes en lo que al estado civil y capacidad de las personas se trata, a efectos de facilitar la contratación entre comerciantes. Las leyes referidas a la capacidad o estado civil de las personas toman el nombre de estatuto personal, o, configuran la conocida denominación de la teoría de la personalidad de las leyes – agregamos -, porque las mismas, como bien señalamos, acompañan a la persona al lugar al cual aquella se dirija. (Coello García, 2004)

8.3 *El Fundamento para la Extraterritorialidad según la Escuela de Holanda*

Si bien la escuela holandesa defendió en su doctrina que por principio las leyes son territoriales y solo por excepción extraterritoriales, la extraterritorialidad de la ley, la fundamentó en un criterio no jurídico: la Cortesía. Rechazaron - a diferencia de la escuela francesa - la idea de la justicia como fundamento de la extraterritorialidad de las leyes, porque para la escuela holandesa, aquello, representaba un atentado contra la soberanía de los Estados. En ese sentido:

Pero cuando hubo que encontrar una explicación al hecho de que ciertos estatutos fuesen extraterritoriales, los holandeses rechazaron en absoluto la idea de obligación. Para ellos, los jueces no están jurídicamente obligados, en modo alguno, a observar las leyes extranjeras, pues esto es contrario a la independencia de los estados. (Niboyet, 1930, p.222)

De hecho, a nuestro juicio, en aquel tiempo, hubiera resultado fácil cuestionarse: si un Estado era independiente o soberano territorial y legislativamente dentro de un contexto de territorialismo jurídico estricto y feudalista como en el caso de Francia ¿Era acaso razonable suponer que dicho Estado se encontrara obligado por derecho o justicia a aplicar en su territorio las leyes provenientes del extranjero? – tal y como lo defendía la escuela francesa - Desde luego que no, eso hubiera representado una contradicción magnánima. Sin embargo, si la ley extranjera, era aplicada por pura cortesía del Estado Soberano– como lo propuso la escuela holandesa -, la contradicción desaparecía.

Es con razón, por tanto, que el doctor Romero del Prado afirma que tal contradicción tenía que desaparecer, manteniéndose el principio y la excepción, sí, pero no por una razón de justicia, sino por una razón de interés o cortesía (Romero Del Prado, 1944).

La cortesía, sin embargo, es aplicada por utilidad, y es por esa razón que, en el siglo XVII, Voet y Huber, representantes máximos de la escuela holandesa, aseveraron que, si bien cada país es soberano en su territorio, no pudiendo permitir que otro lo rija, es por benevolencia, o bien, cortesía o utilidad recíproca, que cabe que se permita la aplicación extraterritorial del derecho. La doctrina holandesa entonces, se denomina utilitaria, porque el país que admite el derecho extraño por cortesía, es acreedor a posibles beneficios. (Lazcano, 1965)

Solo entonces se puede comprender las palabras de Voet al afirmar:

...los individuos tienen derecho a no servir a nadie, pero si lo hacen pueden esperar que el beneficiario los sirva a su vez y que lo mismo ocurrirá si un país admite los actos de otro, pues este validará, a su vez, los de aquel y, por ende, las relaciones jurídicas nacidas a su amparo. (Lazcano, 1965, p.77)

Por el contrario, dentro de ese contexto, podríamos afirmar por nuestra parte que, al rehusarse los Estados a mostrar cortesía para con otros Estados, en lo que a la aplicación extraterritorial del derecho se refiere, esa negativa, podría devenir en su contra, en el sentido de que esos Estados, tampoco mostrasen cortesía para con aquellos que se negaron a extenderla.

8.4 Estatutos Mixtos de la Escuela de Holanda

Es menester hacer alusión que, si bien la escuela holandesa, clasificó a los estatutos de forma bipartita – reales y personales – también consideró la existencia de una subclasificación de las leyes, misma que denominó, estatutos mixtos. Tales estatutos se referían a leyes que tenían por objeto: la forma extrínseca y el proceso judicial de los actos jurídicos.

Los mencionados estatutos mixtos tienen ese carácter porque la forma se ajusta a la ley del lugar del acto que obliga a todos y tiene, por tanto, territorialidad, pero los efectos del sometimiento a dicha ley tienen alcances extraterritoriales, por lo cual esos efectos van más allá del lugar en que ha tenido origen, es decir, que produce consecuencias propias del estatuto personal. Así, por su naturaleza es real, pero por sus resultados es personal; en consecuencia, el estatuto de la forma y del proceso es mixto. (Lazcano, 1965, p.106)

9. Un Análisis Crítico General de las Escuelas

El análisis crítico que realizaremos, lo haremos respecto de las tres escuelas que hemos expuesto, y aquello, con el afán de entender a plenitud el fundamento utilitario de la Cortesía. Analizaremos críticamente sus doctrinas y fundamentos.

9.1 *Crítica de las Doctrinas Propuestas por las Tres Escuelas: Italia, Francia y*

Holanda

Así, la primera crítica que formulamos, es respecto de la escuela de los Glosadores y Postglosadores, cuyos métodos y doctrinas, resultan a nuestro juicio, carentes de estructura y sistematicidad. Sin embargo, no por eso negamos su carácter científico, ya que en una época en la cual, cada territorio era soberano para expedir sus leyes, y ninguna ley, podía ir más allá de los dominios territoriales de la soberanía de la cual había emanado, los Glosadores y Postglosadores, mantuvieron criterios amplios y para nada reduccionistas, en cuanto a la búsqueda de soluciones que permitiesen resolver los conflictos, las oposiciones, los problemas de las leyes de las diversas legislaciones que se suscitaban por el desarrollo del comercio y las relaciones humanas entre los distintos territorios autónomos. El hecho de realizar glosas o comentarios a las diferentes leyes del derecho romano, o el hecho de clasificar las leyes, analizándolas, estudiándolas, en tantas materias

corresponda según su naturaleza, con el fin de elegir una ley competente dictada por la razón como la más justa, para que se resuelva el concurso de leyes en el espacio, amplía notoriamente la búsqueda de posibles soluciones – al menos dada la época -.

En cambio, creemos que la escuela francesa de D`Argentré, peca de reduccionista, al clasificar de antemano, apriorísticamente, y de una manera forzada que no responde a razón alguna o análisis previo, las leyes en dos grandes grupos como se observó: reales y personales, para una vez realizada dicha clasificación, intentar categorizar las diferentes leyes en uno de esos dos grupos clasificatorios, porque como podrá inferirse, no todas las leyes son o reales (referidas a los bienes) o personales (referidas a las personas). El proceder de la escuela francesa en ese sentido, carece a nuestro juicio de racionalidad.

En tanto a lo que la escuela holandesa se refiere, que sigue a la francesa, comete el mismo error, pues adopta su clasificación ignominiosa de la razón, que clasifica a las leyes en personales o territoriales de una forma casi estricta y anticipada.

9.2 Críticas de los Fundamentos de las Tres Escuelas: Italia, Francia y Holanda

Los fundamentos de la justicia que la razón indica, promovidos por la escuela italiana de los Glosadores y Postglosadores, resultan claramente vagos, subjetivos, discrecionales. De esa forma, es impreciso sostener que la ley que la razón considere justa, sea el criterio adecuado para fundamentar la resolución de conflictos de extraterritorialidad o concurrencia de leyes. Porque justamente, se trataría de un fundamento dependiente del ámbito volitivo y subjetivo del Estado como tal, y, por ende, se tornaría en un fundamento débil e inseguro para la problemática de la extraterritorialidad del derecho.

Creemos también, que la escuela francesa, recogió el fundamento equivocado para tratar de justificar la aplicación extraterritorial de la ley. Recordemos que la misma, se caracterizó por desarrollarse en medio de un sistema fuertemente feudal, en el cual, cada territorio sometido a este sistema, era autónomo legislativamente, esto es, creaba sus propias leyes para regir su propio territorio, y, por ende, sus leyes no podían surtir efecto sino dentro de sus dominios territoriales, y de la misma forma, no era concebible que ley extranjera alguna pudiera surtir efecto dentro de sus términos territoriales. En ese contexto, la solución para la extraterritorialidad entonces ¿Cuál debía ser? ¿Una obligación jurídica como afirmaba la escuela de Francia? En absoluto.

Ya habíamos planteado la interrogante ¿Hubiera sido lógico afirmar que un Estado que se decía ser soberano o autónomo para expedir sus leyes a fin de gobernar su territorio, dentro de un contexto de territorialismo jurídico y feudalista – como era el caso de Francia - debiera aplicar una ley diferente a la suya, en base a una obligación jurídica que lo vincule? No, porque en ese caso, el Estado, hubiera dejado de ser soberano o autónomo. No era posible afirmar razonablemente que, un Estado soberano, con capacidad para gobernarse y expedir su propia legislación, se hubiera obligado a aplicar en sus dominios una ley distinta, porque eso simplemente hubiera significado un ataque a su soberanía, a su independencia, a su autodeterminación. Es entonces que el fundamento de una obligación jurídica impuesta por el derecho o la justicia, propugnado por la escuela de Francia, resultaba del todo, un desatino contradictorio para la época territorialista y feudal que se vivía.

Por último, y a nuestro juicio, el fundamento de la escuela holandesa – la Cortesía - es mucho más atinado y razonable que el fundamento propuesto por la escuela francesa, y, es más,

evita caer en la contradicción que el fundamento francés suscita. Pues ser cortés, evidentemente no es una obligación jurídica, sino una cuestión de discreción, incluso de moral si se quiere.

Sin embargo, el fundamento holandés, pese a ser más razonable y atinado que el fundamento francés, es al igual que los fundamentos propuestos por la escuela de los Glosadores y Postglosadores – la ley más justa que la razón indica – ambiguo y a todas luces arbitrario. Es decir, el ser cortés, siempre va a depender en última instancia de la voluntad misma del Estado del cual se trate. Por ello, asentar la extraterritorialidad de la ley, sobre un fundamento arbitrario, no parece tan seguro, ni estable. Por lo mismo, es que se trataría de un fundamento débil.

10. El Fundamento de la Cortesía ¿Presente en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano?

Cuando revisamos el Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, perteneciente al ordenamiento jurídico ecuatoriano, por cuanto, el Ecuador lo ha ratificado; en su artículo 246, reza que:

Son de orden público internacional, aquellas disposiciones referidas a contratos ilícitos y a términos de gracia, cortesía u otros análogos (Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, 2005).

De aquello se desprende como conclusión innegable que, la aparición de la Cortesía – como fundamento de la aplicación extraterritorial de la ley - aparece de un modo muy efímero e inexacto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, dando como resultado, su casi nula presencia en nuestra legislación.

11. La Reciprocidad Internacional

Para entender la Reciprocidad, que es el segundo de los fundamentos utilitarios que nos hemos propuesto a revisar, iniciaremos por investigar su origen histórico, para luego, adentrarnos en su significado como fundamento de la aplicación extraterritorial de la ley.

11.1 *Origen Histórico de la Reciprocidad*

En los tiempos anteriores a la Revolución Francesa y a la Asamblea de 1789, se venía aplicando en Francia la institución de la aubana en materia de derecho sucesorio. Esta institución, no era sino una serie de restricciones al extranjero, traducidas en confiscaciones significativas del acervo hereditario y la declaración de incapacidades para testar, debido a que la Francia de aquella época, reconocía los derechos civiles a las personas únicamente en función de la nacionalidad y el poder político: es decir que, los derechos civiles, eran reconocidos únicamente a los franceses. Es por ello, que acontecida la Revolución y constituida la Asamblea de 1789, es derogada la institución de la aubana, que resultaba contraria a la proclama de derechos universales del hombre y a la de la igualdad de nacionales y extranjeros en cuanto sus derechos civiles. Sin embargo, la desilusión de los franceses se manifestó, cuando las demás naciones, no imitaron su ejemplo: esto consistió en que mientras los extranjeros gozaban en Francia de libertad en materia de derechos sucesorios, los franceses, no gozaban de esa libertad en otras latitudes del mundo. (Vico, 1934)

Es entonces que, al entrar en vigencia el Código Civil de Napoleón de 1804, se establece a la reciprocidad, como la medida necesaria para la aplicación extraterritorial del derecho, reciprocidad basada en el “do ut des” o “doy para que me des”, que no significaba otra cosa más que: el trato jurídico al extranjero en Francia, dependerá del trato jurídico que el Frances reciba en el extranjero. (Vico, 1934)

11.2 *El Significado de la Reciprocidad a la Luz del Código Civil Francés de 1804*

El artículo 11 del Código Civil Francés Napoleónico de 1804, sostenía que el extranjero gozará en Francia de aquellos derechos civiles acordados o que se acuerden a los franceses por los tratados de aquellas otras naciones o países de los cuales el sujeto extranjero provenga. (Balestra, 1993)

Ahora bien, en doctrina se sostiene que existen dos clases de reciprocidad: la una legislativa y la otra diplomática. Al respecto, el Diccionario Jurídico de la Real Academia de la Lengua Española, sostiene que:

Reciprocidad legislativa hace referencia a la subordinación de los derechos de las personas extranjeras, a la existencia en su Estado de origen, de una norma que otorgue a los nacionales un trato semejante (Real Academia Española, 2021).

Por el contrario, cuando se define reciprocidad diplomática, se entiende que, este concepto, abarca la igualdad de tratamiento en ciertos aspectos determinados, que se otorgan a los ciudadanos de Estados en concreto mediante la celebración de tratados (Real Academia Española, 2021).

En definitiva, podríamos aseverar que, la reciprocidad diplomática, es la que se establece mediante un tratado celebrado entre los diversos Estados que lo suscriban y ratifiquen, mientras que, la reciprocidad legislativa, es la que se establece mediante una ley proveniente del derecho interno de un estado determinado.

La pregunta es ¿Qué clase de reciprocidad es la que contiene el artículo 11 del Código Civil Francés de 1804? A lo que debemos responder que la reciprocidad que se manifiesta en la norma referida, es la diplomática, es decir, la que se celebra mediante tratados, ya que, para los franceses,

UCUENCA

la reciprocidad se veía mucho más asegurada mediante los tratados celebrados entre dos o más países que mediante una ley perteneciente al derecho interno de un Estado, es decir, sujeta a la voluntad legislativa de aquel – del estado - en última instancia. Al respecto el jurisconsulto Ricardo Balestra comenta:

En cuanto a la consagración del principio de la reciprocidad diplomática – y no legislativa como originariamente se proyectara en el Consejo de Estado – obedeció a una razón política de orgullo nacional; de haberse establecido un sistema de reciprocidad legislativa, la aplicación del derecho extranjero en Francia se hubiera visto sujeta a los vaivenes legislativos de los diferentes derechos extranjeros.

En cambio, a través de la reciprocidad diplomática, se creía asegurada mediante tratados precisos suscriptos entre los distintos países y Francia la certeza del otorgamiento de tales o cuales derechos civiles a los individuos en el extranjero. (Balestra, 1993, p.51)

La norma del artículo 11 ya mencionado, hace alusión específica a los derechos civiles, es decir, que el reconocimiento de los derechos civiles a los extranjeros en Francia, depende o se supedita a su vez, al reconocimiento que otras naciones hagan en sus territorios a los franceses, en cuanto a los derechos civiles de estos últimos. Pero ¿Cuáles son los mentados derechos civiles? Existe una gran discusión en torno al tema, por lo que, se han erigido a lo menos tres teorías en un intento de resolver esa cuestión, mismas que, a todas luces, no brindan una solución adecuada según creemos.

Una primera teoría, basada en la interpretación literal del texto, propuesta por Demolombe, afirma que los extranjeros, en Francia, no gozan de derechos civiles si sus países, no han celebrado con Francia, tratados en los cuales se otorguen derechos civiles a los franceses en sus territorios.

