

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO

TITULO:

**VALORACIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DEL MODELO ESTATUTARIO EN
EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ECUATORIANO.**

NOMRE:

David Nicolás Mejía Rueda

DIRECTOR: Roque Farto

Quito, 02 de diciembre, 2022

RESUMEN

El presente trabajo investigativo está enfocado en valorizar el funcionamiento del modelo estatutario en el Derecho Internacional Privado Ecuatoriano (en adelante DIPR) modelo que es el más antiguo dentro de los sistemas de DIPR que tuvo utilidad en el pasado con el surgimiento de los estatutos que fueron las primeras leyes que nacieron en las antiguas ciudades de Italia en la edad media, dando origen al conflicto de leyes, pero que en la actualidad presenta muchas dificultades para establecer soluciones directas y eficaces a los conflictos de naturaleza internacional privada.

El DIPR ecuatoriano practica un modelo estatutario pues existe dispersión y escasez donde para encontrar algún indicio de solución a los conflictos internacionales privados hay que buscar alguna norma material dentro de todo el ordenamiento jurídico que pueda ser aplicable para el problema de fondo y que en realidad en algunas ocasiones no brindan soluciones, sino más bien pueden dar origen a un conflicto, como se analizará más adelante.

Además, existe carencia de la normativa porque en Ecuador realmente no existe normativa propia de DIPR, es decir, normas internas conflictuales que establezcan soluciones a los conflictos con elementos extranjeros dispersos, estas normas conflictuales son aquellas que dirimen competencia tanto legislativa como jurisdiccional para solucionar los conflictos especialmente complejos que presente esta rama del Derecho como por ejemplo, el conflicto de cuestión previa, de reenvío, de calificaciones, entre otros.

Esta dispersión e insuficiencia de las normas sustantivas y la carencia de normas conflictuales internas de DIPR hacen que el modelo estatutario sea un sistema caduco y poco funcional por lo que la mayoría de los países latinoamericanos lo han abandonado adoptando un modelo de ley especial estableciendo sus propias leyes conflictuales.

La falta de leyes propias conflictuales ocasiona que los sujetos ecuatorianos con conflictos iusprivatistas no tengan seguridad jurídica al momento de acudir a la justicia pues dependen enteramente de instrumentos internacionales que presentan varios

problemas y no brindan soluciones claras a los conflictos con elementos internacionales dispersos pues se pueden dar casos donde estén involucrados países que no han firmado y ratificado el tratado o que guarden ciertas reservas, los países que tienen normativa conflictual interna no tendrían mayor problema pues pueden consultar su propia ley pero en Ecuador no tenemos esa posibilidad por la falta de Ley conflictual propia.

Por lo mencionado, en este trabajo se establecerá claramente las falencias del modelo estatutario debido a su poca funcionalidad en los conflictos internacionales actuales y se analizará la viabilidad de establecer un modelo de ley especial de DIPR.

Palabras Claves: Derecho internacional Privado (DIPR), estatutos jurídicos, puntos de conexión, cuestión previa, conflicto de calificaciones, reenvío.

Abstract:

This research work is focused on valuing the operation of the statutory model in Ecuadorian Private International Law (hereinafter DIPR) model that is the oldest within the DIPR systems that was useful in the past with the emergence of statutes that were the first laws that were born in the ancient cities of Italy in the Middle Ages, giving rise to the conflict of laws, but which currently presents many difficulties to establish direct and effective solutions to conflicts of a private international nature.

The Ecuadorian DIPR practices a statutory model since there is dispersion and scarcity where to find some indication of a solution to private international conflicts, it is necessary to look for some material norm within the entire legal system that may be applicable to the underlying problem and that in reality in sometimes they do not provide solutions, but rather can give rise to a conflict, as will be discussed later.

In addition, there is a lack of regulations because in Ecuador there really is no DIPR's own regulations, that is, conflicting internal regulations that establish solutions to conflicts with dispersed foreign elements, these conflicting regulations are those that settle both legislative and jurisdictional competence to solve the especially complex

conflicts that this branch of law presents, such as the conflict of previous question, forwarding, qualifications, among others.

This dispersion and insufficiency of substantive regulations and the lack of conflicting internal regulations of DIPR make the statutory model an outdated and not very functional system, which is why most Latin American countries have abandoned it, adopting a special law model establishing their own laws. conflicting laws.

The lack of their own conflicting laws causes Ecuadorian subjects with iusprivatistas conflicts to have no legal security when going to court, since they depend entirely on international instruments that present various problems and do not provide clear solutions to conflicts with dispersed international elements, since they can be give cases where countries that have not signed and ratified the treaty or that keep certain reservations are involved, countries that have internal conflicting regulations would not have a major problem since they can consult their own law but in Ecuador we do not have that possibility due to the lack of conflictual law own.

Due to the aforementioned, in this work the shortcomings of the statutory model will be clearly established due to its little functionality in current international conflicts and the feasibility of establishing a special DIPR law model will be analyzed.

Keywords: Private International Law, legal statutes, connection points, previous question, conflict of qualifications, forwarding.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN	5
2. SECCIÓN 1: EL modelo estatutario y el Derecho Internacional Privado en el Ecuador.....	6
2.1 Las escuelas estatutarias y su aporte al Derecho Internacional Privado.....	6

La escuela estatutaria italiana.	7
La escuela estatutaria francesa.	8
La escuela estatutaria holandesa.	9
2.2 El Derecho Internacional Privado y el Estado Moderno.	10
2.3 El modelo de DIPR ecuatoriano 12	12
3. SECCIÓN 2: Limitaciones del modelo estatutario ecuatoriano para resolver conflictos de DIPR.	15
3.1 Falta de normativa conflictual interna para dirimir el conflicto de cuestión previa.	15
3.2 Falta de normativa conflictual interna para dirimir el conflicto de calificaciones	18
3.3 Falta de normativa conflictual interna para dirimir el conflicto de reenvío.	20
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	27
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:.....	28
BIBLIOGRAFÍA:	30

1. INTRODUCCIÓN

En Ecuador el desarrollo del Derecho Internacional Privado (en adelante DIPR) se ha quedado rezagado, no superando un modelo estatutario, modelo antiguo y poco operativo porque existe dispersión de la normativa sobre DIPR en varios cuerpos legales dificultando la búsqueda ágil y el manejo de los conflictos de naturaleza internacional privada, situación que mejoraría si se contara, por ejemplo, con un modelo de ley donde dichas normas estarían agrupadas sea en una ley especial o en un capítulo especial dentro de un código como podría ser el código civil.

A este problema se suma que el modelo estatutario del DIPR ecuatoriano es que el ordenamiento jurídico interno no contiene normas conflictuales, es decir, enunciados normativos que mediante un punto de conexión diriman la competencia tanto respecto de la legislación aplicable como del juez encargado de conocer y resolver la controversia, cuando, en un mismo conflicto con elementos extranjeros concurren simultáneamente dos o más legislaciones lo que deja a las personas con conflictos sin soluciones directas y eficaces.

En Ecuador tampoco existe normativa que establezca soluciones sobre cierto tipo de conflictos que no siendo relativos al asunto de fondo, dejan pendiente la decisión judicial

porque deben ser previamente resueltos por el juez que conoce la causa, tal es el caso de los denominados conflictos de calificaciones y conflictos de reenvío, que también merecen regulación.

