

24364

24364

ANGEL MODESTO PAREDES

Director de la Biblioteca Nacional



QUITO—ECUADOR

Talleres Gráficos Nacionales

1934

BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta de este.

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** “(...) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (...) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones” y **literal vii** “La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad”.

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

Este libro está disponible físicamente en

Biblioteca:

Centro de Información Integral (área histórica)

Piso:

Estante:

Bandeja:

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:



TEORIA GENERAL
DEL
Derecho Civil Internacional
POR
ANGEL M. PAREDES

Miembro de las Sociedades de Legislación Comparada de París,
Madrid y Washington y correspondiente de la Oficina de
Legislación Extranjera y Derecho Internacional
adscrita al Ministerio de Justicia de la
República francesa

TOMO II

Nº de librería: 3025 826

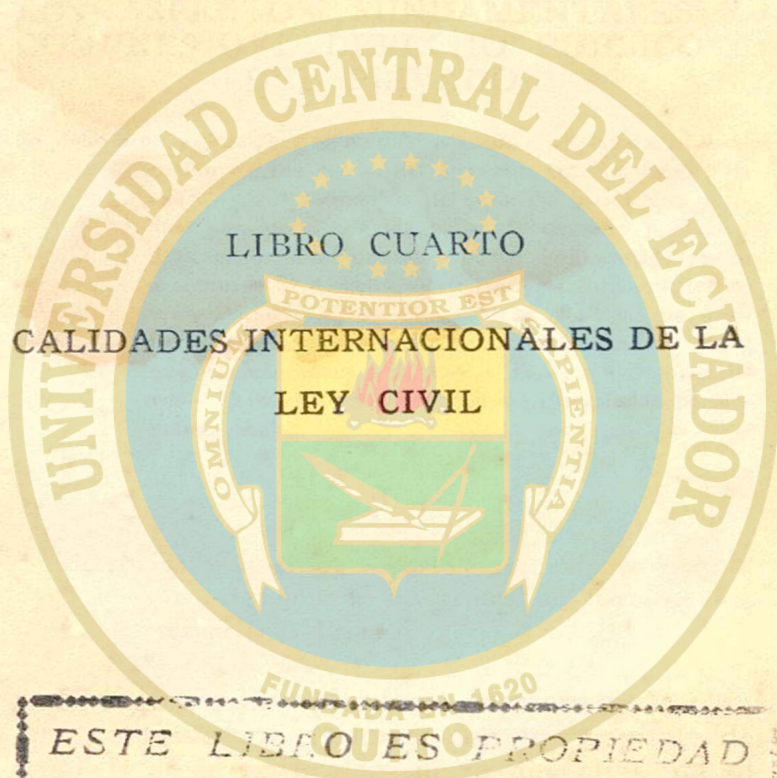
FUNDADA EN 1620
QUITO

QUITO

Talleres Gráficos Nacionales

1933





LIBRO CUARTO
CALIDADES INTERNACIONALES DE LA
LEY CIVIL

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD
DE LA BIBLIOTECA GENERAL
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL,
SU VENTA ES PENALIZADA
POR LA LEY.



CAPITULO CATORCE

LOS ASPECTOS FUNDAMENTALES Y COMUNES DEL DERECHO PUBLICO Y DEL PRIVADO

Se determina y justifica el método seguido en nuestra investigación de las reglas del Derecho Internacional Privado.— Los elementos del proceso particular jurídico son unos mismos para el derecho público y para el derecho privado.— ¿En qué sentido puede designarse al derecho social como el fundamental en todo Estado?— Las falsas ideas políticas de ordinario recibidas, desnaturalizan el verdadero papel que corresponden a la Ley y al acto administrativo.— El arreglo jurídico como principio de permanencia social.

Se determina y justifica el método seguido en nuestra investigación de las reglas del Derecho Internacional Privado.

El segundo libro del tomo primero de la obra que continuamos, terminó con un capítulo de análisis de la naturaleza de la ley civil, de su propósito o función social y de sus efectos. Nos fue preciso además insinuar las indispensables referencias al carácter y las potestades del poder público que daban eficacia a los mandatos de la Autoridad.

En las páginas subsiguientes, o sea, en el libro tercero del tratado, propusímonos buscar oportunas fórmulas dispuestas para resolver la ley aplicable a las tres grandes cuestiones planteadas por el derecho civil: el régimen de las personas, el de las cosas y el de las acciones, cuantas veces en el problema jurídico surgido a propósito de ellas, intervenga algún elemento extranjero. Aquilatábamos entonces, por su grado de eficacia y virtud, las reglas más adecuadas para servir al resultado social pretendido en cada caso; y para tal efecto no dudamos, en ocasiones, en apartarnos de las más prestigiosas tendencias, formulando preceptos de aceptación menor o sin el prestigio todavía del ajeno consentimiento, cuando la lógica humana de nuestro sistema (flexible, para adaptarse a la vida y sus necesidades) parecía imponernos esas innovaciones.

Hemos procurado separar también, en cada negocio, los elementos o partes fundamentales del derecho que intervenían, evitando las soluciones globales, para atender en todo momento a las variadísimas exigencias de la compleja realidad.

Lo que nos ha guiado y guía de continuo, fue y es, el afán de descubrir razones fundamentales y de calidad intrínseca en las reglas y preceptos civiles, para dar la preferencia en determinados casos a las leyes y mandatos de autoridad extranjera sobre los propios del lugar donde se aplican. De ahí la necesidad de volver, bajo este nuevo prisma, a contemplar las calidades

del precepto de derecho en su objeto y funcionamiento, dentro de la complicada estructura de los procesos sociales. Por virtud de semejantes medios nos es lícito esperar que descubramos las causas que en sí mismas lleven las reglas aplicables, por propia naturaleza, y no causas superficiales o de cortesía entre los pueblos, según predicán los partidarios del comitas gentium; y ni siquiera motivos de política o de buen orden entre los Estados.

El planteamiento de un cierto número de hipótesis y el modo de solucionarlas han precedido en parte a la teoría general, para evitar que se sospeche siquiera que hubo un afán de acomodar la realidad a la idea cuando proponíamos determinadas formas de solución. Manera de resolver los problemas esta última, sobre la cual se mantiene el prestigio del derecho romano; donde permaneció el severo rigor deductivo que hace de las realidades humanas puros entes de razón, no obstante los esfuerzos realistas de Justiniano y la amplia iniciativa concedida a los pretores. Semejantes formas de existencia ideales o lógicas creadas por legisladores y jueces, ha causado todos los inconvenientes de someter la vida a fórmulas mentales preestablecidas y que por lo mismo no hacen sino bordear la efectividad de la vida acomodándola a lo que puede ser, no a lo que es, por más que los datos concretos sobre que se funden se hubieren originado en la constatación de los ordinarios motivos o hechos del desarrollo social.

En el método por nosotros adoptado, lo justo

o injusto de cada solución aparece concreto y particular y no como pura lógica de un sistema, si bien todo se sustenta y engarza en una amplia teoría del derecho positivo. De esta manera nuestras fórmulas no pueden ser tachadas de apriorísticas, pero tampoco aparecerán como reglas en dispersión; peligro éste no vencido por la mayoría de los tratadistas de nuestra ciencia.

Por lo dicho, nos toca justificar como las reglas válidas por su íntima virtud de eficacia para el fin propuesto, no contrarían tampoco el sistema político de respeto a la soberanía de los Estados, sino, por el contrario, lo fortalece y afirma dentro de sus justos límites. En tal virtud, con insistencia debemos volver ahora sobre el papel político y social que al legislador le cumple, mediante el instrumento a su alcance —la Ley— y poniendo en juego las fuerzas públicas de que dispone —las de la soberanía—.

II

Los elementos del proceso particular jurídico son unos mismos para el derecho público y para el derecho privado.

Hemos reconocido ya cómo la soberanía era: la facultad para el Estado de vivir, dentro de las propias posibilidades, con organización autónoma de las energías disponible. (1)

(1) Véase el t. I de esta obra pág. 236.

No debemos en el momento actual estudiar el aspecto político del grado de independencia necesario para los gobiernos soberanos, ni discernir las limitaciones que le imponga la necesaria cooperación humana entre los pueblos, por ser materias propias del derecho público (1) y no relacionadas sino indirectamente y en breve parte con nuestras investigaciones de hoy (2); bástenos recordar que la independencia no supone el aislamiento y que la autonomía no está reñida con el mutuo auxilio, principio fundamental este último y base insustituible de la existencia del derecho entre los Estados.

Pero, dada por establecida la cooperación humana en el sentido político y en el de establecimiento de una común cultura, nos toca reconocer en qué medida y forma se cumplirá el auxilio necesario entre los pueblos, sin desnaturalizar la función encomendada a cada uno en el interior de la propia existencia. Cabe representarse en síntesis y fundamentalmente semejan-

(1) Algunos aspectos de los problemas contenidos en la idea de soberanía y las maneras de su ejercicio, y en las nociones generales de la cooperación internacional, puede hallarlos el lector tratados en mi obra "Naturaleza del Poder Público etc."

(2) En el tomo primero del Tratado hube de señalar la doble idea que puede tenerse de la comunidad internacional: la cooperación política entre los pueblos para mejor cumplir los fines públicos de cada uno y la unidad de cultura que mantiene entre ellos instituciones de equivalente sentido. Entonces también dijimos que el fundamento particular de nuestra ciencia debía buscarse en el segundo significado, si bien el primero no dejaba de influir de modo indirecto o en el sentido también entonces determinado.

te función, con vista a la equivalencia de lo que sucede entre los demás seres vivos; como la manera de condicionar las energías disponibles para la subsistencia social y la de los factores o elementos materiales que la constituyen y determinan.

Mas, el fenómeno jurídico es —nace y se realiza— por virtud de la actividad de un sujeto capaz. Y es a causa de ese carácter de la actividad humana que, al tiempo de podérsela considerar como objeto de un derecho (según sucede con todas las cosas aprovechables) debe calificársela con propio título junto a los otros factores de la escena. De ordinario es el principal personaje y el que da movimiento e impulso a todos los demás.

La actividad que se ejerce, eso sí, no siempre se confunde o pertenece al sujeto al cual aprovecha o que se obliga: puede estipularse por otro u obligarse por otro también; pero además cabe que ejercitemos nuestras actividades en negocios que no procedan de propia decisión o relacionados con intereses ajenos: sustituimos a veces a determinadas personas, o encarnamos las actividades jurídicas de sujetos que no pueden hacer valer por sí misma los derechos que les corresponden o cumplimos las órdenes de un mandante.

Sin embargo, cualquiera que sea la condición en que procedamos, lo que aparece indudable es que la causa inmediata y determinante para que surja el derecho como realidad actual se encuentra en el cumplimiento de una actividad hu-

mana. De esta manera queda con calidad de axioma general con posibilidades de aplicación al íntegro campo jurídico, el principio formulado para el civil: todo derecho nace de la coincidencia de un hecho con la ley. Hecho, actividad humana; ley, decisión de autoridad.

Ahora bien, el derecho público y el derecho privado se condicionan de modo equivalente: el sujeto, el objeto y el acto. El sujeto es una humana razón capaz de concebir fines; el objeto es cuanto se halla en potencia de ser aprovechado por la persona, y en cuyo uso y goce puede verse perturbada por ajena intervención; y el acto, es siempre la energía individual, sea público o privado el objeto perseguido.

Lo que hay en la sociedad política llamada Estado es, que el derecho se presenta tan consustancial con el motivo de su existencia, que constituye lo esencial en la virtud íntima del arreglo colectivo designado con aquel nombre. Por eso ha podido expresarse el Profesor español Posada, que el Estado es sociedad para el derecho; y por eso los comunistas, en vista de lo artificioso e injusto de la elaboración y empleo de la regla jurídica —función de tal organismo— han proclamado la necesidad de destruirlo. Entiéndase bien, la sociedad humana base de la política, es anterior y previa a cualquiera organización que se la dé, y el propósito jurídico mantenido por ella es propósito de orden y medida de actividad. Este fin de arreglo aparece vario, disconforme según la noción política mantenida en cada pueblo. Encuentro por lo mismo sorprendente que se discu-



ta si debe llamarse o no Estado a la República soviética rusa. (1)

La personalidad colectiva, por las razones apuntadas, tiene como principal deber y necesidad para la propia subsistencia, descubrir los factores necesarios en el vivir social, ordenarlos con tal objeto, mantenerlos y defenderlos, procurando, en la medida de las posibilidades nacionales, ampliar y mejorarlos.

Y si aceptamos que el Estado sea el aspecto de la organización social dispuesto para que se lleve a efecto el fin jurídico, tendremos que hace falta reconocer la necesidad de dar cumplimiento a las siguientes exigencias: a) La de una conveniente organización de la respectiva colectividad, de modo que esté siempre en potencia de realizar el derecho; b) La de fuerza y potencia suficientes para satisfacer semejante propósito si no se cumple de manera espontánea y pacífica; y, c) Medios idóneos para llegar a semejante resultado. De ahí: 1º El sistema constitucional con fórmulas políticas diferentes según el momento histórico y el país que lo sustenta; 2º El ejercicio de la soberanía en la amplitud y de la manera mandadas; y, 3º El Derecho administrativo, con su complicadísimo conjunto de actividades regladas o no, que preparan la total marcha política y donde se vinculan al aspecto público propiamente dicho los de orden privado.

(1) En los Nos. 7 a 9 y 10 a 12 del Bulletin Mensuel de la Société de Legislation Comparée (1931) se encuentra un estudio del Profesor De Francesco titulado "El Estado soviético en la teoría general del Estado", donde se aborda el tema indicado en el texto.

Pero, de la naturaleza asignada al Estado procede de manera inmediata el reconocimiento de que no tiene en su calidad de tal fines propios que cumplir, sino los de la sociedad que lo organiza y mantiene, excepto quizá, cuando gestiona en el orden administrativo los medios aptos para el funcionamiento de las respectivas instituciones públicas. Una vez establecidos los órganos oficiales para el objeto jurídico definido en la carta constituyente, están llamados a cumplir fines colectivos y no individuales suyos, y ni siquiera de un solo grupo, clase o casta, que ha sido sin embargo la desviación ocurrida en la historia humana, contra la cual se proponen luchar en el mundo los partidos socialistas y comunistas.

Con todo de ser las actividades administrativas y gubernamentales verdaderos servicios públicos y corresponder por tanto a la colectividad, se encarnan y son, por medio de sujetos particulares que proceden en nombre ajeno y en ajeno beneficio también; el funcionario público servidor del Estado, de las ideas políticas de nuestros tiempos.

El individuo investido de autoridad para los servicios del Estado, sirve a las exigencias sociales y tiene, para cumplir su cometido, determinadas reglas de conducta. Sin embargo, esto no quiere decir que precise señalarle en cada instante el permitido acto oficial en tales términos que nada se deje a la iniciativa del funcionario; hay mucho en la satisfacción de los servicios públicos de imprevisible o sujeto al juego de las cir-

cunstancias, donde se ha de ejercitar la iniciativa del empleado, sobre todo cuando se trata de actos de mera gestión y no propiamente de Autoridad. (1)

Piénsese que el más extenso campo del proceder gubernativo es el de la administración; y que en ella se comprende un objeto inmediato, preparar los elementos indispensables para cumplir el servicio; y otro que es el objeto o fin del proceso seguido, la necesidad social a la cual responde o por la cual es. Cuando busca los medios, cuando se arma de los instrumentos y requisitos necesarios para poner en marcha conveniente su actividad hacia el objeto propuesto, procede la administración como cualquiera persona particular, gestionando jurídicamente los medios adecuados; mas, cuando al cumplir el servicio prescrito y a propósito de su objeto, remueve todos los obstáculos o pone en marcha las energías públicas y particulares, obra en calidad de Autoridad y mediante sus potestades de mando. En uno y otro caso se trata del mismo sujeto —la Administración— cuyas necesidades se cumplen por medio de actos de gestión jurídicamente realizados por individuos que desempeñan de modo momentáneo o permanente el empleo.

La intimidad entre los servicios que se prestarán y los medios por los cuales se han de cumplir, hace difícil hallar en la administración sig-

(1) El sistema soviético revolucionario me parece entre todos el de mayor valía, pues concediendo la máxima iniciativa al funcionario organiza al mismo tiempo una estricta vigilancia y tiene en la revocación del encargo el medio fácil y rápido de cortar los abusos.

nos suficientes para calificar sin duda alguna en cada caso si son las reglas del derecho público o del derecho privado las aplicables. Nos demostrará lo indeciso de las líneas que separan al uno y otro aspectos de los señalados, el referirnos al siguiente caso: el Gobierno necesita en determinada población un edificio para sus oficinas y contrata con el respectivo dueño la compra-venta del inmueble; los actos se efectúan como si el negocio fuera entre dos particulares. Pero el dueño se niega a la venta y el edificio es insustituible en el objeto público pretendido; tramítase en tal caso la expropiación y la Autoridad obliga al particular a entregar el predio. Hay además la tendencia al abuso de cuantos ejercitan potestades gubernamentales, quienes se atribuyen individualmente y para los propios negocios facultades que sólo se les concede en vista del servicio.

Creo hallar en la indefinición propia de los aspectos público y privado de los actos administrativos, la causa fundamental para el desconcierto existente entre los jurisconsultos cuando se trata de la teoría de lo contencioso administrativo, y mucho más cuando se pretende aplicar a los casos prácticos. Una separación justa entre acto de autoridad y acto de gestión, nos daría solucionado quizá la mayor parte del problema.

— — —

De todas maneras vemos en el Estado, administrador o no, un sujeto solicitado por necesida-

des —las sociales o las de gobierno— que busca los medios adecuados para satisfacerlas y que ejercita las actividades de que dispone en ese sentido. Sujeto, objeto y actos públicos.

Mas, en último análisis el servicio por excelencia que se reclama del Estado, aquel por el cual existe y se denomina tal (1), es el jurídico, o sea el mantenimiento del derecho dentro de la sociedad. Sólo que hay un derecho constitucional que da reglas al mismo sujeto cumplidor del servicio y lo somete a ellas; lo cual equivale a decir, que tiene por objeto el fin jurídico y lo cumple sometiéndose a preceptos jurídicos también.

En el campo del derecho privado, los fines que inmediatamente se propone el individuo son los particulares, procede por decisión personal y según las propias iniciativas a gestionar los intereses que le corresponde.

Así la diferencia entre estas últimas facultades humanas y las correspondientes al Estado como persona, se destacan con caracteres intrínsecos, por el objeto: las necesidades privadas y las necesidades públicas, el patrimonio personal o el servicio administrativo. Y constituyéndose por la concurrencia de elementos idénticos, se

(1) El Profesor Adolfo Posada ha insistido con verdadero acierto en sus obras, sobre todo en su Tratado de Derecho Político, en la noción del Estado como forma de ser o estar de la sociedad política para el cumplimiento del fin jurídico. Pero quizá le ha faltado subrayar bastante las nuevas perspectivas del derecho como propia función del Estado y, lo que podríamos decir, su sentido biológico.

diferencia por la forma de procedimiento, por los fines perseguidos y, muchas veces, por la materia. (1)

He aquí el derecho tutelar y servicio por excelencia del Estado: mantener la base jurídica ordenando el sistema de relaciones entre los particulares, impidiendo todo despojo o intervención del uno en las facultades exclusivas del otro, en cuanto pueda perjudicarlo.

Pero el derecho, en la misión humana que se le atribuye en las sociedades modernas, no se satisface con impedir el despojo prohibiendo la violencia y sancionando lo legalmente adquirido, amplía en inmensas proporciones las calidades de resguardo del sujeto contra los daños procedentes de sus propias decisiones e impone la cooperación sana y justa entre todos los hombres. Por estos últimos reconocimientos se insinúa el vastísimo campo abierto a las aplicaciones de la tercera rama jurídica, me refiero al derecho social.

La mayor parte de los hombres de hoy, conscientes de sus necesidades e intereses, no se satisfacen con un equilibrio exterior de fuerzas que oculta efectivas oposiciones, cuyo signo social es

(1) No es esto insistir en el tan debatido problema del derecho público y el privado, bajo el punto de vista que lo formuló la jurisprudencia, o sea, para valorizar la conducta del Estado; sino precisamente revertiendo los términos del análisis: se trata de la conducta del individuo que a tiempo de ser ciudadano de un país y por tanto elemento activo en su existencia, es autor de la propia vida. Es el motor insustituible de toda actividad, en propio nombre o a nombre de quien no tiene capacidad o medios de efectuarla.

el puro mantenimiento del orden; quieren la justicia, y a favor de ella, un vivir colectivo más amplio, más íntimo y fecundo. La existencia conjunta de los hombres que se desarrolla ante nuestra vista es muy compleja, y sus conquistas a diario aparecen numerosísimas y variadas, debiendo todas ellas estar protegidas y controladas; mucho más si se piensa que a ese florecimiento externo corresponde internamente un circular incomparable de energías y motivos. I no concluye ahí la labor del Estado, le corresponde iniciar los movimientos sociales que pongan en actualidad y valoricen las fuerzas disponibles; porque su existencia no se explica por solo la conservación colectiva, sino principalmente por su avance y mejora.

Las facultades jurídicas revolucionarias son fáciles de encuadrar entonces: toda innovación, que es vida, necesita maneras de expresarse: si las hay, pacíficas y regladas, si no, violentas y exterminadoras de los obstáculos. La primera ley es el vivir. Por los indicados antecedentes además se explica la subordinación del hombre al hombre, que no es sometimiento individual sino a causa de la función que le corresponde.

¿En qué sentido puede designarse al derecho social como el fundamental en todo Estado?

Por virtud de cuanto queda expuesto en el párrafo precedente tenemos: que el derecho como

función social elaborada para el mantenimiento del orden, cumplimiento de la justicia y desarrollo conveniente de las posibilidades colectivas; tiene estos tres fundamentales momentos y significados: a) La organización pública de las actividades del gobierno en sus propios órganos: sistema constitucional del funcionamiento político; b) El establecimiento, sobre sus verdaderas bases, del arreglo social del respectivo grupo humano, garantizando el sentido de ciertas instituciones que se consideran fundamentales. De esta manera se reconocen, se amplían o se restringen las formaciones y núcleos naturalmente surgidos, y se los disciplina y ordena sustrayéndoles a la pura iniciativa individual; y, c) Se reconoce y deslinda de los demás la esfera jurídica en la cual el hombre es dueño de decidir según su voluntad y a medida de su querer, o sea el campo abandonado a la espontaneidad individual. De esos tres aspectos de la vida humana en sociedad proceden las tres verdaderas ramas del derecho: el derecho público, el social y el particular.