UCUENCA

En caso de que el país de un extranjero, no hubiese celebrado tratado alguno, tal extranjero, carecería de derechos civiles en Francia, tornándose así en un muerto civil. (Vico, 1934)

Una segunda teoría, denominada como intermedia, propuesta por Aubry y Rau, sugiere en cambio, interpretar el artículo 11, realizando la distinción entre derechos civiles y naturales, según la tradición del derecho romano. Así, los derechos civiles o *ius civile* eran reconocidos en Roma para los ciudadanos, mientras que los derechos naturales o *ius gentium*, eran conferidos a extranjeros, peregrinos, o, en fin, a nacionales que no gozaban de ciudadanía romana. De ese modo, los derechos civiles, debían ser otorgados a los franceses, mientras que los extranjeros gozarían únicamente de derechos naturales – al igual que los franceses desde luego – por ser derechos pertenecientes a la condición de ser humano y anteriores por tanto a cualquier legislación. Sin embargo, el verdadero conflicto surgía, cuando se trataba de determinar si una institución, pertenecía a tal o cual categoría de derechos - civiles o naturales – debido a que, en Roma, por ejemplo, en un principio, los derechos sucesorios estaban limitados solo para los ciudadanos, por tanto, eran civiles o *ius civile*, sin embargo, posteriormente, se los otorgo a quienes no eran ciudadanos, tornándose así, en derechos naturales o *ius gentium*. (Balestra, 1993)

Finalmente, existe una tercera teoría, conocida como teoría liberal o amplia, según la cual, los derechos civiles, que corresponden a los ciudadanos de Francia, en su calidad de ciudadanos, solo les pertenecen a ellos, y no a los extranjeros, salvo que, mediante tratados con las naciones de esos extranjeros, dichos derechos les sean acordados en Francia. (Vico, 1934)

Al respecto de esta teoría, agreguemos, la acertada opinión del jurista Francisco Contreras, en su obra, *Derecho Internacional Privado*, donde critica el fundamento de la reciprocidad diplomática, porque según él mismo nos explica, mediante aquella – propia como hemos visto del

artículo 11 del Código Civil de Napoleón - los extranjeros gozan solamente de los derechos civiles estipulados en los tratados celebrados, lo cual, resulta de algún modo ineficaz, porque aquello supondría la necesidad de celebrar una gran cantidad de convenciones internacionales para ser suscritas. (Contreras Vaca, 2005)

11.3 *Crítica a la Reciprocidad como Fundamento para la Aplicación Extraterritorial del Derecho*

Creemos necesario, observar finalmente, que el criterio de la reciprocidad, como fundamento para la aplicación extraterritorial de la ley, es un fundamento peligroso, inestable, y totalmente débil, porque depende finalmente, del capricho del soberano – entiéndase Estado – o cuestiones políticas. A la par, la reciprocidad, resulta insegura a nuestro juicio, debido a que las relaciones que se desarrollan entre los diferentes Estados del mundo, no siempre van a resultar favorables para efectos de una aplicación extraterritorial de la ley.

Es en cierto sentido, un absurdo, querer someter la aplicación de las leyes extraterritorialmente a una especie de neo ley del tali3n, de un ojo por ojo o diente por diente, en suma, de conferir derechos al otro en la medida que el tal nos los conceda.

Lo verdaderamente grave entonces, es que la reciprocidad – legislativa o diplomática - como fundamento, puede someter el derecho de las personas a la incertidumbre del arbitrio, de la subjetividad del fuero volitivo y discrecional de los Estados.

11.4 *El Fundamento de la Reciprocidad ¿Presente en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano?*

Cuando queremos encontrar al fundamento de la reciprocidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, inevitablemente nos vemos forzados a recurrir al 3mbito de la legislaci3n

tributaria. Es la Codificación de nuestro Código Tributario la que recoge el fundamento en cuestión:

Art. 35.- Exenciones generales. - Dentro de los límites que establezca la ley y sin perjuicio de lo que se disponga en leyes orgánicas o especiales, en general están exentos exclusivamente del pago de impuestos, pero no de tasas ni de contribuciones especiales: 8. Bajo la condición de reciprocidad internacional: a) Los Estados extranjeros, por los bienes que posean en el país; b) Las empresas multinacionales, en la parte que corresponda a los aportes del sector público de los respectivos Estados; y, c) Los representantes oficiales, agentes diplomáticos y consulares de naciones extranjeras, por sus impuestos personales y aduaneros, siempre que no provengan de actividades económicas desarrolladas en el país. Las exenciones generales de este artículo no serán aplicables al impuesto al valor agregado IVA e impuesto a los consumos especiales ICE. (Codificación del Código Tributario, 2018, pp.10-11)

Es claro que, analizando la formula gramatical de esta ley, bajo las observaciones y críticas que hemos realizado al fundamento de la reciprocidad, podemos afirmar con seguridad que, el Ecuador, exoneraría de impuestos a extranjeros, empresas, agentes diplomáticos, etc., en los términos que el artículo en cuestión contempla, siempre y cuando, los nacionales ecuatorianos, fueran tratados de igual manera en los países extranjeros, pues faltando aquel trato reciproco, que la ley citada denomina “condición de reciprocidad internacional” la intención de la ley como tal no se materializaría para los extranjeros que quisieran beneficiarse de la misma.

Es curioso que, si bien el fundamento es recogido por nuestra legislación, no recae sobre cuestiones de aplicación extraterritorial del derecho, sino tan solo, sobre situaciones de

UCUENCA

concesiones o igualdad de trato por parte de los Estados en materia tributaria, en tanto y en cuanto, la reciprocidad, siempre se encuentre de por medio.

Capítulo Segundo

Del Fundamento Político

El presente capítulo, centra su atención, en una corriente de pensamiento a la cual denominaremos como Escuela de la Nacionalidad o Personalidad del Derecho, misma que ha buscado ser una suerte de discurso que dote de una piedra angular al derecho internacional privado y su corazón mismo: los conflictos de leyes en el espacio, o como bien lo hemos venido abordando a lo largo de este estudio, el problema de la extraterritorialidad o concurrencia de las leyes.

Si bien el capítulo se denomina “político”; el apego a esa nomenclatura, obedece a la tradicional clasificación que usualmente los autores que tratan sobre esta escuela suelen utilizar. Y aquello, seguramente en razón de que tanto la escuela como su doctrina - la nacionalidad – surgieron y se desarrollaron como una suerte de intento político que lograra la unidad de una Italia que se encontraba rota y dividida.

Sin embargo, hemos decidido expresar nuestra disconformidad con aquella denominación, - lo cual valga también como crítica desde nuestro entendimiento - ya que, a la luz de nuestra comprensión, la doctrina de la nacionalidad, si bien tuvo un origen en medio de un álgido ambiente político, es un concepto que, debe abordarse desde una doble dimensión: jurídica y política. Es por ello que, proponemos adentrarnos al estudio de la nacionalidad, no como una especie de concepto fundamentalista, sino ecléctico: un fundamento jurídico-político, particular que será explicado posteriormente.

12. La Escuela de la Nacionalidad o Personalidad del Derecho

Analizaremos a continuación, el contexto histórico de la Escuela de la Nacionalidad, para luego estudiar su doctrina y el fundamento de la aplicación extraterritorial del derecho que la misma propone.

12.1 *Contexto Histórico de la Escuela de la Nacionalidad*

La Escuela de la Nacionalidad, que también suele ser conocida como la Escuela de la Personalidad del Derecho, o Escuela Italiana, se inicia en el Siglo XIX, en medio de una Italia fragmentada, de la mano del jurisconsulto Pascual Estanislao Mancini, cuyo pensamiento origina la doctrina que expondremos a continuación, en medio de una época de sentimientos encontrados. Por ello, la atinada consideración del profesor argentino Carlos Vico, cuando refiere:

El sistema de la nacionalidad como base de la extraterritorialidad del derecho pertenece, en su origen, a la escuela italiana de Mancini. Es una doctrina desarrollada en circunstancias en que el sentimiento de la nacionalidad italiana, secularmente sepultado bajo el aluvión de muchas dominaciones extranjeras, cobraba relieve y trataba de concretarse en los hechos organizando a Italia como Estado. (Vico, 1934, p.120)

En este mismo sentido, el profesor Martin Wolff, en su obra Derecho Internacional Privado, comenta:

El desterrado napolitano Pasquale Stanislao Mancini, que se había refugiado en el Piamonte, pronunció en enero de 1851, en la Universidad de Turín, su famoso discurso della nazionalità come fondamento del diritto delle genti. Con ardientes palabras y al calor de la pasión sostiene la tesis de que el concepto fundamental del Derecho de gentes era no

el Estado, sino la nación (en aquella época la nación italiana no era aún un Estado); la nazione è la base razionale del diritto delle genti. (Wolff, 1936, p,47)

Resulta razonable inferir entonces que, debido a la situación política de fragmentación nacional que vivía la Italia decimonónica, el pensamiento de Mancini, se haya visto encaminado por convicciones patrióticas y políticas a proponer una teoría de la nacionalidad que buscara lograr una unificación nacional.

Para lograrlo, Mancini, tendió a definir las características de la nacionalidad y a hacer de la nación la base misma del Estado. Pregonó que el derecho de las nacionalidades es el de organizarse como Estados, para concluir que, en definitiva, el Estado es la nación políticamente organizada. (Vico, 1934)

Sin embargo, ¿En qué consistió su doctrina exactamente?, abordaremos la respuesta a esta interrogante en la siguiente sección.

12.2 *La Doctrina de la Aplicación Extraterritorial de las Leyes según la Escuela de la Nacionalidad o Personalidad del Derecho*

Si bien la doctrina de la nacionalidad propuesta por Mancini, se extiende tanto hacia el derecho internacional público como hacia el derecho internacional privado y a una suerte de discurso por unificar Italia, por resultar de nuestro interés exclusivo, nos limitaremos a estudiar únicamente la doctrina en tanto y en cuanto la segunda materia referida, esto es, el derecho internacional privado.

Antes de adentrarnos a considerar las tres columnas esenciales que configuran a esta doctrina, iniciaremos afirmando que, la misma, reviste un doble carácter: político y jurídico; y no

como varios autores consideran: solamente político, situación que como habíamos manifestado al inicio de este capítulo, rechazamos.

Autores de renombre sin duda, en cuanto al Derecho Internacional Privado se refiere, como el francés Niboyet, han definido a la Nacionalidad como un vínculo político y jurídico que relaciona a determinadas personas con un Estado (Coello García, 2004).

Y, de hecho, la misma Escuela de Mancini, ha propuesto que su teoría de la Nacionalidad, se erige sobre un factor político y otro jurídico. Esta escuela había propuesto lo siguiente:

Factor político: por cuanto las personas que integran una misma nación, deben constituir un Estado. De ahí deviene la idea de que los individuos, independientemente del lugar en el que se encuentren, siguen perteneciendo a su nación, y por consiguiente las leyes de esta, deben acompañarlos. Es la ley nacional de cada persona la que debe aplicarse a la solución de los diferentes conflictos de leyes en los cuales intervenga. (Niboyet, 1930)

Factor jurídico: en el sentido de que el Estado, mantiene un vínculo contractual con un conjunto de personas. Lo cual nos permite inferir que, si bien el Estado, ejerce su soberanía en un determinado territorio, desplegando por lo mismo una soberanía territorial, no es esa la única y más importante realidad, debido a que, esa misma soberanía manifestada en el territorio, es primordialmente personal, debido a que, se puede hablar de un estado sin territorio, pero no de un estado sin súbditos o nacionales. (Coello García, 2004)

Una vez establecida la dimensión jurídica y política de la nacionalidad, afirmemos que existen al menos tres puntos importantes a tratar dentro de la doctrina que formula el jurista italiano como representante de su escuela, los cuales, los desarrollaremos a continuación.

UCUENCA

El primer punto importante de la doctrina que expone la Escuela de la Nacionalidad de Mancini, consiste en el principio de la personalidad del derecho – de ahí el nombre con el que también se le conoce a esta escuela - principio al cual ya nos hemos referido en el capítulo primero. En realidad, a lo que le estamos haciendo frente, no es sino a aquel principio de vieja data que reza que a tales personas tales leyes. Lo cual significa que, las leyes que han sido dictadas en cierta nación, han sido dictadas a su vez para personas determinadas, y, por tanto, tales leyes deben aplicarse en las relaciones jurídicas en las cuales estas personas intervengan, independientemente del lugar en el que se encuentren o al que se trasladen. Esto no significa otra cosa más que las leyes de la nación de un individuo, lo acompañan a donde sea que vaya, salvo ciertas excepciones que Mancini considera fundamentales y que las expondremos más adelante. La conclusión de este punto primigenio, es que las leyes, gozan de carácter extraterritorial por principio imperante y solo de manera residual, son territoriales.

Seguramente con razón entonces, es que, el catedrático argentino, Vico, ha expuesto que la Escuela Italiana de la nacionalidad, bajo la guía de Mancini, tomó para si en el siglo XIX, el viejo principio de la personalidad del derecho, según el cual, el derecho de cada persona según su nacionalidad, debe seguir a la misma a todas partes. (Vico, 1934)

La razón por la cual, Mancini, sostenía que las leyes de determinada nación, siguen a sus nacionales, descansa sobre la idea de que el legislador nacional, al expedir y elaborar sus leyes, ha tomado en cuenta la mentalidad de los pueblos, su cultura, su raza, su lengua, sus costumbres, supuestos que configuran el ser, la identidad nacional. Es por ello que resulta de suma importancia que la ley de la nación, se aplique a sus nacionales en donde quiera que estos se encuentren. (Pereznieta Castro, 2002)

Al revisar el Derecho Internacional Privado de Weinberg, se puede reafirmar la idea expuesta en el párrafo anterior y concluir con certeza que, la idea de un legislador que expide las leyes tomando en cuenta todos los factores que hemos referido como cultura, lengua, raza, etc., no es sino una consecuencia de las ideas que Montesquieu vertió en su obra intitulada El Espíritu de las Leyes, las cuales influenciaron a la Escuela de la Personalidad del derecho. Tales ideas pueden ser resumidas de la siguiente forma:

Las leyes deben existir en relación con la geografía del país, su clima helado, cálido o templado; con las características del terreno, su grandeza, la calidad de vida de su pueblo, trabajadores, cazadores o pastores; deben guardar relación con el grado de libertad que ofrezca la Constitución, la religión de sus habitantes, sus inclinaciones, el comercio, las costumbres, etc. (Weinberg de Roca, 1997, p.20)

Como segundo punto importante de la doctrina de esta escuela, haremos alusión a la división de las leyes que Mancini concibió. El ilustre italiano afirmó que las leyes se clasifican en dos grupos: necesarias y voluntarias. Al respecto, resulta muy útil la explicación que otorga el Doctor Antonio Sánchez de Bustamante cuando se refiere a las leyes necesarias:

Son necesarias las leyes que rigen el estado personal y el orden de las relaciones de familia, y que constituyen un conjunto de atributos y cualidades sólo correspondientes al miembro de una nación determinada. Si hubiera de perderse tal condición por pasar la frontera, se pondrían graves obstáculos a la facultad del individuo para establecer donde lo desee sin sacrificar sus derechos personales y familiares, y dejaría de obtener cada nacionalidad el respeto que tiene derecho por parte de los estados extranjeros. (Sánchez de Bustamante, 1943, p.105)

Al respecto, vale reafirmar categóricamente que, para Mancini, las leyes necesarias son las referidas al estado y capacidad de las personas, las relaciones de familia, y las sucesiones (Albónico Valenzuela, 1950).

Si tratásemos de ejemplificar las leyes que, en terminología de Mancini, se denominan como necesarias, deberíamos acudir al Código Civil Ecuatoriano.

El Art. 14 del código civil, consagra el texto de lo que podríamos denominar ley necesaria – de efecto extraterritorial - en nomenclatura de la escuela de Mancini, cuando reza: Los ecuatorianos, aunque residan o se hallen domiciliados en un lugar extraño, están sujetos a las leyes de su patria: primero, en todo lo referente al estado y capacidad de las personas para ejecutar ciertos actos que deban verificarse en el Ecuador; y segundo, en lo referido a los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto del cónyuge y los parientes ecuatorianos. (Codificación del Código Civil, 2005)

En cambio, al referirse a las leyes voluntarias, el doctor Bustamante, agrega la siguiente consideración:

El derecho de las personas extranjeras se refiere en su opinión a los bienes y a su disfrute, a la formación de los contratos, a las obligaciones y a otras materias análogas, pudiéndose denominar la parte voluntaria. En esa esfera se sujeta el individuo si lo cree oportuno, a su derecho nacional, y hasta prescinde de las reglas consignadas en todas las legislaciones positivas. Para tales casos el Derecho Internacional Privado se limita a suplir, y con frecuencia a presumir, la voluntad de los interesados, que debe respetarse porque se trata de su libertad inofensiva y porque no tiene el Estado interés alguno en contrariarla (Sánchez de Bustamante, 1943, pp. 105-106)

El profesor Nussbaum, en sus Principios de Derecho Internacional Privado, se refiere a la categoría de las leyes voluntarias formulada por la Escuela de Mancini, reafirmando la idea expuesta en el párrafo anterior, es decir, que las mismas, se refieren principalmente a leyes en materia de contratos. Bajo esa línea expone:

Así, con respecto a los contratos se acordó preferencia a la intención de las partes sobre su común derecho nacional, lo que implicaba un reconocimiento de la libertad para elegir la ley que estimaren más conveniente para regir sus transacciones jurídicas. (Nussbaum, 1947, p.29)

La ejemplificación más clara, de una ley voluntaria – al menos en la terminología de Mancini – la encontramos en nuestro derecho privado – código civil – en su Art. 55, cuando este refiere en su parte pertinente que, en un contrato, es posible establecer, por acuerdo de las partes, un domicilio civil especial, en lo que a los actos judiciales o extrajudiciales que se originen del contrato mismo se refiera. (Codificación del Código Civil, 2005)

Un tercer punto importante de la doctrina que analizamos, está constituido por las excepciones a la personalidad – o extraterritorialidad - de las leyes que sustenta la doctrina de la nacionalidad. Nos estamos por tanto refiriendo a ciertos supuestos particulares en los cuales, un Estado, no debe reconocer las leyes del individuo extranjero en su territorio.