Por estas razones, el presente trabajo investigativo está enfocado en valorar los resultados del funcionamiento del modelo estatutario, con relación a los conflictos de carácter privado que pueden involucrar a ciudadanos ecuatorianos, a efectos de una posible incorporación de normativa especial internacional privada interna, porque los instrumentos internacionales sobre DIPR no siempre gozan del carácter imperativo de las normas internas, tal es el caso del Código Interamericano de Derecho Internacional Privado de 1928, conocido como Código Sánchez de Bustamante, el cual realmente no constituye norma de directa aplicación para los propios países suscriptores.

2. SECCIÓN 1: EL modelo estatutario y el Derecho Internacional Privado en el Ecuador.

2.1 Las escuelas estatutarias y su aporte al Derecho Internacional Privado.

Para referirnos a las escuelas estatutarias y su aporte al DIPR es menester mencionar que según la doctrina es en estas corrientes de pensamiento donde se desarrolla el Derecho Internacional Privado que nació con el aporte de la escuela de los posts glosadores y, como explica Larrea Holguín (1998), el DIPR adquiere su autonomía durante la alta Edad Media.

En esta época se desarrolló el principio de soberanía territorial absoluta el cual establecía el régimen o estatuto jurídico de las personas y de los bienes debían someterse a la ley del lugar donde se encuentren, por ello en este contexto no se podía hablar de conflicto de leyes pues se imponían las leyes territoriales.

Como manifiesta Monroy Cabra (1995): “Esta teoría se fundamenta en la soberanía absoluta de los Estados y conduce la negación del derecho internacional privado, pues los conflictos de leyes se hacen imposibles, por cuanto el juez siempre aplicará la *lex fori*”, o sea la ley de su propia jurisdicción. (Monroy, 1995, 172)

El resultado negativo de la aplicación de este principio impedía el reconocimiento de derechos adquiridos en el exterior, creando inseguridad jurídica en las personas en situación de movilidad. Recién cuando los juristas de la época se preocuparon por este problema es que aparece el concepto de los conflictos de leyes, que no es otra cosa que escoger o elegir la legislación que mejor o más cercanamente sirva para dirimir los

conflictos internacionales con elementos extranjeros dispersos, dando lugar al apareamiento de lo que la doctrina denominó escuelas estatutarias que establecieron las primeras reglas para la solución de estos conflictos.

Podemos mencionar como aportes principales los provenientes de las escuelas estatutarias italiana, francesa y holandesa.

La escuela estatutaria italiana.

Al hablar de las escuelas estatutarias es indispensable mencionar al post-glosador Bartolo de Sassoferrato quien durante la época en que vivió, siglo XV, fue considerado el más grande de los juristas europeos, así como es considerado el creador del DIPR y de la teoría de los estatutos. Guzmán Latorre (2003) manifiesta que son los escritos de Bartolo lo que constituye el verdadero asiento científico del DIPR.

Durante la edad media, antes de que se acuñe el término Derecho Internacional Privado lo que sería equivalente en dicha época es llamarlo derecho de los estatutos que nació en las ciudades del norte de Italia las cuales se consolidaron como verdaderos estados autónomos lo que les permitió crear sus propias leyes que tomaron el nombre de estatutos, estos estatutos eran diferentes en cada ciudad lo que dio origen a los primeros conflictos de leyes.

Respecto a los primeros conflictos de leyes el doctrinario Guzmán Latorre afirma que en esa época se produjeron los siguientes:

- 1) Conflictos entre las leyes de numerosas ciudades de la Lombardía, independientes unas de otras; por ejemplo, los conflictos entre la ley de Génova y la de Módena; y
- 2) Conflictos de las leyes municipales en sus relaciones con el Derecho romano, colocado éste en cierto modo en un plano superior a aquéllas. (Guzmán, 2003, 219)

Para resolver estos conflictos de leyes, las escuelas estatutarias elaboraron diferentes tipos de soluciones para dirimir los conflictos entre estatutos sin tener claro si estaban creando una nueva rama del derecho o si estaban practicando el derecho romano civil.

Es precisamente Bartolo De Sassoferrato quien estableció las primeras soluciones para resolver conflictos de leyes entre los estatutos locales y los estatutos comunes romanos. Según Rodríguez, Pinoargote y Andarcia (2019) Bartolo dividió los estatutos de una relación internacional entre privados en estatutos personales y reales, así como

también estableció mecanismos para diferenciarlos, determinando que los estatutos reales siempre son territoriales, es decir, se someten a la ley del lugar donde están ubicados y los personales, como la nacionalidad, capacidad, estado civil de las personas, en cambio gozan de aplicación extraterritorial.

Siguiendo con los aportes de Bartolo, Biocca, Cárdenas y Basz interpretan que básicamente Bartolo estableció, por ejemplo, las siguientes reglas:

Contratos: Forma: Se rige por la ley del lugar de celebración del contrato. Fondo:
Efectos normales: Se rige por la ley del lugar de celebración. Efectos accidentales (ej., mora): Se rige por la ley del lugar de ejecución. Bienes: En materia de bienes se aplica el estatuto de la ley del lugar de situación (*lex rei sitae*). (Biocca, Cárdenas y Basz, 1997, 98)

A lo que se suma que Bartolo de Sassoferato estableció reglas para dirimir el conflicto de estatutos en materia de delitos, sucesiones, entre otras categorías. Por ende, de la mano de Bartolo, la escuela italiana reconoció tanto la aplicación territorial como extraterritorial para resolver los conflictos de los estatutos, buscando un equilibrio entre estos.

En resumen, la escuela estatutaria italiana estableció dos soluciones para los conflictos entre estatutos: la primera, consistía en la aplicación territorial absoluta de los estatutos, es decir, que todas las personas y todas las cosas se sometían a los estatutos del estado en donde se encuentren y la segunda, donde se tenía que tener en cuenta cada particularidad de las relaciones jurídicas en cada caso, en donde tenía que ponderarse el estatuto que responda a la razón como el más adecuado y justo para aplicarse (Guzmán, 2003)

La escuela estatutaria francesa.

La escuela francesa, influenciada por los postulados de la escuela italiana que reconocía la extraterritorialidad de los estatutos, tuvo un choque interno entre legislaciones ya que como explica Biocca et al. (1997) “En el sur fue receptado el Derecho Romano y prevaleció el territorialismo estricto; mientras que Luis XI quiso afianzar su poder real aplicando las costumbres de París en las regiones que tenían un derecho especial”

La escuela francesa con su fundador Bertrand D’Argentré estableció al igual que en la escuela italiana la división de los estatutos en dos categorías; estatutos reales y

personales, sin embargo, en esta escuela prevalecía estrictamente y sobre todo la territorialidad de los estatutos y solo de manera excepcional se reconocía la extraterritorialidad.

En esta escuela los estatutos contemplaban únicamente estas dos categorías o criterios de conexión: los estatutos reales y los personales, lo que es un defecto ya que no todas las relaciones jurídicas se reducen a asuntos sobre bienes o sobre la capacidad y estado civil de las personas, según Guzmán (2003) “hay algunas (relaciones) que quedan fuera de esta clasificación como, por ejemplo, los estatutos referentes a la forma intrínseca de los actos, a las obligaciones, a la competencia judicial, a los efectos de las sentencias extranjeras, etc.” (p. 225).