Rectifico en los anteriores términos o, quizá mejor, la completo. la división provisionalmente hecha, de un derecho público y otro privado.

Hasta hace poco tiempo, en realidad, el segundo de los tres términos inscritos —el derecho social— era desconocido por los jurisconsultos, a lo menos en sus perfectas virtualidades, procurando agotar todo el contenido de las ciencias jurídicas en los otros dos. Hoy una reacción, en determinados criterios excesiva, tiende a dar pre-

dominio absoluto y casi absorbente al derecho social sobre cualquier aspecto distinto de la vida política.

Significa la tendencia extrema en este orden de ideas la del comunismo revolucionario, preocupado exclusivamente de la disciplina individual dentro del conjunto de las formaciones sociales y la mecánica de las fuerzas agrupadas. El Estado —administración política y gobierno— representa nos dice un parasitismo no sólo innecesario sino perturbador dentro de la existencia colectiva, la cual puede y debe desenvolverse en mejores términos mediante la pura organización de las fuerzas productoras controladas automáticamente por el impulso común del deber. La sociedad será de esa manera un inmenso taller o una fábrica, y el fin económico calificará y habrá de determinar todos los demás propósitos humanos. Por otra parte, la misión social es la de incorporar absolutamente al hombre dentro de un modelo de vida que aproxime capacidades para volverlos unidades productoras. De esa manera la personalidad humana sólo debiera preocuparle al legislador en cuanto se le debe reconocer y considerar factor o unidad social. (1)

(1) Por un singular contraste, el comunismo que parece buscar la fórmula fundamental de arreglo de las sociedades políticas en una especie de contacto físico de vecindad entre los partícipes de la misma faena, encuentra al mismo tiempo los estímulos psicológicos de esa unión en sentimientos considerados siempre como de la mayor espiritualidad: al egoísmo del hombre hay que oponer el altruismo y el deber de sacrificio,

Menos radical pero sin dejar de presentarse excesiva, es la posición de algunos entre los jurisconsultos mantenedores de la necesidad de un Código de Derecho Social, que venga a reemplazar, sustituyéndolo en lo absoluto, al Código Civil. Quedarían así otra vez frente a frente tan sólo dos derechos, el público o político y el social. Y se podría llegar a más allá en estricta lógica: tampoco el derecho público es otra cosa que el ordenamiento de las energías colectivas para el mantenimiento y la prosperidad sociales, en consecuencia, sus principios, preceptos y reglas no exigen la concurrencia de una rama jurídica particular, todo podría englobarse dentro del contenido de un Código de Derecho Social.

La posición de Gierke es una de las más cautas en el orden de ideas a que nos venimos refiriendo: después de una crítica muy sagaz y acertada acerca de los vicios consustanciales del derecho romano, creado para una sociedad de amos y esclavos, fundamenta la necesidad de que nuestros Códigos Civiles cambien las propias ba-

y al estrecho círculo de los afectos familiares la amplia obra humana de comprensión y de esfuerzos comunes para la prosperidad de todos. Símbolo admirable de esta reconstrucción sentimental y profunda de las sociedades de hombres, si bien con toques de heroísmo difícil de reclamar del común de las gentes, lo encontramos en la justamente ponderada novela de Gládkov "El Cemento": el fin colectivo por encima de nuestras pasiones o intereses particulares. Además no se ha podido escapar a la necesidad de hacer del Estado una sociedad integral para los hombres, que se preocupe de todas sus necesidades e intereses dentro de la igualdad entre ellos; de ahí la proletarización del arte y de la ciencia para que no sea privilegio de ninguna clase o casta.

UNIVERSIDAD CENTRAL

CONTROL DE BIENES



3025826

ses de sustentación imprimiendo al derecho privado un fin social. Y en este mismo sentido Cimbali, quien encuentra que habiéndose ocupado los Códigos actualmente en vigor en el mundo, con notoria preferencia del individuo aislado, tratando de garantizar los derechos que en tal sentido le corresponde; se encuentran anacrónicos e inconciliables con las ideas modernas que ya no colocan el centro de la vida conjunta en la actividad individual sino en la colectiva.

En los términos indicados va transformándose la antigua disputa del valor relativo del derecho público y el privado, problema éste que sin embargo no a perdido actualidad en los términos originarios y al que van unidos nombres de jurisconsultos de tanto prestigio e influencia como son los de Stamler y Jellinect, quienes mantienen las dos opuestas posiciones. Para Stamler el derecho privado es lo sustancial, pues representa formaciones jurídicas naturales, o sea, que existen por sí mismas, viniendo el derecho público únicamente a protegerlas, a garantizarlas. Jellinect halla, por el contrario, que hasta el apareamiento del derecho privado es función del público, considerándolo por tanto dependiente de éste. Ni es extraño tampoco a la tendencia socialista tomar parte en esta discusión.

En vista de los fundamentos razonables que acompañan a las dos tendencias, se han buscado fórmulas de transacción que comprenda a ambas en lo que cada una tiene de justo. A veces se ha considerado que no hay otra diferencia que la del punto de vista desde el cual se contempla el



panorama jurídico, como pretende Gorovtseff, quien acusa las diferencias a haberse olvidado la distinción atribuida a toda relación de derecho por Savigny, la de su forma y materia. En otras ocasiones se pretende un eclecticismo salvador, según me parece descubrirlo en Consentini. (1)

El debate relativo a la naturaleza del derecho y las relaciones entre sus varios aspectos o contenidos, con toda la violencia puesta en él por los juriconsultos partidarios de las tendencias socialistas y los individualistas, perdería quizá un tanto de su obstinada oposición —en la parte que es puramente científica y no de política militante o interesada— al hacerse un análisis más detenido y circunstanciado de lo que es un Estado-Nación y de lo que dentro de él significa la vida del derecho; pues veríamos entonces aproximarse algunas tesis cuyo carácter absolutamente inconciliable se había mantenido.

Dicen unos: el derecho es para el Estado; tiene en cuenta sus fines y sus necesidades y a ellos se subordinan los intereses particulares. El individuo esclavo del Estado y en ocasiones del Gobierno. Los otros afirman: si el Estado existe es para satisfacer los fines sociales de los particulares, para cumplir sus exigencias, auxiliar-

(1) Francisco Consentini "La Reforma de la Legislación civil y el Proletariado".



los y servirlos. El Estado servidor de los intereses particulares y sometido a las decisiones de las mayorías. Pero es que ninguno de los dos grupos formula exactamente el problema, pues este es biológico y es psíquico.

La asociación natural de los hombres, he repetido con frecuencia, no es un caso suigénis y particularísimo de la existencia de los organismos, continúa y perfecciona solamente la agrupación de los seres inferiores en colonias. A medida que en la agrupación de los seres vivos predomina el contacto físico de los individuos, estamos cada vez más dentro de la colonia; cuando al contacto físico se agregan causas psicológicas de acercamiento, nos hallamos en presencia de las sociedades animales; y se caracteriza la sociedad humana llamada Estado, porque las aproximaciones físicas tienen corta importancia si se las compara con las de orden espiritual. Las algas se unen por motivos de contigüidad; las abejas y las hormigas, no sólo por el hecho de habitar una región determinada sino porque en el trabajo que realizan les corresponde a cada una cierta función; y hay para el hombre el derecho de elegir las mejores posibilidades de vida para fijar según ella su nacionalidad y residencia.

Ahora ¿existe algún motivo común para que individualmente separadas se agrupen en colonias, sociedades o naciones? Sí, las mayores posibilidades de desarrollo individual que se obtiene mediante la cooperación de todos, por cuyo medio se extrae de la naturaleza circundante las

ventajas mayores que sean posibles. El instinto les guía a los organismos inferiores, la reflexión debiera imponerlos a los de mayor desarrollo mental.

Por cuanto se ha dicho, la sociedad es para el perfeccionamiento particular, pero considerado en la especie no en el individuo; esto es, cada uno se aprovecha de las ventajas comunes, pero las conquistas se hacen para el grupo no para los particulares y, no rara vez, con sacrificios de algunos asociados. El Estado se halla pues establecido para servir a la sociedad de cuya prosperidad todos aprovecharán, pero no para servir a determinado individuo ni grupo; por eso en colisión entre el interés individual y el social se sacrificará a aquel. De ahí que las leyes deban ser postulados generales y no meras referencias a casos particulares, por eso existe el castigo de la delincuencia y la expropiación por causa de utilidad pública tiene entonces fácil justificación.

Así llegamos también nosotros a la conclusión de que en esencia el derecho es uno, pudiendo afirmarse que el llamado por nosotros derecho social contiene y formula los varios aspectos descritos como derechos diferentes. Mas, ya he procurado demostrar que, la perfecta indiferenciación de las ramas jurídicas, si posible en un sentido teórico, como se pueden ligar por caracteres más o menos profundos o calidades mentales a todos los seres del universo o a grupos más o menos extensos; no incluían sin embargo tales grados de identidad que fuera conveniente

unirlos en la exposición y en el análisis. La falta de relieve y sustantividad que adolece el derecho social se debe, siquiera en una parte, a su compenetración con los otros aspectos del derecho; como el desarrollo de las ciencias políticas y administrativas es necesario atribuir al haberse desintegrado de los otros estados jurídicos. No obstante lo dicho creo con Gierke, que la transformación inmediata a que debe aspirarse es a la de dar sentido social al Código Civil.

Insistiendo sobre mis anteriores conclusiones, lo que me parece necesario es aquilatar mejor el significado y propósito de los tres instantes y formas de la total vida del derecho en los Estados, para mantener dentro de sus convenientes límites el adecuado vivir colectivo. Así podremos dar a cada uno su propio alcance y valorar la importancia respectiva de los tres, tan pronto como pueda surgir conflicto o colisión entre ellos. Esta posición de análisis a fallado, de ordinario, en los métodos doctrinarios en general, dando origen particularmente a la imprecisión de las ideas a propósito del concepto del orden público.

Concurre sí, no me es permitido dejar de repetir, ciertos elementos que de modo indudable conferirán importancia particular al derecho social: el ser, ante todo, la misma actividad jurídica de esencia social, pues aquilata y regula la conducta humana del hombre en sociedad. Si el derecho existe es por y para la sociedad, y entonces se justifica, explicándose, como ha bro-

tado la idea de un derecho social que permita, rechace y controle a las demás ramas jurídicas pudiendo llegar hasta a absorberlas.

IV

Las falsas ideas políticas de ordinario recibidas, desnaturalizan el verdadero papel que corresponden a la Ley y al acto administrativo.

La primacía incontrastable reconocida al Gobierno y su autoridad dió origen, en los sistemas políticos de comienzos de la Edad Moderna, al carácter despótico de la autoridad soberana en la práctica gubernativa e hizo se formule en la ciencia la cuestión fundamental para los teorizantes de entonces, la relativa a la legitimidad del mando. Ahora bien, mandar en semejantes condiciones era querer los intereses de la corona, y cuando el Monarca se preocupaba de la prosperidad de su pueblo, era atendiendo al lustre de su reinado, como el dueño que cuida de sus bienes y de sus ganados en vista del enriquecimiento de la propia hacienda.

Procedieron de ahí la política de la expansión y el triunfo por cualesquiera medios sin preocuparse de la equidad, en los problemas de carácter internacional; y en lo interno, el poder discrecional del Rey, que exigía en el súbdito un deber supremo, la sumisión, y una virtud primordial, la fidelidad. Con breves atenuantes, conquistados en porfiada lucha por las clases

mejor organizadas de cada reino, la real voluntad era la ley única para todo arreglo público y hasta privado; pues confundido y entreverado el derecho patrimonial de la casa reinante y la potestad pública de mando, todo procedía del Monarca como de su fuente natural. En semejantes circunstancias el derecho político y el administrativo se estatúan mediante la libre deliberación de la Corona, y el derecho privado tomaba su fundamento y garantía en los mismos atributo y decisión. En consecuencia lógica hubo de aparecer el derecho público con absoluto predominio sobre el privado, de mera tolerancia o benevolencia y por lo mismo expuesto a cualquiera contraria decisión.

Y como en la política la proximidad al Soberano era fuente de honores y prevendas, en las relaciones entre particulares la situación de privilegio era también la de los más próximos al Rey: sus cortesanos y la clase de los terratenientes. Con mucha firmeza y justicia lo ha dicho Gierke: el instrumento de semejante dominio, en el orden privado, lo encontraron forjado ya en el derecho romano, que hicieron servir los conquistadores para su beneficio y más tarde para despojar a los legítimos poseedores de la tierra.

Las reivindicaciones liberales sustentaron en el aspecto de los poderes de gobierno algunos principios perfectamente opuestos, y en primer término la virtud incontrastable de la decisión privada que el pacto social convertía en decisión de mayorías obligatoria para cada colectividad.

Requirió, por eso, el principio democrático de esta tendencia para el hombre y sus resoluciones las garantías mejor fundadas.

Toda la doctrina, complicadísima en su aparente sencillez, del voto popular y los plebicitos, nació por su influencia, y se completó el cuadro con los intrincados sistemas de la representación. Al concepto del jefe que manda por derecho propio, se opuso el significado de la persona a quien el magistrado —cualquier magistrado— representa y cuya voluntad se le impone y tiene que cumplir. La doctrina del mandato.

Mientras tanto en lo privado la garantía de las facultades individuales debía ser máxima para la libertad perfecta del sujeto, siempre que de sus actividades no se derive una perturbación social o no se invada campos de ajena plenitud. La mínima intervención del Estado en los asuntos de los particulares fue por eso la regla: sólo para conservar el orden en cuanto pudiera ser perturbado por hecho o acto del hombre. Y se trataba únicamente de un orden externo, material, al que quiso formularlo Kant como armonía de las libertades y que es más bien la física del aislamiento de los cuerpos.

Propiamente la justicia intrínseca y la ética interna del acto no debe preocupar al legislador, es el concepto de los mantenedores del liberalismo político, y sí únicamente la externa armonía fundada en el desarrollo sin trabas de la actividad particular. Basta la ausencia de coacción física para suponer que el hombre es libre por más que sea violentado a decidirse por

circunstancias de diversos órdenes. Y de nuevo el modelo romano del derecho privado vino a adaptarse a una sociedad fundada en distintos principios políticos, coincidiendo con la superficialidad de la idea de libertad que hemos descrito. La concurrencia de un derecho político apasionado de las formas con un derecho civil creado para una sociedad donde había de garantizarse al señor contra el esclavo, al dueño contra el trabajador; ha producido todo el panorama jurídico del último siglo con sus vicios insubsanables por los medios legales.

La íntegra literatura del liberalismo, con sus grandes frases, no significa otra cosa que la superstición de la forma velando el vacío del contenido, cuyo sentido se ha expresado con una ingenuidad desoladora o con malicia muy bien disimulada, no hace mucho tiempo en esta República, por boca de un trasnochado político amante literario de una metafísica libertad, mientras vive la esclavitud de todos los prejuicios y la tiranía de cuantos próximos a él están. Refiriéndose a la libertad de sufragio dijo en las Cámaras Legislativas: si por defender la libertad es necesario que ésta perezca, pues sacrifiquemos la libertad. Parece un mero juego de palabras que tanto encanta a los ecuatorianos, pero al que nos hemos acostumbrado de tal modo que lo tomamos como si quisiera expresar alguna verdad.

Si en lo tocante al ejercicio de la Autoridad, dentro del derecho público proclamado por las democracias liberales, se señala el principio de

tan amplia representación nacional que está incluida en ella todos los ciudadanos del país en cada momento de su historia, toma en la práctica un significado restringido y que recuerda los mandatos en el derecho civil, de ahí ha deducido la teoría el nombre de mandatario con que se designa a cierta categoría de empleados públicos. ¿Y en nombre de quién gestionan esos mandatarios? No está muy clara en la doctrina: si en nombre de la Nación como entidad jurídica o en nombre de los ciudadanos que los ha delegado su función. La tendencia más acentuada parece orientarse en el segundo sentido.

Y, si bien ha comenzado la teoría por falsificar el significado de lo social como la suma de los intereses particulares expresados mediante la voluntad de las mayorías, en nuestras costumbres públicas ni siquiera tales mayorías son efectivas al contarse las unidades de población que las representan y la política ha convertido el servicio en el cumplimiento de los fines perseguidos por el elector. Mas, en ese restringido campo experimental de las actividades políticas se ha descuidado todavía el establecer una manera práctica y pacífica de revocar el mandato cuando falta la confianza de los electores o se han organizado opuestas mayorías; de ahí la necesidad de violentas revoluciones, que se ha pretendido evitar, ya mediante el peligro de los regímenes parlamentarios, donde la mayoría nacional se traduce en mayoría de las cámaras de representantes, ya con un sistema más ponderado y científico, mediante la revocación direc-

ta del mandato de la avanzada doctrina de la Rusia soviética, procedimiento este último que por corresponder a distinto sistema político debe considerarse también por separado de la democracia liberal. Por otra parte, como los intereses aislados en la vida rara vez coinciden, se ha vuelto fatal para el liberalismo la imposición del fraude para simular una elección válida por mayorías.

Los votos recogidos en las elecciones populares entre nosotros, rara vez representan la vigésima parte de quienes tienen derecho a votar; y ya el derecho al voto es un privilegio que no corresponde, en el nuestro como en otros muchos países, ni a la vigésima parte tampoco de los pobladores. Y hay más, de las personas con cuyos votos se ha contribuido a una elección presidencial directa y de primer grado, quizá la centésima parte conozca al candidato y sepa sus ideales políticos y sus antecedentes; ¿dieron entonces por propio convencimiento sus votos los demás? Seguramente, no. De lo cual procede que los intereses de un escasísimo número son los que imponen una candidatura y que la gratitud oficial se dedique a pagar su nombramiento con prebendas a los verdaderos electores. Véase por cuales convencimientos se ha llegado a preferir, por algunos teóricos modernos, y no de los menores y menos prestigiosos, las dictaduras de ciudadanos eminentes que estudiando las necesidades públicas se dediquen a satisfacerlas, por encima de cualquier compromiso personal. Se cree que la quiebra o ineficacia de las dictadu-

ras ha procedido en la historia únicamente de haber tenido la calidad de representante de un grupo o clase cuyos privilegios se pretendía mantener. Es necesario que señale que no me refiero en este momento a una tendencia de transformación política, que por necesidad tiene que ser dictatorial, porque pretendiendo destruir una constitución no puede manejarse dentro de sus mandatos; hablo de políticos adheridos a los regímenes antiguos pero que constatando su ineficacia para el bienestar nacional tratan de mejorarlos.

El Presidente de la Universidad de Columbia, Profesor Nicolás Murray Butler, en la alocución de apertura de los cursos académicos de esa Universidad en 1931, no ha temido expresar con toda claridad su preferencia por los métodos de captación del poder por una dictadura de hecho, apoyada en la autoridad de una poderosa y bien organizada opinión pública. Las mayorías sólo eligen mediocridades, nos dice el Profesor, de acuerdo con el temperamento medio de ellas; y convendría para la política como para dirigir cualquier arte o ciencia preferir las excelencias humanas. (1)

La dificultad estriba en hallar hombres tan extraordinarios que sepan cumplir esa difícil misión. Peligro todavía mayor se encuentra en que, ante las exigencias de la hora actual del mundo y el egoísmo y la férrea organización de

(1) La indicada alocución lleva por título "Enanos y Gigantes"



una clase explotadora de las demás, sea ésta la que aproveche la necesidad en beneficio exclusivo suyo. Y entonces a los antiguos vicios se ha sumado el de la energía de un poder sin restricciones, que buscará ficticios estímulos conservadores, según lo hace actualmente el fascismo en la mayor parte de Europa.

El propósito comunista vuelve por los fueros de la justicia y fortalece el orden en la inquebrantable disciplina del trabajo. Se transforma por eso el aprecio de las calidades humanas en función social: el individuo habrá de subordinarse a la sociedad organizada para el cumplimiento de las aspiraciones colectivas y la libertad a la eficacia de la producción.

El odio contra la política tradicional y sus abusos de poder, hace que los comunistas desconozcan el verdadero y equitativo papel que puede corresponder al Gobierno dentro de cualquier organismo político. Colocándose en el propio aspecto de la ordenación del trabajo colectivo, no cabe que ésta sea puramente técnica y en vista del mero rendimiento, hay el imponderable aspecto ético de la justicia que requiere contemplarlo como derecho y deber, o sea relaciones de los servicios para con los particulares y de los trabajadores entre sí; pues sería muy aventurado esperar todo del sentido individual del deber o de la devolución automática, como en una máquina, del sujeto al cumplimiento de su función por intermedio de las fuerzas concurrentes.

Por otra parte, el fanatismo por la equidad o justicia colectiva hacia el triunfo sin obstáculos

de las formaciones sociales, les aconseja menospreciar y deprimir un tanto las iniciativas individuales, de tan evidente eficacia en determinados casos. Sin embargo, las correcciones que la práctica ha impuesto al gobierno soviético en las doctrinas ortodoxas del comunismo, serán experiencias de valor incalculable para los doctrinarios posteriores.

De los varios puntos de vista señalados deducimos el significado de las doctrinas relativas a las actividades públicas, que, siendo para los gobiernos autárquicos defensa de los intereses de los gobernantes, es para el liberalismo servicio prestado al individuo en la medida y forma que las mayorías lo solicitan, y para los comunistas arreglo de las fuerzas productivas para el mayor beneficio social. Estas diferentes afirmaciones con sus calidades exclusivistas las encuentro inexactas y me parecen la causa de no haberse formado el concepto correcto de las funciones del Estado.

El arreglo jurídico como principio de permanencia social.

Tratamos nosotros de colocarnos equidistantes de las exageraciones señaladas, y vamos a

procurar descubrir como dentro de la teoría que adoptamos, puede plantearse el problema de la soberanía y sus consecuencias de mando legítimo, que engendra, entre otros atributos, la facultad de dictar leyes que en ocasiones tendrán su aplicación fuera de los límites territoriales donde ejerce jurisdicción; fortificándose entonces entre los Estados —al limitar el exclusivo poderío del mando territorial— las potestades de desarrollo armónico de las fuerzas vivas de que disponen.