El primer supuesto de excepción, es aquel que hace relación al Orden Público Internacional. Tal supuesto se refiere a aquellos casos en los cuales las leyes de derecho extranjero pueden entrar en colisión con las leyes de orden público de un Estado, es decir, con aquellas normas de interés general (Coello García, 2004).

Es importante mencionar que, el Orden Público Internacional, no es sino ese conjunto de leyes que un Estado protege celosamente, por estar referidas a cuestiones de vital importancia e interés para el mismo.

El profesor Federico Duncker, ha definido a las leyes de Orden Público Internacional en los siguientes términos:

Son aquellas que se dictan para todos los que residen en el territorio, sean nacionales o extranjeros, domiciliados o transeúntes, y que tienen por objeto el Estado y forman su derecho, hasta el punto de que infringirlas o dejar de aplicarlas equivale a lesionar la soberanía y destruir sus fundamentos cardinales. (Duncker Biggs, 1967, p.86)

Un claro ejemplo de este primer supuesto, serían las normas del derecho de propiedad que gravitan alrededor del principio *Lex Rei Sitae*, es decir, del principio que somete los bienes a la ley de su ubicación.

Por ejemplo, en la legislación civil ecuatoriana, tal principio, se recoge en el Art. 15 del Código Civil, que en su parte pertinente indica:

Los bienes situados en el Ecuador, se sujetan a las leyes ecuatorianas, independientemente de que los dueños sean extranjeros o residan en otras latitudes (Codificación del Código Civil, 2005).

El segundo supuesto de excepción en cambio, está conformado por aquellas leyes que se subsumen al principio *Locus Regit Actum* (Albónico Valenzuela, 1950).

Tal supuesto, se refiere evidentemente al antiguo principio que somete los actos a la ley del lugar de su celebración.

Como ejemplo, el principio en cuestión, puede ser fácilmente encontrado en el Art. 16 del Código Civil Ecuatoriano, que en su parte pertinente establece: “La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código Orgánico General de Procesos” (Codificación del Código Civil, 2005, p.12).

El tercer supuesto de excepción finalmente, y no menos importante desde luego, tiene relación directa al principio de la Autonomía de la Voluntad, mediante el cual, ciertas relaciones se encuentran sustraídas del imperio de la ley local (Albónico Valenzuela, 1950).

Un claro ejemplo, como ya lo habíamos manifestado, es el referido a materia contractual, cuando la ley permite a la persona someterse, a su voluntad, a los jueces de un domicilio distinto al de una o todas las partes involucradas en el negocio jurídico del cual se trate.

Este supuesto, se inspira sobre la base del principio de autonomía de la voluntad que nuestra legislación civil consagra. Nótese, por ejemplo, los Art 8 y 11 del código civil que claramente manifiestan que a nadie puede impedírsele una acción determinada cuando la misma no esté prohibida por las leyes; y que, los derechos conferidos por las leyes pueden renunciarse siempre que su renuncia no esté prohibida por la ley, y mire al interés individual del renunciante. (Codificación del Código Civil, 2005)

Los tres puntos importantes que hemos expuesto al escudriñar la doctrina de Mancini, nos permiten aseverar que aquella, descansa sobre tres principios fundamentales que se vuelven evidentes y que condensan la misma – la doctrina - como se explica a continuación:

El primer principio, se refiere al de la nacionalidad como tal, el cual se manifiesta cuando el legislador reconoce en su territorio, la aplicación de las leyes extranjeras concernientes a las personas, la familia, y las sucesiones, siempre y cuando el orden público no se vea afectado (Sánchez de Bustamante, 1943).

El segundo principio, está caracterizado por la libertad, el cual se hace evidente, siempre y cuando el legislador, no hace oposición a que el individuo extranjero haga uso de la autonomía de su voluntad para someter ciertas relaciones a la legislación que elija. (Sánchez de Bustamante, 1943)

El tercer principio, basado en la soberanía, hace considerar en cambio, el hecho de que el estado o la legislación de la cual se trate, hará observar al extranjero aquellas leyes o normas de orden público, las cuales no pueden estar sujetas a discusión.

12.3 *El Fundamento para la Aplicación Extraterritorial de las Leyes según la Doctrina de la Escuela de la Nacionalidad o Personalidad del Derecho*

La corriente iusprivatista que hemos sometido a análisis, en busca de concretar el fundamento que da razón de ser a la aplicación extraterritorial del derecho, parte de dos interrogantes.

Tales interrogantes, las expondremos a continuación, guiados de la pluma del Doctor Sánchez de Bustamante, misma que según nuestro criterio, ilustra claramente la problemática en cuestión.

La primera interrogante, que formula la escuela de Mancini, se cuestiona acerca de si un Estado soberano, tiene la facultad absoluta de negarse a la aplicación de leyes extranjeras en su

UCUENCA

territorio. La segunda interrogante, en cambio, se cuestiona si la admisión del derecho extranjero por parte de un Estado en su territorio, responde a actos de cortesía, consentimiento, o a un deber jurídico. (Sánchez de Bustamante, 1943)

Respecto de la primera pregunta, Mancini afirmaba que, si bien los Estados, como entes soberanos e independientes, tienen la facultad de expedir leyes que han de cumplirse en su territorio, no por ello, tienen la facultad absoluta de negar la aplicación del derecho extranjero en sus territorios mediante su negativa o leyes que impidan tal aplicación.

La independencia política de cada nación envuelve en su sentir como indeclinable consecuencia la independencia legislativa, a virtud de la cual es libre cada soberanía para dictar las leyes que hayan de observarse en su territorio. Pero el poder legislativo no encierra la facultad de dictar leyes injustas y ofensivas. (Sánchez de Bustamante, 1943, p.104)

Al resolver la segunda pregunta, Mancini, consideraba que la aplicación extraterritorial del derecho, a la cual ningún Estado podía negarse de manera absoluta – como expone la respuesta a la primera interrogante - se volvía posible, gracias a una obligación de justicia internacional para con una Comunidad Jurídica Mundial.

Si cabe demostrar, agrega, que por la naturaleza de las cosas y por esa comunidad jurídica del mundo entero, hay para el caso verdaderos deberes internacionales y no simples consideraciones de reciproca benevolencia, es indudable que ninguna soberanía puede legítimamente, so pena de faltar a sus deberes y de incurrir en violación de las leyes internacionales, negarse a toda aplicación del derecho extranjero en su territorio y someter

a las personas y las relaciones jurídicas que dependan de aquél a la acción incompetente de su ley territorial. (Sánchez de Bustamante, 1943, p.104)

Desde luego que, Mancini, al sostener que la aplicación del derecho extranjero, no puede ser negada de manera absoluta por parte de los Estados, está admitiendo al mismo tiempo, que tal aplicación, si puede ser negada en ciertos casos, mismos que, fueron analizados por nosotros como aquellos supuestos de excepción a la aplicación extraterritorial del derecho: orden público, principio locus regit actum, y principio de la autonomía de la voluntad.

En definitiva, el pensamiento de la escuela de Mancini, respecto del fundamento para la aplicación extraterritorial del derecho se podría resumir de esta forma: El trato al extranjero, debe considerarse como obligación rigurosa de justicia internacional, a la cual no puede desobedecer ningún Estado, porque de lo contrario, violaría el derecho de gentes – entiéndase internacional -, rompería el vínculo que enlaza a la especie humana en una gran comunidad, y se convertiría en un miembro rebelde de la sociedad universal. (Sánchez de Bustamante, 1943)

12.4 *Crítica a la Escuela de la Nacionalidad o Personalidad del Derecho*

La Escuela de la Nacionalidad, de la cual hemos expuesto su doctrina en aquellos puntos que consideramos fundamentales para un cabal entendimiento de la misma, es criticable en ciertas cuestiones que consideramos importantes.

Así, hemos de considerar primeramente que, cuando la doctrina de esta corriente afirma en su primer punto fundamental – de la personalidad del derecho – que las leyes son extraterritoriales por regla o principio general, debido a que las mismas son promulgadas primeramente para las personas, y, por lo tanto, acompañan a aquellas, a donde sea que estas se trasladen, peca de excesiva a todas luces.

Es necesario reconocer que los sistemas jurídicos de los Estados, promulgan sus leyes tanto para regir a las personas, como a sus territorios, de forma simultánea, lo que implica que un ordenamiento jurídico está compuesto tanto de leyes territoriales como de extraterritoriales, de modo que, desde aquel primer punto doctrinal que la Escuela de la Nacionalidad expone, como queriendo afirmar que las leyes son en principio extraterritoriales, se adentra en el peligroso plano de la irrealidad. Por tanto, su argumento, a nuestro juicio, es extremadamente débil.

Sumado a lo expuesto, debemos apuntalar que, la Escuela de la Nacionalidad, al exponer las tres excepciones – orden público, principio locus Regit Actum, y principio de la autonomía de la voluntad – como límites a la personalidad de las leyes, lo que en definitiva se traduce a limitar la aplicación extraterritorial del derecho, desvirtúa y corrompe peligrosamente al principio que la misma propone: el de que las leyes son personales, entiéndase, extraterritoriales. Y aquello, debido a que los tres supuestos de excepción, resultan, cada uno, innegablemente amplísimos. Aquello, nos lleva a invertir, si se quiere, el principio por las excepciones y viceversa. Es decir, los tres supuestos excepcionales - orden público, principio locus Regit Actum, y principio de la autonomía de la voluntad – serían la regla, mientras que el principio fundamental de la personalidad del derecho se convertiría en la excepción. Es tan simple como preguntarse ¿Cuántas relaciones jurídicas están inmersas en los enormes y ambiguos campos territorialistas del orden público, de la autonomía de la voluntad, o del principio locus Regit Actum? Entonces, siendo evidente la respuesta a tal interrogante, pasemos a una siguiente ¿Son las normas por principio imperante extraterritoriales teniendo tales supuestos de excepción? Indudablemente que no. Desde esa sola óptica, el apartado doctrinal de los supuestos de excepción, no hace sino pervertir al principio mismo de esta escuela, el cual, como ya lo manifestamos, resulta endeble.

En cuanto al fundamento de esta Escuela, para justificar la aplicación extraterritorial de las leyes, o bien, para justificar su postulado de la personalidad del derecho: una obligación de justicia internacional, la pregunta que surge es ¿Cuál o cuáles son esas obligaciones de justicia internacional? ¿Cómo se vuelven obligatorias para un Estado? ¿Se trata de cuerpos normativos supraestatales? ¿De tratados o acuerdos? ¿Quién obliga a su cabal e irrestricto cumplimiento? ¿Se trata de una obligación jurídica o moral?

Es claro que el fundamento que propone la Escuela de la Nacionalidad, es demasiadamente cuestionable, y simplemente arroja más preguntas que respuestas claras y concretas, debido a su ambigüedad.

Por último, como bien habíamos comentado al iniciar este capítulo, la Escuela de la Nacionalidad o Personalidad del Derecho, pese a tener un origen político, por la situación de la Italia del Siglo XIX, tiene un carácter mixto, esto es: jurídico-político. Jurídico en cuanto al vínculo contractual que suscita entre los nacionales y el Estado, y Político, en cuanto la misma nacionalidad y por tanto las leyes que despliega siguen a los nacionales a donde sea que vayan.

12.5 *La Presencia del Fundamento de la Escuela de la Nacionalidad para la*

Aplicación Extraterritorial del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano

Respecto a este punto, simplemente nos limitaremos a expresar que, el fundamento como tal, que esta escuela ha propuesto, no se encuentra recogido en nuestro ordenamiento jurídico, más sin embargo, no por ello, se puede descartar su gran semejanza a la disposición jurídica que nuestra norma de derecho común y general – código civil – ha recogido en el ya citado Art. 14, que sin duda alguna expresa la idea de que las personas se encuentran en ciertos supuestos sometidas a las

UCUENCA

leyes de su nación, por lo cual el derecho se vuelve personal y las acompaña a donde estas se trasladen.

Capítulo Tercero

De Los Fundamentos Jurídicos

El capítulo que abordaremos a continuación, trata de lo que los autores que se han ocupado del derecho internacional privado han denominado como fundamentos jurídicos. Estos fundamentos jurídicos, según estos autores, surgen de la pluma de tres escuelas que desarrollaremos a continuación: La Escuela de Pillet, La Escuela de Savigny, y La Escuela de Sánchez de Bustamante, respecto de las cuales, intentaremos exponer con la mayor claridad posible, la teoría doctrinal que cada una propuso, con el fin de dar sustento al porqué de la posibilidad de una aplicación extraterritorial del derecho.

Se trata de fundamentos jurídicos, al menos en el caso de la doctrina de Savigny y de Bustamante, debido a que aquellos, encontraban el fundamento para la aplicación extraterritorial de las leyes, en lo que se podría denominar una Comunidad Jurídica o Comunidad de Derecho entre los diversos Estados existentes, como lo veremos más adelante. Sin embargo, la situación es diferente en el caso de la Escuela de Pillet. Si bien varios autores consideran en estudiar la doctrina Pilletiana como parte de los fundamentos de índole jurídico, nosotros no compartimos ese punto de vista, hemos decidido, por apego a la tradicional nomenclatura de los estudiosos del derecho internacional privado, estudiar la teoría de Pillet, dentro de los fundamentos jurídicos, pero en realidad, creemos que su fundamento - y sirva esto, como una suerte de primera crítica a los estudiosos de esta escuela y a la misma -, goza de un carácter político antes que jurídico, ya que tal fundamento, en lo que consiste, no es sino en el respeto de las soberanías estatales.

Iniciaremos por estudiar entonces, la escuela de Pillet, para enseguida pasar a la escuela de Savigny y por último a la de Bustamante. Es menester sin duda, indicar que, para el estudio de

estas tres escuelas, acudiremos a lo que podríamos denominar sus fuentes. En el caso de Pillet, nos valdremos de la genial obra, Principios de Derecho Internacional Privado de Niboyet, que no es sino una suma selecta del Manual de Pillet y Niboyet, en donde la doctrina Pilletiana se encuentra recogida con gran precisión para el mundo de la lengua castellana. En el caso de Savigny, intentaremos establecer un análisis de su doctrina proveniente directamente de su extensa y magna obra, Sistema de Derecho Romano Actual. Y por fin, la teoría del honorable doctor Bustamante, será estudiada de su propia obra, Derecho Internacional Privado. Todo aquello, con el fin de gozar de claridad y certidumbre en el análisis de las escuelas.

13. La Escuela de Pillet

13.1 *Contexto Histórico de la Escuela de Pillet*

El profesor de la Universidad de Paris, Antonio Pillet, elabora su doctrina como un estudioso prominente del Derecho Internacional Privado, más no en respuesta a una situación histórica en particular de peculiar trascendencia, motivo por el cuál, nos limitaremos a comentar que su doctrina es elaborada en el siglo XIX entre los años 1894 a 1896 bajo el título de Ensayo de un Sistema General de Solución de los Conflicto de Leyes. (Albónico Valenzuela, 1950)

13.2 *La Doctrina de la Aplicación Extraterritorial de las Leyes según la Escuela de Pillet*

Como primer punto principal de la doctrina, Pillet, elabora la misma a partir de un principio que él considera primordial y que constituye el fundamento mismo de la aplicación extraterritorial del derecho: El principio del Respeto a las Soberanías.

Pillet afirma que, en la época del Feudalismo, la única soberanía que se respetaba era la local, pero jamás las demás. Al contrario, las otras soberanías que pudiesen existir eran negadas en su totalidad (Niboyet, 1930).