Sin duda, el mérito más grande de Bertrand D’Argentré es que abordó el tema del conflicto de calificaciones, que se genera cuando entre las legislaciones involucradas en un conflicto las categorías jurídicas o a las instituciones reguladas tienen un significado, alcance o extensión distintos entre sí, como por ejemplo, lo que para una legislación puede ser un contrato de arrendamiento de servicios personales para otra puede tratarse de un contrato de trabajo con estabilidad. D’Argentré se encargó de encasillar las relaciones jurídicas en cada una de las categorías de estatutos que él reconocía. (Guzmán, 2003)

La escuela estatutaria holandesa.

La escuela holandesa es la que cierra esta sección de las doctrinas estatutarias, la cual tiene su origen en la Holanda del siglo VXII. En esta época, después de que los Países Bajos se independizaran de España con la firma de la Paz de Westfalia en 1648, nació Holanda que se consolidó con numerosas ciudades que tenían un gran sentido de independencia y espíritu de libertad que recientemente adquirieron, esta independencia también se tradujo en los estatutos de las ciudades, donde cada una era libre de establecerlos.

En aquella época, Holanda era potencia marítima y su comercio exterior tuvo un gran incremento, por lo que comerciantes holandeses tenían relaciones constantes con habitantes de otros países, esto trajo consigo conflictos de leyes ya no solo entre estatutos internos holandeses sino de carácter verdaderamente internacional. Este ejercicio del comercio internacional intenso hizo que los juristas holandeses tengan que establecer soluciones para los nuevos conflictos de leyes, pues las reglas de los estatutos reales y

personales (territorialidad y extraterritorialidad) que manejaron también los estatutarios holandeses ya no eran suficientes.

Esta escuela es trascendental pues se dieron los primeros indicios de un conflicto de leyes de carácter internacional y, por ende, las primeras soluciones. Según Guzmán (2003): “Esta doctrina consistió en aplicar, en estas materias, estatutos personales extraños, o sea la ley personal de los extranjeros” (p. 227).

La doctrina estatutaria holandesa también es conocida como la Escuela De La Cortesía Internacional, Monroy (1995) explica que en esta escuela predomina la personalidad sobre el territorio y que, a pesar de esto, permite la aplicación de ley extranjera por cortesía internacional la cual tenía como fundamento el interés de cada Estado.

Biocca et al. Explica los principios que describió Ulrich Huber, uno de los representantes más conocidos de esta escuela:

a) La ley de cada Estado rige dentro de los límites de su territorio y para todos sus súbditos, pero no tiene fuerza fuera de él. b) Se consideran súbditos todos los que se encuentran dentro del territorio de un Estado en forma definitiva o temporaria. c) Los jefes de Estado por cortesía pueden permitir la aplicación del Derecho extranjero. (Biocca et al., 1997, 104)

A modo de concluir esta sección es importante mencionar que estas tres escuelas estatutarias estudiadas han sido las primeras en establecer soluciones para los primeros conflictos de leyes que se dieron con los diferentes estatutos, las cuales sirvieron de base para las soluciones modernas, y es particularmente importante para el DIPR angloamericano pues las escuelas estatutarios fueron fuente de estudio para los postulados de Joseph Story.

2.2 El Derecho Internacional Privado y el Estado Moderno.

El estado moderno nacional y republicano se consolida en Francia y en algunos países de Europa en el siglo XIX, como un estado de libertades económicas, libre tránsito, fraternidad e igualdad, significó un cambio drástico respecto del antiguo régimen abolido con la denominada revolución francesa dando paso a que la función legislativa elabore normas positivas codificadas, ordenadas por materias situación que involucró a lo que desde entonces y en este mismo siglo pasó a denominarse DIPR, porque ya era imperativa la existencia de una rama del derecho especialmente dedicada a resolver los conflictos de

leyes, sin embargo las primeras normas en materia internacional privada formaron parte de los primeros códigos civiles.

El naciente DIPR tuvo como propósito regular las relaciones jurídicas producto de la libertad de movilidad transfronteriza que tenían los súbditos y ciudadanos de diferentes países europeos. La necesidad de codificar las leyes fue con la finalidad de brindar seguridad jurídica teniendo una ley escrita a la que remitirse en caso de conflictos en general. Es por ello que en los mismos inicios del siglo XIX aparecieron las primeras codificaciones bajo el esquema racionalista francés, como afirma Rosa y Hernández (2021): “El Code de Napoleón buscaba desarrollar un derecho positivo que regulara todas las conductas liberales. Esta regulación sirvió de base para los demás Estados de derecho liberales” (p. 19).

Es de suma importancia en este punto mencionar a la escuela histórica alemana principalmente representada por el jurisconsulto Friedrich Karl Von Savigny que fue el creador de la teoría de los puntos de conexión que dan lugar a las normas conflictuales que son el mecanismo a través del cual el DIPR atribuye el derecho aplicable de entre las legislaciones que concurren simultáneamente a resolver un mismo conflicto con elementos extranjeros dispersos en varias jurisdicciones.

Los puntos de conexión son los criterios jurídicos que sirven para determinar la legislación o derecho aplicable a un conflicto internacional privado, estos criterios están presentes en la norma conflictual que es de carácter indirecto y atributivo, es decir solo declara el derecho o legislación que va a resolver el conflicto mas no resuelve las cuestiones de fondo.

La RAE (2022) define a los puntos de conexión como: “Circunstancia fáctica o jurídica utilizada en la norma de conflicto para determinar la ley aplicable a una determinada categoría o relación jurídica” (Real Academia de la Lengua Española, 2022)

Respecto de los puntos de conexión que dieron origen a las normas conflictuales propuestas por Savigny el autor Arenas García señala:

La norma de conflicto bilateral descubierta por Savigny puede ser entendida como un mecanismo técnico cuyo extraordinario éxito puede ser explicado por permitir, en un contexto de creciente estatalización del DIPr. mantener la continuidad en las soluciones a través de las fronteras. (Arenas, 2017, 28)

En este sentido, los puntos de conexión son una regla de solución a los conflictos de leyes a palabras del mismo Savigny citado en la obra de Biocca et al., explica:

"determinar para cada relación jurídica el dominio del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esta relación. Buscar para cada relación de derecho el dominio jurídico a que esta relación pertenezca por su naturaleza (en dónde tiene su asiento)", concluyendo: "sin importar que el derecho sea nacional o extranjero". (Biocca, et al. 1997, 126)

En base a lo mencionado, podemos entender la importancia que tienen los puntos de conexión pues las normas conflictuales establecen soluciones indirectas a los conflictos de naturaleza internacional privada al dirimir competencia tanto legislativa como judicial y es la vía para que hoy las personas envueltas en conflictos con elementos extranjeros tengan acceso a la justicia.

2.3 El modelo de DIPR ecuatoriano

Con el paso del tiempo los países europeos que ubicaban a las normas conflictuales dentro de los diferentes códigos fueron agrupadas sea como leyes especiales o como un capítulo especial dentro de un código, generalmente código civil, practica que fue complementada con la suscripción de instrumentos internacionales de carácter regional entre países europeos.

De esta práctica de especializar la norma conflictual no participó el Ecuador, rezagando su DIPR a la dispersión de sus estatutos o normas en varios códigos que además de no contener normas conflictuales se refieren a muy pocos temas, es decir tal cual sucedió en la edad media, sin embargo, de lo cual, si existe, aunque escasamente jurisprudencia ecuatoriana en materia internacional privada.

Esto significa que el Ecuador no posee normas propias para dirimir conflictos sobre la sede jurisdiccional, sobre el juez o tribunal competente, sobre el derecho o legislación aplicable, sobre eventuales conflicto de reenvió y conflictos de calificación, algo que está regulado por las legislaciones de otros países.