No nos toca legitimar la existencia de los gobiernos ni su derecho a permanecer, con mayores o menores cambios sustanciales en su organización, como no debemos tampoco exponer una teoría política completa respecto de ellos, sus fines, sus medios disponibles, sus órganos; por ser materias propias del derecho constitucional. (1) Nos basta reconocer su realidad y a causa de su existencia, fijarnos en lo que hoy mismo deben ser o son los objetos encomendados a sus actividades. No podemos con todo desatender a la necesidad de un recuerdo sintético de lo que la sociedad política sea y de sus fines, sin esto ni siquiera nos es dable saber que es el derecho.

El poder que la soberanía garantiza a la autoridad pública, consiste únicamente en el grado

(1) Algunos mayores detalles sobre el significado y alcance de las teorías políticas, la crítica de ellas y su porvenir en la ciencia y en la realidad, dentro de los varios aspectos señalados en el presente capítulo, se hallan en mi obra "Naturaleza del Poder Público etc."

de fuerza indispensable para el cumplimiento de los intereses sociales encomendados a su custodia. Por lo mismo, se requiere de primer intento fijar la misión encomendada al Estado Político y determinar los medios por los cuales deberá cumplirse.

Ya he tenido ocasión de recordar que el Estado no es un fin en si mismo, sino una manera de organizarse la sociedad para hacer que se cumpla el derecho. Pero si el derecho es —con fórmula de Charmont— el conjunto de medios de que la sociedad dispone para protegerse contra las perturbaciones suscitadas por algunos de sus miembros o contra la hostilidad de los demás grupos, reduciendo la concurrencia vital al mínimo indispensable; tendremos que el fin político es fin de conservación, lo cual implica el mantenimiento del ser vivo en sus elementos esenciales.

Cierto que Charmont sólo contempla el aspecto final de lo jurídico, sin penetrar en el carácter interno de la concurrencia de varios sujetos, cada uno con las necesidades de la propia existencia y los deberes y facultades que nacen de su actuación social, olvidando por lo mismo la otra rectificación tan solicitada en la hora actual, la de la justicia en los procesos de desenvolvimiento colectivo. Su definición se presenta por tal circunstancia como adecuada para un derecho objetivo calificante de la naturaleza teleológica de semejante función pública.

El individualismo terco en su criterio de considerar a los particulares como el centro y medi-

da de todos los procesos sociales, hizo del Estado un servidor de los intereses privados, atento y sumiso a sus afanes y deseos. Y como las necesidades humanas son con alguna frecuencia contrapuestas, fue necesario legislar sobre esa oposición, ¿y cómo se lo hizo? Siempre bajo el fanatismo de la libertad dejando al espontáneo juego de las iniciativas de cada uno bajo un principio de igualdad hipotética, que sólo mira al hombre como una ficha, un número y un voto, no como una energía y suma de posibilidades. De ahí que los liberales, cuando son lógicos con su doctrina, tengan que oponerse tenazmente a la ampliación de los servicios públicos.

Debemos a la sociología constructiva y a sus sabios esfuerzos, el darnos cuenta exacta de que el individuo no es la única realidad personal dentro del Estado, sino que junto a él permanece, se agita y es, otra creación viviente de la naturaleza, la sociedad.

La sociedad es un organismo que existe, si bien condicionado por los organismos particulares pero distinto de ellos y a ellos superpuesto. Tiene sus propias expresiones colectivas y sus propias fuerzas determinantes: las instituciones sociales, las energías comunes por la concurrencia de estímulos o por el predominio de los unos sobre los otros que los aniquila o arrastra, y la manera especial de desenvolverse las actividades colectivas. Desde los modales sociales hasta la ciencia, todo participa del ambiente colectivo del grupo en el cual se lo contempla, aun cuando in-

mediatamente se presentan como actos o hechos del hombre.

Esto no es desconocer el grado de iniciativa particular que inventa, transforma y produce, tampoco rechazamos las excepcionales capacidades de hombre que son como las antenas espirituales receptoras de las vibraciones de la sensibilidad, la inteligencia y la conciencia humanas a través del pueblo en donde viven, antes los aquilatamos en todo su valor (1); pero insistimos en el resultado conjunto del esfuerzo que brotando de mil contingentes, de acciones y reacciones varias, producen resultados a veces inesperados y sorprendentes, quizá por virtud de algunos elementos excepcionales al mezclarse e influir en los ordinarios y comunes.

El significado ético que establece un Código Penal estrecho y rigorista o amplio y humano, cuando es obra verdadera del país que lo promulga, no puede atribuirse a un sujeto determinado; sin embargo, no rara vez han sido poderoso estímulo de cambio y de progreso las enseñanzas de ilustres maestros e investigadores. Por el contrario, la fervorosa fe de unos cuantos creyentes no dará el tono general en una sociedad poco devota; esto no obstante, los apasionamientos apostólicos de ciertos espíritus fervorosos pueden convertirse en estímulos de sorprendente valor.

(1) Véase el volumen 1 del tomo primero de "Sociología General".

Y para adquirir el producto social que ha alcanzado un grupo humano, intervino de modo decisivo la historia de la misma cultura, en cuyo establecimiento trabajaron gran número de generaciones, dejando como herencia social las conquistas hechas y el modelo del esfuerzo desarrollado.

Y es en la sociedad así constituida donde prospera y vive el gobierno para permitir el funcionamiento del Estado. Entonces ¿qué es el gobierno? Es el aspecto de fuerza y poder de que una sociedad política se reviste para hacer efectivo el derecho. No es que el derecho no pueda cumplirse sino por la violencia, es únicamente que dictada la ley —por quien tiene facultad para hacerlo— la garantía del gobierno amenazando con sus sanciones es indispensable para compeler al remiso a cumplir su deber: aspecto de fuerza en ocasiones y a veces también de merecido esclarecimiento del concepto o juicio sobre una regla legal.

Sea cual fuere el régimen político adoptado, el gobierno asumirá la dirección de las fuerzas sociales y estará armado de energía y autoridad suficientes para obligar a quien se resista u olvide sus deberes sociales por mala voluntad, descuido o incompreensión. Sólo una humanidad idealizada en grados de virtud, fortaleza e inteligencia, sería capaz de dirigirse hacia el derecho sin órganos propios para tal dirección. Cada cual en su esfera cumpliendo su misión, pero además cooperando con los otros a la misión común, desarrollan una complejidad de esfuerzos que re-

quiere complejos reglamentos imposibles en el sistema de pura espontaneidad privada. Lo que el gobierno no debe ser jamás y que siempre lo ha sido hasta nuestros tiempos, es el defensor de los privilegios de clase o casta, pues entonces se aparta de su verdadero papel, y el derecho para los particulares de desconocerlo es legítimo.

He ahí el cumplimiento del derecho como función social. Y teniendo en cuenta la definición poco antes recordada, deberemos convenir en que el objeto inmediato de lo jurídico es el vital orgánico, de la permanencia y desarrollo de la respectiva sociedad —no del gobierno, según la tesis agresivamente mantenida casi siempre por éste— para cuyo fin todas las fuerzas colectivas deben organizarse y disciplinarse, distribuyéndose las cargas de modo equivalente a las posibilidades disponibles y según la categoría a la cual el individuo corresponde.

Y hace falta desde luego recordar que la permanencia social no se mantiene sino por la conservación de sus esenciales condiciones, las cuales se revelan de la siguiente manera: 1° Por las instituciones que en cada momento histórico de un pueblo se entiende deben estar bajo control y protección del gobierno del mismo. A cada grupo de cultura en las naciones y a cada sistema de civilización, corresponde diverso concepto de las formas y conquistas sociales protegidas por el Estado. Eso sí, no debe olvidarse que el abandono de algunas formaciones sociales a la iniciativa individual, no implica desconocimiento, en todo caso, de su valor intrínseco para el

mantenimiento del tipo de sociedad política preferido, sino posibilidades de que prospere por los medios al alcance de los particulares y que pueda defenderse —o convenga defenderlos— por tales medios. 2º Por los elementos que, relativamente a cada institución, se consideran permanentes y no modificables sin modificarse al mismo tiempo la naturaleza de ella.

Por eso el derecho social, en calidad de defensa de la herencia histórica de un pueblo, contiene dos posibilidades jurídicas: la de reglas de derecho absoluto que no puedan cambiarse sino por virtud de un trastorno de las actuales circunstancias del arreglo colectivo; y las de un derecho relativo, correspondientes a cuanto en las instituciones de hoy son meros aspectos reglamentarios.

La falta en nuestros sistemas políticos de un ordenamiento orgánico que sincrónico con la vida y sus exigencias mudables, vaya recogiendo, señalando y cumpliendo los cambios sustanciales indispensables; hacen de la revolución y la violencia las únicas fórmulas para conquistar métodos políticos nuevos que respondan a la existencia humana y al pensamiento propulsor de ella que se transforman y avanzan. Por otra parte, la egoísta resistencia de los que medran al amparo de los anacrónicos sistemas y el miedo de lo nuevo en los demás, agravan la obra de anquilosamiento en los Estados, no correspondiendo desde entonces esta superestructura social a las necesidades que son causa y justifican-

tes de su existencia; por eso la irritada proclama de los comunistas: comencemos por desterrar al Estado para luego destruirlo.

— — —

Pero si los fines u objetos últimos que determinan la aparición del Estado están señalados, falta reconocer de manera exacta los medios y materiales con cuyo concurso habrá de llevar a cabo su cometido; y esto procederá inmediatamente de conocidos los factores disponibles para el objeto. Tales factores son, según ya sabemos, de naturaleza personal y patrimonial: la población permanente de un Estado —el conjunto de los ciudadanos— y los bienes que constituyen su riqueza.

La sociedad organizada para defenderse de todo peligro que amenace su subsistencia, necesita órganos, actividades y un reglamento donde se fije su carácter y su misión. A cumplir semejante propósito se ha dedicado el Derecho Constitucional, cuyo desarrollo íntegro —en lo principal y sus ramas complementarias— toma el nombre de derecho público.

Campo es este de ingerencia exclusiva de cada pueblo, pues sólo a él le corresponde aquilatar la forma más conveniente de organización de la propia defensa y los casos y maneras de acudir a ella. Puede ser equivocada su política, inconveniente o impropio el modo de organizar sus poderes y su administración; mas, dado el régi-

men de independencia proclamado por el Derecho Internacional, a nadie sino a sí mismo le toca juzgar de ello y mantenerlo o corregirlo. (1)

El supuesto constitucional es, el de ser los mandatos de este orden algo equivalente a las fundamentales energías vivas para los otros organismos vivientes, de ahí su influencia predominante en el interior de cada pueblo y su supremacía incontrastable. Pudiéndose apreciar sobre todo el exclusivismo del pensamiento nacional en este orden de consideraciones al tratarse de la vida de relación entre los Estados. Se deduce de semejantes antecedentes, que en estricto sentido ninguna ley, mandato o acto procedente de autoridad extranjera tiene poder alguno para derogar, ampliar, restringir o suspender las reglas constitucionales vigentes en nuestra República. Y lo dicho de los preceptos constitucionales, se aplica a los que inmediatamente proceden de ellos, como todos los que arreglan la actividad administrativa en cuanto esta aparezca en calidad de actos de Autoridad. Por el exclusivismo descrito de su naturaleza nacional y pública, hoy como antes repetimos, estamos fuera del propio Derecho Civil Internacional, pero algunas de sus normas tendrán consecuencias de aplicación más o menos directas en los proble-

(1) Proceder en sentido contrario del que se afirma en el texto, sería afrontar la responsabilidad de una intervención, rechazada, menos en casos excepcionales, por el derecho actual. (Consúltase mi obra "De la Naturaleza del Poder Público y del sometimiento del hombre a las autoridades del país").

mas de orden privado; y así, es consecuencia de su carácter, que surjan las graves dificultades planteadas a propósito de los aspectos correspondientes a la nacionalidad de los individuos y corporaciones.

Fuera de la organización oficial para crear y proteger el derecho no encontraba la antigua jurisprudencia, repetimos una vez más, sino el derecho particular, privado: frente a frente al Estado con sus poderes y el individuo con los suyos. Por eso lo inaprensible de aquel aspecto intermedio de lo jurídico designado en la doctrina con el nombre de orden público, el cual, no obstante su denominación y las calidades obligatorias que le corresponde, se vincula inmediatamente con el derecho privado.

Los antecedentes por nosotros apuntados nos permiten vincular este orden público, reacto a toda transacción, a todo cambio, con los intereses sociales de las instituciones políticamente protegidas, en cuanto tienen éstas de esenciales. Por eso, cuanto al orden público dañe o perturbe, está de modo severo prohibido y sancionado con múltiples protecciones dentro del respectivo territorio. Pero la teoría sobre esta materia y todas sus consecuencias se estudiarán en un capítulo posterior.

Y siendo como es la sociedad humana una colectividad organizada de hombres y no perdiendo éstos su calidad de sujetos de derecho por la circunstancia de ser ciudadanos de determinado país, mantienen su existencia propia a medida

de su decisión, en cuanto lo permite y garantiza el pensamiento jurídico del respectivo legislador.

Véase de qué manera hay para el hombre múltiples papeles jurídicos que cumplir, con diverso grado de responsabilidad y con poder de decisión diverso. Es ciudadano, con todas las responsabilidades y derechos de ahí procedentes, cabe que se le encomiende una o varias funciones públicas y es autor de la propia existencia en la vida privada; y como en esos varios aspectos hay actividades de relación con los demás hombres, socialmente regladas, proceden múltiples formas de derecho. Vamos pues a estudiar a la persona humana individual en su esfera de acción privada con consecuencias extranacionales.



CAPITULO QUINCE

FUNDAMENTOS QUE DETERMINAN Y ASPECTOS QUE REVISTEN LA EXTRA-TERRITORIALIDAD DE LAS LEYES.

Los fundamentos de la elaboración del derecho y las circunstancias prácticas de su aplicación. ¿Cuáles son sus efectos en los resultados finales?— El ciudadano como factor de vida colectiva y como sujeto del derecho particular. Consecuencias ocasionadas por esta doble calidad.— Motivos que justifican e imponen la aceptación de preceptos extranjeros dentro de un territorio.— Dedúcense de razones dignas de atenderse con detenimiento la causa de nuestra preferencia de la ley nacional para el establecimiento del estatuto de las personas.— Exposición y crítica de la teoría del reenvío.— Formando parte integrante de la personalidad o deduciéndose de su concepto inmediatamente, por lo menos, está la capacidad de obrar del sujeto.

I

Los fundamentos de la elaboración del derecho y las circunstancias prácticas de su aplicación. ¿Cuáles son sus efectos en los resultados finales?

Eugenio Huber ha procurado analizar y demostrarnos que en la realización del derecho hay dos aspectos fundamentales: su interna ela-



boración como producto de conciencia pública animada por el ethos y trabada en la intimidad de sus partes por la lógica jurídica, llamada por el autor las ideas en la legislación; y un grupo de circunstancias condicionantes, por cuya concurrencia dentro de los sistemas legislativos equivalentes, los mandamientos del derecho adquieren una fisonomía peculiar, o en otros términos, la materia sobre la cual trabajan las ideas para convertir sus hipótesis en principios inmediatamente aplicables a la vida, elementos circunstanciales designados por Huber con el calificativo de reales de la legislación. (1)

Lo primero creo que se podría traducir por la concebida idea del orden social, ya dentro del sentimiento de la ética colectiva, cuyo sentido se aquilatará en general por la costumbre o los impulsos o tendencias públicas; o transportada de afuera y hecha propia sustancia en el pensamiento del legislador. El influjo de las ideas para el sistema jurídico es de dentro afuera, señala Huber; mientras los reales, siendo la materia sobre la cual ha de ejercitarse el pensamiento ordenador, para su efectividad tendrá que reobrar respecto de los modelos percibidos y mudarlos o atenuarlos: de fuera de la conciencia a dentro. Semejantes reales son: el hombre, la naturaleza (o sean las cosas objetos del derecho) y los preceptos tradicionales en el vivir jurídico respectivo.

(1) Eugenio Huber, El Derecho y su realización, dos volúmenes en la traducción española. Consúltese principalmente el tomo II.

Es por esos motivos que el orden social establecido por el derecho, aparece como una creación racional del espíritu sometida en su realización a las influencias del medio para el cual se lo formula.

Por la fuerza creadora del espíritu y su inflexible lógica, las instituciones civiles romanas sabiamente trabadas, han podido ser el origen de la mayor parte de los actuales sistemas legislativos. Pero no se les ha ocurrido a los legisladores y jurisconsultos que las mantienen, que las calidades de la ética romana no son las más oportunas para el mundo moderno; y si bien las aplicaciones de las reglas han dispuesto de la flexibilidad suficiente para modificarse por influjo de los reales legislativos debiendo a esta virtud su subsistir; en gran parte aparece anacrónica la manera de fomentar y mantener en los pueblos civilizados de hoy que proscriben intelectualmente la esclavitud y que batallan por nuevas fórmulas sociales y económicas, la convivencia humana reglamentada en una sociedad de profundos vicios esclavistas y cuya aspiración más inmediata era proteger el privilegio de ciertas clases sociales. (1) El sentido de la moralidad humana no es eterno ni inmutable, antes bien cada grupo la concibe y practica de modo diferente y teniendo en cuenta el esfuerzo so-

(2) Con interesantes datos y razonamientos Gierke ha demostrado lo asombrosamente absurdo de aplicar a nuestras costumbres el Código romano, creando para la roma Imperial, tan alejado de todo nuestro vivir ciudadano.

cializante que ha reunido a los hombres de cada país.

De las enseñanzas de Huber sobre las calidades generales del derecho deducimos nosotros estas consecuencias: a) El pensamiento jurídico crea formas ideales de realización social, según los principios de justicia y de moralidad reconocidos y sus lógicos desarrollos particulares. De ahí las instituciones que se aceptan y garantizan; b) Tales instituciones colectivas no pueden permanecer sino mediante los elementos materiales indispensables para ello; y, c) Estos elementos materiales, al tiempo que condicionan la existencia de las instituciones las modifican y amoldan a las circunstancias. No aparecen en calidad de materiales pacivos sino plenos de actividad.

En el que se denomina el derecho privado, las instituciones primordiales son por ahora las de la familia y de la propiedad; y de la naturaleza atribuídas a ellas en los diferentes países, nace el aspecto fundamental y caracterizante de los preceptos.

No olvidemos un momento que hay en cuanto existe —material o espiritualmente— algo de sustancial, de básico, sin lo cual no podría ser esa realidad o lo sería en esencia distinta, y algo que si le acompaña no lo califica ni determina. En las formaciones sociales dentro del Estado, aparece el aspecto fundamental dando origen a

las leyes universalmente obligatorias (1), y el aspecto circunstancial y mudable expresado por las leyes de puro carácter reglamentario.

A nosotros que hallamos establecidas las formas sociales sin podernos dedicar por ahora a investigar el íntegro proceso de su establecimiento ni los vicios consustanciales que mantienen, nos toca analizar, sin justificar nada, los elementos que las constituyen y permiten su permanencia, ver la disciplina a que se hallan sometidas y apreciar en sus manifestaciones lo que podía representar su aspiración estricta de lo que es mero accidente funcional. Alguna vez nos ha sido dable poner de manifiesto los errores lógicos que dentro del mismo sistema preferido mantienen algunas reglas de nuestros Códigos Civiles, y nos será permitido después reconocer lo incorrecto de ciertos principios de orden internacional, aún por el mero aquilatamiento del fin perseguido por las actuales normas.

II

El ciudadano como factor de vida colectiva y como sujeto del derecho particular. Consecuencias ocasionadas por esta doble calidad.

Ya sabemos que el derecho se transforma de objetivo en subjetivo, de reglamento abstracto

(1) El significado que doy yo a la universal obligatoriedad de la ley, en el sentido de aplicarse a cuantos por uno u otro motivo se hallan sometidos a la soberanía de la cual proceden los preceptos, puede consultarse en el capítulo IX t. 1 de esta obra.

en principio de inmediata aplicación, a medida que intervienen los tres elementos condicionantes para la efectividad de la ley: el personal, representado por el sujeto al cual ha de aplicarse el precepto; el material, o sea la cosa sobre que se ha de ejercitar el derecho declarado; y, el acto humano que lo determina.

Investigando sobre el derecho público o sea el correspondiente a la organización oficial del Estado (1), nos hallamos en presencia de la personalidad colectiva, constituida por la concurrencia de todos los hombres que pertenecen a la misma patria. Los bienes de que el Estado ha de servirse, son también cosas aprovechables para cumplir necesidades del hombre, cuyo uso, o se garantiza en común para su empleo social o se dedica al cumplimiento de los servicios públicos. Y las actividades que determinan la actualidad de cualquiera de sus derechos o los crea, consisten en el empleo de la energía particular de la persona investida de autoridad para tal acto. De semejante concurrencia, tanto en el derecho público como en el derecho privado, de los mismos elementos, nace un sinnúmero de complicaciones y dudas para la doctrina jurídica, cuando se trata de calificar o de instituir los diferentes procesos del derecho.

(1) Quizá alguien encuentre excesiva nuestra incistencia en torno de determinadas ideas, pero debe tenerse en cuenta que, correspondiendo a las bases fundamentales del sistema que desarrollamos, tienen importantes oposiciones en muy fuertes sectores de opinión de la ciencia jurídica, por cuanto se proponen innovar los antiguos elementos de juicio.

La presencia continua e insustituible del sujeto individual para cumplir los fines del Estado atendiendo a los servicios públicos indispensables, ocasionados por la naturaleza colectiva de la personalidad social; han causado y causan efectos perturbadores de los más graves, tratándose de la política como teoría y de los actos administrativos o de autoridad ejecutados por el Gobierno. Particularmente el problema se muestra con sus más ponderados relieves al determinar la efectiva realidad de un sujeto de derechos diverso de los individuos que contribuyen a formarlo, con necesidades y exigencias peculiares suyas y no correspondientes a los asociados en su calidad de personas particulares. Así, el hombre revestido de autoridad, en la misma función pública que desempeña aparece con este doble atributo personal: el carácter de representante de los intereses generales cuya efectividad reclama y gestiona, y los propios del mandatario, los personales deberes y exigencias a causa de la actividad encomendada.

El sistema de explicar todo por la concurrencia de los componentes y sus atributos particulares aislados, procede con suma frecuencia de no haberse analizado los resultados sino el modo de prepararlos, considerando las fuerzas como unidades de energía sin procurar trabarlas en un cuadro de actividad común que, como en la química nos de una combinación y no una suma. Esto sobre todo al tratarse de los componentes humanos, ennoblecidos con la ficción de una suprema y alta dignidad que al hombre queremos

atribuirle como sujeto de voluntad en su querer libre. De esta manera nos figuramos que somos factores decisivos de cuanto en torno nuestro sucede, en vez de reconocernos, como nos lo demuestran los sucesos de la existencia diaria, con el carácter de puros elementos condicionantes.