Al contrario de la época feudalista – a la cual por cierto ya nos referimos en el capítulo inicial – Pillet, sostiene que, en la actualidad, en medio de un escenario de vida internacional, es necesario imponer un orden en tal escenario, y ahí precisamente, entra en juego el rol del respeto de las diferentes soberanías del mundo. (Niboyet, 1930)

Pillet, utiliza a modo de ilustración la siguiente idea tomada de la realidad de la vida diaria de las sociedades contemporáneas: Así como es preciso reglamentar el tráfico de una vía pública para que las personas puedan circular cada una por el lugar que le corresponde y evitar que todas quieran pasar por el mismo lugar a la vez, es preciso también, regular el tráfico de las soberanías en el ámbito internacional. Al respecto, justamente, podríamos anotar la siguiente consideración del jurista francés:

Hay soberanías independientes las unas de las otras, y cuanto más independientes son, más preciso es que se respeten. Precisamente porque en una vía pública los transeúntes son independientes los unos de los otros, es por lo que no pueden pasar todos por el mismo sitio; hay reglas para vivir y circular en las aglomeraciones; también las hay para las aglomeraciones internacionales. Por ser las soberanías independientes en absoluto, es por lo que deben ser cuidadosamente demarcadas y respetadas. (Niboyet, 1930, p.240)

Lo que Pillet, quiere dar a entender con ello, es que, hay que dejar a cada soberanía, al igual que a cada transeúnte, el máximo grado de libertad, el suficiente espacio, para poder circular en el tráfico de los problemas jurídicos internacionales. (Niboyet, 1930)

Pillet, afirma también en su doctrina que, el respeto de las soberanías como fundamento del derecho internacional privado – entiéndase de la aplicación extraterritorial del derecho o conflicto de leyes en el espacio – descansa o se inspira sobre la reciprocidad de los Estados que él explica en los siguientes términos:

Como puede observarse el punto de partida es sumamente fecundo, se trata, ante todo, de respetar las soberanías, en vez de excluirlas entre sí. La reciprocidad debe inspirar esa conducta. Si se reserva algún margen a la soberanía de un país extranjero, este Estado extranjero, deberá hacer lo mismo; cada uno otorgará y recibirá. De este modo, las concesiones hechas por uno serán ampliamente compensadas por las que los demás le hagan. (Niboyet, 1930, p.241)

El segundo punto de la doctrina de esta escuela, consiste en determinar si en el ámbito del derecho internacional privado, y según el caso en concreto, una ley es de carácter permanente o general, lo cual como veremos, es determinar en otras palabras, si una ley es territorial o extraterritorial. Para aquella determinación, esta escuela pregona por descubrir cuál es el fin u objeto social que el legislador ha otorgado a la ley de la cual se trate.

Para adentrarnos en este segundo acápite, iniciaremos por establecer tal y como lo concibe Pillet, qué significa la permanencia y la generalidad en el derecho interno, para luego extrapolar ese significado al campo de las relaciones internacionales privadas, y concluir explicando cómo dilucidar si una ley, en el campo del derecho internacional privado, tiene que ser o bien general o bien permanente, o lo que es lo mismo, territorial o extraterritorial.

Para Pillet, en el ámbito del derecho interno, las leyes, siempre van a tener a la vez – al mismo tiempo si se quiere- dos signos distintivos fundamentales: Permanencia y Generalidad.

De ese modo, Pillet, considera que la permanencia, significa que la ley se aplica a los individuos de una manera incesante o constante. Por ejemplo, las leyes que regulan el matrimonio contraído por los cónyuges, rigen al mismo – al matrimonio - de manera permanente o constante, todo lo que el mismo dure. (Niboyet, 1930)

Por contrapartida, las leyes para Pillet, gozan de un carácter de generalidad, en el sentido de que se aplican a todos los individuos y a todas las relaciones jurídicas de un territorio. Por ejemplo, para este autor, las leyes inglesas, son generales, pues rigen todas las relaciones jurídicas que se desarrollan en territorio inglés. (Niboyet, 1930)

Sin embargo, estas dos características: permanencia y generalidad, deben ser analizadas cuidadosamente cuando pasan del escenario del derecho interno, al escenario del derecho internacional privado. Si bien habíamos manifestado que para Pillet, en el derecho interno, las leyes son a la vez permanentes y generales, en el derecho internacional privado, el niega rotundamente esta posibilidad, y afirma que, por el contrario, las leyes pueden o bien gozar de permanencia, o bien de generalidad, pero nunca de ambas características al mismo tiempo. (Niboyet, 1930)

Para Pillet, la permanencia en el ámbito del derecho internacional privado, implica afirmar que las leyes se aplican de manera constante, y que por consiguiente las personas para las cuales las mismas se han dictado, estarán sometidas a estas por el resto de su existencia independientemente del lugar en donde se encuentren. En otras palabras, en derecho internacional privado, permanencia equivale a extraterritorialidad de las leyes. (Niboyet, 1930)

Por ejemplo, retomando el ejemplo del matrimonio, por el mismo hecho de que dos cónyuges contrajeron matrimonio en su país de origen, aquellos tienen la seguridad de que, pese a

cruzar diversas fronteras estatales, siguen estando casados, pues las leyes que regulan el matrimonio son permanentes en el derecho interno, y por lo mismo también tienen que serlo en el derecho internacional privado. (Niboyet, 1930)

Ahora bien, la generalidad en el derecho internacional privado, desde la perspectiva de Pillet, debe ser entendida ya no como sinónimo de extraterritorialidad de las leyes, sino como su antónimo, esto es, la territorialidad de las leyes. Lo que en definitiva significa que existirán ciertas leyes dentro de un territorio determinado que gocen de generalidad, las cuales estarán llamadas a regir a todos: nacionales y extranjeros, y desde luego, no regirán en territorio diferente. (Niboyet, 1930)

De lo expuesto, es fácil deducir que, en el ámbito de las relaciones internacionales, una misma norma nunca podría ser permanente y general – es decir territorial y extraterritorial – porque aquello supondría una gran contradicción. Es por esta razón que, en derecho internacional privado, las leyes, o bien son permanente, o bien generales. Bajo esa óptica, la pregunta que verdaderamente importa entonces sería ¿Cómo saber si una ley en el campo del derecho internacional privado es permanente o general? A lo que la respuesta sería: conociendo su Objeto Social. (Niboyet, 1930)

Para Pillet, la determinación del objeto social de las leyes, nos permite averiguar si las mismas, en el campo del derecho internacional privado, han de conservar su permeancia o su generalidad. Se trata entonces de establecer si el objeto social de las leyes, exige que aquellas, en el ámbito de las relaciones internacionales, conserven o su permanencia o su generalidad. (Niboyet, 1930)

Pillet, recurre a ciertos ejemplos, en búsqueda de explicar la cuestión del objeto social de las leyes. Por ejemplo, el objeto social de las leyes que se dictan para los menores, es el brindarles

protección. Por lo tanto, para que estas leyes puedan cumplir con su objeto social, es necesario que, en el ámbito del derecho internacional privado, las mismas, conserven su permanencia. (Niboyet, 1930)

El objeto de una ley referente a un menor, ¿Consistirá en que los súbditos no puedan escapar a su acción, al mismo tiempo que los súbditos extranjeros permanecen sometidos a las de sus propios países? Plantear la cuestión es resolverla. Es indudable que el carácter preponderante de una ley acerca de los menores es el de conservar su permanencia, pues si no fuese permanente, no podría cumplir su fin. (Niboyet, 1930, p.245)

Aclaremos este particular con un ejemplo del Código Civil Ecuatoriano que es nuestro derecho privado por excelencia. Según el Art.1463, los impúberes son catalogados como incapaces absolutos, al punto de que sus actos no surten ni siquiera obligaciones naturales (Codificación del Código Civil, 2005).

Evidentemente, la norma precautela los intereses del menor, librándolo de tomar decisiones erradas debido a su corta edad, experiencia, madurez, etc., y es por esa razón que, tal norma, debe conservar su permanencia tanto en el ámbito interno como en el del derecho internacional privado para poder cumplir con su objeto social: precautelar al menor. Por lo tanto, al conservar su permanencia, aquella norma, acompañara al menor a donde sea que este se traslade, no teniendo sentido que, por partir hacia el extranjero, el menor se vea desvinculado de la norma citada adquiriendo capacidad instantáneamente.

Más aún, el mismo Código Civil, en su Art. 14, establece que, los ecuatorianos – aun estando en el extranjero - se encuentran sujetos a las leyes ecuatorianas en lo que tenga que ver con su capacidad, siempre que los actos que han realizado, deban verificarse en Ecuador. Por tanto,

UCUENCA

la misma ley civil en el Art. 14, destaca el carácter extraterritorial – permanente en términos de Pillet - de normas como la del Art. 1463 que hemos referido. (Codificación del Código Civil, 2005)

Un siguiente ejemplo, tiene que ver con el objeto social de las leyes penales. El objeto social de este tipo de leyes, ha de exigir en el más de las veces, que las mismas, dentro de las relaciones de derecho internacional privado, conserven su generalidad, es decir, que rijan tanto a nacionales como extranjeros por los hechos que estos cometan en el territorio en donde estas leyes han sido promulgadas. Por ello, es que resultaría absurdo para la escuela de Niboyet que, un país cualquiera, admitiera que la circulación del tránsito en su territorio, se rija tanto por las leyes de los nacionales como por las pertenecientes al país de cada uno de los extranjeros. (Niboyet, 1930)

Con la única excepción de los países de capitulaciones, está generalmente admitido que la ley penal debe ser esencialmente general, ya que es preciso que se aplique a todos los hechos cometidos dentro de los límites a donde se extiende su vigencia. Ningún país admitiría que, dentro del mismo, cada extranjero invocase su propio Código Penal. (Niboyet, 1930, p.246)

Para que sirva de ilustración, acudamos a la ley penal ecuatoriana: el Art. 182 de nuestro ordenamiento jurídico penal, establece el delito de la Calumnia, para aquellas personas que imputen a otra un delito falsamente. La pena privativa de libertad para el delito en mención, se encuentra dosificada en un rango de seis meses a dos años. (Código Orgánico Integral Penal, 2021)

Tal norma, evidentemente, para cumplir su objeto social: disuadir a las personas del cometimiento de tal infracción, y penar la conducta en caso de ser realizada en territorio ecuatoriano, tendrá que ser catalogada como general tanto internamente como en el ámbito del derecho internacional privado, es decir, deberá regir sobre todas las personas que se encuentren en

UCUENCA

territorio ecuatoriano, tanto nacionales como extranjeros, pues no tendría sentido que, tal ley, rija en un país extraño, en donde tal delito este estructurado y penado de diferente manera, o que en Ecuador, un extranjero que cometa tal delito, pretenda invocar la ley penal de su país para acogerse a la misma.

Sin embargo, debido a que, pueden suscitarse dudas al momento de tratar de determinar el objeto social de una ley para ver si la misma debe, en el ámbito del derecho internacional privado, conservar su permanencia, o bien, su generalidad, es que Pillet, propone dos vías de auxilio que logren tal determinación.

La primera vía, consiste en investigar a quién beneficia la ley. Si el beneficio se extiende a un particular, la ley deberá conservar su permanencia, es decir, será de efecto extraterritorial. Si, por el contrario, la ley beneficia a la colectividad, satisfaciendo intereses generales, la ley deberá mantener su generalidad, es decir, será de efecto territorial. (Niboyet, 1930)

Por ejemplo, para la escuela de Pillet, una ley referente al régimen de la propiedad de los bienes inmuebles ubicados en el territorio de un país, debería ser catalogada como ley general, o lo que es lo mismo, de efecto territorial, debido a que el objeto social de dicha norma es la organización territorial – que es de interés general o colectivo - por lo cual, solo cabe que sea la ley territorial, la que rija a tales bienes, no teniendo sentido que los mismos se encuentren gobernados por leyes extranjeras, pues aquello conduciría a una desorganización territorial. (Niboyet, 1930)

Un claro ejemplo de este tipo de normas, lo constituye el Art. 15 del Código Civil del Ecuador que recoge el principio *Lex Rei Sitae*, el cual establece que los bienes que se encuentran

situados en el Ecuador, están sometidos a las leyes ecuatorianas, aunque sus dueños sean extranjeros, o se radiquen en algún otro país. (Codificación del Código Civil, 2005)

O también, considérese como ejemplo, la norma del Art. 615, del mentado código, que establece que nadie podrá construir sin el permiso de la autoridad respectiva, obra alguna en calles, playas, u otros lugares de propiedad nacional (Codificación del Código Civil, 2005).

De la misma forma, para la escuela de Pillet, las leyes que se subsumen al principio *Locus Regit Actum*, el cual, tiene que ver con el hecho de que la forma de los actos jurídicos deben respetar o someterse a las leyes previstas en el lugar de su celebración, deben ser catalogadas como leyes generales, o de efecto territorial como lo hemos mencionado, en virtud de que el objeto social de aquellas, es el de garantizar la validez y autenticidad de los actos jurídicos – que es de interés general o colectivo - por lo cual, solo cabe que las leyes territoriales, rijan la forma de tales actos. (Niboyet, 1930)

De hecho, no tendría sentido que la forma de los actos jurídicos que se celebren en el territorio de un país, este regida por leyes extranjeras de cualquiera de los extranjeros que intervengan en tales actos. La permanencia de este tipo de leyes, solo produciría un nefasto caos e inseguridad en cuanto la autenticidad de los actos. (Niboyet, 1930)

El principio *Locus Regit Actum* que hemos referido, se encuentra contemplado en el Art. 16 del Código Civil ecuatoriano, y reza que: la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que se otorguen (Codificación del Código Civil, 2005).

UCUENCA

Es por ello que, en Ecuador, a modo de ejemplo, una norma que para Pillet y su escuela, resultaría general, es la contemplada en el Art. 1059, referida a la forma del testamento cerrado, que debe otorgarse ante Notario y cinco testigos. (Codificación del Código Civil, 2005)

Por contrapartida, para la escuela que estamos estudiando, las leyes referentes a la validez del matrimonio, así como las referentes a la edad para contraerlo, o bien las referidas al consentimiento para su celebración, deberían ser catalogadas como leyes permanentes, o lo que es lo mismo, de efecto extraterritorial, pues el objeto social de estas, es la protección de los individuos – intereses particulares - por lo cual, tales leyes deben regir a los individuos independientemente del lugar al que se trasladen, no teniendo sentido que, las mismas, dejen de surtir efecto en supuestos repentinos como la salida de los cónyuges del país, pues aquello daría como resultado el desamparo de los individuos. (Niboyet, 1930)

Un ejemplo para esta última cuestión, lo podemos tomar del Código Civil ecuatoriano. Tal ejemplo se encuentra en su Art. 83, que establece que las personas que no hayan cumplido los dieciocho años no podrán contraer matrimonio. (Codificación del Código Civil, 2005)

Tal norma, goza de carácter extraterritorial, no tan solo porque su objeto social sea el proteger a los individuos, o regir la vida matrimonial de los cónyuges mientras el matrimonio de estos dure, sin importar por tanto el lugar a donde los mismos se trasladen, sino porque por imperio del Art. 14 del Código Civil, los ecuatorianos, se encuentran sometidos a las leyes ecuatorianas en todo lo que tenga que ver con sus relaciones de familia en relación a su cónyuge y parientes ecuatorianos, y en lo referido a estado y capacidad siempre que los actos realizados deban verificarse o surtir efecto en el Ecuador. (Codificación del Código Civil, 2005)

Por lo mismo, estas normas acompañan al individuo a donde sea que vaya – siendo extraterritoriales o permanentes en terminología Pilletiana -.

Una segunda vía, que es propuesta por Pillet, a efectos de descubrir el objeto social de las leyes para determinar si son permanentes o generalas, cuando no sea posible utilizar la primera que hemos expuesto - es decir, cuando no estemos seguros de a quién se extiende el beneficio de la ley - es la que consiste en determinar a quienes perjudica la inaplicación de la ley.

En ese sentido, si la inaplicación de una ley, afecta un interés particular, - como el no aplicar a los futuros cónyuges su propia ley en lo que a la edad y consentimiento para el matrimonio se refiere, de lo cual, los mismos resultarían perjudicados - tal ley deberá catalogarse como permanente. Y, por el contrario, si de la inaplicación de una ley, es el interés colectivo el que se mira afectado, - como la inaplicación del principio Locus Regit Actum que afectaría la seguridad en cuanto a la autenticidad de los actos - tal ley deberá ser considerada como general. (Niboyet, 1930)

13.3 *El Fundamento para la Aplicación Extraterritorial de las Leyes según la*

Escuela de Pillet

Respecto del fundamento que plantea esta escuela, que es el Respeto de las Soberanías, ya lo hemos analizado en el acápite anterior con detenimiento, por tanto, tomar en cuenta lo expuesto en esa sección.

13.4 *Presencia del Fundamento de la Escuela de Pillet para la Aplicación*

Extraterritorial de las Leyes en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano

El fundamento – el respeto a las soberanías propuesto por Pillet -, tal y como se lo concibió, no es referido por nuestro Ordenamiento Jurídico, por tanto, no lo referiremos en concordancia a lo que nuestras leyes exponen.

13.5 *Critica a la Escuela de Pillet*

Creemos que el sistema del doctor Pillet, goza de bastante científicidad y objetividad a diferencia de las anteriores escuelas que hemos analizado, pues resulta atinado, el buscar el objeto social de las leyes para decidir si las mismas son de carácter territorial o extraterritorial y poder de ese modo atribuir una correcta solución al problema iusprivatista del cual se trate, tratando así, de mantener un equilibrio, antes que un fundamentalismo absurdo que busque situar a las leyes o bien en el extremo absoluto de la territorialidad, o bien, en el de la extraterritorialidad. De hecho, su sistema doctrinal amplía la búsqueda de posibles soluciones en lo referido a los problemas de la concurrencia de leyes.

Sin embargo, no por ello, queda libre de al menos dos posibles críticas que debemos referir. En primer lugar, hemos de manifestar que, a todas luces, aunque se quiera considerar a esta escuela, como parte de lo que la doctrina ha denominado Fundamentos Jurídicos, la escuela, creemos nosotros, se debería situar dentro del bagaje de los Fundamentos Políticos, porque su fundamento mismo – el respeto de las soberanías – es una cuestión que más obedece al espectro de las ciencias políticas que al de las jurídicas.