Las leyes ecuatorianas sobre DIPR son en realidad normas materiales sustantivas que importan más al derecho interno y que, si alguna importancia internacional llega a tener es circunstancial y no intencional, así por ejemplo el Art. 997 del Código Civil establece que la sucesión se abre en el lugar del último domicilio del causante, sin aclarar si es dentro del Ecuador o fuera del país. Esta norma, que no es una norma propiamente

de DIPR por efecto reflejo puede dar lugar más bien al apareamiento de un conflicto de DIPR, en caso de que el difunto haya tenido su último domicilio en el exterior.

De esta manera Ecuador depende enteramente de los instrumentos internacionales de Derecho Internacional Privado que haya suscrito y ratificado como, por ejemplo, el Código Interamericano de Derecho Internacional Privado, conocido como Sánchez de Bustamante que sería el único con normas generales para resolver los conflictos de leyes en sus diferentes expresiones.

Uno de los problemas de no tener normas conflictuales propias en nuestro ordenamiento jurídico es que al producirse un conflicto entre dos legislaciones que se reserven mutuamente la exclusividad de competencia legislativa para resolver simultáneamente un asunto, es decir, si ambas consideran ser foro exclusivo, la inexistencia de una norma conflictual dirimente ya sea en el ordenamiento interno o en instrumentos internacionales podría dejar sin solución al conflicto.

Por ejemplo, si una persona ha contraído matrimonio válido en un país como parte de su credo religioso, pero también ha contraído en el Ecuador solamente matrimonio civil y no eclesiástico, podría suceder que en caso de divorcio en ambas legislaciones digan que quien se ha casado válidamente dentro de su jurisdicción solo podrá divorciarse en esa misma jurisdicción., en cuyo caso deberán producirse dos divorcios, con el riesgo de que entre las sentencias de divorcio de cada país se den contradicciones que puedan atentar contra su ejecución.

En principio, no sería problema carecer de normas conflictuales, si es que los instrumentos internacionales funcionarían como reglas de directa aplicación para dirimir los conflictos que surgen de las relaciones internacionales privadas, ello a pesar de que Ecuador ha ratificado distintos tratados como, por ejemplo, las Normas Generales Sobre Derecho Internacional Privado denominadas CIDIP I y II suscritas en Montevideo, Uruguay en 1979 y 1984 respectivamente y el Código Sánchez de Bustamante, un instrumento del año de 1928 cuyo nivel de eficacia entre los países suscriptores es bastante relativo.

Este código en su momento resulto de gran importancia a nivel del sur de nuestro continente, en los términos que señala Maekelt (2001):

El Código Bustamante reviste singular importancia en la historia del Derecho Internacional Privado americano por ser el primer código completo referido a nuestra disciplina. Sus imperfecciones no impiden reconocer en él un orgánico cuerpo de normas y un esfuerzo relevante en materia de unificación. (Maekelt, 2001)

El código mencionado fue un intento de unificación regional de normas conflictuales pero su alcance resultó limitado porque países que resultan importantes en el sistema mundial como Estados Unidos no lo suscribieron, al que se suma nuestro vecino del norte, Colombia, que tampoco lo suscribió, situación que ha incidido en la aplicación de un verdadero carácter unificador de dicho código, porque los países han preferido desarrollar una normativa internacional privada interna, colocando sus normas conflictuales como leyes especiales o como capítulos autónomos dentro de algún código.

Esto no representa mayor problema porque si los países tienen normativa conflictual interna ya limitan en alto grado los efectos de una eventual aplicación extraterritorial de la ley extranjera, considerando que las normas conflictuales, aunque atribuyen competencia jurisdiccional o legislativa no establecen por sí misma la cantidad o niveles de derecho aplicable nacional o extranjero con que se debe resolver un conflicto.

Es por estos motivos, que Ecuador se encuentra dentro de un modelo típicamente estatutario, porque existe dispersión de la normativa sobre asuntos de derecho internacional privado en todo el ordenamiento jurídico interno donde ~~tenemos~~ prácticamente se tiene que ir excavando entre los diferentes códigos para encontrar un indicio de solución a los conflictos de naturaleza internacional privada, y dado que solamente tenemos normas sustantivas materiales que no dirimen competencia siempre tendremos que recurrir a los instrumentos internacionales y como se ha revisado no siempre se encuentra una vía para acceder a la justicia y satisfacer las necesidades de las personas.

En la siguiente sección se presentará las limitaciones, dificultades e ineficiencias que presenta nuestro obsoleto modelo de DIPR respecto de tres grandes problemas que presentan los conflictos con elementos extranjeros dispersos:

3. SECCIÓN 2: Limitaciones del modelo estatutario ecuatoriano para resolver conflictos de DIPR.

3.1 Falta de normativa conflictual interna para dirimir el conflicto de cuestión previa.

Uno de los problemas que presenta el DIPR y en especial por la falta de normativa interna en Ecuador, es el denominado conflicto de cuestión previa, también llamado cuestión preliminar o incidental, el cual surge en un caso de DIPR con posterioridad a la demanda y respecto de su asunto de fondo puede aparecer un incidente que debe ser resuelto por el juzgador antes de la cuestión principal.

Según Monroy Cabra (1995) la cuestión previa tiene esta denominación porque “el juicio sobre la “cuestión principal”, por razón del supuesto de hecho de la norma de colisión o material que lo gobierna, viene a depender de la preexistencia de otra consecuencia jurídica, de una “cuestión previa o preliminar” (p. 242).

Para entender mejor el conflicto de cuestión previa, que no es otra cosa que una contrademanda o reconvención que surge dentro de un conflicto internacional privado ya judicializado, se utilizará el siguiente ejemplo: en un litigio sucesorio que sería la cuestión principal del asunto, surge como cuestión previa determinar la validez de una adopción que habría realizado el causante en otro país bajo sus propias leyes. Esta situación puede ocurrir en un conflicto de cualquier rama del derecho, pero es particularmente complicado en el DIPR por sus elementos internacionales que se hallan dispersos entre varios países.

Biocca et al. explica el problema autónomo de la cuestión previa:

El problema surge cuando el juez debe resolver una cuestión preliminar con elemento internacional y se plantea si debe decidirlo conforme a la regla de conflicto del foro o por la regla del país que regula la cuestión principal; en este caso sólo se da si la cuestión principal se rige por un derecho extranjero distinto al derecho del foro. (Biocca et al, 1997, 191)

Respecto a si se debe resolver la cuestión previa en base a la norma conflictual del foro o si hay que determinar con la norma de conflicto que resuelve la cuestión principal la doctrina tiene opiniones divididas, por ejemplo, Gerhard Kegel citado por Monroy establece que: “la doctrina prevaleciente juzga siempre la cuestión preliminar por el derecho internacional privado del foro”. (p. 242) Pero autores como Melchoir, Mengler y

Wolff según Biocca et al “se inclinan por solucionar la cuestión previa conforme a la regla de conflicto de la legislación que regula la cuestión principal” (p. 191)

La Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado denominada CIDIP II establece en el artículo 8 la regla para resolver conflictos de cuestión previa: Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última.

La normativa de la Convención mencionada no responde a ninguna posición de la doctrina, se enfoca más en la particularidad de cada caso para decidir si la cuestión previa será resuelta con la *lex fori* o la *lex causae*, lo que para un país que no posee normativa conflictual interna como Ecuador, la solución a estos conflictos no sería directa ya que dependería de varios condicionamientos.