Si calculamos el alcance de nuestros actos y las consecuencias de cada procedimiento particular, habremos de convenir en que se desvirtúan con excesiva frecuencia para dar resultados insospechados e insospechables. (1) La verdad es que el hombre aparece a cada instante, dentro de la marcha de la vida social, con destino equivalente al que tiene cualquier célula en el interior de los organismos pluricelulares. El uno y la otra sustentan la vida del sujeto de que forman parte, ejercen las funciones que para la permanencia de éste les corresponden y preparan y cumplen el objeto vital colectivo (siendo víctimas sacrificadas, con frecuencia); pero además cumplen las operaciones necesarias para satisfacer las exigencias individuales.

(1) La lógica particular que dicta una conducta reflexiva, aparece constituida de experiencias individuales del sujeto y tiene campos de aplicación muy restringidos, desconociendo sobre todo el íntegro pasado de la especie. Por eso la experiencia nos permite anotar que la vida política regida por el puro razonamiento se halla condenada de ordinario al fracaso. La alta política es la intuición de los negocios antes que el cálculo justo de las probabilidades, sobre todo por virtud de la inestabilidad continua de las causas y la concurrencia frecuente de lo inesperado: las causas accidentales trastornan con su concurrencia repentina el curso de los sucesos.

La sociedad existe y es por el hombre, mas debe cumplir fines humanos colectivos y no particulares ni parciales. El hombre es miembro de una sociedad, factor activo de la misma y, en consecuencia, energía o fuerza dispuesta para el fin. Sólo que, como tantas veces he repetido en mis trabajos relativos a las sociedades naturales o agregados biológicos, es diverso el grado de independencia y las posibilidades de espontaneidad en los complejos y centralizados organismos llamados individuos y en las formaciones colectivas denominadas colonias y sociedades, apareciendo entre éstas últimas, siempre con mayor prestigio a medida que avanzamos hacia las colectividades humanas, la fuerza espiritual que liga antes que la coincidencia material. (1)

Tenemos por lo dicho, que hace falta contemplar al hombre en todo Estado o sociedad política, con las siguientes calidades personales: ya como factor de vida colectiva —incluyendo en este aspecto las funciones oficiales de toda clase que puedan corresponderle— ya como sujeto capaz de ordenar y dirigir la propia existencia en la esfera privada. Debemos reconocer, desde luego, que eso no supone dos categorías en lo absoluto aisladas, sino por el contrario sistemas que se compenetran en muchos casos; pues a los particulares se los facilita su desarrollo personal,

(1) Sobre el asunto, consúltese en particular la introducción a mi obra la Conciencia Social. Al aspecto político de la realidad social tratado antes, venimos a agregar el de la intervención particular en la realización del derecho.

se los garantiza y controla, en vista sobre todo del papel social que les corresponde y la parte de energía colectiva que dentro de un régimen de justicia les cumple satisfacer.

Entonces se comprende los múltiples aspectos personales concurrentes respecto de cada individuo. O se presenta en la escena jurídica con la calidad de miembro de una sociedad política determinada; debiéndosele considerar por tal razón en los diferentes países como ciudadano o extranjero y dotado de tales o cuales atributos políticos en esa virtud; o le corresponde socialmente cumplir el papel que a las circunstancias individuales que concurren a él atribuye el legislador, reconociéndole, en consecuencia, determinado estado civil; o tiene en su existencia privada —según el sistema prevalente en cada legislación— campo más o menos amplio para ejercitar las propias iniciativas, lo cual se mide por el conjunto de leyes imperativas impuestas al ciudadano, los preceptos facultativos inscritos en los Códigos y las reglas meramente interpretativas que contienen.

He ahí al hombre social sometido al derecho y regido por él; he ahí los papeles múltiples y concurrentes que le toca desempeñar. Es el reverso del aspecto externo de una colectividad natural humana organizada en Estado.

La materia de la nacionalidad y de la ciudadanía, si bien se relaciona principalmente con el derecho público, tiene tal importancia y consecuencias tantas para el Derecho Civil Internacional, que exige dentro de sus orientaciones un estudio

particular y detenido, que lo intentaremos cuando nos sea posible emprender en la obra de aplicación de los principios a la legislación nacional vigente. Por ahora bástenos señalar la insistente y fecunda labor emprendida para modificar el sentido de la nacionalidad humana, sustituyendo las antiguas fórmulas del *jus sanguinis* y el *jus soli* por lazos espirituales de integración.

Descontando desde luego en lo principal el papel político atribuido al ciudadano, por estar regido por los principios del derecho público, y sólo refiriéndonos a él en cuanto es límite de atribuciones respecto del extranjero en cualquier territorio o son deberes adscritos a la nacionalidad del sujeto fuera de la propia patria; el campo estrictamente delimitado para las investigaciones que nos corresponden, es el del derecho civil en sus consecuencias extranacionales, o con más verdad, las modalidades que toma el derecho civil cuando en el negocio interviene algún elemento extranjero. Equivale reconocer esto a decir que en lo relativo a las personas regidas por nuestro derecho, habremos de estudiar su estado civil, o sea el papel encomendado al sujeto, con las consecuencias de su capacidad o incapacidad, los estrictos deberes impuestos a la persona y el grado de espontaneidad permitida. El derecho social, por tanto, y el derecho particular, unidos los dos tradicionalmente bajo el nombre de derecho privado.

III

Motivos que justifican e imponen la aceptación de preceptos extranjeros dentro de un territorio.

Las ideas directrices del pensamiento del legislador, no solamente se muestran al concebir la institución social respectiva, sino que influyen constantemente al detallarla y al reglamentarla con vista a su permanencia. Por eso en lo íntimo de los preceptos concretos nos es preciso descubrir el fondo inspirador y la forma de expresarlo, para saber el objeto inmediato buscado aún en los mandatos que aparecen como de menor reglamento, y junto a ello aquilatar los elementos prácticos que ha llamado Huber reales de la legislación, para ver hasta que punto han influido ya en el precepto legislado o en que grado se perturbará éste por las exigencias de aquellos. Nosotros sólo investigamos en esta obra las proposiciones generales, pues la labor completa y suficiente requeriría la comprobación minuciosa en las legislaciones, con una amplitud excesiva para los límites de este trabajo.

Si se determinan conjuntos de condiciones personales que fijarán el papel social atribuido a cada grupo de ciudadanos dentro de la respectiva comunidad políticamente organizada, y se señalan, en virtud de semejantes circunstancias, límites a la actividad o reglas para su desenvolvimiento, o bien se disponen, se organizan debe-

res para cada individuo en su esfera y de manera conexa con otra u otras personas; ¿en qué medida o según cuáles principios habrá de hacerse todo eso dentro de un reglamento racional? Teniendo en cuenta, desde luego, el concepto y criterio que informa la respectiva institución, o sea el carácter intrínseco que se le quiso conferir. Por eso revertiendo los términos, se reconocerá el pensamiento legislativo aquilatan-do la calidad de sus mandamientos.

A la madre o al padre se otorgarán la administración y mando de la familia, según la tendencia patriarcal del grupo o hacia el matriarcado. Las sociedades aristocráticas cuya base es la riqueza y el dominio, defenderán las vinculaciones y los derechos del primogénito. Los grados de transición del salvajismo a la cultura, expresanse rodeando a la propiedad de excesivas sanciones de orden religioso, político y de naturaleza penal; lo mismo entre los curumbas del Indostán (1), quienes amalgaman las ideas de riqueza y de religión, que entre los señores feudales de la Edad Media o la Asociación de Agricultores del Ecuador que la confunden con el

(1) E. Ruclius nos afirma en el t. II de su obra *Los Primitivos*, lo siguiente: "Han comprendido (los curumbas) la religión y la propiedad como cosas inseparables; la una hace a la otra; la Providencia suya funciona como guarda civil de la riqueza y guarda rural de la opulencia".

principio de la dignidad humana. (2) Es que se apartan tanto de la naturaleza de las cosas y de la rectitud humana el agreste individualismo del propietario, que hay que buscar en ficticios principios sus fundamentos mientras la tradición no lo consagre.

Y luego de la teoría jurídica su realización práctica, a cuyo efecto concurren los condicionantes verdaderos del hecho, fortificando la doctrina, comprobándola o desnaturalizándola; ya se llamen esos condicionantes personales, o relativos a los bienes o causados por la costumbre y la tradición.

Después de las indicadas razones es fácil apreciar que, los fundamentales aspectos inscritos entre los problemas del estado civil son dos: la constitución social con sus atributos objetivos y las calidades individuales de los sujetos que la mantienen. El primero de los aspectos señalados, con sus íntegras consecuencias sociales y jurídicas, sólo se apreciará en su plenitud, cuando analicemos el significado del orden público y los razonamientos que nos han de guiar para reco-

(2) A poco de haberse publicado un irritante y absurdo manifiesto a la Nación lanzado por la Sociedad de Agricultores y redactado por un juriconsulto a esta fecha fallecido ya, transcribi, para oprobio de esa Corporación las siguientes frases de ese manifiesto en mi obra *Naturaleza del Poder Público*, etc. "El derecho de propiedad es absolutamente necesario, para que la existencia se conserve, adelante, se perfeccione y se mantenga incólume la personalidad humana". "La conciencia y el honor, eliminada la propiedad, palabras vanas". La conciencia y el honor para los responsables de tan hermosa pieza literaria, se confunden con las funciones nutritivas.

nocerlo en cada caso; y si bien no desconocemos ni habremos de callar las mil maneras de compenetrarse los dos aspectos, lo más urgente para nosotros por el momento es señalar los condicionantes del vivir individual en la esfera privada.

Si se contempla una sociedad cualquiera dotada de factores personales a quienes se los disciplina para la permanencia colectiva, se los está considerando en su calidad de actores dispuestos a cumplir un determinado papel social; y si se mira por la parte que se refiere al propio individuo, tendremos que contemplarlo rodeado de un ambiente jurídico en vez de otro y cumpliendo cierto reglamento de vida. Entonces resplandece con toda plenitud ante nosotros la idea de que, por el objeto cuyo cumplimiento pretende el legislador al estatuir sobre el estado civil, sólo cabe aplicarse a los elementos permanentes de la respectiva colectividad política, presentes o ausentes, pero unidos por el deber de la ciudadanía.

Y digo por el deber de la ciudadanía, por cuanto lo que se presenta en semejante caso a nuestra atención, es esa manera de sometimiento del individuo de quien se trata al poder del Estado, descrito en la doctrina con el nombre de soberanía personal.

El hombre no se desliga por completo de las autoridades constituídas dentro de su patria por el mero hecho de abandonarla, como no se le absuelve tampoco de la integridad de sus deberes ni se le arranca sus derechos políticos. Y

esto es así a causa de que el organismo del Estado no se establece por la pura continuidad de partes en el espacio, sino de modo predominante por la continuidad de conciencia, (1) expresada exteriormente por la voluntad explícita o no de pertenecer a la misma patria. Y así como al gobierno le corresponde proteger al ciudadano aún fuera del propio territorio, tiene autoridad y mando sobre sus súbditos. El ciudadano es el factor activo y sustancial de la permanencia del Estado, descuidarse de él sería descuidar la vida social y preparar la muerte colectiva.

Y tal sistema de precauciones ni perturba ni daña al país extranjero que lo reconoce y acepta. No perturba, por cuanto sólo se permite el empleo en la medida que no cause trastornos en el orden interno. No daña al pueblo que acuerda ese reconocimiento tampoco, porque nada de lo suyo le toma el extranjero: el Estado nacional dispone de lo que le pertenece —el ciudadano— y que a su soberanía se halla sometido. Si hay algún resultado internacional para los pueblos así relacionados, es en extremo favorable, pues se devuelven mutuamente los servicios recibidos al reconocer cada uno al otro las mismas facultades. Pero el aspecto señalado en este instante es sobre todo de política y se refiere a deberes inherentes a ella; mas hay otros motivos, quizá fundamentalmente superiores, para llegar a afir-

(1) Se justifica por esa circunstancia el tan incistido anhelo de solo permitir la permanencia de los Estados nacionales, unidos por efectivos vínculos de raza, tradición y espíritu.

maciones concordantes respecto del derecho social o el particular de carácter extranjero.

La sociedad civil es, como hemos venido insistiendo, una comunidad espiritual que se perpetúa en el tiempo. Permanece a causa de sus componentes personales, sobre quienes reobra constantemente confiriéndoles una fisonomía particular; y es de esta manera que a pesar del cambio de los individuos que forjan la historia de un pueblo, éste continúa viviendo. De ello deduce el criterio menos perspicaz la naturaleza jurídica que corresponde al sujeto en calidad de ciudadano, y de ahí también las notas del derecho privado que son convenientes para la persona extranjera.

Se aprecia en semejantes términos el servicio recibido y devuelto, causando lazos de concordia y amistad entre las naciones, por cuanto favorecen mutuamente sus legítimos intereses desvaneciendo cualquier recelo que pudiera oponerse a la comunicación e intercambio entre los hombres de todo el mundo. Pero aquellas son las consecuencias no los motivos reales y suficientes, que al reconocerlos, nos induce a preferir el precepto extranjero sobre el nacional en el asunto en debate.

No consiste la aplicación de las reglas del Derecho Civil Internacional en mera tolerancia de ajenas potestades, ni es en esencia auxilio prometido y prestado entre soberanías concurrentes; son los atributos del derecho nacional de cada pueblo poniéndose en acto y convirtiéndose en eficaz. No transige tampoco un Gobierno



con otro, como piensa Pillet, para que se gradúe y pese el poder, la energía de exigencia del derecho respectivo; de donde ha procedido para el sabio tratadista francés la fórmula del máximo respeto a cada soberanía; pues si en una restringida parte aparece el deber de no contrariar al ciudadano en el cumplimiento de sus obligaciones: como cuando se le exime de algunos cargos políticos o del servicio militar, o se rechaza los actos ejecutados en fraude de una ley; lo más común es que se atienda a la naturaleza intrínseca del precepto, a sus fundamentos teóricos y prácticos y a las exigencias de su eficacia, para preferirlo en sus virtualidades sustanciales, antes que preocuparse de la autoridad o poder de donde emana. Puestas de relieve estas circunstancias, no puede decirse que haga entonces la Autoridad extraña el papel de guardián y defensor de los intereses de otro Estado o de policía perseguidora de todo obstáculo opuesto a su desarrollo soberano; elige sólo la ley más conveniente dadas las circunstancias condicionantes, y como ya la encuentra dictada la prefiere sobre la que formularía el mismo y por propia decisión la pone en vigor.

Lo que nos parece quedar esclarecido por los análisis hechos hasta aquí en el presente párrafo de nuestro estudio, es que con semejante procedimiento queda a salvo la integridad de los poderes soberanos de todos los Estados concurrentes, no se los ha restringido a ninguna colectividad política en provecho de otra, únicamente las naciones disciplinan y ordenan los factores

de la propia subsistencia con beneplácito de las demás. No sólo se respeta sino que se fortalece el primordial interés protegido por la asociación internacional de los pueblos, y dentro del derecho político se legitima el reconocimiento y aplicación de regla o precepto extraño.

--- -- --

Apreciado el aspecto social del problema, el segundo grupo de consideraciones se refiere al individuo particular en su esfera privada; en cuanto este ordena la propia existencia sin preocuparse, o preocupándose indirectamente, de su calidad de factor colectivo. Y en este sentido los beneficios apreciables son talvez más extensos y más excelentes.

Manteniendo a la persona individual en la condición jurídica atribuída por el legislador nacional y respetando las directas consecuencias que de ahí proceden, se evitan cambios inesperados e injustificables para los cuales no estuvo preparado el sujeto y que rompan la armonía de un adecuado desarrollo del derecho particular. No olvidemos que, al establecerse un estado civil correspondiente a cualquier individuo, nos hallamos en presencia de una especie de sistematización graduada de derechos adquiridos, cuyas consecuencias en el tiempo se amplían en múltiples resultados. Es algo que está dado y debe permanecer dentro de la respectiva trayectoria, mientras circunstancias sobrevinientes y que

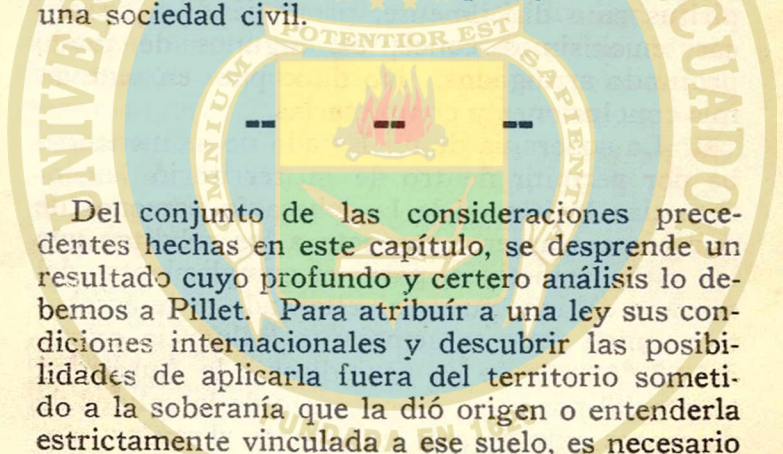
modifiquen de modo sustancial la condición de la persona no impongan un cambio de estado civil.

No cabe desconocerse que la continuidad de la vida jurídica perteneciente a la persona particular es el gran principio sustentado por el derecho subjetivo, sin cuya concurrencia caen por tierra gran número de sus postulados. Efectivamente, sometiéndose la actividad humana a las reglas legales vigentes en el instante de practicarse el hecho origen y motivo del derecho, éste se constituye y por su inicial virtud permanece. Mas, de cada facultad legítimamente establecida se desprenden de ordinario múltiples consecuencias en el espacio y en el tiempo, condicionadas o deducidas del referido acto inicial. La vida del derecho transcurre eslabonándose el presente con el pasado y con el porvenir. Además, la ciudadanía representa un aspecto del estado civil del individuo (1) que dota de determinadas características a la persona y le promete algu-

(1) La técnica legislativa y jurídica en general, con alguna frecuencia distingue la ciudadanía de la nacionalidad, porque la primera expresa facultad de ejercer los derechos políticos —capacidad actual de ese ejercicio podríamos decir— y es la segunda sólo aptitud, potencia para llegar al ejercicio de la primera. En tal virtud se designa a la nacionalidad como ciudadanía pasiva y a la propia ciudadanía se la llama activa. Nosotros que no queremos por el momento penetrar en los problemas suscitados por esta materia ni por lo mismo insistir en el sentido técnico de los términos, únicamente debemos decir que tomamos a la ciudadanía en este instante con un significado especial, esto es, como la íntegra situación jurídica del individuo que pertenece a una sociedad política en calidad de miembro de ella.

nas posibilidades, y siendo así, la efectividad de tales atributos se vincula con el respeto internacional de los mismos.

La naturaleza de las facultades jurídicas adscritas a la ciudadanía, dan, por consiguiente, preferencia a un estatuto que permanezca adherido al hombre, como un equipo de derechos personales o como un patrimonio de esta clase (según expresión antes usada por nosotros) y que le arma, le asegura y defiende en toda circunstancia y momento. Por estos medios ha de permanecer su fisonomía política y su máscara jurídica de habitante de un país y miembro de una sociedad civil.



Del conjunto de las consideraciones precedentes hechas en este capítulo, se desprende un resultado cuyo profundo y certero análisis lo debemos a Pillet. Para atribuir a una ley sus condiciones internacionales y descubrir las posibilidades de aplicarla fuera del territorio sometido a la soberanía que la dió origen o entenderla estrictamente vinculada a ese suelo, es necesario investigar la función social que le corresponde cumplir. Esto significa una coincidencia en el fondo con la idea, si vaga, excelente para iniciarnos, debida a Savigny, aquella de consultar la naturaleza de la relación jurídica; una vez que, como medida de eficacia aceptada y prote-

gida por el Derecho Internacional, es válido con toda su amplitud el principio de la cooperación entre los pueblos.

Una vez más nos toca recoger, agrupar y sintetizar los resultados obtenidos con el desarrollo de las ideas puestas en consideración por nosotros en las páginas precedentes. Procuramos con empeño deslindar, en la medida que corresponda, nuestra materia de la política de relación entre los pueblos, desvaneciendo al mismo tiempo los temores manifestados por la susceptibilidad egoísta de las soberanías concurrentes; lo cual por su novedad no penetrará en los espíritus sino difícilmente, proponiéndose rectificar muchísimos conceptos, algunos de modo profundo arraigados. No dudo pues en renovar mis conclusiones y completarlas.

1º La soberanía de un Estado no se menoscaba por permitir dentro de su territorio las influencias legítimas de la soberanía personal de poderes extranjeros respecto a los súbditos que les están sometidos, para el cumplimiento del servicio debido; pues por ello nada se le arrebató a quien permite semejante influencia extraña. 2º A más de no perjudicarse la Autoridad territorial por el reconocimiento de la validez de preceptos extranjeros legalmente dictados, debe sentirse favorecida, por cuanto se vincula con firmeza de esa manera a la propia patria a los respectivos ciudadanos por quienes ella prosperará y habrá de permanecer. 3º De los anteriores reconocimientos no se desprende —a no ser en casos excepcionales— el deber de la soberanía

territorial de garantizar los mandatos de extranjera autoridad. Por eso no le corresponde reclutar por la fuerza a los soldados llamados por la propia patria a defenderla, ni castigar tampoco la desertión; y ni siquiera se encuentra facultada, dentro de las costumbres actuales, para hacer cumplir el castigo impuesto por tribunales de otro país y únicamente su deber se reduce a entregar al criminal reclamado de acuerdo con los preceptos de la extraterritorialidad.

4º En orden al derecho privado, es deber de estricta justicia para toda soberanía, el hacer que se respete de la manera más eficaz los legítimos derechos adquiridos por la persona individual, impidiendo al mismo tiempo que se quebrante el régimen jurídico al que se halla sometida. A consecuencia de lo dicho, el Estado extranjero a pesar de no hallarse constreñido por el deber de vigilancia para que se cumplan los actos de autoridad de quien dictó la regla, está sujeto racionalmente, por equidad y justicia, a preferir la ley de otra nación que regule la vida de los ciudadanos de ésta. Y, 5º en lo internacional, el objeto correspondiente a cada uno de los Estados, deben ser fines mutuamente comprendidos y aceptados por todos ellos.