Más aún, de la lectura de la parte inicial de este capítulo, se desprende que inclusive el respeto a las soberanías como fundamento se vuelve posible gracias a la aplicación de la

UCUENCA

reciprocidad entre las naciones, lo cual, nos permite atrevernos a aseverar, que el fundamento, podría catalogarse incluso como utilitario en cierta medida, con todas las críticas que del utilitarismo hemos realizado en el primer capítulo, pues como bien manifestamos en su momento, no confiamos, en que la reciprocidad, sea esta legislativa o diplomática, sea un fundamento estable y seguro para la aplicación extraterritorial de las leyes por su amplio rango de discrecionalidad, subjetividad o arbitrariedad.

En segundo lugar, debemos manifestar que, el tema del objeto social de las leyes para tratar de establecer si las mismas son territoriales o extraterritoriales, tema del cual nos ocupamos al exponer la doctrina de esta escuela, si bien lo consideramos atinado, puede volverse álgido y discutible, pues ciertamente, el tratar de establecer un objeto social, puede llevarnos al campo de la subjetividad, la discusión, y a una gran variedad de interpretaciones que se derivan de la simple y a la vez compleja pregunta ¿Cuál es el objeto social de determinada ley?

De lo expuesto, consideramos que el sistema de la escuela de Pillet, goza de gran acierto, y que pese a las dos críticas que le hemos formulado, es un sistema más objetivo y científico que los anteriores en cuanto a la búsqueda de soluciones para los conflictos de leyes en el espacio.

14. Escuela de Savigny

Debido a que, los postulados doctrinales de la escuela de Savigny son en verdad extensos, analizaremos los que a nuestro criterio resultan primordiales para tener una mirada sucinta y clara de aquella.

De este modo, veremos su contextualización histórica, doctrina, fundamento, presencia del fundamento en nuestro ordenamiento jurídico, a fin de formular ulteriormente una crítica respectiva.

14.1 *Contexto Histórico de la Escuela de Savigny*

El profesor universitario de la Universidad de Berlín, Federico Savigny, no se ocupó del estudio del Derecho Internacional Privado, como tal, sin embargo, al escribir su obra cumbre, Sistema de Derecho Romano Actual, en su tomo octavo, expedido a mediados del siglo diecinueve, describe la problemática de los conflictos de leyes en el espacio, lo cual, sin duda, es parte del corazón mismo de la materia iusprivatista internacional. El Profesor Albónico comenta:

Federico Carlos Savigny (1799-1869) pertenecía a una familia francesa que emigró a Alemania con ocasión del Edicto de Nantes. Este profesor no publicó ni escribió ninguna obra especial de Derecho Internacional Privado y fue solamente en el año 1849, al publicar el volumen octavo de su obra titulada “Sistema de Derecho Romano Actual”, cuando desarrolló y estudió los problemas que originan la concurrencia o divergencia de leyes de diferentes naciones frente a una relación jurídica. (Albónico, 1950, pp.85-86)

14.2 *Doctrina de la Escuela de Savigny*

En la parte final de su extensa obra, Sistema de Derecho Romano Actual, Savigny se ocupa de estudiar los límites del imperio de las reglas del derecho sobre las relaciones jurídicas, estudio que lo realiza desde un doble punto de vista: los límites locales, y los límites temporales. En lo que a nosotros respecta, centraremos nuestra atención en los límites en cuanto a su localidad, o lo que es lo mismo – los conflictos de leyes en el espacio - ya que es el tema que ocupa a nuestra materia.

Savigny, inicia su estudio dando por hecho, que existen ciertos casos en los cuales una relación de derecho puede entrar en disputa, debido a que es necesario determinar la legislación competente llamada a regir tal relación de derecho. De este modo, surge la pregunta ¿Al imperio de que ley debe someterse determinada relación de derecho? ¿Local o extranjera?

Savigny manifiesta en su Sistema de Derecho Romano:

Una relación de derecho litigiosa sobre la cual es llamado a decidir un juez de nuestro país en virtud de los hechos que le sirven de base (por ejemplo, el lugar en que se ha verificado el acto, el lugar en que se encuentra la cosa litigiosa), pone nuestro derecho positivo en contacto con el derecho positivo contrario de otro Estado. Puede suceder además que ambos litigantes sean nacionales o ambos extranjeros o que uno de ellos sea nacional y otro extranjero. Ahora bien, entre estos diferentes derechos territoriales ¿Cuál es el que debe aplicar el juez? (Savigny, 1879, pp.137-138)

La respuesta que Savigny otorga a fin de satisfacer la interrogante que se ha planteado consiste en que, a cada relación de derecho, se debe aplicar la ley, derecho positivo, legislación, o, en fin, ordenamiento jurídico si se quiere, que más se ajuste a su naturaleza. De aquello, se deduce con facilidad que, será necesario primero indagar cuál es la naturaleza de una determinada relación jurídica, para saber qué norma le resulta aplicable: la nacional o la extranjera. Savigny ha planteado la siguiente fórmula:

Determinar para cada relación jurídica el dominio del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esta relación (Savigny, 1879, p.140).

La clave entonces, para determinar cuál es la ley que debe regir una relación jurídica – la nacional o la extranjera – radica en determinar la naturaleza de la relación jurídica.

Ahora bien, aquello debe conducirnos a la siguiente pregunta ¿Cómo determinar la naturaleza de una relación de derecho? Para Savigny, la solución a esa pregunta consiste en el Principio de Radicación o Asiento en el Espacio.

El Principio de Radicación o Asiento en el Espacio, permite determinar la naturaleza de una relación jurídica – según Savigny - porque permite a su vez poner en contacto a la relación de derecho de la cual se trate, con una determinada jurisdicción que resulte competente para conocer tal relación. El profesor Carlos Vico refiriéndose a este principio de Savigny explica:

Sentó así un segundo principio general, que consiste en atribuir a toda la relación jurídica una radicación en el espacio. Ese asiento o siége de la relación jurídica hace que esta se ponga en contacto con la jurisdicción, en el doble sentido del término: poder de dictar el derecho y competencia para conocer en las contiendas que versen sobre ese derecho. (Vico, 1934, p.205)

Es según Savigny, mediante la determinación del asiento y el consiguiente contacto con la jurisdicción de ese asiento, que resulta la subordinación lógica de la relación de derecho al imperio de la ley que se encuentra vigente en ese asiento (Vico, 1934).

En el sentido de lo expuesto, Savigny propone las siguientes seis categorías de relaciones jurídicas y sus respectivos asientos, de forma totalmente ejemplificativa y sin querer llegar a ser taxativo:

La primera categoría se refiere a las relaciones jurídicas de las personas como tal, que versen sobre estado y capacidad.

Para Savigny, las relaciones jurídicas de las personas en tanto y en cuanto se refieran a su capacidad y estado, encuentran asiento o lugar de radicación en el domicilio de aquellas. Por esa razón, la persona, en lo referente al estado y capacidad, se somete a su ley domiciliaria (Vico, 1934).

En ese sentido resulta evidente afirmar que, las leyes que regulan el estado y la capacidad de las personas, revisten un carácter extraterritorial, pues al someter a las mismas – a las personas -, acompañan a aquellas al lugar al que se trasladen.

Ahora bien, Savigny toma como asiento el domicilio, y no la nacionalidad, porque en su época, en la Prusia a la cual el Jurista alemán pertenecía, no había una ley nacional, sino una diversidad de leyes locales (Vico, 1934).

En Ecuador, las leyes que rigen el estado y capacidad de las personas, así como las relaciones de familia, se rigen por la ley nacional más no domiciliaria, y aquello, debido a que nuestra ley - en lo que al derecho privado respecta - es nacional, y no se encuentra dividida por localidades.

De hecho, como se ha visto ya, el Art. 14 del código civil, refiere que los ecuatorianos, aunque residan o se hallen domiciliados en un lugar extraño, están sujetos a las leyes de su patria: primero, en todo lo referente al estado y capacidad de las personas para ejecutar ciertos actos que deban verificarse en el Ecuador; y segundo, en lo referido a los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto del cónyuge y los parientes ecuatorianos. (Codificación del Código Civil, 2005)

La segunda categoría tiene que ver con aquellas relaciones jurídicas que tienen por objeto a las cosas.

Savigny considera que el asiento de las relaciones jurídicas que versan sobre bienes, sean estos muebles o inmuebles, está determinado por el lugar del espacio en donde tales bienes se

encuentren. Por lo tanto, los bienes se rigen según el derecho del lugar en el que los mismos se encuentran. (Vico, 1934)

En el caso del ordenamiento jurídico privado del Ecuador, encontramos una situación equivalente, pues el principio *Lex Rei Sitae* o de la Ubicación de los Bienes, recogido en el Art. 15 del Código Civil, establece que los bienes situados en territorio ecuatoriano están sujetos a las leyes ecuatorianas, independientemente de que sus dueños sean extranjeros y residan en otra nación. (Codificación del Código Civil, 2005)

La tercera categoría se refiere a las relaciones jurídicas que tienen por objeto a las obligaciones.

Para Savigny, las relaciones jurídicas que versan sobre obligaciones unilaterales o bilaterales imperfectas – como preferimos llamarlas – o bien sobre obligaciones bilaterales perfectas o sinalagmáticas, encuentran su asiento y por tanto se rigen por la ley del domicilio del deudor. Aquello, debido a que Savigny encuentra la esencia de las obligaciones en el acto impuesto al deudor, y, por tanto, la ley de su domicilio, es la que debe regir la obligación. (Vico, 1934)

Sin embargo, Savigny propugna fielmente la idea de que, el verdadero asiento de las relaciones jurídicas cuyo objeto es una obligación, y la ley que debe regir tales relaciones, se determina por la libre sumisión de las partes. En ese sentido, es la voluntad de las partes la que determina el lugar de la ejecución de la obligación ya sea de forma expresa o tácita, siendo ese lugar el asiento de las relaciones jurídicas y siendo la ley del mismo la llamada a regir dichas relaciones, y solo cuando no es posible determinar la voluntad de las partes se debe recurrir al domicilio del deudor como asiento de las relaciones jurídicas. (Vico, 1934)

Ahora bien, específicamente, en el Ecuador, la regla general que establece el Código Orgánico General de Procesos, en su Art. 9, reza que, es competente para conocer las controversias judiciales, el juez del lugar donde tenga su domicilio el demandado. (Código Orgánico General de Procesos, 2021)

Solo como excepción, el Art. 10 del mismo cuerpo legal, establece que, la competencia puede concurrir hacia el juez del lugar donde deba cumplirse la obligación, del lugar donde se celebró el contrato, o bien, del lugar donde el demandado se haya sometido en el contrato. (Código Orgánico General de Procesos, 2021)

Por lo expuesto entonces, resulta obvio afirmar que, el Art. 55 del Código Civil, referido al domicilio contractual, que puede ser fijado por las partes de común acuerdo, constituye igualmente una excepción a la regla general que hemos referido. (Codificación del Código Civil, 2005)

Vale recalcar que, las partes, tienen la libertad para fijar su domicilio contractual o escoger el fuero concurrente en los casos en los que la ley así lo ha previsto, debido a que gozan del principio de la libre autonomía de la voluntad, mismo que se configura por los artículos 8 y 11 del Código Civil, los cuales rezan respectivamente que: a nadie puede impedírsele la acción que la ley no ha prohibido, y que, es posible renunciar a aquellos derechos conferidos por las leyes, cuya renuncia no esté prohibida y además, mire al interés particular del que renuncia. (Codificación del Código Civil, 2005)

La cuarta categoría se refiere a las relaciones jurídicas que tienen por objeto a las sucesiones.

Para Savigny, el derecho de las sucesiones encuentra su asiento y por tanto se encuentra regido por la ley del domicilio que tenía el causante al momento de morir (Vico, 1934).

En el Ecuador, la situación no es distinta, pues según el Art. 997 del Código Civil, por principio general, la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte, en su último domicilio, y tal sucesión, se regla por la ley del domicilio en el cual la misma se abre, es decir, en la última según la ley. (Codificación del Código Civil, 2005)

La quinta categoría, tiene que ver con las relaciones jurídicas cuyo objeto son la familia.

Savigny, afirma que, por regla general, se ha aceptado que las relaciones de familia se rigen al igual que el estado y la capacidad, por la ley del domicilio de la persona, es decir que encuentran su asiento en tal domicilio. (Vico, 1934)

De hecho, como ya lo habíamos mencionado, la ley ecuatoriana recoge esta idea, ya que, según el Art. 14 del código civil, los ecuatorianos, aunque residan o se hallen domiciliados en un lugar extraño, están sujetos a las leyes de su patria: primero, en todo lo referente al estado y capacidad de las personas para ejecutar ciertos actos que deban verificarse en el Ecuador; y segundo, en lo referido a los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto del cónyuge y los parientes ecuatorianos. (Codificación del Código Civil, 2005)

Por último, una sexta categoría, versa sobre las relaciones jurídicas cuyo objeto primordial es la forma de los actos.

Al respecto, Savigny, acepta que los actos encuentran su asiento en el lugar de su celebración, y que, por tanto, es la ley de tal lugar la que los rige (Vico, 1934).

El Ecuador, recoge esa tesis en su legislación, pues en su Art. 16 del Código Civil, establece el principio *Locus Regit Actum* o de la Ley del Lugar de la Celebración, que reza principalmente que, los actos, en cuanto a su forma, se rigen por la ley del lugar en el cual han sido otorgados. (Codificación del Código Civil, 2005)

14.3 *El Fundamento para la Aplicación Extraterritorial del Derecho según la Escuela de Savigny*

Savigny, encuentra en la Comunidad de Derecho, el fundamento ideal para que la ley que rige sobre el territorio de un Estado, pueda ser aplicada en el territorio de otro diferente.

El maestro alemán sostenía que la Comunidad de Derecho no es sino una suerte de negación del viejo principio de la soberanía que resultaba a todas luces exclusionista, en el sentido de que, impedía que el derecho de un Estado sea aplicado fuera de las fronteras del territorio en el cual había sido llamado a regir, tornando en complejas las relaciones internacionales.

Savigny, manifiesta acertadamente:

En virtud del derecho riguroso de soberanía podría mandarse evidentemente a los jueces de un país que aplicasen exclusivamente su derecho nacional, sin consideración a las disposiciones contrarias de un derecho extranjero con el dominio del cual pudiera encontrarse en contacto la relación de derecho litigiosa. (Savigny, 1879, p.139)

Este viejo principio de la soberanía que hemos referido, se compone de dos premisas básicas, la primera, referida a que cada Estado puede exigir que en su territorio no se reconozca otra ley más que la propia; y la segunda, aquella que tiene que ver con que ningún Estado puede aplicar su ley más allá de los límites de su territorio. (Savigny, 1879)

Savigny, consideraba también que, la Comunidad de Derecho, se presentaba como una especie de respuesta favorable a las diversas relaciones que los estados entablaban entre sí. Al respecto comentó:

Mientras más numerosas y activas son las relaciones entre los diferentes pueblos, más debemos convencernos de que es preciso renunciar a este principio de exclusión para adoptar el contrario. Por esta causa se entiende a la reciprocidad en la apreciación de las relaciones de derecho, estableciendo entre nacionales y extranjeros una igualdad ante la justicia que reclama el interés de los pueblos y de los individuos. Si esta igualdad se hubiera realizado completamente, no solo serían accesibles los tribunales en cada Estado de igual manera a los nacionales que a los extranjeros (lo cual constituye la igualdad de tratamiento para las personas), sino que, en los casos de colisión de las leyes, la decisión dictada sobre la relación de derecho sería siempre la misma, cualquiera que fuese el país en que la sentencia hubiera sido pronunciada. (Savigny, 1879, p.139)

Ahora bien, para Savigny, la Comunidad de Derecho, es un producto histórico y social, por cuanto, la primera forma de comunidad, fue la familia, dentro de la cual, el jefe de la misma ejercía un despotismo absoluto. Luego de la familia, se pasó a una segunda forma de comunidad: el municipio, que le restó absolutismo al régimen de la familia, pero sin hacerla desaparecer. Posteriormente, del municipio se avanzó hacia la comunidad de la provincia, para en una siguiente etapa final, transitar hacia la comunidad del Estado - pero siempre, manteniendo las comunidades anteriores, aunque restándoles como manifestamos, su carácter despótico y absolutista -. (Vico, 1934)

Es de ese modo que, Savigny, considera que el siguiente paso, es el que consiste en trasladarnos desde la comunidad del Estado hacia la comunidad de Estados, conservando la comunidad anterior: la del estado como tal, pero restándole su carácter exclusivo, absolutista y despótico (Vico, 1934).