El problema de no tener normativa conflictual interna que regule los aspectos particulares de la cuestión previa se traduce en que el juez pueda quedarse estancado sin encontrar una norma donde consultar sobre la cuestión previa, por ejemplo, la normativa ecuatoriana al igual que en Perú guardan silencio sobre cuestión previa, remitiendo el problema a consultar los instrumentos internacionales, es decir, la ya mencionada CIDIP II que de igual manera no establece una solución directa, dejando toda la responsabilidad al juzgador que conoció la causa determinar el foro en el cual se resolverá la cuestión previa.

En una situación hipotética donde un ecuatoriano demande el cumplimiento de una cláusula contractual en sede ecuatoriana contraída con un ciudadano extranjero que llamaremos ciudadano B, y el ciudadano B se excepcione argumentando que el contrato no es válido según la ley del país donde se celebró, surge una cuestión previa sobre la validez del contrato que deberá resolver el juez para proseguir a resolver la cuestión principal; en este caso el juez debe determinar con qué legislación va a resolver la cuestión incidental es decir, si debe aplicar su *lex fori* o en su defecto la *lex causae*. Pero si al consultar su propia ley (la ecuatoriana) no encuentra solución porque esta carece de norma conflictual en esta materia, entonces el juzgador necesariamente tendrá que resolver el conflicto remitiéndose a un instrumento internacional lo que puede afectar al ciudadano ecuatoriano pues en caso de que se determine que la ley aplicable para la cuestión previa es la del país extranjero y resulte que en dicha jurisdicción su contrato no

es válido por omitir una solemnidad sustancial, no podrá obtener una sentencia satisfactoria.

A nivel latinoamericano Ecuador no es el único país con este problema de vacío sobre el conflicto de cuestión previa, por ejemplo, Venezuela en su Ley de Derecho Internacional Privado, México dentro de su código civil y Uruguay en su ley especial tampoco establecen directamente si es que el derecho aplicable a la cuestión de fondo absorbe a la cuestión previa.

El tratamiento dado a la cuestión previa o contrademanda internacional privada sugiere que en los países que guardan silencio sobre su enfoque, se está dando al juez que conoce el asunto principal, la discrecionalidad de determinar qué derecho aplicar, problema que debería ser solucionado mediante legislación conflictual directa que señale claramente si se la resuelve aplicando la *lex fori* o la *lex causae* o estableciendo cierto tipo de criterios que le permitan escoger la legislación aplicable a la cuestión previa en función de la cercanía de derechos irrenunciables que estarían en juego y más conectados sea con la *lex fori* o *lex causae*, pues este es el único camino que garantizará a las personas el acceso a la justicia eficaz.

A modo de comparar, Italia es uno de los países que establece normativa interna clara sobre la cuestión previa en el artículo 6 de la Ley Italiana sobre DIPR establece: “El juez italiano conoce, incidentalmente, de aquellas cuestiones, que, aun no estando dentro de la jurisdicción italiana, su solución es necesaria para resolver la demanda principal”

Este criterio puede no ser justo en todos los ámbitos, pero es una forma ágil de resolver la cuestión previa que además impide la dispersión de los elementos del conflicto y la división de la contingencia de la causa.

Otro país que establece normativa para dirimir este conflicto es Panamá en su Ley que regula las relaciones de derecho internacional privado de la república de Panamá la cual establece en el Artículo 10:

Las cuestiones previas o incidentales que surjan dentro de una causa principal sobre la ley aplicable no se rigen necesariamente por ley del foro, si el objeto que da lugar a la cuestión previa, resultare competente el derecho sustantivo extranjero. según la naturaleza de la relación, el juez podrá determinar el derecho aplicable a la cuestión previa conforme a las reglas de conflictos correspondientes.

3.2 Falta de normativa conflictual interna para dirimir el conflicto de calificaciones

Algo ya se ha mencionado en este trabajo sobre qué es el conflicto de calificaciones, en este apartado se analizará más a fondo el concepto, sus características, teorías, efectos y porqué es importante que exista normativa conflictual interna que establezcan reglas para resolver este conflicto.

Niboyet (1960) explica la definición de calificación en el contexto del DIPR de la siguiente manera:

“la calificación no es más que la naturaleza jurídica de una institución. Se relaciona con los conflictos de leyes, porque la aplicación de una regla de derecho internacional supone, necesariamente, la determinación previa de la naturaleza jurídica de la relación de derecho de que se trate; o, en otros términos: que ya sido calificada” (Niboyet, 1960, 345)

La calificación abarca varias partes de la estructura de la norma conflictual, ósea su hipótesis, su punto de conexión y su consecuencia jurídica en los cuales encontramos varios términos o categorías jurídicas, como, por ejemplo, nacionalidad, capacidad, domicilio, bienes, forma de los actos jurídicos, etc., que pueden ser entendidos o interpretados con distinto significado, alcance o extensión por los diversos ordenamientos jurídicos, por lo que en el problema de calificaciones se trata de determinar cuál ordenamiento jurídico va a definir la naturaleza jurídica del conflicto o los términos jurídicos que este involucra.

Por ejemplo, en la hipótesis en que la norma de un país establezca que el testamento hecho por una persona soltera será revocado en caso de contraer matrimonio sea calificado de naturaleza matrimonial en el derecho inglés, pero termina siendo calificado de naturaleza sucesoria en el derecho alemán.

Para entender mejor la dimensión de este conflicto, se citará al autor ecuatoriano Larrea Holguín quien lo explica mediante el siguiente ejemplo:

De la calificación internacional, se derivan consecuencias de suma importancia: si algo es calificado como un problema sucesorio, por ejemplo, dará lugar a la aplicación de la ley del último domicilio del causante, o la del lugar donde están situados los bienes etc., mientras que, si la misma relación jurídica es considerada como una donación entre vivos,

puede resultar aplicable otra ley totalmente distinta, como la del lugar donde se ha efectuado el acto o el lugar donde surte sus efectos. (Larrea, 1998, 142)

Por su parte Niboyet uno de los autores clásicos del DIPR expresa lo siguiente:

Resolver un conflicto de leyes, implica, en suma, dos operaciones: primero, dar una calificación, después, hacer una clasificación. La definición es la clasificación: la clasificación no consiste más que en encontrar la ley competente. Son el anverso y el reverso de una misma cosa, a cuyo conjunto constituye el sistema de derecho internacional privado de la *lex fori*. Seguir una ley que no sea la *lex fori*, es aquí tan grave como admitir la remisión. (Niboyet, 1960, 349)

Como ejemplo de forma de solucionar el conflicto de calificaciones se puede mencionar el Art. 6 del Código Sánchez de Bustamante cuya solución es aplicar la *lex fori* como regla general: “En todos los casos no previstos por este Código, cada uno de los Estados contratantes aplicará su propia calificación a las instituciones o relaciones jurídicas que hayan de corresponder a los grupos de leyes mencionadas en el artículo 3”, esto es, que si el juez estará aplicando el derecho de su propia jurisdicción.

Sin embargo, en su artículo 164 que se refiere a las obligaciones, deja en libertad para que el juzgador pueda calificar la naturaleza jurídica del conflicto aplicando el derecho extranjero “El concepto y clasificación de las obligaciones se sujetan a la ley territorial”. Esto da lugar a que se aplique otra ley y no necesariamente la *lex fori*.