IV

Deducéanse de razones dignas de atenderse con detenimiento, la causa de nuestra preferencia de la ley nacional para el establecimiento del estatuto de las personas.

Y estamos ya en posibilidad de comprobar de modo fácil y a primera vista, el por qué de nuestra preferencia, en calidad de estatuto personal, del correspondiente a la patria del individuo sobre el del domicilio que elija.

La patria no pierde a sus ciudadanos sino por el hecho de naturalizarse éstos en otro país, y hasta se comienza a aceptar que ni por este medio los pierde, permitiéndose entonces la concurrencia de varias nacionalidades en el mismo sujeto. Este criterio, no generalizado todavía, puede llevar consigo en la práctica jurídica de estos momentos un cortejo inmenso de dificultades insalvables sin un cambio total del régimen en la materia. Subsistiendo los antiguos criterios de un modo general, se debe recordar que los cambios nacionales requieren hechos de cierta trascendencia y voluntad explícita y clara para producirse. Y ésto a causa de los resultados prácticos, de naturaleza jurídica y política de tales cambios.

En verdad las consecuencias son graves y múltiples: ya al contemplarse el problema por parte de los Estados que pierden o adquieren

nuevos ciudadanos, ya respecto al mismo sujeto que semejantes cambios provoca. El despoblarse total o parcial de un territorio podría ser la consecuencia política, en especial si se trata de los cambios de nacionalidad por grupos a causa de una invasión u otros móviles inmigratorios; o podría permanecer poblado el suelo respectivo pero haber muerto el Estado, cuando la conquista anexa o cambia el régimen estatal. Y constituye para el individuo una posición jurídica particular, desligada, en una parte importante, de su vida precedente de derecho y de su antigua posición social dentro del Estado. Sin embargo mucho de lo antiguo permanece en sustancia o en sus consecuencias, demostrando una vez más la parte del patrimonio individual que no se confunde con la permanencia política. En todo esto es fácil anotar peligros reales nacidos del cambio ciudadano que precisa atenuarse en la medida de lo posible.

No puede negarse al hombre la facultad permanente de cambiar de patria, cuantas veces sus intereses particulares así lo exijan o el sujeto así lo resuelva. (1) La naturaleza de la sociedad humana, de base sobre todo psicológica y, dentro de restringidos límites, voluntaria —en el presente aspecto, por cuanto puede conceder satisfacción a una preferencia sobre otra— da,

(1) Las dificultades introducidas por el derecho público para el cambio de nacionalidad, tan empleadas en antiguos tiempos, van restringiéndose cada vez más, especialmente en cuanto tienden a favorecer las nuevas adquisiciones.

y tiene que dar eficacia a las decisiones particulares ligantes o que desvinculan, limitadas por otras causas efectivas difíciles de romper.

En uno y otro caso —ya el individuo permanece dentro de su nacionalidad de origen o adopte distinta— reconoce o tolera ciertos compromisos de sumisión que le ligan a la patria de manera continua y se siente miembro del grupo social respectivo, participa por fuerza de las circunstancias de vida, de los colectivos instintos, preocupaciones y necesidades, y se une a los demás ciudadanos y coopera con ellos para cumplir con los fines sociales; pero le resta de continuo la facultad de cambiar la antigua patria por una nueva, desligarse de sus compromisos anteriores para aceptar otros. En esos términos, no muy extensos ni de continuo empleo, se confiere a los particulares el grado de libertad compatible con la existencia social y sus exigencias primordiales. Cuantas veces es una inquietud obsesionante la de cambiar de patria, pero las circunstancias, superiores a nuestros deseos y esfuerzos, nos atan y retienen. Por su parte el Estado le incorpora al grupo político respectivo, le convierte en elemento social de su permanencia y le da un lugar dentro del organismo colectivo, por encima de cualquier circunstancia de lugar y tiempo.

En último término nos hallamos en el caso de afirmar, que el hombre define y completa por su propio querer, cuando las circunstancias lo permiten, los sistemas de asociación que la naturaleza prepara e impone.

Mientras eso es la patria y la nacionalidad del hombre a ella inherente, el domicilio no significa sino una circunstancia eventual desprovista de propósito permanente y alejada, de ordinario, de cualquier idea política. El ciudadano domiciliado en territorio extranjero, sigue considerándose miembro de la antigua colectividad. No únicamente las virtudes, los mismos vicios comunes con los de sus compatriotas los unen con más firmeza que cualquier vínculo voluntario al grupo abandonado de modo transitorio, mucho más si coincide su querer con los atributos de sus afinidades.

Por otra parte la patria, insisto aún, no lo releva al domiciliado en otro lugar, de sus obligaciones de ciudadano ni lo priva de sus derechos nacionales. Con él se cuenta cuando se halla en peligro el propio suelo, llamándole a su defensa, y se vuelve a él los ojos cuando las condiciones personales lo señalan apto para las magistraturas.

Y como elemento de juicio práctico concurrente para afianzar la tesis que en este instante demostramos, quizá nos haga falta concluir también hoy con los términos que lo hicimos en otro lugar (1): que hay un signo o muestra por el cual puede fijarse en la práctica la ley preferente, en todo caso de colisión entre varias que concurren, aquella del lugar de los resultados de mayor permanencia para el hecho al cual

(1) Consúltese el primer tomo de esta obra.

se aplica o del que procede. El estatuto personal, que rige la familia y el estado civil del individuo, tiene sus resonancias continuas e indefinidas en la patria, traspasando aún la propia vida individual, cuando se investiga supongamos, los derechos sucesorios.

El domicilio, proceso voluntario sobre el cual la decisión personal es árbitro para resolver, por cuanto lo fija el hecho de la residencia acompañado real o presuntivamente de la intención de permanecer —según la definición de nuestro Código Civil y las aplicaciones a que fuimos conducidos en el tomo primero de esta obra—; debe calificar al derecho aplicable a determinadas consecuencias de los actos del hombre sometidos a reglas facultativas.

El hombre domiciliado es sólo un huésped, una personalidad que momentáneamente descansa en nuestro suelo, a quien le prestamos consideraciones y auxilio, le permitimos contratar, obligarse y adquirir, factor actual y concurrente de actividades humanas, pero que es siempre un extraño cuya desaparición ni nos sorprende, ni nos inquieta, o mejor, cuya desaparición siempre esperamos. En nuestra propia psicología social, los extranjeros que casi monopolizan el comercio interno, a veces viven muchos años en la tierra acogedora; pero la patria los llama con sus recuerdos, los insta con sus afectos y casi nunca podemos contar con ellos como miembros permanentes del grupo político donde residen. Para el domicilio predo-

mina la elección del sujeto, para la nacionalidad las circunstancias de su existencia. (1).

No hace falta insistir más sobre el punto de vista elegido para establecer el estatuto personal, sin embargo de ser tradicionalmente en nuestra materia la disputa de la nacionalidad y del domicilio para la fijación de tal estatuto, el objeto de las más largas exposiciones. Hay no obstante un problema relacionado con este asunto que reviste particular interés, y se vincula con la preferencia concedida en cada legislación, ya al uno ya al otro de los sistemas, pudiendo producirse por lo mismo una concurrencia de ambos en el mismo problema; en semejante caso ¿cómo debe procederse a la elección? Este problema ha dado origen a la teoría del reenvío.

Exposición y crítica de la teoría del reenvío.

Se conoce con el nombre de reenvío, una teoría por la cual la aceptación en determinado territorio de cierto sistema de estatuto para la persona, está condicionada en la práctica por las

(1) Es inútil que nos hagamos la ilusión de haber conquistado a los extranjeros que nos visitan y que viven por muchos años en nuestra tierra, a menos de haberlos ligado con vínculos familiares; pues de otro modo tarde o temprano abandonan nuestro suelo, las amistades aquí adquiridas no los retienen, y olvidando a la larga las injusticias sufridas en la propia patria, retornan a ella.

variaciones introducidas en la legislación patria del sujeto al cual ha de aplicarse.

Conocida la doble posibilidad de la ley del domicilio y la nacional, la cuestión estriba en saber a cual le corresponde la preferencia, cuando un sujeto que se halla en territorio extranjero quiere hacer valer su propio estatuto que no se encuentra de acuerdo con la doctrina legislativa territorial sobre el modo de determinarlo. Supongamos que se discute la situación de capacidad de un argentino mayor de veintiún años pero que no ha llegado todavía a los veintitrés prescrito por el Código de la Argentina para la mayor edad, y el asunto va a discutirse en el Ecuador donde tiene su domicilio esa persona.

Habiéndose dispuesto en nuestro Código Civil que el ecuatoriano aun cuando resida o esté domiciliado en otro país, se encuentra sometido a las leyes de su patria en lo relativo a su estado y capacidad; se ha preferido en la República como sistema de estatuto personal el de la nacionalidad del individuo. Por lo mismo, al atenernos a sólo nuestro Código, habríamos de resolver el caso aplicando el texto correspondiente de la ley argentina y tendríamos que decir que es menor de edad. Más sucede que en la Argentina el aspecto internacional adoptado sobre la materia es el del estatuto personal regido por las reglas del domicilio. ¿Cuál entre los dos criterios elegir? Tenemos dos leyes imperativas gravitando sobre el mismo sujeto y con valor opuesto ¿cuál ha de ser sacrificada?

Quienes aceptan o practican la teoría del reenvío, fijarán la mayor o menor edad investigada por el número de años determinados por nuestro legislador para el efecto, a causa de considerar que si bien nuestro derecho se refiere a la ley nacional, en el caso propuesto esta ley le devuelve la competencia, al tratarse de súbditos argentinos domiciliados en nuestro territorio. La mayor parte de los autores franceses rechazan formas semejantes de apreciar el sistema de aplicación de los preceptos, por conceptuarla contraria al objeto que se propuso el legislador de cada país al señalar el régimen competente.

La argumentación repetida de continuo, ampliada a veces y esclarecida en algunos de sus puntos por los opositores al reenvío, es la de Labbé, comprendida sustancialmente en los siguientes términos: "Poco importan que la ley extranjera no adopte el mismo principio que la nuestra en la determinación de la ley competente, ni debemos inclinarnos delante de la ley extranjera para adoptar una teoría de Derecho Internacional; nosotros tomamos de la ley extranjera la solución de un punto de derecho relativo al fondo de la cuestión, y decimos a nuestros jueces: esa es, según nosotros, la solución justa y correcta que ordenamos observar".

Y recordando los términos sobre los que Lainé ha insistido: lo principal es no confundir la teoría internacional aceptada por el legislador y la ley interna de cada pueblo aplicable al caso particular planteado. Descubrimos por otra parte en la tan calificada obra de Pillet estas en-

señanzas: "Cuando se dice que el estatuto personal de un individuo lo regula su ley nacional, no significa que será su ley nacional la que determine qué estatuto ha de dársele, si no que significa que las disposiciones de esta ley nacional le servirán de estatuto personal. Resolver de otra manera equivale a decidir implícitamente que, sobre la determinación del estatuto personal la Francia está ligada a la manera de ver de un país extranjero, aún cuando eso contrariase a la doctrina recibida en Francia sobre la cuestión, y esta idea es absolutamente contraria a la respectiva igualdad, a la independencia de los Estados en la determinación de las reglas de Derecho Internacional" (1) Sería como si el legislador nuestro hubiera querido desentenderse del problema, piensa Despagnet, echando la carga sobre el extranjero (2). En fin, se ha argumentado que en lógica interpretación nos encontramos ante un círculo vicioso interminable, por cuanto si un legislador envía a otro la solución de un problema y éste lo devuelve, es posible de continuo recomenzar el indicado juego de inhibiciones.

(1) Pillet ob. cit. Este autor explica por qué la práctica da preferencia al reenvío, teniendo en cuenta que los jueces a todo trance procuran resolver los problemas por la ley nacional del Estado en el cual ejercen jurisdicción, a cuyo contenido están acostumbrados siéndoles fácil apreciar su sentido y su valor, en tanto que dar eficacia al precepto extranjero les exige mucho mayor estudio.

(2) Despagnet, Principios de Derecho Internacional Privado.

Realmente no encuentro muy claro el motivo por el cual ha de terminar el asunto con el primer reenvío, según lo ha contraargumentado Weiss, por más que haya afirmado el sabio tratadista, que al aceptar en virtud del reenvío la ley del domicilio supongamos, no se hace sino poner en práctica la ley nacional, la cual se propuso dejar el asunto al modo de reglamentarse en el domicilio; coinciden en tal forma lo pretendido por uno y por otro legislador, mantiene Weiss. Quizá convendríamos con el autor, si creyéramos que no se trata sino de un acto de deferencia o amistad del un Estado al otro y no de estrictos principios jurídicos que cumplir. (1)

En sentido equivalente al de Weiss, pero impresionándonos un tanto más con el análisis del proceso jurídico, nos encontramos con la doctrina de Fiore. Semejante doctrina declara: acatar el reenvío no es sino reconocer y dar eficacia al mismo objeto perseguido por el legislador de cuya competencia territorial se trata.

En la materia del estado y la capacidad personales, continúa, donde con más frecuencia se plantea el problema ¿qué hace el juez cuando reconoce y practica la teoría indicada? No otra cosa, piensa el autor italiano, que aplicar el estatuto personal; es decir el conjunto de reglas que acompañan por todas partes al individuo. (2) (Aquí, estatuto personal se toma con

(1) Weiss, Manual de Derecho Internacional Privado

(2) Fiore, Derecho Internacional Privado t. I.

el significado de patrimonio jurídico extraterritorial o que acompaña al sujeto por todas partes, con el sentido descrito en el anterior volumen siguiendo a Pillet).

Haciéndose eco de las mismas reflexiones otros partidarios del sistema, continúan argumentando en estos términos: al adoptar distinto procedimiento que el aconsejado en el reenvío, al sujeto se lo sometería a reglas diversas de aquellas que se le habrían aplicado dentro de la propia patria si se hubiera juzgado ahí el negocio.

Las discrepancias señaladas no tendrían nada de particularmente singular y fuera uno de tantos inconciliables criterios, tan frecuentes por desgracia en la materia de nuestro estudio, sin la intervención de la siguiente circunstancia muy digna de anotarse: es extraño en sumo grado la falta de coincidencia del punto de vista de cada autor en esta materia con la doctrina aceptada por el mismo sobre el significado y base política del Derecho Civil Internacional. Me parece en justa lógica que, quienes asignan a nuestra rama jurídica el carácter de un derecho privado interno aplicable al extranjero, teniendo en cuenta las circunstancias de su ciudadanía que le confieren una fisonomía particular ante el derecho nacional; no deberían mantener el reenvío. Y por el contrario, quienes encuentran que se trata de relaciones entre soberanías concurrentes y del acatamiento en un Estado de potestades extranjeras; deberían estar por él, como consecuencia de aquel deber de respe-

to al soberano mandato y de su pensamiento de elegir el interés predominante de un Estado sobre el de los demás.

He dicho que no existe la correlación que corresponde entre la teoría fundamental adoptada para nuestra ciencia y el modo de comportarse con el problema del reenvío, y esto es fácil de constatar en gran número de autores. Por lo pronto veamos en Pillet. Su postulado fundamental consiste en el máximo respeto a las soberanías, procurando en caso de conflicto seleccionar el derecho más valioso del Estado concurrente. Sin embargo, nos afirma que no es posible aceptar la interpretación extranjera de una regla internacional contraria a la de nuestro país, por cuanto sería supeditar un Estado a otro, en cuanto al concepto de la respectiva relación. Pero ¿el interés más valioso no está de parte del legislador que cuida de sus propios ciudadanos y de la calidad jurídica que les corresponde? Si el respectivo legislador renuncia a la autoridad concedida a sus mandatos en el mero concepto de reconocimiento y garantía a sus actos soberanos, según piensa el tratadista francés, ¿por qué nos hemos de empeñar en obligarle a aceptar una supremacía de su interés que él lo rechaza?

No descubro nada que pueda tener de deprimente para la soberanía de un pueblo, afirma Andrés Weiss, en que se le devuelva su competencia sacrificada por propia decisión, declarando que se lo permite aplicar los preceptos del derecho civil interno. Foinegt ha replicado con-

tra semejante objeción: cada Estado es dueño de fijar los límites de su potestad soberana en vista de la concurrencia internacional de otros pueblos, y el reenvío viene a modificar esta facultad, la primordial entre todas. (1)

Personalmente estoy contra el reenvío, por consecuencia lógica de mi doctrina sobre el Derecho Civil Internacional, y por motivo además de mis ideas explicadas ya sobre el estado civil de las personas y los grados de su capacidad.

En el aspecto de la teoría general hemos dicho: la ley aplicable a la personalidad del extranjero en su calidad de sujeto particular tiene, salvo pocas excepciones, el carácter de preceptos de orden interno, distintos de los estrictamente nacionales que dicta para sus súbditos el respectivo pueblo, por las circunstancias diferentes del sujeto al cual corresponden regir. Es como si el legislador nacional dijera: dados éstos antecedentes individuales la regla se modifica en éste o el otro sentido.

(1) René Foignet Manual elemental de Derecho Internacional Privado. En el párrafo de esta obra titulado *etat de la question*, demuestra el autor que el rechazo del reenvío es lo más común en la teoría francesa, si bien los tribunales se han apartado de ella. Recuerda además algunas leyes de países extranjeros que han consagrado como sistema legislativo el reenvío.

Al deferir al pensamiento extranjero nuestro legislador cuando se trata del estado y capacidad de esos súbditos, no hace sino reconocer lo mejor capacitado que está para fundar un recto juicio sobre las condiciones jurídicas particulares del respectivo ciudadano, dado el papel social que se le atribuye; lo mismo debemos decir cuando la preferida es la ley del domicilio. Son leyes de aplicación interna pero dictadas por la influencia de los elementos de juicio extraños a nosotros; bien como se puede promulgar en una nación un Código originario de otro país, sólo que, variando las condiciones subjetivas para cada grupo de extranjeros, es imposible dictar reglas generales y aparece más sencillo adoptar las vigentes en cada patria.

Cúmplese de esa manera la regla de preferir el precepto que mejor cuadre a la naturaleza del asunto, según las ideas de orden internacional mantenidas por nuestro legislador, en concurrencia con el pensamiento jurídico particular de la autoridad competente.

Es a causa de semejantes motivos que al legislador territorial se lo debe considerar el único llamado a definir el sistema de estatuto personal que prefiere, sin que ninguna otra autoridad tenga capacidad para intervenir en tal definición y desvirtuarla. Pienso, afirma en el fondo el Código Civil de cada Estado al tratarse de esta materia, que a causa de los antecedentes y de los casos de aplicación de tal o cual mandato, sólo los preceptos nacionales —o los del domicilio— podrán regir debidamente al sujeto, pues

allí está la clave de sus atributos y deberes. Entonces nos hallamos obligados a mantener el criterio del legislador que tiene el ejercicio de la soberanía dentro del territorio, ya que la regla definida por quien tiene derecho de hacerlo reviste además la calidad de precepto imperativo.

VI

Formando parte integrante de la personalidad o deduciéndose de su concepto inmediatamente, por lo menos, está la capacidad de obrar del sujeto.

Del estado civil reconocido para las personas, dijimos en otro lugar (1), procede su capacidad de obrar; o sea el conjunto de derechos, de posibilidades y de obligaciones que la ley concede o impone al hombre que se encuentra en las previstas circunstancias; si bien no todas esas calidades jurídicas son realidades actuales, muchas permanecen en la categoría de expectativas, que se convertirán en facultades exigibles por propia determinación desde cuando se adquiriera la denominada capacidad de obrar. Mas, es conveniente manifestar como, si la ley que crea o constituye el estado civil es absolutamente obligatoria, las potestades, cargas y perspectivas que de ahí nacen, unas son facultativas y sólo otra parte de ellas obligatorias.

(1) Consúltese el tomo primero de esta obra.

Y cuando contemplamos al hombre en su condición social y con los atributos privados que hemos dicho, nos es fácil constatar grados de capacidad en él determinables de la siguiente manera: la capacidad plena, la capacidad limitada y la incapacidad. A la incapacidad le llamo grado y no ausencia de capacidad jurídica, porque no existen —en los pueblos civilizados de hoy o que los denominamos tales— hombres absolutamente desposeídos de todo derecho o siquiera de toda facultad para ejercitarlos personalmente. Ni aún dentro del bárbaro sistema de la muerte civil ni tampoco para el absolutamente incapaz, se aplican tan exorbitantes consecuencias.

Pero es indispensable fijar de modo claro las clases de capacidad de que se habla cuando nos referimos a ella sin otra especificación. Se trata, como ya lo explicamos en el tomo anterior, de la capacidad de obrar, o sea, de aquella facultad por la cual se ejecutan, con consecuencias jurídicamente protegidas, actos resueltos por propia decisión.

Circunscrito en esos términos el efectivo contenido de la palabra capacidad, es fácil comprobar en la práctica nuestra afirmación precedente, de que no existe persona alguna desprovista en lo absoluto de ella. La muerte civil que arranca al sujeto todo derecho de propiedad, no llega a privarlo sin embargo del derecho a alimentos (Art. 315 del C. C. ecuatoriano) que podrá demandar personalmente el religioso con permiso del superior (Art. 43 del C. de E. C.)

En otro de los aspectos del problema, tampoco la plena capacidad supone una autonomía tal de la voluntad, que el individuo pueda querer o dejar de querer cuanto le parezca; sino la atribución —a la persona plenamente capaz— de todas las facultades jurídicas que ha creído el legislador puede otorgarse a los particulares y regirse a medida de su voluntad. El legislador nacional es árbitro para extender o limitar las facultades generales que concede al ciudadano: primer límite a la plenitud. Pero además sin que pierda su perfecta capacidad se le restringe a veces al individuo sus facultades en vista de determinadas funciones o actividades que desempeña, unas de carácter público y otras de naturaleza privada.