Toda esta cadena de desarrollo que nos lleva a la Comunidad de Derecho entre Estados, es la que permite o abre la brecha, al libre cambio legislativo, a fin de que, en un país, puedan aplicarse las leyes de otro y solucionarse las diferencias legislativas. (Vico, 1934)

Savigny, cree que la Comunidad Jurídica es posible – y por tanto la solución de las diferencias legislativas - gracias al acuerdo de los diferentes Estados Soberanos en miras de regular los conflictos de leyes en el espacio, o, lo que sería lo mismo, los problemas a los que da lugar la aplicación extraterritorial del derecho. Afirma que tal acuerdo, muchas veces se lo ha plasmado mediante tratados, pero advierte, sin embargo, que no por ello, es que se ha logrado establecer un derecho positivo totalmente nuevo, sino que más bien, aquello ha resultado en una suerte de preparación hacia un reconocimiento cada vez más completo de la Comunidad de Derecho. (Savigny, 1879)

Finalmente, Savigny realiza la exposición de dos excepciones principales a la Comunidad de Derecho, es decir, de supuestos en los cuales la Comunidad de Derecho no tiene cabida:

La primera excepción, se refiere a aquellas leyes de naturaleza obligatoria de un Estado, las cuales impedirían el ingreso de ciertas leyes extranjeras por resultarles contrarias, mientras que, la segunda excepción, tiene por objeto a aquellas instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no se reconoce en los demás Estados. (Savigny, 1879)

Ejemplo de la primera excepción, es el artículo 83 del Código Civil ecuatoriano, que fija la edad que se requiere para contraer matrimonio: dieciocho años (Codificación del Código Civil, 2005).

En virtud de lo expuesto, una persona extranjera menor de 18 años, no podría celebrar matrimonio en Ecuador, pese a que su ley nacional propia, le faculte a contraer matrimonio antes de los dieciocho años en su país de origen.

Ilustración de la segunda excepción, la constituiría una institución extraña, la cual no se encuentre reconocida en el país, como la esclavitud, debido a que en nuestro país no está reconocido y resulta totalmente antijurídico, además, el considerar a un ser humano, propiedad de otro u otros.

Nosotros, agregamos una tercera excepción a la Comunidad de Derecho, tomada de los postulados del mismo Doctor Savigny, y tiene que ver con el denominado grado de civilización jurídica de las Naciones. No todas las Naciones pueden formar parte de la Comunidad de Derecho, sino solo aquellas que gozan de cierto nivel de civilización jurídica.

En ese sentido, el jurista Ricardo Balestra expone que, los pilares fundamentales de la civilización jurídica de los pueblos, no son sino dos ordenamientos fundamentales: el derecho romano y el derecho canónico. Para Savigny, tales pilares – afirma Balestra – constituyen el grado de evolución jurídica, cultura y civilización de los Estados. (Balestra, 1993)

14.4 *Presencia del Fundamento de la Escuela de Savigny para la Aplicación*

Extraterritorial del Derecho dentro del Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano

Como veremos más adelante, al analizar la Escuela de Bustamante, la Constitución ecuatoriana recoge la idea de una Comunidad Internacional, pero no por ello, podemos afirmar que esa Comunidad Internacional tenga relación a la Comunidad de Derecho de Savigny, pues como hemos visto, tal Comunidad – la de Savigny - se asienta sobre la idea del grado de civilización de las naciones, el cual es medido en la aceptación que las naciones tengan respecto del derecho canónico – cristianismo – y del derecho romano, lo cual, acarrea como consecuencia que, solo aquellas naciones que tengan esos dos pilares en común, puedan formar comunidad entre sí, y tal idea, no está recogida ni de cerca en nuestro ordenamiento jurídico.

14.5 *Critica a la Escuela de Savigny*

La primera crítica la realizaremos en lo que a la doctrina de la escuela de Savigny se refiere. Habíamos visto que, para Savigny, los conflictos de leyes en el espacio, en los cuales debe encontrarse una legislación competente que los rijan, tienen que resolverse tomando en cuenta su fórmula: Determinar para cada relación de derecho la legislación más conforme con la naturaleza propia y esencial de esta relación. Y habíamos visto también que para encontrar la naturaleza de una relación de derecho es necesario aplicar el principio de radicación. Todo lo expuesto, quedó ejemplificado con las categorías expuestas por el Propio Savigny.

El gran problema con la doctrina del ilustre alemán, es que adolece de subjetividad, por cuanto, la naturaleza de una relación jurídica, o el asiento de aquella, puede diferir o variar de criterio en criterio. Por ejemplo, mientras para un sector de la doctrina, el asiento de las relaciones de derecho que abarcan a la persona en cuanto su estado y capacidad, es el domicilio, para otro

sector puede ser la nacionalidad. En consecuencia, su método doctrinal, es muy ambiguo, y carece de certidumbre, aunque no por ello, negamos su cierto grado de sistematicidad y científicidad, pues es amplio en la búsqueda de soluciones para los problemas que acarrea la concurrencia de leyes.

Una segunda crítica, la referimos al fundamento de la extraterritorialidad de la ley propuesto por Savigny: La Comunidad de Derecho.

Creemos que la Comunidad de Derecho que Savigny plantea, resulta excesivamente restrictiva, y aquello, debido a que una de sus excepciones, consistía en el grado de civilización jurídica de los Estados. Tal excepción, se traduce en que La Comunidad de Derecho solo puede existir entre aquellas naciones que se asienten sobre dos basamentos fundamentales: el derecho canónico – religión cristiana – y el derecho romano. Si no sucede de esa forma, el grado de civilización jurídica de los Estados no es equivalente y por tanto no puede haber comunidad entre estos.

En tal sentido, no se trata de un fundamento sólido, por cuanto limitaría abruptamente la aplicación extraterritorial de las leyes debido a la falta de comunidad entre las naciones, pues resulta fácil inferir que no todas las naciones de la tierra pertenecen a la religión cristiana, como tampoco a una misma familia de derecho: la familia romanista.

Una tercera crítica, estaría relacionada al hecho de que, una comunidad de derecho, puede encontrar como barrera infranqueable el arbitrio de los Estados para pertenecer o no a la misma, o para perteneciendo, optar por el retiro de aquella, lo cual, parece indicar que una comunidad no es un fundamento totalmente seguro o estable para la aplicación extraterritorial de las leyes si aquello sucede. Después de todo, nada puede obligar a un Estado, a reconocer, pertenecer o permanecer

en una determinada comunidad. Una comunidad de derecho entonces, pudiera ser ideal, quizás, cuando este supuesto al que nos hemos referido – el arbitrio estatal - fuese resuelto de algún modo.

15. Escuela de Bustamante

La escuela de Bustamante, será el abordaje final que realizaremos en una suerte de intento por responder aquella interrogante que ha sido el punto de partida de este proyecto de investigación y que ha estado presente en cada una de las escuelas que hemos analizado: ¿Qué es lo que vuelve posible la aplicación extraterritorial de las leyes? Para ello, intentaremos dar un breve contexto histórico, y una exposición de la doctrina y del fundamento que esta escuela establece para justificar la aplicación del derecho extranjero, a fin de realizar un análisis crítico.

15.1 *Contexto Histórico de la Escuela de Bustamante*

La escuela de Bustamante – también conocida como escuela de la Habana - lleva ese nombre, en honor al autor y precursor mismo de su doctrina, el cubano, Dr. Antonio Sánchez de Bustamante, estudioso por antonomasia de la ciencia del Derecho Internacional Privado. La doctrina de la mentada escuela, resulta de vital importancia, debido a que la misma, si bien se encuentra expuesta en su obra jurídica Derecho Internacional Privado, también se encuentra plasmada en su Código de Derecho Internacional Privado, el cual forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En efecto, el 20 de febrero de 1928, en la Sexta Conferencia Internacional Americana, reunida en la ciudad de la Habana – Cuba, se firmó y concluyó la Convención que adoptó el Código de Derecho Internacional Privado propuesto por Antonio Sánchez de Bustamante, mismo que, forma parte de la legislación ecuatoriana, desde el 15 de abril de 1933, por la ratificación vía

decreto ejecutivo del entonces presidente constitucional de la República del Ecuador, Juan de Dios Martínez Mera. (Coello García, 2004)

15.2 *Doctrina de la Escuela de Bustamante*

Al estudiar la doctrina de la escuela de Bustamante en las páginas de su fuente primaria, su obra titulada, Derecho Internacional Privado, podemos afirmar que, la misma – la doctrina – se centra en establecer y analizar al menos dos cuestiones que a nuestro criterio resultan fundamentales, mismas que expondremos a continuación.

La primera cuestión fundamental, se refiere al fundamento mismo que explica el porqué es posible la aplicación del derecho extranjero en un territorio totalmente ajeno. Tal fundamento, está constituido para el doctor Bustamante, por lo que él denomina la Comunidad Jurídica Internacional. (Sánchez de Bustamante, 1943)

Bustamante ha definido a la Comunidad Jurídica Internacional en los siguientes términos que transcribimos a continuación:

Es la unión que resulta de vínculos cada vez más intensos entre los hombres y los intereses de diversa nacionalidad y origen, y de las exigencias jurídicas que impone la satisfacción de sus necesidades individuales o colectivas (Sanchez de Bustamante, 1943, p.126).

Esta comunidad jurídica, explica Bustamante, está compuesta de dos elementos importantes: la naturaleza cosmopolita del hombre, el primero, y, la coexistencia jurídica de los Estados, el segundo (Sánchez de Bustamante, 1943).

El primer elemento que hemos mencionado, la naturaleza cosmopolita del hombre, nos dota de la idea de que el ser humano actual, no vive en aislamiento, sino que se relaciona con sus

semejantes, no solo con los de su nación, sino también con aquellos provenientes de otras naciones.

En ese sentido Bustamante comenta:

Cada individuo puede ponerse y se pone en contacto, para satisfacer sus necesidades, con varias naciones, y toda nación necesita atender a la posibilidad de aplicar algunas de sus disposiciones a los hombres que lleguen a su esfera jurisdiccional y de reconocer para otros casos la aplicación de la ley extranjera. (Sanchez de Bustamante, 1943, p.127)

De hecho, Bustamante afirma que, en la actualidad, no hay país alguno, que deje de poseer un número considerable de extranjeros, o en el cual, dejen de aumentar las personas que por relaciones de negocios o de familia, entren en contacto con otros países, y necesiten saber qué derecho aplicar a sus relaciones jurídicas: el propio o el extranjero, razones estas por las cuales, los hombres no pueden vivir aisladamente en sus patrias, separándose de los demás hombres. (Sánchez de Bustamante, 1943)

El segundo elemento importante que hemos mencionado, la coexistencia jurídica de los Estados, hace relación al reconocimiento mutuo que los Estados hacen entre sí de la existencia, capacidad y consecuencias de sus legislaciones. Al respecto Bustamante ha afirmado que:

Las naciones viven normalmente en paz y mutuamente se aceptan como órganos generadores del derecho. Su coexistencia jurídica es evidente y las consecuencias de su capacidad legislativa se admiten con carácter recíproco. Los hombres de todas las razas, de todos los climas, de todos los idiomas y de todas las creencias se mezclan y relacionan a diario, y cada nación mantiene con las otras una vida común. (Sanchez de Bustamante, 1943, pp. 127-128)

En definitiva, son esas diversas facetas como el desarrollo del comercio, la industria, la vida internacional en su generalidad si se quiere, lo que lleva a configurar los dos elementos que hemos referido: cosmopolitismo del hombre y coexistencia jurídica de las naciones; elementos que llevan a su vez a configurar lo que Bustamante ha denominado como Comunidad Jurídica Internacional. (Sánchez de Bustamante, 1943)

Ahora bien, como el principio de causalidad exige que toda causa vaya seguida de un efecto, la Comunidad Jurídica Internacional, no puede ser la excepción. Al respecto, Bustamante, explica que uno de los efectos importantes de la comunidad en mención, es el que tiene que ver con la aplicación territorial o extraterritorial de las leyes, basada en el respeto mutuo de las soberanías, derechos y facultades de los Estados entre sí.

Tal efecto, es el que nos permite entender, la razón por la cual, su causa, la Comunidad Jurídica Internacional, sirve de fundamento que explique el porqué es posible la aplicación del derecho extranjero en un territorio ajeno al mismo.

En ese sentido, la doctrina de la escuela de Bustamante, sostiene que, al vivir los Estados en comunidad, tienen que reconocerse entre sí, los mismos derechos y facultades, es decir reconocerse como iguales. Del reconocerse como iguales se desprende que los Estados deberán respetarse mutuamente en lo referente a aquellos derechos y facultades.

Es por ello que, bajo la óptica de la escuela de la Habana, los Estados deberán aceptar que ciertas relaciones jurídicas, por más que se susciten en su territorio, o incluyan a sus nacionales en otros territorios, sean regidas no por su ley, sino por la ley extranjera, siempre y cuando esta sea la competente para tal propósito. Y aquello, debido a que, al vivir los Estados en comunidad, y reconocerse como iguales en cuanto sus derechos y facultades, deberán respetar el derecho y la

facultad de aquel Estado que esté llamado a imponer su ley a tal o cual relación jurídica, debido a que ostenta la competencia para el efecto. En definitiva, se trata de un llamado a los Estados a respetar la soberanía del otro. Al respecto:

Cada Estado reconoce a los demás dentro de la comunidad jurídica los mismos derechos y las mismas facultades de que él disfruta. No se inspira para ello en un espíritu de estrecha reciprocidad, de tal modo que haga concesiones para obtenerlas iguales o las consiga bajo promesa de su otorgamiento. Sin fórmula alguna de *do ut des*, contiene la acción de sus leyes ante ciertas relaciones jurídicas sólo porque no le competen y porque tocan naturalmente a otra soberanía. En eso consiste el primero y principal resultado de la comunidad jurídica. (Sánchez de Bustamante, 1943, pp. 128-129)

Para Bustamante, el hecho de que un Estado respete la soberanía de otro, para que este aplique su ley a una relación jurídica concreta, consiste a su vez en límite y garantía. Límite evidentemente para la soberanía del Estado que se abstiene de aplicar su ley a determinada relación jurídica para que su semejante la aplique, y garantía, para la soberanía del Estado cuya ley es la competente para ser aplicada a tal relación. (Sánchez de Bustamante, 1943)

Un segundo efecto de importancia para Bustamante, que emana de la Comunidad Jurídica Internacional, es la igualdad de nacionales y extranjeros, la cual se logra a través del reconocimiento de derechos humanos comunes a las personas de los estados miembros de la comunidad. Tales derechos han sido clasificados por la escuela de Bustamante de la manera que expondremos a continuación.

La persona, según Bustamante, dentro del Estado al cual pertenece, posee dos clases de derechos: sociales y políticos. Los sociales, están referidos a las personas que componen la

sociedad civil. En tanto que, los políticos, presuponen la existencia del Estado como organización legal y se encaminan al cumplimiento de sus fines colectivos. (Sánchez de Bustamante, 1943)

Los derechos sociales comprenden o se subdividen en derechos voluntarios y necesarios. Los derechos voluntarios afectan solo a las personas entre las cuales se ejercitan, y les son otorgados para su desenvolvimiento y regulación a su voluntad. Ejemplo claro de estos derechos constituye la materia contractual. (Sánchez de Bustamante, 1943)

Un ejemplo de lo que para Bustamante constituyen derechos voluntarios, lo podemos encontrar en el derecho privado ecuatoriano, en el Art.1803 del Código Civil, que concede claramente un derecho voluntario a las partes en lo que a materia contractual de compraventa se refiere, al establecer que las partes, pueden en el contrato de compraventa hacer redhibitorios los vicios que por su naturaleza no lo son. (Codificación del Código Civil, 2005)

Por su parte, los derechos necesarios, trascienden su resultado hacia toda la sociedad civil y le son otorgados a aquella con carácter obligatorio, regulado e indeclinable, es decir, cuyo desenvolvimiento y regulación no se encuentra sujeto a voluntad. Estos derechos denominados necesarios, no pueden ser otorgados al extranjero que vive en otra sociedad, por tanto, son exclusivos de los nacionales, y acompañan a los tales en caso de trasladarse a otro territorio. Por ejemplo, considérese la patria potestad. (Sánchez de Bustamante, 1943)

Para ejemplificar lo que Bustamante considera un derecho necesario, recurramos a nuestro Código Civil, que es rica fuente de ejemplos para tal efecto. De hecho, en su Art. 283, el Código Civil, establece que, la patria potestad, es el conjunto de derechos que los padres tienen sobre sus hijos no emancipados. Así, un ejemplo específico sería el derecho que los padres tienen para

administrar los bienes del hijo cuyo usufructo les conceda la ley, establecido en el Art. 289 del Código Civil ecuatoriano. (Codificación del Código Civil, 2005)

Los derechos políticos en cambio, se clasifican en derechos públicos y cívicos. Los públicos, están destinados a todas las personas para otorgarles las facultades y la protección necesaria para una vida libre dentro de la sociedad organizada como Estado. Tales derechos políticos públicos, trazan la línea entre los poderes del Estado y la vida individual. Por ejemplo, pensemos en la inviolabilidad del domicilio. (Sánchez de Bustamante, 1943)

En términos de la doctrina de Bustamante, un derecho político público, sería sin duda, el consagrado en el Art. 66 numeral 22 de nuestra Carta Magna, que protege el domicilio de las personas, ya que, impide su ingreso, registro o inspección, salvo autorización de la misma, orden judicial o delito flagrante. (Constitución de la República del Ecuador, 2021)

En cambio, los derechos cívicos, son aquellos que otorgan la facultad de contribuir a la sociedad organizada como Estado en cuanto a su creación, modificación y ejercicio. Tales derechos políticos cívicos, permiten a las naciones conservar su independencia y fisionomía. Un ejemplo claro serían los derechos de elección. (Sánchez de Bustamante, 1943)

En terminología de Bustamante, un derecho político cívico, puede ser encontrado en el Art. 61 numeral 1 de la Constitución ecuatoriana, que claramente establece que los ecuatorianos tienen el derecho a elegir y ser elegidos, lo cual, guarda directa relación con el Art. 63 del mismo cuerpo jurídico, que aclara que los ecuatorianos aun residiendo en el extranjero pueden elegir a sus autoridades nacionales. (Constitución de la República del Ecuador, 2021)

De esta clasificación de derechos, Bustamante, obtiene ciertas conclusiones respecto del individuo extranjero, las cuales explicamos a continuación.