Como se ha mencionado anteriormente el legislador ecuatoriano ha guardado silencio sobre el conflicto de calificaciones. Esto es particularmente importante porque pueden darse diversas situaciones que generen conflictos pues una controversia en el caso de que un actor ecuatoriano persiga un objetivo proyectado a una cierta institución jurídica pueda eventualmente en el proceso ser calificada por otra legislación en la cual resulte diferente el alcance o definición de la institución o categoría jurídica que originalmente el ciudadano ecuatoriano proyectó para los objetivos de su pretensión.

A diferencia de la ley ecuatoriana, una legislación que sí establece claramente dentro de su apartado especial de DIPR de su Código Civil es la española, pues establece en el artículo 12.1 lo siguiente: “La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española”

Esta disposición establece sin duda alguna que legislación será la encargada de calificar en caso de que se presente un conflicto de calificaciones, situación que genera

seguridad jurídica para los españoles que tengan algún conflicto con elementos internacionales.

Además, la ya mencionada Ley de DIPR de Panamá también tiene normativa conflictual interna sobre las calificaciones y establece en su artículo 5 lo siguiente:

El juez deberá calificar previamente, la relación o negocio jurídico internacional de conformidad con el tratado que regule la materia si fuese el caso, o de acuerdo a su sistema legal y en su defecto, recurrir, a la calificación extranjera cuando la categoría jurídica no esté contemplada en la ley panameña.

Y también regula este conflicto en el artículo 6 que establece lo siguiente:

El juez en caso de que deba analizar una institución o situación jurídica desconocida, por no estar regulada o reconocida en su orden legal interno, deberá apreciar dicha institución de acuerdo al derecho que la gobierna efecto de adecuarla a su propio ordenamiento jurídico si fuese el caso. La existencia de una institución desconocida, no le impide pronunciarse sobre su naturaleza jurídica.

3.3 Falta de normativa conflictual interna para dirimir el conflicto de reenvío.

En el mundo del DIPR además de los conflictos mencionados anteriormente, existe el conflicto de reenvío o también llamado conflicto de remisión, el cual es ampliamente desarrollado por la doctrina por sus problemas especialmente complejos que, en el caso de que los jueces no encuentren una solución en las normas de DIPR las partes involucradas en un proceso iusprivatista internacional podrían quedarse sin un foro que resuelva su controversia.

En términos generales, el conflicto del reenvío es cuando la *lex fori* del juez que conoce la causa indica como aplicable un derecho extranjero y la norma conflictual de ese país extranjero remite o reenvía la causa nuevamente al derecho del juez, de este modo será el juzgador quién deberá decidir qué derecho aplicar a la controversia. El conflicto de reenvío es un conflicto de leyes de carácter negativo, y además existen distintas formas de remisión las cuales se revisarán sucintamente.

El conflicto de reenvío es explicado por Niboyet en los siguientes términos:

Cuando, conforme a las reglas de conflictos de leyes de un país, la ley de otro país es competente, ¿habrá que aplicar las disposiciones de puro derecho interno de este último país, o se aplicaran sus reglas de derecho internacional privado? Si se aplican las disposiciones de derecho interno de la ley de este país no hay lugar al problema de la

remisión. Por el contrario, si se recurre a la aplicación de las reglas de conflictos de leyes formuladas por la legislación del país cuya ley es competente, se está planteando la remisión; es decir, la solución del caso se remite a la ley que las disposiciones de conflictos de leyes de dicho país declaran competente (Niboyet, 1960, 317)

Por su parte Monroy Cabra expresa el conflicto de reenvío de la siguiente manera:

Es lógico que ningún problema se presenta cuando la norma de conflicto es idéntica en la ley del juez y en la ley extranjera declarada aplicable por la *lex fori*. El conflicto surge cuando las dos normas de derecho internacional privado son diferentes. El conflicto es positivo cuando las dos legislaciones se atribuyen competencia para regir el caso, y negativo cuando ninguna de las dos legislaciones lo regula. (Monroy, 1945, 204)

El reenvío puede ser comprendido de mejor manera con el siguiente ejemplo tomado de *Biocca, et al*:

Si un inglés domiciliado en Francia litiga ante los tribunales franceses, debiendo el juez resolver lo referente a su capacidad, las reglas de Derecho Internacional Privado francesas indicarán como aplicable la ley de la nacionalidad, o sea, la ley inglesa, pero esta ley a su vez establece que la capacidad de las personas se rige por la ley del domicilio, es decir, la ley francesa; el juez francés se encontrará entonces frente a un conflicto negativo, provocado por la aplicación de la regla de Derecho Internacional Privado inglés. (*Biocca, et al*, 1997, 144)

El conflicto del reenvío puede ser de primer grado, el cual surge cuando la legislación del juez que conoce el caso inicialmente remite a una norma de DIPR extranjera y esta nuevamente remite a la primera, existe también el reenvío de segundo grado que ocurre cuando la ley extranjera ya no remite a la ley del juez que conoce el asunto sino a la legislación de un tercer Estado, finalmente puede darse el denominado doble reenvío que a palabras de *Biocca et al* (1997) se da cuando: “El Derecho Internacional Privado extranjero reenvía al Derecho del juez, entendiéndose por tal el Derecho Internacional Privado del juez y que éste indique como aplicable el Derecho civil extranjero (o sea, el Derecho substancial)” (p. 145).

No es preciso detenerse a explicar detalladamente todas las características y elementos que este conflicto conlleva dado que no es la finalidad de este trabajo, sin embargo, es importante que se entiendan a rasgos generales la problemática del reenvío pues ello servirá para comprender por qué no tener normativa conflictual interna es

particularmente grave para los ecuatorianos y ciudadanos extranjeros que tengan relaciones de carácter internacional privado con ecuatorianos.

Como ha quedado claro en este trabajo, Ecuador por carecer de normas internas conflictuales depende enteramente de los instrumentos internacionales; respecto al reenvío el Código Sánchez de Bustamante en el artículo 7 establece: “Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior” de esta redacción se puede inferir que se está rechazando el reenvío.

Varios países aceptan el reenvío como por ejemplo Alemania, Suecia, Suiza, Japón, etc. Otros Estados como es Italia y Brasil rechazan expresamente el reenvío. Y otros tantos guardan silencio sobre este conflicto como Ecuador.

Doctrinariamente existen argumentos a favor y en contra acerca de admitir o no el reenvío. Lo que se puede inferir es que aquellos países que tienen normas internas claras sobre este conflicto logran que el juez que conoce la causa pueda consultar sobre como dirimir el reenvío y esta situación crea seguridad jurídica en los ciudadanos que busquen acceder a un fallo mediante la justicia. Por otra parte, países que internamente no poseen normativa interna sobre el reenvío deberán regirse a instrumentos internacionales generales que respecto a este conflicto no ofrecen soluciones directas e incluso en ciertos casos también guardan silencio.

Para demostrar la situación del derecho ecuatoriano y sea palpable lo mencionado en el párrafo anterior, se citará una sentencia de la ex Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil (en adelante “Ex Corte”) dentro juicio ordinario por dinero N° 266-99, que siguió TERESA GARCÍA FRANCO en contra de la empresa "SOCIETA ITALIANA PER CONDOTTE D'ACQUA Spa en el año 2000, teniendo en cuenta que, a pesar de ser una sentencia de hace más de 20 años, a la fecha de la elaboración del presente trabajo, la situación del Ecuador respecto al reenvío es la misma.