Sin olvidar las prevenciones que anteceden podemos continuar que, en lo relativo a la capacidad de obrar hallamos tres circunstancias diferentes con tres reglas legales de distinto alcance:

1° La absoluta incapacidad del sujeto, cuyas calidades de derecho se expresan por su incompetencia para ejecutar libremente los actos voluntarios llamados a dar consecuencias jurídicas. Al proceder de los incapaces absolutos actos de esa naturaleza, se tendrán en todo caso como no ejecutados, y, ni la ratificación del respectivo representante legal podrá validarlos. Tienen pues el carácter de absolutamente nulos y llevan las consecuencias que de ahí proceden, para

saber quienes puedan intentar la acción respectiva, para reglamentar la prescripción, etc. (1)

Tenemos por consiguiente una ley imperativa absoluta, rigiendo esta parte de la vida individual, por más que el interés inmediato que se halla en juego no sea el público sino el particular, expresado por la tutela impuesta a ciertas personas. Se implica en semejante reglamento el principio de la moralidad de las costumbres y de la equidad en los actos del hombre, buscando en ellos motivos de razón que los decida, por eso el reconocimiento de la falta de suficiente raciocinio para obligarse, conduce a declarar la incapacidad personal absoluta.

2° La incapacidad relativa corresponde a los menores adultos y a aquellas otras personas que, por circunstancias excepcionales suyas, se les priva de ejercitar la plenitud de sus actividades jurídicas, aún cuando hayan llegado a la mayor edad y gocen del suficiente discernimiento. Eso pasa, por ejemplo, con quienes se hallan en in-

(1) El Art. 1437 del C. C. ecuatoriano señala las personas naturales que son absolutamente incapaces en su inciso primero, y los designa: a los dementes, a los impúberes y a los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos, dice en el segundo inciso, ni aún producen obligaciones naturales y no admiten caución. Sin embargo pueden ocasionar responsabilidad por cuasi-delito. El Código argentino en su Art. 54 agrega a la enumeración de los absolutamente incapaces, las personas por nacer y las que en juicio han sido declaradas ausentes.

terdicción de administrar sus bienes por disipadores. (1)

Las incapacidades correspondientes a este segundo orden de personas no solamente son menos extensas —confiriéndoles entre diversas facultades la de disponer de sus bienes por testamento— sino que también pueden desaparecer por la intervención de otra persona, son susceptibles de vencerse momentáneamente o para un negocio particular (mediante la autorización de persona que legalmente se halle en capacidad de conferirle) y cabe respecto de ellos validarse el acto ratificándolo. Por semejantes motivos es que el legislador ecuatoriano ha permitido al representante de un menor adulto conferir a su representado la administración de cualquier parte de los bienes de éste, o aprobar y dar por bien hecho el negocio por él celebrado; todo bajo la responsabilidad del representante. Así mismo por ser la incapacidad relativa, la mujer casada y el menor adulto tienen libertad de disposición en determinados bienes de su pertenencia, los excluidos de la sociedad conyugal en las capitulaciones matrimoniales o los procedentes de su peculio profesional o industrial para el menor. (2)

(1) En la nota que Vélez Sarsfield puso al Art. 54 del Código argentino ya citado, declara no corresponder al número de los incapaces a los disipadores, y para justificar su resolución recuerda los motivos que para idéntico resultado se tuvo en el Código de Luisiana.

(2) Código Civil ecuatoriano: el Art. 248 dispone que los actos y contratos del hijo de familia, autorizados o ratificados por su padre y que no fueren celebrados dentro de su peculio profesional o industrial, obligarán al padre y subsidiariamente al hijo.

El que estudiamos es el segundo aspecto que reviste el reglamento relativo a la capacidad de las personas. Pero ya nos refiramos a la incapacidad absoluta o sólo se trate de la relativa, es fácil apreciar dentro de la legislación comparada diferencias de contenido más o menos significativas, o en cuanto a la extensión con que se aplica a los sujetos a quienes deben regir o en cuanto a la naturaleza de las consecuencias respecto de ellos. Podríamos recordar en calidad de ejemplos cierto número de circunstancias de derecho diversamente reglamentadas: entre ellas la antigua regla de la restitución *in integrum* concedida en favor de algunos incapaces y que se conserva todavía en determinados Códigos modernos, aun cuando la mayoría la rechaza. Volviendo a referirnos a la incapacidad del disipador, algunas legislaciones con la nuestra la mantienen, otras siguiendo la tendencia anglosajona la rechazan. En algunas legislaciones, como la española y la uruguaya, se acepta la regla de la habilitación de edad en favor de los incapaces por esta causa, mientras distinto concepto prefieren Códigos como el ecuatoriano.

En el orden de ideas de los grados de la capacidad, podemos descubrir una gama de matices abundantísima al referirnos a la mujer casada, desde las reglas más o menos próximas al *manus primitivo* de los romanos hasta las últimas innovaciones del Código ruso de la familia, donde se permite decidir entre los cónyuges cual debe ser el jefe de la sociedad doméstica. La equidad, en nuestro derecho, abrió la primera bre-

cha al dominio marital, permitiendo la separación de bienes en caso de insolvencia o administración fraudulenta del marido, para llegar a la llamada exclusión de bienes que no exige comprobación de motivos. (1)

La integridad de estas modificaciones legislativas nos va dando la impresión de arreglos sociales diversos, cuyo significado fuera posible señalar si analizáramos los fines políticos, económicos o éticos perseguidos. Por ahora nos basta constatar su existencia y atribuirlo a arreglos colectivos diversos con fines nacionales, para insistir sobre el punto de vista ya enunciado.

3º En fin, para la persona plenamente capaz sus actos se deciden de modo voluntario y en fuerza de este impulso se crean las consecuencias del derecho subjetivo. No es ilimitado el poder voluntario para ningún sujeto social, debemos reconocer, pero dentro del respectivo límite asignado como la máxima conceción por el legislador, la espontaneidad humana para decidirse, respecto del plenamente capaz alcanza su mayor influencia. En este campo la persona crea cada derecho singular, lo reglamenta y lo restringe o amplía, en la medida y con las cir-

(1) El justo aprecio de lo que entre las fuerzas económicas sociales suponen el hombre y la mujer, ha hecho que en la tenencia rusa no se acepte privilegio legal de ninguno de los sexos frente al otro. Ni la masculinidad triunfante y opresora, ni el feminismo conturbador, el conveniente equilibrio en los problemas humanos.

cunstancias permitidas. Sin embargo el papel que desempeña lleva consigo modificaciones jurídicas impuestas, no elejidas, a las que debe referirse las incapacidades particulares de que habla el inciso 4º del art. 1437 del C. C. ecuatoriano. Algunos funcionarios públicos no pueden ejercer su profesión, los miembros de una sociedad comercial no se encuentran facultados para un comercio separado sobre lo que es el objeto del tráfico social.

Ahora, si meditamos sobre el grado de eficacia o fuerza obligatoria de las leyes que regulan las tres condiciones señaladas, tendríamos que reconocer: un grupo de leyes plenamente imperativas —con pocas excepciones concedidas en lo tocante a ciertos actos que le favorecen— para los absolutamente incapaces. Hay leyes de capacidad que mandan pero que no excluyen las facultades individuales de reformarlas dentro de límites predeterminados, para el relativamente incapaz. Por último, los sujetos plenamente capaces tienen la mayor suma posible en cada país de espontaneidad para las propias decisiones.

En el ejercicio de los derechos que concede y de las obligaciones que impone cada estado civil, cabe igualmente hacerse las clasificaciones que hemos hecho a propósito de las leyes que regulan la capacidad; y así, algunos preceptos se imponen en calidad de mandatos absolutos: por eso el padre legítimo debe a sus hijos el cuidado personal, atendiendo a su subsistencia y educación (Art. 215 del C. C.), los descendientes

se hallan obligados a cuidar de sus ascendientes en cuantas circunstancias de la vida necesiten éstos de su auxilio (Arts. 213 y 214). Algunos derechos pueden ejercitarse o no sin que nunca se pierda la aptitud de exigirlos: tal el derecho de alimentos declarado en nuestro Código irrenunciabile, si bien pueden renunciarse las pensiones vencidas. Las características de esta segunda clase de potestades son: las de exigirse o no al arbitrio del dueño sin que quede en falta ante el derecho quien los debe, mientras no se lo pidan y de ser regida estrictamente por las leyes que las conceden desde el momento en que se solicita su cumplimiento. Y hay derecho estrictamente personales sometidos a la voluntad del hombre: el poder de administrar los bienes pertenecientes a la mujer conferido por la ley al marido, cabe limitarse o destruirse por convenio de los cónyuges y hasta por el sólo querer de uno de ellos, como en el caso de exclusión de bienes de la mujer casada regida por nuestro Código de Enjuiciamientos civiles. Se ha de tener en cuenta que si los derechos administrativos se conexionan con ciertas aptitudes o capacidades no se confunden, y así puede quitársele la administración al marido sin que por ello adquiera capacidad la mujer, por pasar la administración a un curador.

Insisto en mis anteriores apreciaciones porque sólo ellas justifican el análisis detenido que hemos hecho en el presente capítulo. Por las razones indicadas al sujeto particular se lo mira dentro del respectivo Estado, como perteneciendo a un grupo familiar o desprovisto de él, con facultades de ejercitar sus derechos por propia decisión o sometido a la vigilancia y protección ajenos, y de acuerdo con todas esas circunstancias dotado de cierto grado de facultades y de obligaciones. En la integridad de estos aspectos los pueblos han ejercitado su autonomía con resultados diversos, tanto en el contenido intrínseco de la institución como en la rigidez o flexibilidad reglamentaria. Predomina la familia civil de origen y contextura romana o las relaciones de parentesco y de deber nacidos de los lazos naturales entre las personas; es una u otra la época señalada para la mayor edad del hombre, y tanto en la mayor como en la menor edad los casos de vigilancia, control o auxilio del ciudadano son diferentes; también los derechos concedidos en cada circunstancia subjetiva y la amplitud de su empleo aparecen disconformes en las legislaciones. ¿Por qué? Porque cada personalidad es el producto del país al cual pertenece y es el elemento activo y conveniente de su trama social.

Sin corresponder estrictamente los tres aspectos de derecho descritos antes, con las tres

clases de mandatos legislativos que pueden descubrirse en todo Estado, de hecho los recuerdan.

Ciertas leyes mandan de manera incontrastable y sin excepción a cuantos se hallan sometidos a las circunstancias por ellas previstas; otras, sin dejar de ser obligatorias en la eficacia de su contenido cuando el sujeto quiere su aplicación, se hallan en suspenso hasta cuando la persona a quien corresponde decida exigir el derecho por ellas garantizado, y además insinúa algunas veces varias soluciones prácticas a elección del individuo; y hay preceptos cuyo sentido íntimo y objeto es el de completar los silencios dejados por la imprevisión de las partes en el negocio en el cual han intervenido por propia decisión, siendo en este sentido las reglas subsidiarias.

A las primeras se han denominado con el nombre de leyes imperativas; son las segundas de carácter facultativo, por surgir condicionadas por la voluntad del hombre; y se llaman interpretativas las terceras, por cuanto tratan de coincidir con lo que las partes hubieran querido si se hubiesen propuesto resolver de antemano las consecuencias originadas por el contrato que en la actualidad se presentan, con reglas de deber o de poder, así se comprende porque se las denomina también leyes supletorias.

Cuál pueda ser el fundamento de semejantes diferencias intrínsecas en la ley y cómo pueda influir en la materia de nuestro estudio, es lo que vamos a intentar descubrir en el capítulo siguiente.

CAPITULO DIEZ Y SEIS

NATURALEZA DE LAS LEYES IMPERATIVAS, DE LAS FACULTATIVAS Y DE LAS INTERPRETATIVAS, Y SUS CONSECUENCIAS EN LAS APLICACIONES DEL DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

Método aconsejado por el Profesor Antonio Pillet para distinguir las leyes de carácter privado en dos categorías fundamentales.— Formas que pueden revestir en su influencia sobre la voluntad del sujeto las leyes de orden privado. Motivos determinantes de aquellas diferencias.— Entre las leyes pertenecientes al estatuto personal —que por definición tienen la calidad de ser extraterritoriales— se encuentran preceptos imperativos, facultativos e interpretativos, según el interés perseguido con tales mandatos, no pudiendo por lo mismo este interés servir de guía para la clasificación internacional pretendida.— El reconocimiento del estado civil de las personas, como causa y principio de ciertos derechos adquiridos y expectativas jurídicas para el sujeto.— ¿A qué soberanía le corresponde de ordinario, atribuir derechos a las personas en calidad de tales?— Regla que debe determinar el campo de aplicación de la libre iniciativa del individuo.— Según que principios y mediante que reglas debe interpretarse, en nuestra ciencia, la voluntad de las partes en el campo del derecho que se halla regido por leyes interpretativas.— Conclusiones.

I

Método aconsejado por el Profesor Antonio Pillet para distinguir las leyes de carácter privado en dos categorías fundamentales.

Al analizar Antonio Pillet el fin social de las leyes de carácter particular o civil, dentro de su método de Derecho Internacional Privado, dice que el objeto del legislador al dictar un precepto de este orden, consulta siempre uno de los siguientes propósitos: o proteger a la sociedad contra el individuo o amparar a éste contra la sociedad. Aparece con netos aspectos de guerra y oposición el fin colectivo fundamental, desvaneciéndose el de la armonía o cooperación entre los hombres como productor de la permanencia de las instituciones.

Y ¿cómo se ha de distinguir en la práctica a cuál de los dos propósitos recordados por el autor francés corresponde una regla determinada? Investigando a quién aprovecha el cumplimiento de los preceptos inscritos en ella, nos responde. ¿Se limitan las facultades del individuo para vigilar su conducta y no permitir que los demás aprovechen de su inexperiencia para hacerlos convenir en negocios ruinosos? Nos hallamos entonces en presencia de la tutela del individuo, preocupándose el legislador de modo particular del interés privado. Pero este beneficio que se persigue no es práctico ni de modo suficiente se

lo resguarda si se desvanece con los límites territoriales del Estado en el cual se ha reconocido y garantizado, ya que el emigrante, el hombre fuera de su patria al encontrarse sin semejante tutela se hallara sometido a las vicisitudes y peligros que se los quiso evitar; por eso para dar los rendimientos que era legítimo esperarse, hace falta declarar tales prescripciones de carácter extraterritorial.

¿Ha prohibido el legislador el ejercicio del derecho de propiedad sobre determinados objetos de dominio para las instituciones llamadas manos muertas? Es fácil apreciar en semejante circunstancia que se procura defender el interés colectivo de los asociados preocupándose de remover obstáculos para la buena marcha de la economía nacional. Se revela entonces dominante la exigencia fundamental del principio de la generalidad, alcanzando a todos dentro del territorio del Estado. Si pudiera tolerarse al extranjero distinta conducta, no podría obtenerse el fin propuesto; las comunidades religiosas—dentro del ejemplo precedente—estuvieran facultadas a trastornar nuestra economía pública en su provecho, cosa a todas luces inaceptable. (1)

Bien, pero el interés o provecho a alcanzarse, a más de ser un criterio bastante equívoco, según hemos tenido ocasión de ver en otro lugar, no señala en las mismas leyes calificadas como

(1) Pillet Derecho Internacional Privado, traducción española.

territoriales o extraterritoriales los varios aspectos intrínsecos de las mismas; y más que eso, tampoco coincide con las calidades internacionales a que Pillet ha querido adscribir las. Supongamos los preceptos contenidos en el que denomina el autor francés estatuto personal —el patrimonio jurídico propio de cada individuo y que lo sigue por todas partes— y encontramos ahí, según hemos podido comprobar en el último capítulo: mandatos inflexiblemente aplicables al sujeto, por interesarse en su cumplimiento la propia permanencia colectiva; o condicionados por actos voluntarios de la persona, a causa de mirar al provecho individual y atribuirle facultades personales; o sujetos a nuestra espontánea decisión. (Sobre las indicadas calidades del estatuto personal nos corresponderá volver a tratar muy pronto).

Como último resultado de las afirmaciones de Pillet en el campo en el cual hemos penetrado, debemos recoger los siguientes principios que las sintetizan: que hay leyes de orden particular cuya eficacia sólo se consigue por virtud de su permanencia y continuidad en el tiempo, a medida que continúa la personalidad jurídica del sujeto al cual rigen; y son ellas las de naturaleza tutelar para beneficio del individuo. En sentido opuesto, los preceptos de beneficio social no pueden ni deben derogarse dentro de cada suelo, cualquiera que sea el contingente personal o real sobre el que va a aplicarse; su virtud primordial está en la indicada generalidad.

Son calidades sustanciales de los preceptos legislativos llamados leyes, piensa este autor, su generalidad y permanencia; mas en lo internacional deberá optarse por una de las dos sacrificando la de menor intensidad de exigencia, en beneficio del cumplimiento del propio objeto legislativo perseguido, que de otra manera no sería posible, concurriendo varios legisladores con idénticos atributos de mando.

Proceden las afirmaciones recordadas de un estudio formal de la regla, como mandato de autoridad soberana antes que como práctica de vida para la permanencia colectiva e individual; pero no debemos nosotros insistir sobre los atributos intrínsecos y extrínsecos de la ley, después de haberlo hecho en uno de los capítulos del primer tomo.

Con todo, hay algo de fundamentalmente valioso en las enseñanzas del Profesor Pillet, y es lo relativo al método para interpretar el contenido fundamental de los mandamientos legislativos, con el propósito de atribuirlos sus posibilidades internacionales; y lo descubre en el fin social de los mismos, relacionando en la práctica ese fin social con la clase de interés que mantiene o defiende. Guiados por semejante método es fácil descubrir el tercer miembro de la clasificación jurídica ya señalado por nosotros, el derecho social.

Las leyes se diferencian pues en estas categorías: preferencia del interés político, leyes de derecho público; preceptos indispensables para atender a la permanencia colectiva, reglas rela-

Son calidades sustanciales de los preceptos legislativos llamados leyes, piensa este autor, su generalidad y permanencia; mas en lo internacional deberá optarse por una de las dos sacrificando la de menor intensidad de exigencia, en beneficio del cumplimiento del propio objeto legislativo perseguido, que de otra manera no sería posible, concurriendo varios legisladores con idénticos atributos de mando.

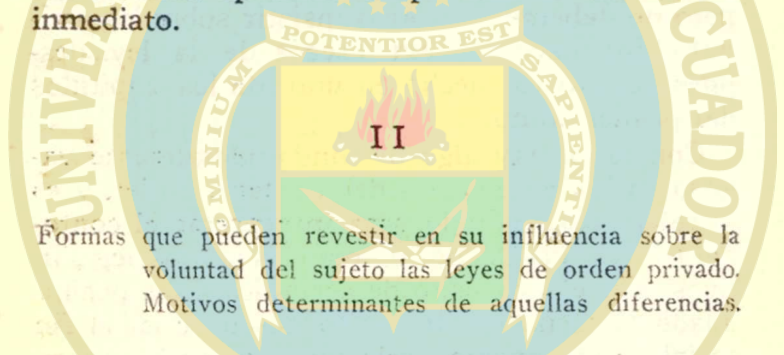
Proceden las afirmaciones recordadas de un estudio formal de la regla, como mandato de autoridad soberana antes que como práctica de vida para la permanencia colectiva e individual; pero no debemos nosotros insistir sobre los atributos intrínsecos y extrínsecos de la ley, después de haberlo hecho en uno de los capítulos del primer tomo.

Con todo, hay algo de fundamentalmente valioso en las enseñanzas del Profesor Pillet, y es lo relativo al método para interpretar el contenido fundamental de los mandamientos legislativos, con el propósito de atribuirlos sus posibilidades internacionales; y lo descubre en el fin social de los mismos, relacionando en la práctica ese fin social con la clase de interés que mantiene o defiende. Guiados por semejante método es fácil descubrir el tercer miembro de la clasificación jurídica ya señalado por nosotros, el derecho social.

Las leyes se diferencian pues en estas categorías: preferencia del interés político, leyes de derecho público; preceptos indispensables para atender a la permanencia colectiva, reglas rela-

tivas al derecho social; o se persiguen fines u objetos meramente individuales, y nos hallamos en presencia de los supuestos del derecho privado en sentido estricto.

Claro que las indicadas consecuencias no las ha deducido Pillet y tampoco coinciden perfectamente los últimos grupos con las categorías atribuidas por él al derecho privado; pero he supuesto yo que cabía completarse el orden jurídico y sus ramas con un nuevo elemento de tanto relieve en nuestros días como el derecho social, y he creído si conveniente aceptar como fórmula apreciativa oportuna la del interés inmediato.



Formas que pueden revestir en su influencia sobre la voluntad del sujeto las leyes de orden privado. Motivos determinantes de aquellas diferencias.

En virtud de las apreciadas diferencias en los propósitos de las leyes nos toca distinguir, dentro del tradicional derecho privado, aspectos de exigencia colectiva junto a estrictas atribuciones particulares; pero al lado de ellos condiciones que aproximan en una graduación continua los aspectos indicados. Sirvámonos de un ejemplo: pertenece al derecho privado —concebido en los términos que en la actualidad se defi-

nen (1)— el establecimiento de la familia en sus bases fundamentales y su significado ético y social; por lo mismo, la ley que prescribe la monogamia es de carácter imperativo y absolutamente obligatoria, su transgresión —en el sentido de la regla legal— la bigamia, castigan severamente los Códigos Penales de los respectivos países. Sin embargo, en los pueblos donde se tolera y reglamenta la prostitución, el cumplimiento de las leyes sanitarias y de policía legitiman, en cierto sentido, el ejercicio. También deberes familiares se reconocen en ocasiones, por motivos de alta justicia, a favor de los hijos ilegítimos de personas casadas, dando a tales hijos el poder de investigar la paternidad por los medios señalados en la legislación.

Se aprecia entonces con facilidad la transigencia entre el orden social reglamentado y correcto, y la exigencia en la vida de los particulares; y esto se explica por la continua concurrencia de intereses que deben conciliarse en la medida de lo posible. Al reglamentar la prostitución supongamos ¿no es cierto que se está reconociendo que en las condiciones normales del vivir de los hombres, no es siempre dable evitar que determinado grupo de individuos se encuentre en

(1) Se dibuja en la actualidad una tendencia convergente de los regímenes facistas y comunistas —que contagia más o menos a los demás países— a conferir valor específico a la legislación organizadora de la familia, que apartándose de la tradicional idea del derecho privado no coincide tampoco con el contenido del derecho público. Pero hasta el presente es una tendencia más que realidad perfecta.

la imposibilidad de cumplir las exigencias de su vida sexual dentro de las normas mandadas? Pero en este mismo campo reglamentario, ¿cuál podremos decir que es el interés preferente? Se lo regula con fin práctico de profilaxia que evite propagación de determinadas enfermedades y el beneficio social perseguido es manifiesto.