Bustamante afirma que, el extranjero, como miembro de la Comunidad Jurídica Internacional, no puede ser impedido de gozar y ejercitar los derechos sociales voluntarios, como, por ejemplo, en materia de contratos, la libertad de escoger los jueces a los que someter las controversias judiciales que se originen, o bien, su derecho a establecer vicios redhibitorios en los contratos de compraventa según la autonomía de su voluntad como lo anotamos anteriormente. (Sánchez de Bustamante, 1943)

De la misma manera, el extranjero, como miembro de la comunidad, no puede ser impedido de ejercer y gozar los derechos políticos públicos, como la libertad de pensamiento o la inviolabilidad de domicilio, derecho este último al cual nos referimos líneas atrás. (Sánchez de Bustamante, 1943).

En ese mismo sentido, el goce y ejercicio de los derechos sociales necesarios – que son los que siguen a la persona a donde esta se traslade- como los derechos de patria potestad – mismos que ya habíamos ejemplificado - les son reconocidos a los extranjeros pertenecientes a la comunidad, siempre y cuando tal goce y ejercicio se lo desarrolle en acuerdo a las leyes propias del extranjero desde luego, más no en base a la ley propia de los nacionales. (Sánchez de Bustamante, 1943)

Por último, Bustamante, concluye que el ejercicio y goce de los derechos políticos cívicos, como los derechos de elección a los cuales ya nos referimos, están reservados únicamente para los Nacionales, más no para los extranjeros (Sánchez de Bustamante, 1943).

Sin embargo, respecto a este último punto, vale precisar que, en Ecuador, se rompe con aquella idea muy generalizada en el mundo de que los derechos de elección como el derecho al voto, por ejemplo, son reservados con gran celo para el nacional, pues nuestra Constitución misma, reconoce el derecho al voto a los extranjeros siempre y cuando hayan residido legalmente en el país por al menos cinco años. (Constitución de la Republica del Ecuador, 2021)

De lo recogido de la clasificación de derechos que Bustamante realiza, en pro de garantizar la igualdad de nacionales y extranjeros en lo que a sus derechos se refiere dentro de la Comunidad Jurídica Internacional, se puede deducir con facilidad que únicamente los derechos denominados como necesarios, son aquellos que admiten una aplicación extraterritorial, pues son los que siguen a la persona a donde esta se traslade, mientras que, por el contrario, los otros derechos gozan de una total aplicación territorial.

Ahora bien, la segunda cuestión fundamental de la doctrina de Bustamante, se refiere a la clasificación internacional de las leyes propuesta por el jurista cubano para los Estados de la Comunidad Jurídica Internacional.

Para abordar esta cuestión, propongamos un ejemplo: resultaría absurdo que un alemán, invoque su derecho constitucional para ejercitar su derecho al sufragio en Holanda. Pero al mismo tiempo, resultaría atinado pensar, que un ecuatoriano invoque en el extranjero las reglas que rigen su capacidad para llevar a cabo ciertos negocios jurídicos. Es decir, nos encontramos frente a dos clases de leyes, unas que carecen de eficacia extraterritorial, y otras que la poseen. Sin embargo, Bustamante se pregunta ¿Por qué? ¿Cuál es la razón para que unas leyes tengan eficacia territorial y otras no? (Sánchez de Bustamante, 1943)

UCUENCA

Para responder a esa interrogante, el doctor Bustamante, realiza una clasificación de las leyes, que, a su juicio, permita dilucidar cuáles leyes tienen eficacia extraterritorial y cuáles no la tienen. Esa clasificación atiende a cuatro supuestos.

El primer supuesto de la clasificación se refiere a las leyes que rigen sobre aquellas personas que viven en su Patria.

Estas personas, se encuentran regidas por leyes imperativas y leyes voluntarias. Las leyes imperativas son aquellas que se imponen por sobre la voluntad de las personas, sujetando al individuo, dominándolo, bien sea mandando o prohibiendo algo. Por su parte, las leyes voluntarias, son aquellas que se entregan al capricho, la voluntad, o decisión del sujeto. (Sánchez de Bustamante, 1943)

Si queremos encontrar un equivalente de leyes imperativas en nuestro país el Ecuador, debemos acudir con seguridad al Código Orgánico Integral Penal que, por ejemplo, en su catálogo de delitos, establece en su Art. 144, el tipo penal del homicidio, cuando afirma que la persona que mate a otra se hace acreedora a una pena privativa de libertad que oscila entre los diez a trece años. (Codigo Organico Integral Penal, 2021)

Un ejemplo claro de leyes voluntarias, en cambio, lo podemos encontrar recurriendo nuevamente a la materia contractual privada. El Código Civil del Ecuador, ha previsto para el Comodante, en el Art. 2097, la posibilidad de decidir si el comodato que recae sobre determinado objeto, lo concede a título de precario – es decir, no fijando un tiempo fijo para la restitución del objeto dado en préstamo de uso y reservándose la facultad de exigir su restitución en cualquier tiempo – o estableciendo un tiempo para la restitución de tal objeto. (Codificación del Código Civil, 2005)

El segundo supuesto de la clasificación, se refiere a las personas, que no residen en su país de origen si no en uno extranjero.

Estas personas, se encuentran de igual forma regidas por leyes imperativas y voluntarias. Sin embargo, existe un tercer grupo de leyes que antes que regir a los extranjeros les resulta inaplicables. Tales leyes inaplicables simplemente no están diseñadas para el extranjero sino para el nacional. (Sánchez de Bustamante, 1943)

La idea con este supuesto es que, por ejemplo, los extranjeros que residen en Ecuador, están sometido a leyes imperativas – como el homicidio que hemos referido anteriormente – o leyes voluntarias – como el caso del comodato que igualmente mencionamos -. Sin embargo, existen ciertas leyes o derechos como el derecho al sufragio que habíamos mencionado, el cual, no puede ser otorgado a los extranjeros que se encuentren en Ecuador – salvo, claro está, que aquellos se encuentren residiendo legalmente en el país por un mínimo de cinco años como caso excepcional -.

El tercer supuesto de clasificación, se refiere a la relación existente entre las personas que residen en país extranjero y ciertas leyes de su país de origen.

Aquellos individuos que residen en otro país, guardan relación con las leyes de su patria según se trate de leyes inaplicables, personales, y voluntarias. Las inaplicables son aquellas leyes propias de la patria del individuo, pero que no surten efecto en el país extranjero en donde el mismo resida, ya que son eminentemente territoriales. Las personales, son aquellas leyes de las cuales el individuo extranjero no puede desprenderse y por ende se trasladan con estas a donde sea que vaya. Y las voluntarias, son aquellas leyes pertenecientes al país del individuo, a las cuales puede

acogerse sin importar que se encuentre residiendo en lugar extranjero. (Sánchez de Bustamante, 1943)

Como ejemplo de las leyes inaplicables de la patria del extranjero que Bustamante menciona, no cabría pensar que, un individuo ecuatoriano que mata a otro en España, quiera acogerse a la pena que, para este tipo de delitos, prevé el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano.

En cambio, si se trata de leyes personales de la patria de un extranjero, un ejemplo innegable de estas, sería el Art.1463 del Código Civil ecuatoriano, que establece las diferentes clases de incapacidad absoluta, como la demencia. Y al declarar el mismo código en mención en su Art. 14 que, en cuanto a la capacidad, los ecuatorianos se someten a las leyes de su patria, una persona ecuatoriana que sufra de demencia, no deja de ser tal, por salir de nuestras fronteras – al menos en lo referente a los actos que deban surtir efecto en Ecuador -. (Codificación del Código Civil, 2005)

Con respecto a las leyes voluntarias de la patria del extranjero, a las cuales, este puede acogerse pese a residir en otro país como lo anota Bustamante, un ejemplo claro podría ser el ya citado Art. 55 del Código Civil que establece el domicilio contractual. Un ecuatoriano residente en México, por ejemplo, podría decidir celebrar un contrato con un individuo de aquella nación, y decidir de común acuerdo que las posibles controversias se sometan a los fueros judiciales de Ecuador.

El cuarto supuesto de clasificación se refiere al nacional en relación a las leyes del extranjero.

Así, tendremos leyes extranjeras inaplicables, imperativas, o voluntarias para el nacional. De este modo, las leyes extranjeras inaplicables para un nacional, serán aquellas que simplemente no estén diseñadas para el mismo, y por tanto le sean indiferentes del todo. Las leyes extranjeras imperativas para el nacional, serán por contrapartida, aquellas que sin importar el lugar en el cual este se encuentre, lo sujetan y dominan. En cambio, las leyes extranjeras voluntarias para el nacional, son todas aquellas a las cuales el mismo pueda sujetarse a su voluntad. (Sánchez de Bustamante, 1943)

Ilustrar las leyes extranjeras que resulten inaplicables para un nacional, resulta fácil, los ecuatorianos, por ejemplo, al cometer ciertos delitos en su territorio, deberán ser juzgados en relación a las leyes ecuatorianas, y no podrán acogerse a las leyes extranjeras.

Las leyes extranjeras imperativas para un nacional, en cambio, son particularmente interesantes, pues, por ejemplo, existen ciertas infracciones penales como los denominados delitos contra la humanidad – como el genocidio - los cuales pueden ser juzgados en cualquier parte del mundo. De hecho, el Código Orgánico Integral Penal, reconoce jurisdicción universal para este tipo de delitos en su Art. 401. Por lo tanto, un ecuatoriano, en relación a esta clase de delitos, se ve sometido de manera generalizada a las leyes penales de otros Estados que se refieren a tales infracciones, y pudiera ser juzgado en base a las mismas si así amerita el caso en concreto.

En relación a las leyes extranjeras voluntarias para el nacional, la situación es la misma que hemos expuesto en reiteradas veces, piénsese en el domicilio contractual al cual ya nos hemos referido.

Estos supuestos clasificatorios propuestos por Bustamante, tienen como se podrá advertir de su sola lectura, varias coincidencias, y por lo mismo – según lo anota el propio doctor

Bustamante – pueden ser reducidos a tres categorías de leyes que engloban a todos ellos y que facilitan su comprensión, categorías que, exponemos a continuación.

La primera categoría, hace relación a las denominadas leyes de orden privado. Tales leyes dependen de la autarquía o voluntad, o, en fin, si se quiere, potestad personal o privada, para regir las relaciones jurídicas. Estas leyes se aplican para el nacional pero también es posible su aplicación al extranjero. (Sánchez de Bustamante, 1943)

Por ejemplo, las leyes que rigen el saneamiento por evicción en la compraventa. Solo considérense los Art. 1782 o el 1792 del Código Civil ecuatoriano, y se podrá deducir que es posible renunciar al saneamiento en casos de evicción, razón por la cual estas leyes se someten a la voluntad de las partes.

La segunda categoría, se compone de las que llamaremos leyes de orden público interno, que no se encuentran sujetas a la voluntad privada, sino que, al contrario, son de obligatorio cumplimiento para el nacional, pues busca proteger a los mismos, pero las mismas, resultan inaplicables para el extranjero. (Sánchez de Bustamante, 1943)

Por ejemplo, recordemos los derechos de elección que habíamos manifestado, como el derecho al voto, mismo que en Ecuador solo se ha previsto para los nacionales más no para extranjeros – salvo que se trate de extranjeros que residan legalmente en el país por el mínimo de años que la ley exige -.

La tercera categoría, finalmente, engloba las llamadas leyes de orden público internacional, que tienen la característica de ser obligatorias tanto para nacionales como para extranjeros (Sánchez de Bustamante, 1943).

En esta categoría, basta para efectos de su ilustración, recordar las leyes que penan los delitos como el homicidio - que habíamos mencionado - que vinculan a nacionales y extranjeros.

15.3 *El Fundamento para la Aplicación Extraterritorial de las Leyes según la Escuela de Bustamante*

El fundamento mismo, es la Comunidad Jurídica Internacional, la cual tiene como efecto primordial, el respeto mutuo de las soberanías entre los diversos Estados. Particular que, como se recordará, fue analizado en la primera parte de la exposición de la doctrina de esta escuela.

15.4 *Presencia del Fundamento de la Escuela de Bustamante para la Aplicación Extraterritorial de las Leyes en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano*

El fundamento como tal, es decir, la Comunidad Jurídica Internacional, y su efecto, el respeto de las soberanías entre los Estados, no tiene mención directa dentro del Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, lo cual significa que, ni si quiera, se encuentra presente en el Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante.

De hecho, el reconocimiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a una comunidad de naciones, es casi nula, por ejemplo, una disposición jurídica en la que el Ecuador haga referencia a la comunidad internacional se encuentra presente de soslayo en el texto de la Norma de Normas.

En ese sentido, la Constitución de la República, reza en su Art. 416 que, las relaciones que el Ecuador mantenga con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano (Constitución de la República del Ecuador, 2021).

Inmediatamente después, el texto constitucional, desarrolla una serie de principios que el Ecuador debe observar en sus relaciones con esa comunidad internacional. Uno de esos principios,

es el que Bustamante en su doctrina, la cual ya fue analizada por nosotros párrafos atrás, denomina como uno de los elementos de la comunidad jurídica: la naturaleza cosmopolita del hombre.

Este elemento al que hemos hecho mención, lo podemos encontrar, en el numeral 6 del Art. 416 del texto constitucional que medularmente afirma que, el Ecuador, propugnará, es decir, defenderá, el principio de ciudadanía universal – que es una clara referencia al cosmopolitismo del hombre - la libre movilidad de todos los habitantes de nuestro planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento, a fin de lograr una transformación en las relaciones de desigualdad existentes entre los países. (Constitución de la República del Ecuador, 2021)

A más de el elemento que acabamos de referir, entre los principios del Art. 416 que hemos mencionado, específicamente en el numeral 1, podemos encontrar una clara referencia al primer efecto de la comunidad jurídica que Bustamante consideraba como primordial para que la misma se constituya en un verdadero fundamento para la aplicación extraterritorial de las leyes, referido al respeto que los Estados deben mostrar entre sí, en cuanto sus soberanías, derechos y facultades, reconociéndose como iguales – claro está que iguales en términos jurídicos - efecto que ya estudiamos en el apartado doctrinal de páginas anteriores.

En dicho numeral, la carta fundamental del estado hace una proclama respecto de la independencia de los pueblos, de su igualdad jurídica, de su convivencia pacífica, autodeterminación, a más de la cooperación, solidaridad e integración que entre estos debe existir. (Constitución de la República del Ecuador, 2021)

Ahora bien, es menester reconocer que, la escuela de Bustamante, en terminos generales y fuera de estas consideraciones iniciales que hemos hecho respecto de su fundamento, tiene fuerte

presencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, porque su legado – su Código de Derecho Internacional Privado - es parte de tal ordenamiento.

15.5 *Critica de la Escuela de Bustamante*

Creemos que, sin duda, la escuela de Bustamante, goza de mucha más científicidad y objetividad que las que le han precedido alrededor del mundo, y merece más elogio que crítica. Elogio en cuanto a su sistema doctrinal de la clasificación de las leyes que permite distinguir las leyes que poseen eficacia extraterritorial, de aquellas que no la poseen. Clasificación que creemos resulta amplia, y para nada reduccionista, por lo cual engrandece la posibilidad de investigar la naturaleza de las leyes y su ámbito de aplicación: dentro o fuera del territorio, dando así, posibles soluciones a los problemas de leyes en el espacio.