En este caso es importante destacar los siguientes hechos: la señora García Franco es ecuatoriana y al tiempo de la demanda residía en Guayaquil, la actora debía cumplir sus obligaciones contractuales en Bolivia, el contrato se suscribió en Italia (Roma) y las partes guardaron silencio sobre la sede que conocerá la causa en caso de controversias.

En este caso la Señora García Franco demandó el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la empresa italiana D'ACQUA, la Cuarta Sala de la Corte Superior de Guayaquil (en adelante “Cuarta Sala”) aceptó la demanda y el procurador judicial de la empresa D'ACQUA presenta recurso de casación invocando como transgredidas varias normas y principalmente el Art. 3 de la Ley de Casación. La ex Corte Suprema expresa que “lo primero de lo primero es resolver lo concerniente a la jurisdicción y a la competencia, por tratarse de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, cuya omisión acarrea la nulidad procesal..”

De este modo los jueces de la ex Corte hacen el análisis de la sentencia dictada por la Cuarta Sala la cual aceptó la demanda presentada por la señora García Franco que presentó sus argumentos basándose en EL CONVENIO SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES” (en adelante Convenio de Roma) suscrito en Roma por los países de la Comunidad Europea, de la cual es parte Italia, convenio que obviamente Ecuador no ha firmado ni ratificado y por lo tanto no forma parte del ordenamiento jurídico interno.

A pesar de que Ecuador no ha firmado ni ratificado el Convenio, la Ex Corte dentro de su sentencia donde revisa el recurso de casación dice que “esto no obsta para que, de acuerdo con el Art. 2 de dicho Convenio y las reglas del Derecho Internacional Privado, sea aplicable en el territorio del Ecuador, en todo cuanto no se oponga a sus normas internas de orden público” el razonamiento del ex Corte es que:

“En virtud del Art. transcrito los Estados de la Comunidad Europea, en ejercicio de su soberanía, otorgan a los estados que no han suscrito el Convenio de Roma la potestad de aplicar sus leyes nacionales a los contratos que contengan elementos internacionales; es decir, les conceden competencia legislativa internacional para los casos concretos que se encasillen dentro del Convenio”

Sin embargo, esto solo otorga competencia legislativa a Ecuador para aplicar sus leyes internas a los contratos con elementos internacionales, pero no otorga competencia judicial o jurisdiccional a Ecuador, la Ex Corte explica que la competencia legislativa se refiere a la ley de un país que es aplicable a un asunto determinado, mientras que la competencia judicial o jurisdiccional es la potestad de los jueces y tribunales de un país de administrar justicia y de ejecutar lo juzgado en el caso concreto sometido a su conocimiento.

Además, el artículo 4 del Convenio de Roma, invocado por la actora para atribuir jurisdicción y competencia a los jueces y tribunales ecuatorianos en el asunto controvertido, expresa:

"4.- Ley Aplicable a la falta de elección. - 1. En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida según las disposiciones del Art. 3, el contrato se rige por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos" ...

Sin embargo, este artículo se refiere nuevamente solo a la competencia legislativa, mas no a la competencia jurisdiccional.

La Ex Corte llega a la siguiente conclusión sobre el Art. 4 del Convenio Roma:

De la interpretación del Art. 4 del Convenio de Roma, en su conjunto, consultando y relacionando todas y cada una de sus partes, no simple y aisladamente el apartado 2, se concluye que el elemento rector para conocer la competencia legislativa es el de localizar los factores de vinculación o conexión más estrechos de las relaciones contractuales con un país determinado.

La ex Corte refuerza este razonamiento citando al doctrinario Guzmán la Torre (1997) el cual explica que:

En cuanto a las obligaciones, Savigny, estima que siendo ellas cosas incorporales que no ocupan lugar en el espacio, es necesario buscar en su desarrollo o desenvolvimiento natural las apariencias visibles a las cuales poder vincular la realidad de estas obligaciones con el objeto de darles un cuerpo. Para localizarlas o determinar su sede opina que hay que escoger entre el lugar de su constitución o celebración y el de su ejecución, el primero, es accidental, conflictivo y extraño a la esencia de la obligación, lo que no ocurre con el segundo; por eso la obligación tiene valor por su ejecución y debe así considerarse en lugar de esa ejecución como su sede, siendo, pues, la ley del mismo la que debe regir la obligación. (Citado por la Ex Sala de la Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil)

Siguiendo este hilo, la Ex Corte recoge varias normas internas sustantivas ecuatorianas que se refieren a la competencia y llegan a la conclusión que: "En ninguno de los supuestos de hecho y de derecho puntualizados en las normas jurídicas citadas se subsume el caso concreto materia de la litis"

Finalmente, la Ex Corte determina:

En el caso sub-lite, esta Sala considera que es la República de Bolivia el país con el cual el contrato celebrado entre la Asociación de las Empresas "SOCIETA ITALIANA PER CONDOTTE D'ACQUA Spa." y Brenta AB. Costruzioni, por una parte, y Teresa García por otra, presenta los vínculos más estrechos, porque en este país debía cumplir o ejecutar Teresa García todas y cada una de las obligaciones contractuales a que se refiere la litis

Por lo tanto, la Ex Corte casa la sentencia en los siguientes términos:

Por lo dicho, en la sentencia existe el vicio in procedendo señalado en la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, una vez que los jueces y tribunales ecuatorianos no tenían competencia para conocer la causa.- En mérito de lo expuesto, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Superior de Guayaquil; y, en su reemplazo, se declara la nulidad de dicha sentencia y de todo lo actuado desde fojas 1 del proceso. **Por no contemplar nuestra legislación el reenvío internacional, archívese el proceso.**

(La negrita es incorporada en este trabajo)

En conclusión, Ecuador no posee normativa conflictual interna para establecer soluciones directas sobre el conflicto de reenvío, por lo que la tarea de un juez ecuatoriano que conoce una causa con elementos extranjeros dispersos no cuenta con herramientas para dirimir el problema de la remisión.

Como se evidencia en este caso, los jueces de la Cuarta Sala (en la sentencia venida en grado) al momento de conocer la controversia interpretaron indebidamente las normas del Convenio de Roma por lo que se declararon competentes para resolver dicha controversia brindando una mera expectativa a la actora ecuatoriana que posteriormente su causa se archivó pues se casó la sentencia. Lo que dejó a la señora García Franco sin foro que conozca su causa debiendo incurrir en más gastos pues para obtener una sentencia deberá contratar abogados especialistas en DIPR y además en la sentencia de casación los jueces ecuatorianos dijeron que la ley aplicable sería la de Bolivia por lo que deberá trasladarse a dicho país en el cual existe la posibilidad de que los jueces bolivianos dependiendo de su propia ley puedan declararse incompetentes e incluso reenviar la causa a Ecuador o a Italia.

Además, en este caso se da a notar como un ciudadano ecuatoriano tiene que recurrir a tratados internacionales para intentar obtener un fallo favorable e incluso los abogados de la actora se tuvieron que basarse en un convenio que Ecuador no ha ratificado debido a los países involucrados y a la falta de normativa interna conflictual que dirima estos problemas particulares del DIPR.

Esto es el problema del reenvío y que en la actualidad sigue sin tratárselo y pueden existir más ecuatorianos como la señora García que se encuentren en esta situación y que no encuentren un foro competente para conocer su causa. Dejando a los ecuatorianos con conflictos internacionales privados en la indefensión.