No obstante las últimas afirmaciones, no podemos por menos de reconocer que existen algunos aspectos legislativos en los cuales el carácter privado aparece muy visible. Sucede esto sobre todo en los contratos celebrados por los particulares respecto de objetos que se hallan en su patrimonio, cuando les corresponde el derecho de renunciarlos.

Y nos toca ya intentar clasificar las leyes por su carácter particular y objeto, para fijar entonces sus consecuencias internacionales.

Por razón del objeto nos hallamos, en primer término, con las leyes que arreglan y organizan los elementos particulares para el vivir social. El propósito perseguido es el de la permanencia colectiva mediante el subsistir de sus instituciones: los medios para cumplirlo, el régimen y la disciplina impuestos a las fuerzas disponibles, ya sean éstas personales o meramente económicas.

Hay al lado de semejante arreglo y distribución de las energías sociales, un aspecto con el cual de continuo habremos de encontrarnos y cuya influencia transformadora de cualquiera regla lógica —en su sentido internacional— no debemos desatender; me refiero a la policía de

las costumbres para el mantenimiento del mínimo de moralidad compatible con el vivir colectivo, según el sentido peculiar de éste en cada grupo. A tal género de preceptos podemos calificar desde este instante en el orden internacional como territoriales, aún cuando al grupo al cual pertenezcan tenga como característica el ser extraterritorial.

Sea que nos refiramos a las esenciales calidades que dan su sentido a cada institución o al sistema de moralidad protegido dentro del respectivo pueblo, vemos que por las exigencias que cumplen es necesario calificarlos de imperativos a sus mandatos y absolutos en las condiciones previstas para su aplicación. Sus reglas son dispositivas, cuando mandan ejecutar tal o cual acto, y son prohibitivas cuando disponen abstenerse de algo. Con el alcance indicado las veremos, ya significando leyes de estricto cumplimiento territorial, ya incorporadas al estatuto personal del individuo.

El segundo grupo comprende a las reglas de protección particular, de tutela; vinculadas, así mismo, ora con el sentido de la moralidad pública y las buenas costumbres, ora con el mero interés individual. Entra en este campo, como contingente de importancia para calificar la categoría de la regla, su propósito de armonía entre los intereses privados.

De lo expuesto se deduce, que si bien el carácter específico de este segundo grupo consiste en proteger derechos facultativos y un tanto mudables, puede dar origen en ciertos casos a precep-

tos imperativos garantizados contra toda transgresión por parte de nacionales o extranjeros. Se debe esta consecuencia al aspecto social concurrente con cualquier clase de intereses particulares. En lugares donde no se acepta la muerte civil, no cabe hablarse de hombres desprovistos del derecho de adquirir que pertenece a los demás individuos.

Por último, al individuo particular se le permite arreglar por propia decisión e iniciativa ciertos aspectos de su existencia, él es árbitro de sus decisiones en este campo de actividad, y el legislador viene únicamente a suplir sus descuidos y a llenar los vacíos con vista de las prácticas comunes en su pueblo sobre la materia. De ahí nacen las calidades intrínsecas de los preceptos correspondientes.

Por eso las declaraciones legislativas sólo concurren y se aplican en tales casos a falta de declaración expresa de los sujetos interesados, no pudiéndose contrariar la clara intención, de las partes y siendo deber del juez descubrir por las circunstancias el propósito probable. En este orden del vivir jurídico las partes en realidad legislan, es el pensamiento de los Códigos modernos, (1) y la jurisprudencia reconoce y declara la validez de contratos que no tengan modelos definidos en los Códigos. No obstante eso, en los mismos sistemas liberales que provocan

(1) Sobre el contrato, ley para los contratantes, véase el Art. 1.525 del C. C. ecuatoriano.

e incitan a las partes a prescindir de la equidad para mantener el sentido libre de la contratación, se ha impuesto la moralidad y la justicia en algunos aún cuando limitadísimos casos, así pasa con la rescisión por lesión enorme. Las teorías nuevas, mejor inspiradas, confieren ingerencia cada vez mayor al Estado para proteger contra la libertad, la justicia.

Conocidas las características de aplicación interna en los tres grupos de leyes, es del caso señalar en la práctica como no existen correspondencias exactas entre el grado de iniciativa o voluntad particular que ellas permiten y su territorialidad o extraterritorialidad.

III

Entre las leyes pertenecientes al estatuto personal —que por definición tienen la calidad de ser extraterritoriales— se encuentran preceptos imperativos, facultativos e interpretativos, según el interés perseguido con tales mandatos, no pudiendo por lo mismo este interés servir de guía para la clasificación internacional pretendida.

El interés político fundamental, debemos repetir hoy, consiste en dirigir y organizar las fuerzas humanas de que dispone el Estado, de manera de obtener la mayor ventaja social que fuere posible, arreglando las fundamentales instituciones colectivas, según el sentido que el legislador las pretendió conferir. De ahí el parti-

cularísimo interés que reviste para los legisladores cuanto a la organización de la familia se refiere: a los órdenes y naturaleza del parentesco, a la forma y grado de sometimiento entre sus miembros, a la protección debida y al respeto impuesto. Reconocimiento es éste y aceptación de las naturales relaciones entre los hombres, deformándolas en cierto sentido por la preferencia de las calidades civiles que se las impone, por cuyas exigencias toman tan particulares prerrogativas el parentesco legítimo frente al que con cierta ironía se ha denominado natural: como oponiendo lo artificioso del arreglo jurídico en el Estado al debido a la naturaleza. A pesar de lo expuesto, no tiene en nuestra civilización la familia civil el carácter de mera creación legislativa que revistió en determinados momentos dentro del derecho romano. (1)

Las leyes encaminadas a cumplir ese propósito de arreglo de los respectivos núcleos familiares, por el influjo de las necesidades sociales que representan y la condición que al ciudadano lo confiere disponiendo de los elementos personales para el papel social previsto y querido; se expiden como mandatos de absoluta obligatoriedad, invistiendo al particular del estado civil res-

(1) Nuestro Código Civil hizo del hijo legítimo el único acreedor a la herencia abintestato del padre, en concurrencia con hijos ilegítimos, y no obstante el mandato imperativo de la última Constitución se sigue descuidando el reglamentar los derechos del hijo ilegítimo. Algunas legislaciones extranjeras conservan la adopción, próximamente reglamentada a esa filiación civil en Roma.

pectivo. Por el indicado motivo y para poder cumplir su objeto, el estado civil de la persona debe ser tal como la ley nacional del sujeto lo prescriba sin nada dejar a la voluntad de las partes. Y esto tanto más, cuanto no podemos olvidar que, según el análisis practicado en el tomo primero de esta obra, el estado civil se constituye no únicamente de la situación del individuo dentro de la familia sino también del carácter de su nacionalidad. Por eso, mientras no cambie de patria el sujeto su personalidad ciudadana seguirá el rigor de la ley que la establece. El padre del hijo ilegítimo no puede conferirle a su voluntad otro estado, ni por ningún contrato o pacto celebrado con su hijo, a menos de cumplir con los requisitos legales para tal objeto. Respecto al estado civil no puede transigirse, dispone nuestro Código Civil (Art. 2.432), ni se adquiere o se pierde sino por los medios legales.

Y hemos contemplado el aparecer de las leyes absolutamente obligatorias para el individuo a causa de la subsistencia social que representan y del interés colectivo unido a ellas, que sin embargo no corresponden, como sería de deducir de las enseñanzas de Pillet, al grupo de los preceptos territoriales a causa del objeto pretendido.

Cada patria disciplina a sus ciudadanos en categorías jurídicas según la concurrencia en ellos de determinadas calidades. Unas son más exigentes y rigurosas, otras más abiertas y flexibles. Sólo el hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo, sin poderse

por otro medio alguno conseguirse la legitimación, disponen determinados legisladores (1); otras le dan el carácter de legitimados ipso jure, por la circunstancia de nacer cuando sus padres estuvieron ya casados (2). Hay Códigos donde se mantiene la legitimación por rescripto del príncipe del derecho romano (3), mientras la mayoría lo rechazan. En algunos países la diferencia de derechos y en general de condición jurídica entre hijos legítimos e ilegítimos es en realidad inmensa, mientras en distintos lugares van aproximándose cada vez más hasta casi desaparecer toda diferencia. (4).

Todo lo indicado representa maneras de constituirse la institución familiar dentro de cada patria y por la concurrencia de circunstancias históricas, políticas y morales por las que atraviesa una sociedad. A causa de tales motivos es que hemos venido manteniendo, que las reglas sobre la condición personal dictadas en

(1) Tal el sentido del derecho tradicional inglés.

(2) El Art. 199 del C. C. ecuatoriano así lo dispone, exceptuando los casos en los que se trata de un mero matrimonio putativo o el hijo ha sido concebido en adulterio.

(3) Puede consultarse la legislación italiana sobre el particular.

(4) El nuevo Código ruso de la familia tiende a dar la justa preferencia a las relaciones naturales entre padres e hijos sobre las civiles. Mientras nosotros apenas si formulamos con el carácter de formidable innovación respecto del derecho de los hijos ilegítimos el sistema más que centenario del Código francés con las aclaraciones que Vélez Sarsfield introdujo en el Código Argentino. (Debe verse el proyecto formulado por la comisión designada por la Academia de Abogados y que se pasó al Congreso).

cada pueblo debe aplicarse a todos los ciudadanos, presentes o ausentes del respectivo territorio.

Weiss ha insistido con frecuencia sobre la importancia capital del elemento persona dentro de las sociedades políticas, para la subsistencia de cualquier estado y como sujeto sobre el cual ejercerá éste su soberanía, lo mismo en el suelo donde se dictan sus preceptos que fuera de él (1). No dudo por mi parte en reconocer la importancia capital de este factor de la vida colectiva, y no estoy lejos de pensar con el autor francés que la exigencia de un territorio fijo es completamente secundaria junto a la necesidad de la permanencia de su población (2). Mas en el orden de ideas correspondientes a nuestra ciencia y dentro del significado actual de las relaciones internacionales, no es a la soberanía personal a la que se atiende frecuentemente para resolver los problemas del estatuto de las perso-

(1) Andrés Weiss ob. cit.

(2) Me parece lleno de interés constatar las divergencias que existen entre los postulados que proclaman las teorías políticas y los resultados prácticos obtenidos por las mismas. Así, mientras los liberales exaltan en tono de un lirismo que con frecuencia nos hace sonreír, la dignidad del hombre y la sublime virtud de su voluntad; sus leyes han forjado la cadena de la esclavitud proletaria, tanto más pesadas cuanto la naturaleza contractual de que se revisten a los actos, secan la fuente de la benevolencia humana que templaba en la Edad Media la omnipotencia del señor feudal. El socialismo por su parte, preocupado del hombre como factor colectivo, al tiempo que limita la espontaneidad e iniciativa particulares, iguala las condiciones personales de todo sujeto y los hace partícipes en condiciones semejantes de los beneficios sociales.

nas sino a la eficacia de las correspondientes reglas, cierto que en el fondo hay el reconocimiento de la legitimidad del mandato, pero se las aplica por su racionalidad no por proceder de cierta soberanía; es, en fin, únicamente el hecho de pertenecer el ciudadano a determinada patria, la circunstancia modificadora de la regla aplicable. No debe, no puede desatenderse la influencia política de la soberanía extranjera, me toca insistir, pero es de ordinario más bien como límite a la potestad de conceder, antes que como causa para atribuir.

Un matrimonio entre ingleses celebrado en el Ecuador, no deja por esta circunstancia de dar origen a una familia inglesa y sus resultados de mayor permanencia de producirse en la Gran Bretaña, donde se recogerán o pagarán los deberes familiares. Por otra parte, y sólo visto el problema todavía del lado que corresponde al individuo y a su derecho para cumplir su deber —según fórmula de Duguit— es obligación del Estado, de todo Estado, no impedir a los particulares (mientras sea posible sin gran peligro para la propia estabilidad), cumplir las obligaciones que les corresponden como a ciudadano de determinado país. Ahora bien, en razón de semejante realidad, no me parece dudoso que la ley preferible sea la de la patria de esa familia, pero con las mismas calidades internas, esto es, con aquellas que le confirió el legislador que hubo de dictarlas y siguiendo las modificaciones que crea éste conveniente en los sucesivos momentos; por semejante causa los preceptos de la

patria aplicables al extranjero se los impondrá en el caso que estudiamos con el grado de su fuerza obligatoria en el respectivo pueblo. Así, no será admisible para el ecuatoriano la elección de leyes respecto a la capacidad para contraer matrimonio o para disolverlo, sino que se impondrán nuestras propias reglas con absoluto imperio.

Y hemos descubierto de esa manera la calidad extraterritorial de los preceptos por necesidad de su eficacia, entre los que pertenecen a las leyes de protección social y no a las de tutela del ciudadano.

Acaso a esa categoría de reglas correspondientes al estatuto personal podría designarse con el nombre de reglas de orden público interno: por sus notas de obligatoriedad, el hecho de su permanencia para el sujeto a quien acompañan a donde quiera que traslade su residencia, y, en particular, por el propósito social animador de sus mandatos —conforme todo a la teoría de muchos de los que mantienen esta denominación (1)— pero encuentro fuertes obstáculos para adoptarlo.

(1) Si bien el ilustre Profesor Antonio Sánchez de Bustamante comienza, en el Cap. IV de su fundamental obra *Derecho Internacional Privado* (t. I) por considerar que las leyes de orden público interno son las dictadas puramente para nacionales o domiciliados —según el doble sistema adoptado en los países como estatuto personal— y que les acompañan por todas partes; muy pronto nos da un concepto que alcanza más a su fondo o esencia (según propias palabras del autor) afirmando de tales leyes: "Son aquellas que regulan las relaciones jurídicas entre particulares, indispensables para la subsistencia de la so-

El mismo significado del orden público, que es indeterminado, vacilante, cuando de una sola especie de orden público se trata, dentro del Derecho Civil Internacional; va a complicarse muchísimo más con estos dos géneros de realidades a que se pretende aplicar la designación. Creo además que llamarle con el nombre de orden público interno a ese conjunto de mandamientos legislativos que acompañan al individuo a donde se traslade, como reglas necesarias de conducta, que son por lo mismo obligatorias para el sujeto en país extranjero a título de leyes imperativas, y obligatorias para el legislador extraño en razón de la continuidad jurídica que debe garantizarse al individuo en su existencia de derecho; aparece en exceso arbitrario. Nada hay de más internacional que estos mandatos para cumplirse en todas partes, y es éste además el signo más lato de cooperación entre los pueblos, pues permite, aún cuando sea de manera indirecta, ejercitarse la soberanía personal fuera del territorio, sancionando su quebrantamiento con la ineficacia entre los pueblos del derecho irregularmente adquirido.

Yo prefiero inscribir a este conjunto de reglas imperativas de eficacia extraterritorial, entre

ciudad civil, cuya eficacia y objeto no dependen del territorio ni afectan a la existencia sustancial del Estado". Se puede constatar que en gran parte corresponden a las que vamos a designar en seguida en el texto como leyes de derecho social, alejadas de las que se denominan, en estricto sentido, públicas y privadas. Pero de la definición esencial del maestro cubano procede, que no debe comprenderse bajo tal nombre todos los preceptos que van a constituir el estatuto personal, rectificándolo así lo que de excesivo podía tener la primera afirmación.

las leyes de derecho social o leyes sociales. La clase de mandatos legislativos aquí recordados tienen dos formas de manifestarse en lo internacional: el que ya hemos visto de la extraterritorialidad cuando se trata de los sujetos regidos por ellos y la territorialidad absoluta —o universalidad— en las circunstancias que pronto determinaremos; pero expresando siempre los fundamentos indispensables para la permanencia social.

Y es necesario subrayar continuamente que, si los preceptos extranjeros tienen cabida dentro de nuestro territorio, será en cuanto no perturben la marcha normal de la existencia del Estado.

Hemos visto sintetizarse en ciertos criterios una fuerte corriente actual sobre los sustanciales contenidos del derecho, afirmando que el fin fundamental jurídico era defender el grado de moralidad indispensable para el arreglo de la vida colectiva. Por tanto, entre las primeras exigencias al Estado sería necesario señalar la de establecer la indispensable policía de las costumbres: evitar en la vida pública diaria los escándalos sociales.

En estricta lógica jurídica nada podría oponerse a que en nuestro país contraiga al mismo tiempo un individuo varios matrimonios legítimos con mujeres pertenecientes a la misma patria, si en conformidad a las leyes nacionales comunes, ésto les estuviera permitido. Tendríamos para afirmarlo en lo internacional, que se trata de la manera de constituirse la familia

extranjera y que no es el legislador extraño el llamado a calificar lo justo o injusto, lo moral o no del régimen prescrito por otro Estado para sus súbditos. Sin embargo, ningún pueblo donde la monogamia sea la regla, permitirá el ejercicio de derechos formalmente contrarios a ella, a causa de su deber ineludible de policía de las costumbres. Nos hallamos en presencia de un precepto excepcional que modifica nuestras nociones internacionales sobre el estatuto de las personas, o mejor, limita su eficacia.

El individuo que teniendo padres legítimos ecuatorianos se halla desprovisto de medios económicos para subsistir, puede en cualquier lugar y sometiéndose a las leyes del Ecuador, exigir alimentos en la cantidad asignada por su legislación patria. Esta parte del patrimonio jurídico-económico de la persona es de tal naturaleza, que puede o no ejercitar el sujeto las facultades que concede, a su arbitrio, consistiendo en eso el carácter facultativo de los preceptos a él inherentes. Pero si el dueño del derecho lo ejercita, lo hará precisamente sometiéndose al texto de la concesión legal, en el caso analizado, el de la ley patria. El menor adulto se halla facultado para hacer la designación de la persona que ha de ejercitar la guarda y sólo por falta de declaración suya en este sentido lo designará el juez (Art. 426 del C. C. ecuatoriano). Mas en caso de decidirse a ejercitar la facultad, se medirá ésta por el contenido del estatuto personal.

Volvemos de esta manera a encontrar mandatos legislativos de naturaleza facultativa que,

por corresponder al estatuto personal del sujeto, tienen como nota o signo internacional su extraterritorialidad. Su naturaleza íntima no representa el interés social como inmediato, pertenecen más bien a las leyes de garantía individual, comprendidas por lo mismo en aquel precepto generalísimo que faculta abandonar los derechos pertenecientes al puro interés particular del renunciante. Pero también en este aspecto hay un límite impuesto por altos principios de justicia o de moralidad, que ha hecho redactar la excepción contenida en la última parte del Art. 11 de nuestro C. C., el cual declara: que para poder renunciarse un derecho es además necesario que no esté prohibida su renuncia.

La restricción señalada se relaciona con motivos de los más importantes entre los que pueden impresionar a un legislador para prescribir sus mandatos, y cabe vincularla a los dos sistemas divergentes de política internacional: o a la soberanía, que hemos designado con Weiss, personal o a la plena eficacia de las legislaciones territoriales. En efecto, la tutela de los intereses particulares se vincula a veces con principios de ética tan evidentes, que el Estado no puede abandonarla a las decisiones privadas. El cuidado personal debido por los padres a sus hijos legítimos por mandato de nuestro derecho, según recordamos en páginas anteriores, no puede desaparecer por haber convenido así el padre con su hijo. He aquí como entre el grupo de leyes ordinariamente facultativas

—por corresponder al interés de los particulares— aparecen a veces algunos preceptos imperativos que, en calidad de estatuto de la familia, rigen a ésta en todo momento y en cualquier lugar. Pero además, al ser como son con frecuencia en el suelo extranjero, de aquellas reglas de universal aplicación de que muchas veces hemos hablado, interesa su cumplimiento a la soberanía del territorio y ella por su parte habría de imponer a cuantos residan dentro de sus límites geográficos. Por lo tanto, o hay una coincidencia de la soberanía personal con la del territorio en cuanto al valor de plena obligatoriedad de lo mandado, y no surge entonces dificultad alguna, o existen discrepancias, debiendo prevalecer en este último caso la soberanía territorial sobre la otra; tanto si la discrepancia se refiere al contenido del mandato o a la fuerza con que se impone. Ninguna autoridad pública permitirá en nuestro país que los padres abandonen a sus hijos o ejerzan sobre ellos derecho de vida y muerte. (1)

Reducidas las investigaciones del presente párrafo al derecho personal y sus consecuencias, sólo en orden a las leyes de naturaleza imperativa y a las facultativas (exceptuándose por lo mismo las que denominamos interpretativas o

(1) Cuando el principio moral queda a salvo, los detalles reglamentarios se han de regir por el estatuto personal: así la clase de alimento que se deban (congruos o necesarios), y casos análogos.

supletorias); las vemos dispersarse en variedad de signos jurídicos que si a veces concurren, no se compenetran.

En el propio orden de las exigencias del derecho interno, si en ocasiones se presenta predominante el interés colectivo y otras el particular, es de tal manera social el arreglo de la vida en el Estado, que en cualquier momento el interés público opaca y destruye la fuerza del derecho particular sometido a las decisiones de los individuos; y esto despreocupándose de las diferencias culturales o de civilización que vengan a modificar el sentido de las leyes. Pero hay más todavía, si a los intereses particulares atiende el legislador, es en cuanto tienen resonancia y consecuencias sociales.

Ahora bien, permaneciendo la sociedad política por el cumplimiento del derecho, que lo hace efectivo por medio de los elementos condicionantes, éstos se agrupan y ordenan de la manera que parezca más conveniente a cada legislador de acuerdo con sus ideas éticas y de arreglo social. Por eso todo pueblo reconoce en los demás la facultad de organizar la existencia colectiva y, sin hallarse obligado en cada instante a hacer respetar la soberanía extranjera, debe no estorbarla ni ponerla obstáculos, en cuanto de ello no se derive perjuicios para la propia existencia. De tal concurrencia de Estados distintos con éticas diferentes y con ideas de arreglo no idénticas, nacen los complicados problemas de nuestra ciencia, en especial cuando el significado de la civilización que mantienen no son

inconciliables, que de otra manera la forma de solucionarse el asunto se resuelve de ordinario en el rechazo de las fórmulas extranjeras. Pero no es eso todo, y ni siquiera lo fundamental, hay singularmente la posición jurídica del sujeto particular, con los derechos particulares que exige como deber de justicia.

IV

El reconocimiento del estado civil de las personas, como causa y principio de ciertos derechos adquiridos y expectativas jurídicas para el sujeto.