Sin embargo, si posee elementos que la tornan ligeramente cuestionable, de los cuales nos parece vital mencionar los siguientes:

Un primer cuestionamiento tiene que ver con el hecho de que, para esta escuela, el fundamento de la aplicación extraterritorial de la ley está en la Comunidad Jurídica Internacional. Sin embargo, el problema está en que, el formar parte de esa Comunidad Jurídica Internacional, siempre va a depender en última instancia de la voluntad del Estado del cual se trate, por lo cual, siempre quedará abierta la puerta a aquella posibilidad de que un Estado en cuestión no quiera pertenecer o reconocer a esa comunidad, o bien perteneciendo a la misma, de un paso al costado. Desde esa consideración, la Comunidad Jurídica Internacional, como fundamento para la aplicación extraterritorial de la ley, ya se vuelve inestable e insegura.

Un segundo cuestionamiento, tiene que ver con el hecho de que, para Bustamante, la existencia de la Comunidad Jurídica Internacional, causa como principal consecuencia el respeto

de los Estados entre sí, para que cada uno de estos permita que los problemas de derecho internacional privado sean resueltos por la legislación del Estado que resulte competente para tal efecto, es decir, para la resolución de los conflictos de leyes en el espacio.

Este postulado, que fue expuesto en el desarrollo de la doctrina de la escuela, resulta muy inestable a nuestro parecer, pues nada obliga a un Estado a respetar al otro. Bien podría darse el caso de que un Estado se considere erróneamente o por intereses internos, a sí mismo, como competente para conocer tal problema de derecho internacional privado, y no de paso a otro Estado que de igual manera se considere y sea realmente el competente para conocer y resolver el problema. En tal caso ¿Quién garantiza y obliga al respeto entre Estados? Pues como resulta obvio concluir, en el ámbito del derecho internacional, no sucede lo mismo que en el ámbito del derecho interno, por cuanto no existen agencias ejecutoras o policiales que obliguen al Estado a proceder de determinada manera. De igual forma, surge la interrogante de si los Estados que no forman parte de la Comunidad Jurídica Internacional deben respeto a los Estados que sí forman parte de aquella.

Epílogo

16. Conclusión

Después de todo lo expuesto a lo largo de este trabajo, y del análisis y crítica que hemos formulado respecto de cada una de las escuelas, en tanto sus doctrinas y fundamentos, consideramos que la escuela que más alcanza un nivel de evolución, es sin duda la escuela de la Habana de Bustamante.

Como hemos manifestado ya, la doctrina de Bustamante, pensamos nosotros, resulta a todas luces amplia, científica, sistemática, no reduccionista, y contribuye por tanto a la solución de los conflictos de leyes en el espacio o problemática de la extraterritorialidad del derecho.

Y en cuanto al fundamento expuesto por la escuela de Bustamante, si bien hemos formulado ciertas críticas que creemos es merecedora, no por ello negamos su importancia, y, al contrario, defendemos la idea de una Comunidad Jurídica Internacional en los términos que siguen.

Bustamante, ha buscado el fundamento para la aplicación extraterritorial del derecho o las leyes, en lo que él denomina la Comunidad Jurídica Internacional. Y creemos nosotros que efectivamente, tal fundamento, es el adecuado para que las leyes, cuando el caso en concreto lo amerite, puedan aplicarse extraterritorialmente, pero teniendo en cuenta las consideraciones que siguen.

Para ello, es necesario reconocer que, en el siglo XXI, nuestro siglo, el mundo ha dejado de ser un conjunto de civilizaciones totalmente aisladas las unas de las otras, para convertirse en una sola civilización. Ahora bien, ¿En que observamos el hecho cierto de que el mundo hoy en día conforma una sola civilización?

Para responder a esa pregunta, es necesario mirar hacia los siglos que yacen en el pasado de la historia humana. Miremos los sistemas económicos de la antigüedad, por ejemplo: los boyardos rusos, los marajás hindúes, los mandarines chinos y los jefes tribales amerindios, tenían conceptos muy diversos y distintos acerca del dinero, el comercio, los tributos, el trabajo. (Harari, 2018)

Sin embargo, la actualidad es muy distinta, como bien lo anota el Profesor de Historia Universal Noah Harari en su famoso libro XXI lesiones para el siglo XXI:

Todo el mundo cree, con variaciones un poco distintas, en el mismo tema capitalista, y todos somos piezas de una única línea de producción global. Ya vivamos en el Congo o en Mongolia, en Nueva Zelanda o en Bolivia, nuestras rutinas cotidianas y nuestras riquezas económicas dependen de las mismas teorías económicas, las mismas compañías y bancos y los mismos flujos de capital. Si los ministros de Finanzas de Israel e Irán tuvieran que encontrarse para almorzar, compartirían un lenguaje económico y podrían fácilmente comprender las tribulaciones de cada uno y empatizar con ellas. (Harari, 2018, pp.127-128)

Pero la economía, no es el único campo, en el cual podemos ver reflejada la gran homogeneidad que el mundo empieza a vivir en la actualidad. Miremos también a la medicina y su evolución respecto al pasado. En Europa, hace mil años, las enfermedades, eran tratadas por el sacerdote, quien las atribuía al enojo de Dios, y quien las curaba recomendando al paciente, el clamar por el perdón divino, el entregar algo a cambio a la iglesia, o el emprender una peregrinación. (Harari, 2018)

De igual forma, en oriente próximo, los médicos antiguos, atribuían las enfermedades a desequilibrios en los humores corporales, y las trataban en base a lociones y dietas. Si se trataba de la India, el experto encontraba la causa de la enfermedad en los desequilibrios de los tres elementos corporales fundamentales, y recomendaba su tratamiento a base de hierbas, masajes y yoga. Los chinos, los chamanes de Siberia, los brujos del África, los curanderos amerindios, imperios, tribus, reinos, todos ellos contaban con su propia visión de la medicina, que unas veces suponía la vida, y otras una sentencia de muerte. (Harari, 2018).

Al respecto Harari comenta:

Hoy en día, si nos ponemos enfermos es mucho menos importante dónde vivamos. En Toronto, Tokio, Teherán o Tel Aviv se nos trasladará a hospitales de aspecto similar, donde encontraremos a médicos con bata blanca que aprendieron las mismas teorías científicas en las mismas facultades de Medicina. Seguirán idénticos protocolos y usarán idénticas pruebas para emitir diagnósticos muy similares. Después dispensarán las mismas medicinas producidas por las mismas empresas farmacéuticas internacionales. (Harari, 2018, p.129)

Miremos, por último, la visión del mundo natural. Antiguamente, cada civilización, tenía su propio relato acerca del universo y de la existencia del cosmos. Quizás, la gran mayoría, explicaba el mundo y el universo en función de algún dios o dioses. Sin embargo, hoy en día las cosas han cambiado radicalmente.

En la actualidad, las personas cultas de todo el mundo creen exactamente las mismas cosas sobre la materia, la energía, el tiempo y el espacio. Pongamos el ejemplo de los programas nucleares de Irán y Corea del Norte. Todo el problema reside en que iraníes y norcoreanos

tienen exactamente el mismo parecer sobre la física que israelíes y estadounidenses. Si iraníes y norcoreanos creyeran que $E = mc^4$, a Israel y Estados Unidos les importarían un comino sus programas nucleares. (Harari, 2018, pp. 129-130)

Es atinado entonces pensar que, el mundo, es y se ve encaminado a seguir siendo cada vez más una sola civilización, unida no solo por economía, medicina, física, y demás ciencias del conocimiento, si no por las problemáticas, debates y conflictos que el mundo entero empezará sin duda a vivir en las próximas décadas, cuyo impacto habremos de sentir no como un conjunto de civilizaciones, sino como una gran civilización global: el cambio climático, el desarrollo de la inteligencia artificial y el consiguiente desplazamiento del ser humano a la inutilidad, las guerras nucleares, la biotecnología y sus consecuencias en la genética humana y las diferenciaciones sociales. (Harari, 2018)

Harari concluye:

Es improbable que dichos debates y conflictos, nos aíslen a unos de otros. Justo lo contrario. Nos harán todavía más interdependientes. Aunque la humanidad está muy lejos de constituir una comunidad armoniosa, todos somos miembros de una única y revoltosa civilización global. (Harari, 2018, p.131)

Justamente entonces, al ser el mundo y seguirse apuntalando cada vez más como una sola civilización global, es que debemos optar por constituir una comunidad jurídica internacional sólida, que permita resolver los problemas del tráfico jurídico internacional privado. De hecho, pensemos también en que además de la economía, la medicina y las demás ciencias, y los problemas que la humanidad se ve próxima a enfrentar, el derecho debe ser considerado

necesariamente como un punto que nos una como civilización y como acabamos de mencionar, como comunidad.

Concordamos entonces, con la visión del Doctor Bustamante: encontrar el fundamento de la aplicación extraterritorial del derecho en una gran comunidad jurídica.

Creemos también, que la existencia de esa comunidad jurídica – tal y como afirma Bustamante - tiene como gran efecto el que los Estados se respeten los unos a los otros, para que cada uno pueda aplicar su derecho a cada caso en concreto cuando su legislación sea la competente, sin que se vea impedido por otro u otros Estados, y de esa forma, el derecho pueda tener una movilización extraterritorial libre, sin importar fronteras ni lugares.

Pero para ello, para que el respeto sea una realidad que no quede destinada al discurso o a la voluntad y discrecionalidad de los Estados, es decir, para que el respeto entre Estados sea un principio jurídico vinculante y obligatorio, que cada Estado acate sin hacer caso omiso, se necesita de un elemento coactivo internacional que prevenga y disuada al Estado en cuestión del irrespeto a sus semejantes, y que, cuando sea necesario lo conmine a respetar a las otras naciones, a efectos de que la aplicación extraterritorial de la ley sea una total realidad que tenga como fin máximo el garantizar la dignidad del ser humano.

¿Cuál es ese elemento coactivo? No es nuestro propósito ni el de esta investigación otorgar una respuesta, pero sí hacer un llamado a los agricultores de ese gran campo que es el derecho internacional privado, pues es dicha ciencia, la responsable de engendrar una teoría y un fundamento sólido, sobre los cuales, hacer por fin descansar de forma sosegada y tranquila la aplicación extraterritorial de las leyes.

Finalmente, se debería considerar y propender hacia la posible y futura existencia de una Comunidad Jurídica Internacional Global no sectorizada bilateral, multilateral, continental o intercontinentalmente, sino regida por unas mismas normas de derecho internacional privado. Después de todo, solo mediante la unificación global, los problemas que el tráfico jurídico internacional privado suscita podrían ser resueltos de mejor manera, que con la existencia de dos o más comunidades de derecho que seguramente se opondrían en varios aspectos jurídicos. Sin embargo, reconocemos la dificultad de esta última idea, de la cual solo el tiempo podrá ser juez y testigo.

Posfacio

17. Apéndice Normativo de los Fundamentos de la Extraterritorialidad del Derecho presentes en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano

A modo de recopilación, nos permitimos agregar una especie de sumario final en el cual establecemos los fundamentos que se han analizado a lo largo de esta obra y la indicación de si tienen o no presencia en nuestro ordenamiento jurídico y una referencia del estándar jurídico en el que se encuentran en caso de ser afirmativa la presencia de tal fundamento en cuestión dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

17.1 *El fundamento de la Cortesía*

Presente solamente en el Art. 246 del Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, por lo cual, su presencia resulta excesivamente escasa dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, situación que fue de nuestro estudio en el capítulo inicial.

17.2 *El fundamento de la Reciprocidad*

Presente solamente y en los términos que habíamos referido capítulos atrás en el Art. 35 de la Codificación del Código Tributario, por lo cual, su presencia resulta casi nula dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

17.3 *El fundamento de la escuela de la Nacionalidad*

Como ya se indicó, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no hace referencia directa a la teoría de la nacionalidad o personalidad del derecho en los términos propuestos por la escuela de Mancini como fundamento para la aplicación extraterritorial del derecho – teoría que como se analizó, descansa sobre la base del cumplimiento de deberes de justicia internacional - sin embargo, la disposición jurídica que más se asemeja a este fundamento, se encuentra presente en

el Art. 14 del Código Civil, razón por la cual, su presencia en cierto modo resultaría indirecta y limitada.

17.4 *Respeto de las Soberanías*

Como tal, el respeto a las soberanías – que se asienta sobre la base de la reciprocidad entre naciones - como fundamento de la aplicación extraterritorial del derecho propuesto por la Escuela de Pillet, no tiene referencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, particular que se aclaró en su momento.

17.5 *Comunidad de Derecho*

La Comunidad de Derecho, fundamento para la aplicación extraterritorial del derecho propuesto por la Escuela de Savigny – que se erige sobre el acuerdo de los Estados y sobre naciones con igual grado de civilización jurídica y que comparten como pilares comunes al derecho canónico y romano - no tiene cabida como tal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como se lo había manifestado en su momento.

17.6 *Comunidad Jurídica Internacional*

La Comunidad Jurídica Internacional que es el fundamento propuesto por la Escuela de la Habana de Bustamante, y que tiene como efecto primordial el respeto de las soberanías que los Estados deben mostrar entre sí al reconocerse como iguales, no tiene una presencia significativa, ni en el ordenamiento jurídico en general, como tampoco en el Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante que el Estado ha ratificado. Sin embargo, la única mención que se podría equiparar a una posible referencia a la Comunidad Jurídica Internacional, es la que se encuentra en el Art. 416 del texto constitucional de la República como ya se lo explicó anteriormente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Albónico Valenzuela, F. (1950). *Manual de Derecho Internacional Privado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Asamblea Nacional. (2021, 17 de febrero). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial.

Asamblea Nacional. (2021, 23 de febrero). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Registro Oficial.

Asamblea Nacional. (2021, 25 de enero). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial.

Balestra, R. (1993). *Manual de Derecho Internacional Privado Parte General* (Segunda Edición ed.). Buenos Aires: Abeledo - Perrot.

Castro Riera, C. (2013). *Temas de Historia del Derecho y del Estado*. Cuenca: Sello Editorial Universidad de Cuenca.

Coello García, H. (2004). *Derecho Internacional Privado* (Segunda edición ed.). Cuenca: Universidad del Azuay. Fundación Chico Peñaherrera.

Contreras Vaca, F. J. (2005). *Derecho Internacional Privado Parte General*. Oxford University Press.

Duncker Biggs, F. (1967). *Derecho Internacional Privado (Parte General)* (Tercera Edición ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile.

H. Congreso Nacional. (2005, 24 de junio). *Codificación del Código Civil*. Registro Oficial del Ecuador.

H. Congreso Nacional. (2018, 21 de Agosto). *Codificación del Código Tributario*. Quito: Registro Oficial. Obtenido de <https://www.ces.gob.ec/lotaip/2018/Agosto/Anexos-literal-a2/CODIGO%20TRIBUTARIO.pdf>

Harari, Y. N. (2018). *21 lecciones para el siglo XXI*. Bogotá: Penguin Random House Grupo Editorial.

Jarrín Ochoa, P. (2010). *Formaciones Sociales*. Cuenca: Universidad de Cuenca.

Lazcano, C. A. (1965). *Derecho Internacional Privado*. La Plata : Editora Platense.

Niboyet, J. P. (1930). *Principios de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Instituto Editorial Reus.

Nussbaum , A. (1947). *Principios de Derecho Internacional Privado* . Buenos Aires: Editorial Depalma .

Pereznieto Castro, L. (2002). *Derecho Internacional Privado. Parte General* (Sèptima Edición ed.). Mèxico, D.F.: Oxford University Press.

Real Academia Española. (22 de Agosto de 2021). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Obtenido de Reciprocidad Diplomática: <https://dpej.rae.es/lema/reciprocidad-diplom%C3%A1tica>

Real Academia Española. (22 de Agosto de 2021). *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)*. Obtenido de Reciprocidad Legislativa: <https://dpej.rae.es/lema/reciprocidad-legislativa>

Riera, C. C. (2013). *Temas de Historia del Derecho y del Estado*. Cuenca: Universidad de Cuenca.

Romero Del Prado, V. (1944). *Manual de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Editorial La Ley Bs. Aires.

Sánchez de Bustamante, A. (1943). *Derecho Internacional Privado* (Tercera Edición ed.). Habana: CULTURAL, S.A.

Savigny, F. C. (1879). *Sistema Del Derecho Romano Actual* (Vol. Octavo). Madrid: F. Góngora y Compañía, Editores.

Sexta Conferencia Internacional Americana. (2005, 25 de Noviembre). *Código de Derecho Internacional Privado Sanchez de Bustamante*. Registro Oficial. Obtenido de https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/03/codigo_de_derecho_internacional_privado_sanchez_de_bustamante.pdf

Vico, C. (1934). *Curso de Derecho Internacional Privado* (Segunda Edición ed.). Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina.

Weinberg de Roca, I. (1997). *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires.

Wolff, M. (1936). *Derecho Internacional Privado*. Barcelona: Editorial Labor, S.A.