En Derecho Comparado respecto del conflicto de reenvío la legislación especial panameña expresa lo siguiente:

Artículo 7: Se reconoce el reenvío en materia de estatuto personal y bienes muebles cuando la regla de conflicto del juez panameño designe como ley aplicable el derecho extranjero y dicha norma de conflicto designe el derecho aplicable de otro ordenamiento jurídico para solucionar la ley aplicable dentro de una relación jurídica de carácter internacional

El Código Civil español sobre el reenvío establece en el artículo 12.2 lo siguiente: “La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española”

En su ley especial sobre DIPR Italia reconoce el reenvío en los siguientes términos:

Artículo 13- Cuando en los artículos sucesivos se recurre a la ley extranjera, se toma en consideración el reenvío efectuado por el derecho internacional privado extranjero a la ley de otro Estado: a) si la ley de ese Estado acepta el reenvío. b) si el reenvío se hace a la ley italiana.

La experiencia de estos países en establecer normas conflictuales internas dentro de un sistema de ley especial, provee seguridad jurídica a los ciudadanos nacionales o extranjeros que tengan conflictos internacionales privados con un nacional para resolver sus problemas de DIPR, pues esa es la característica del sistema legislativo de las familias franco romano germanas a la que pertenecemos, poseer normas positivas propias que

junto a los instrumentos internacionales y jurisprudencia dictan de manera clara y precisa el actuar de los juzgadores.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En el presente trabajo ha quedado claro que el DIPR es una rama del Derecho que maneja problemas distintos a los del Derecho Civil interno de los países pues tiene elementos extranjeros dispersos donde se ven involucrados dos legislaciones y dos jurisdicciones distintas e incluso puede haber conflictos que impliquen a más de dos países, por ello los conflictos de DIPR son mucho más complicados de resolver.

Dicho esto, se creería que al ser una rama más compleja por su carácter internacional, el legislador ecuatoriano debería haber establecido normativa interna conflictual para dirimir estos conflictos de leyes y de jurisdicción, sin embargo, hasta los días actuales Ecuador no posee normativa propia y depende enteramente de instrumentos internacionales que no brindan soluciones directas y guardan silencio en muchos temas, además de los problemas que los tratados internacionales por sí mismo presentan, por ejemplo, el Código Sánchez de Bustamante que buscó unificar el DIPR de los países americanos carece de plena eficacia pues hay países como la vecina Colombia que no lo han firmado ni ratificado o que guardan grandes reservas de aplicación.

De igual manera se ha demostrado y analizado las falencias del funcionamiento de nuestro sistema de DIPR, ya que el modelo utilizado en Ecuador es el más antiguo de todos los esquemas de esta rama del Derecho, por ello en los problemas complejos que presenta en la actualidad los conflictos internacionales privados que se revisaron en este trabajo, el ciudadano ecuatoriano y extranjeros que estén involucrados jurídicamente con ecuatorianos no siempre tienen acceso a la justicia bajo los principios básicos de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva, pues no existe normativa interna propiamente dicha de DIPR que regule los problemas especiales de esta materia.

Varios países de América Latina han superado hace varios años esta problemática de falta de regulación interna del DIPR y han establecido modelos de ley especial ya sea dentro de un nuevo código de DIPR o un capítulo especial dentro de sus códigos civiles, lo que hace más ágil la consulta para dirimir los conflictos de DIPR, a diferencia de Ecuador que para encontrar algún indicio de solución a los conflictos de DIPR los funcionarios judiciales, abogados defensores y juzgadores tienen la complicada tarea de

ir buscando dentro de toda la normativa material interna que no son normas propias de DIPR sino que pueden importar a determinados asuntos.

Teniendo particular importancia el trabajo de los jueces pues, al conocer una causa que contenga un problema como el de cuestión previa, de reenvío o calificaciones y no tener normativa propia para consultar, tienen una delicada responsabilidad de como dirimir estos conflictos, buscando soluciones en la legislación del otro país involucrado o en instrumentos internacionales que como se mencionó carecen de eficacia.

Finalmente, es importante destacar que Ecuador tiene que avanzar en regulación sobre DIPR estableciendo normativa conflictual interna que brinde seguridad jurídica y formas claras de actuar de jueces y funcionarios judiciales, por todos los problemas que se analizaron en este trabajo. Es notorio que el funcionamiento del modelo de ley especial, que es el sistema mayormente utilizado en los países americanos, es mucho más eficaz que el modelo estatutario pues establece soluciones clara y no deja en indefensión a sus ciudadanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Larrea, J. (1998). *Manual de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano*. Quito, Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones.

Díaz Rodríguez, B., Farfán Pinoargote, D. y Andarcia, E. (2019). *Revista San Gregorio. Referentes históricos sobre algunas doctrinas del sistema de derecho internacional*, (pp. 148-150). DOI: <http://dx.doi.org/10.36097/rsan.v1i33.865>

Carrillo de la Rosa, Y. y Hernández, J. (2021). *Revista Prolegómenos. Positivismismo Jurídico*, 24(48), (pp. 13-22). DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.4168>

Biocca, S., Cárdenas, S y Basz, V. (1997). *Lecciones de Derecho Internacional Privado*. 2ª. edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad

Monroy, M. (1995). *Tratado de Derecho Internacional Privado*. 4ª. edición. Bogotá. Colombia: Editorial Temis.

Guzmán, D. (2003). *Tratado de Derecho Internacional Privado*. 3ª. edición. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica Chile.

RAE (2022). Diccionario prehispánico del español jurídico. *Punto de conexión*. Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/punto-de-conexi%C3%B3n>

Arenas García, R. (2008). *El Derecho internacional privado (DIPr.) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes*. Recuperado de: chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.ehu.es/documents/10067636/10750268/2007-Rafael-Arenas-Garcia.pdf/b9c567ad-bc19-9682-4d12-93813d8644c6

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Civil. [Ley 010]. (24 de junio de 2005). RO. 46 de 24 de junio de 2005.

Sexta Conferencia Panamericana. Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante. [Ley 1220]. (20 de febrero de 1928). RO. 153 de 25 de noviembre de 2005.

Maekelt, T. (2001). Departamento de Derecho Internacional Privado, OEA. *El desarrollo del derecho internacional privado en las américas*. Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/spanish/tatiana_maekelt.htm#:~:text=El%20C%C3%B3digo%20Bustamante%20reviste%20singular,relevante%20en%20materia%20de%20unificaci%C3%B3n

Organización de los Estados Americanos. CIDIP II. (8 de mayo de 1979). Recuperado de: <http://www.oas.org/dil/esp/cidip-ii-normasgenerales.htm>

Asamblea Nacional de Panamá. Ley Que Regula las Relaciones de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá. [Ley 140]. (27 de agosto de 2009).

Niboyet, J. (1960). *Principios de derecho internacional privado*. o [Traducido al español de Andrés Rodríguez Ramón]. Ciudad de México, México: Editora Nacional}

Boletín Oficial del Estado. Código Civil de España. Real Decreto de 24 de julio de 1889. Recuperado de: <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-civil/>

Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil. (15 de mayo del 2000) Sentencia 217 [MP Santiago Andrade Ubidia]. Registro Oficial N° 109.

BIBLIOGRAFÍA:

Del Prado, R. (1961). *Derecho internacional privado*. Córdoba, Argentina: Editorial Assandri.

Yanguas Messía, J. (1944). *Derecho internacional privado*. Madrid, España: Editorial Reus.

Medina, A. (1959). *Compendio de derecho internacional privado*. Santa Fe, Colombia: Editorial Temis.