Volvemos a tratar en el presente párrafo con mayores detalles y de manera más precisa, de un concepto que quedó formulado ya en el capítulo precedente y que condiciona la calidad jurídica individual del extranjero, visto desde el aspecto jurídico subjetivo; se trata de las consecuencias naturales que proceden del estado civil de las personas y los derechos inherentes a él en el transcurso del tiempo y por las condiciones cumplidas mediante tal transcurso. Lo cual se expresa en el sentido de reconocer que, investir a un sujeto de cierta personalidad, es crear para él un conjunto de derechos adquiridos cuya eficacia habrá de permanecer o se producirá cumplida la condición de la que depende, no obstante cualquier cambio operado en la situación del individuo en el espacio. Son las consecuencias oportunas que se desprenden de la facultad de atribuir el correspondiente estado civil al ciudadano.

En realidad, si en un sujeto concurren actualmente los requisitos previstos por la ley a la cual se halla sometido en razón de sus calidades jurídicas personales, para atribuirle determinada condición de derecho en la esfera subjetiva, dotándole en consecuencia de los atributos y potestades, de las garantías y beneficios con ella conexos; debe entenderse que semejantes adquisiciones lo ha hecho en la forma como todo otro derecho se fija para el individuo, esto es por la concurrencia del hecho y la ley. Se es padre legítimo de una familia por haber contraído matrimonio con las solemnidades prescritas por la legislación por la cual la sociedad matrimonial se halla regida, de acuerdo con los principios aceptados; y de ahí procede una serie de consecuencias jurídicas, tales como, las facultades administrativas sobre los bienes de cada uno de los esposos y los de la sociedad, la existencia misma de ésta y su amplitud, el derecho de representación de la mujer, de los hijos, el usufructo del padre en los bienes de ellos, el poder de dirigir su educación y el de reclamarlos alimentos en determinados casos.

Y apreciándole en ese sentido el estado civil, como conjunto de derechos y cargas (obligaciones nuestras de ordinario en beneficio ajeno) la jurisprudencia universal tiene que coincidir en aceptarlos como quedaron creados al tiempo de obtener semejante estado o sujeto a las mutaciones que la misma ley introduzca. Así se formulan las calidades específicas del derecho particular que ha dado origen al principio de la le

gislación interna conocido como el de la no retroactividad de la ley, muy próximo al significado internacional de los derechos adquiridos. (1)

Mas, con el estado civil del individuo no solamente se fijan para él derechos actuales, sino posibles desarrollos en el espacio y en el tiempo de semejantes derechos y nuevos atributos condicionados por el advenimiento de circunstancias posteriores, las cuales pueden ser dadas en territorio extranjero para el sujeto. Por eso en el campo del Derecho Civil Internacional no debemos resolver por la legislación extranjera competente sólo las actuales adquisiciones —al tiempo de fijar el estado civil— para reconocerlas y aceptarlas, sino además aquellas conexas, que se suman y adhieren, como derechos a plazos o derechos condicionales.

Con el estado personal de ecuatoriano, viene para el niño nacido en las condiciones prescritas por nuestro Código Civil, los atributos anejos a la legitimidad: de alimentación congrua, de herencia y otros; pero su libre y personal ejer-

(1) Por no complicar más aún los ya de suyo difíciles problemas que analizamos, no debemos referirnos en este instante sino al estado civil que naciendo de la condición de familia va a ser reconocido en el orden internacional, descontando por el momento las variaciones en tal estado que pueden surgir del cambio de otro de los condicionantes, el de la nacionalidad. Pero es necesario que llamemos la atención a que en todo momento debe estar presente en el pensamiento de quién deba resolver algún asunto relativo a la materia, las notas particulares que en el problema jurídico hayan puesto los cambios sucesivos de nacionalidad del sujeto.

cicio pende de un plazo (el suficiente para llegar a la mayor edad) y a veces está sometido a una condición, cuando se trata supongamos de la facultad de pedir alimentos que requiere que el hijo no tenga bienes suficientes para subsistir por sí.

En lo relacionado con las facultades pendientes de un plazo en especial, la jurisprudencia (aún la de caracteres más tradicionalistas) no puede extrañarse que se las deduzca del momento inicial como constitutivo. Maestros de la competencia, autoridad y fecha de Aubry y Rau nos enseñan, que el plazo se diferencia de la condición en que el primero no atañe a la fuerza jurídica sino sólo a la ejecución. El derecho está perfecto pero no puede ejercitárselo a causa del plazo impuesto. Por eso la capacidad de obrar que inscrita estaba en la capacidad jurídica, es también un derecho adquirido cuyo plazo de consumación se encuentra pendiente, y por lo mismo se la ha de calificar de acuerdo con las reglas que se siguen para el estado civil. (1) Si el menor adulto tiene o no la testamentifacción activa, lo declararemos de acuerdo con la ley nacional, por más que haya llegado a su pubertad el sujeto en territorio sometido a distintas leyes.

(1) Para el sujeto titular del derecho puede decirse que su mayor edad significa un día cierto y determinado (siguiendo las definiciones dadas por nuestro Código Civil en el párrafo titulado De las asignaciones testamentarias a día). Solamente que el derecho puede ser exigido por su titular llegado el tiempo prescrito, y si fallece antes, el derecho perece por falta de sujeto a quien aplicarse.

También las potestades condicionales, a mi parecer, encuentran en el momento inicial de que se deducen, su causa y motivo de existir. Así como la nulidad del primer acto está llamado a anular toda posibilidad de adquisición, también debemos pedirle a él que lo revista de eficacia: el matrimonio putativo no legitima al hijo concebido antes y nacido en él. (1)

Por el plazo el derecho está suspenso y la llegada del día no causa efectos retroactivos, mientras el cumplimiento de la condición llena el vacío del tiempo intermedio y lo colma de eficacia. (2)

Con un análisis muy digno de alabanza Sánchez Román ha demostrado como en el negocio

(1) Art. 197 del C. C. Las circunstancias de la vida, sin embargo, exigiendo un poco de equidad y de verismo en las relaciones humanas, traspasa y supera en ocasiones la lógica legislativa que da existencia a meros entes de razón, incluso entre los criterios más reacios. Tal sucede con los Arts. 118 y 174 inciso 2º del C. C. ecuatoriano a propósito de la eficacia de los matrimonios putativos.

(2) Gran parte de los comentadores del Código francés considerando que por la condición no existe sino un derecho incierto pero actual al tiempo del negocio, lo confieren la retroactividad. Así Marcadé al comentar el Art. 1.179 se expresa: "La obligación condicional, y en general todo derecho condicional, cualquiera que sea su naturaleza, no es un derecho que existirá según que el acontecimiento tenga o no lugar: es un derecho que, según la condición prevista, existe o no desde el presente... El cumplimiento de la condición tiene pues efecto retroactivo". Zachariae limita la retroactividad a los casos de las obligaciones de dar y niega para las de hacer. Con todo, hay entre los Códigos más modernos una tendencia bien marcada a rechazar la retroactividad de los derechos condicionales, en este sentido pueden consultarse los Códigos alemán, suizo y japonés. Por lo visto, en la teoría clásica del derecho francés la condición suspensiva una vez cumplida se confunde en sus efectos con el plazo.

en el cual interviene un plazo, aquel y el derecho que de él procede se encuentran perfectos y únicamente falta su consumación que se producirá cuando se cumpla el plazo. (1) El derecho se halla ya en nuestro patrimonio, dice Valverde y Valverde, pero el plazo o término inicial suspende sus efectos jurídicos. (2)

Quizá sea por fuerza de los aspectos de derechos adquiridos que he venido razonando, o de esa potencia en vías de ser a causa de los antecedentes y que se hallan garantizados de modo internacional; que haya aparecido la preferencia que se concede en muchos criterios —como teoría general de nuestra ciencia— a la idea de que se trata de materias afectas al juego de soberanías concurrentes.

Frente a la fórmula de práctica judicial proclamada por Savigny, la del asiento jurídico del respectivo negocio, tan fuera de comprobación exacta con mucha frecuencia y sujeta a tantos límites y rectificaciones; nosotros formulamos ya el principio que consiste en buscar respecto de cada negocio o de cada uno de sus aspectos de derecho que exija procedimiento particular, en vista de la eficacia práctica que se requiere en

(1) Sánchez Román, Estudios de Derecho Civil t. I.

(2) Calixto Valverde y Valverde Tratado de Derecho Civil Español t. I.

el asunto, la permanencia de sus efectos, o sea el lugar donde habrá de causarse las consecuencias de mayor duración, para entonces señalar la naturaleza territorial o extraterritorial del mandato.

Se deberá tener muy en cuenta que el principio de práctica recordado es generalísimo, a menos de tratarse de meras leyes interpretativas o supletorias, y garantiza el cumplimiento de los dos objetos señalados antes a nuestra ciencia: el público interés de conservar dentro de la respectiva sociedad política la disciplina de sus elementos permanentes y la eficacia jurídica ejercida para mantener la continuidad de la vida del derecho entre los particulares.

V

¿A qué soberanía le corresponde de ordinario, atribuir derechos a las personas en calidad de tales?

El hombre dotado de capacidad de obrar puede arreglar su vida de derecho con toda espontaneidad, dentro de los límites permitidos por la legislación patria.

Si la libre actividad del sujeto se constituye y califica por su capacidad de obrar, y si ésta se determina por las reglas de la legislación nacional —según hemos argumentado en las páginas precedentes—; es lógico atribuir equivalente naturaleza jurídica y una misma orientación legislativa al efecto que a la causa, midiéndolos

por tanto por preceptos del mismo origen, las circunstancias en que aceptan la espontaneidad del querer individual y el grado y forma expresarse. Pues si la ley nacional o la del domicilio son las llamadas a fijar, con el estado civil atribuida a la persona el modo como el individuo ha de cumplir su papel social, al mismo tiempo que le prescribe normas de conducta obligatorias y se preocupa de la tutela del ciudadano; está limitando o ampliando el campo abandonado a la espontaneidad de sus propósitos. Por eso, aceptado como está por nosotros el sistema de la nacionalidad, las potestades del particular en el campo de sus iniciativas libres, las delimita la propia patria y el soberano extranjero debe aceptarlas sin aumentar ni disminuir tales atributos, por otro motivo que el de exigirlo la policía de la moralidad en las costumbres territoriales.

El grado de libertad que, sin daño para la sociedad de la cual forma parte ni peligros graves para los propios intereses, pueden ejercitar los particulares, es el reconocimiento de los resultados histórico-políticos de las fuerzas sociales del país donde van a producir efecto directo la aplicación de tales reglas; tienen en cuenta las circunstancias de hecho, las costumbres y las ideas que se practican o sustentan en cada Estado y, a veces, hasta en cada localidad, como es el caso de los estatutos regionales, o del valor de derecho que se concede en ocasiones a la costumbre.

Se presentan con frecuencia las restriccio-

nes como grados de tutela necesaria para el sujeto en peligro de aventurarse en contratos perjudiciales para su fortuna o para el cumplimiento de las obligaciones que le ligan a otros; o las limitaciones proceden de las circunstancias de haberse atribuido a la colectividad aquello que en pueblos extranjeros se deja a la iniciativa de los particulares. Por el simple enunciado de las dos anteriores posibilidades, aparecen con grande relieve motivos de diferencia en la aplicación de la ley competente para tales restricciones, modificando la amplitud de la primitiva fórmula, en los términos que se van a explicar en seguida.

Si dadas las costumbres de la Gran Bretaña, se ha reconocido en este país que no hay excesivo peligro en proteger la libre disposición de un patrimonio en cualquier grado y forma respecto del individuo al cual pertenece, y no se cree del caso tampoco restringir tal libertad en beneficio de los deberes de familia; no sé por qué el juez ecuatoriano podría atribuírse el derecho de dictar una interdicción por disipador contra el súbdito inglés, o reformar el testamento que ha desheredado a los hijos legítimos del inglés, súbditos británicos también.

Y de la misma manera como en los grados de restricción nos sometemos al estatuto personal, también en cuanto a los atributos concedidos no debemos traspasar los límites que fija el propio estatuto, a menos de referirse esas limitaciones a meros intereses fiscales extranjeros cuya defensa no le corresponda a otro Estado ninguno.

Cuando en conformidad a la ley nacional no está facultado el legitimario para celebrar contratos respecto a su legítima con extraños o con la persona que le deba, no habrá de reconocérsele en el territorio donde se halla, por más que aquí se permitan semejantes contratos.

Por el contrario, si por puros fines fiscales un legislador prohíbe a su súbdito cierta actividad, no se está en el caso de respetar esta prohibición en pueblo extranjero.

A los motivos lógicos explicados hasta ahora para fundar la teoría de la ley que fijará el libre ejercicio de su actividad para la persona capaz, se agregan motivos prácticos muy dignos de ser aquilatados. Si contrariando los principios de justicia universal, un pueblo impone sus propios preceptos a casos donde era de rigor reconocer reglas de otro país; en primer lugar, la nación cuyo derecho ha sido rechazado arbitrariamente negará eficacia al arreglo jurídico formulado con tal desconocimiento, y si allí las consecuencias permanentes deben darse de ordinario, se ve desvanecida la menor perspectiva de cumplimiento. Además, como vigorosamente nos lo enseña Pillet, tampoco los otros países donde eventualmente puede formularse la reclamación del derecho otorgado contrariando los principios de la ciencia internacional, deberán aceptar sancionando semejante ilegal conducta; es este una especie de legítimo rechazo a un ilegal procedimiento.

A causa de todo lo dicho se aprecia, que no es el puro aspecto político de peligro nacional

—sobre el cual han insistido tanto algunos autores— el que restringe la libertad de los gobiernos en cuanto al otorgamiento de derechos respecto de los súbditos extranjeros, para dotarlos de aquellos no renocidos en la patria; al lado de esos peligros están, fortificando el principio, el aprecio equitativo de los límites correspondientes a cada facultad de legislar en vista del sujeto u objeto sobre que legislan. El equipo personal jurídico, debo insistir constantemente, lo completa el respectivo legislador para sus súbditos y los demás pueblos no hacen sino aceptarlo y protegerlo.

Con todo, ya lo hemos anunciado, la prevalencia absoluta de algunas ideas morales en este orden de atributos concedidos a las personas, tienen la fuerza de exigir ciertas medidas de policía de las costumbres que rechazan prácticas extranjeras contrarias. La muerte civil, cuyo resultado es el de privar al individuo del ejercicio de la mayor parte de los derechos concedidos a los ciudadanos y en especial de cualquier forma de propiedad; se reconoce y reglamenta todavía en determinados pueblos, ya en acatamiento a algunas ideas religiosas que lo han sugerido, ya como castigo impuesto a ciertos delitos. Mas en los Estados que no participan del uno ni del otro modo de pensar ¿deberá sin embargo mantenerse las consecuencias de la muerte civil declarada en forma legal donde se permite? La jurisprudencia francesa con mucha razón ha creído, que aceptar en Francia tal re-

sultado fuera atentar contra el orden público del país.

De la misma manera, el derecho de vida y muerte que pudiera corresponder al padre sobre la persona del hijo o al patrono respecto de sus servidores domésticos, o la condición de esclavo de unos hombres para con otros, o los servicios personales contratados por toda la vida del sirviente; serán rechazados como contrarios a la moralidad pública, en todo lugar donde no se toleren semejantes prácticas. He aquí leyes universalmente obligatorias en colisión con las abandonadas en otro pueblo a la iniciativa individual.

Y fijados ya los límites del espontáneo procedimiento para el extranjero, cuya fórmula se revela extraterritorial, en cuanto delimita dos campos de la existencia jurídica del individuo: el uno aprisionado en reglas, disciplinado por preceptos, el otro libre en sus intentos, voluntario en las reglas que elige; veamos por qué a las leyes que a esta segunda esfera se refieren, se las conoce con el nombre de leyes interpretativas o supletorias.

VI

Regla que debe determinar el campo de aplicación de la libre iniciativa del individuo.

Cuando en una extensión mayor o menor de la propia existencia el individuo es capaz de decidirse y resolver como señor y dueño —a lo

menos en las apariencias externas a que se reduce la ficción jurídica de la libertad— elige, o mejor, establece preceptos de conducta a los que se amoldarán sus prácticas actuales o las previstas por él en el futuro, cuyo contenido es, por relacionarse con otros sujetos y dar origen a deberes y a facultades a ellos correspondientes, el de estatuir derechos.

Si son dos o varias las personas que resuelven crear obligaciones mutuas o derechos correspondientes a una de las partes o a ambas (1), surge el contrato con todos los debe-

(1) El Art. 1428 del C. C. ecuatoriano define el contrato o convención, como un acto en el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa; agrega que cada parte puede ser una o muchas personas. El legislador no determinó que significado jurídico confería a la palabra parte, y de ahí que, primero, no parezca tener un concepto bien claro y delimitado del término y que su empleo poco escrupuloso pueda dar origen además en la práctica a muchos inconvenientes y dudas. ¿Cada parte representa entidades de tal manera unidas que, al tratarse de la formada por varias personas una sola de estas sea capaz de obligar a todas las otras? He aquí una duda muy justificable. Tenemos, por ejemplo, que no vale la ratificación expresa o tácita que no proceda de la parte o partes que tengan derecho a alegar la nulidad (Art. 1.687), ratificada por tal parte el contrato sería válido. Mas ¿en quién se encarna, quién representa a la parte cuando está constituida por varias personas unidas en el contrato? ¿Qué representación, qué personería jurídica tiene uno de los compradores de una casa supongamos, con relación a extraños que se han unido momentáneamente para este negocio? Evidentemente ninguna. Por eso ha podido declarar el Art. 1.680: cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras. En realidad, el calificativo parte parece equivaler al de posición jurídica de los contratantes: acreedores o deudores, compradores o vendedores; pero entonces es de notarse que la definición de contrato traída por nuestro Código es absolutamente viciosa, pues hay contratos, como el de Sociedad, en los que no existen esas posiciones antitéticas.

res y consecuencias que de ahí proceden, establecidos de la manera y en las proporciones resueltas por los contratantes. Mientras de las declaraciones de una sola voluntad o de los actos decididos por ella, nacen las obligaciones unilaterales capaces de constituir derechos para otro u otros individuos o grupos.

El propietario de una casa quiere venderla y conviene con sus compradores en las condiciones del contrato, condiciones cuyas calidades pueden ser profundamente diferentes de las de ordinario empleo en un lugar: el precio, en vez de pagarse en dinero se lo hará en género o en servicios personales, el vendedor no responderá de los vicios redhibitorios de la cosa ni saldrá al saneamiento; en fin, les es potestativo discutir y pactar como quieran las diversas cláusulas del convenio, mientras no salgan de la órbita de sus intereses y de sus facultades. Mas sucede con frecuencia que los contratantes no preveen o no hacen constar en el documento del contrato, su previsión relativa a todas las consecuencias en el tiempo, de sus negocios: ya por dar eficacia plena a las leyes y a las costumbres, ya por descuido u otro motivo cualquiera; vienen entonces a llenar sus faltas las prescripciones del derecho vigente.

Nuestro Código Civil ha insistido con vivo interés en conceder al contrato —ley para los contratantes, Art. 1.535— el carácter más puro de libre declaración de la voluntad; “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las pala-

bras" (Art. 1.550) Únicamente cuando callan sobre uno o más efectos del convenio, viene la práctica común a resolverlo o los preceptos redactados por el legislador (Arts. 1.536 y 1.558). La costumbre obtiene en el pensamiento del legislador ecuatoriano la fuerza e importancia que en realidad la corresponde, reformándose en este campo el principio sustentado con carácter generalísimo en el Art. 2 del propio Código Civil. El valor de la costumbre con la indicada amplitud lo acepta el Código de Comercio en su Art. 4. Las cláusulas de los contratos civiles se interpretarán de la manera que mejor cuadre a su naturaleza, a menos de aparecer voluntad contraria (inciso 1º del Art. 1.553 ya citado) En el Código alemán y en el novísimo Código Civil ruso, al tratarse de interpretar los contratos, el juez sobre todo ha de tener en cuenta la justicia y la buena fe.

Aparece, por tanto, la calidad subsidiaria de las reglas legislativas, para suplir las faltas de previsión por parte de los contratantes, por cuya razón es legítimo calificar estas leyes con el nombre de supletorias. Debiendo el contrato celebrarse de buena fe, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a lo que emana de su naturaleza o que por la costumbre o la ley le pertenece, dispone el legislador ecuatoriano. Mas, por ser al mismo tiempo el legislador mejor intérprete de la voluntad de las partes está obligado a no forzar su pensamiento y decisión, se afirma, y son por eso leyes interpretativas.

De esta última circunstancia proceden multitud de problemas para el jurisconsulto.

Primeramente, el negocio jurídico, ha dicho con mucha firmeza Danz (1), no procede siempre de la voluntad de las partes ni de hechos positivos suyos, sino que con gran frecuencia cabe considerárselos como consecuencias naturales, no previstas o queridas, de un acto voluntario: lo que se quiere es el acto y se sufre la consecuencia. O el contrato no se pacta ni discute pero se ejecutan los actos que lo suponen: alguien penetrando en un bar pide unas copas de licor sin haber tratado previamente del precio. ¿Cómo puede ser en cada uno de esos casos la ley aplicable mera interpretación de la voluntad de las partes?

Evidentemente, como acabo de enunciar, lo que procede de mi espontaneidad es el acto, que me es dable hacer o no hacer, y sólo en ciertos límites soy libre para modificar sus consecuencias; pero tales consecuencias antes que por la ley están determinadas por las costumbres de cada lugar, desde la misma calificación del hecho. Si determinados servicios o prestaciones son de los que se acostumbra pagar en un lugar, se ha originado una obligación jurídicamente exigible, por más que nada se haya pactado; pero si esos mismos servicios en otro lugar se entienden gratuitos y meras muestras de amistad, no hay contrato alguno ni ha surgido

(1) E. Danz "La interpretación de los negocios jurídicos" traducida de la 3ª edición alemana.

ninguna obligación. Claro que las partes pueden convenir en otra cosa, porque les es lícito renunciar un derecho que sólo mira a su interés o disponer de parte de su patrimonio en provecho ajeno.

Y viene aquí una transformación valiosa que pretende el derecho moderno, mejorando la base de una equidad de ya antigua fecha, la de la efectiva libertad de los contratantes sobre la meramente formal del liberalismo. De ahí ha nacido la regla extensa del Art. 33 del Código soviético, que concede acción popular contra los contratos efectuados abusando de la extrema miseria de una de las partes, para que el tribunal competente lo declare nulo o haga cesar en sus efectos.

Por otra parte ¿tiene valor obligatorio el contrato que no coincida en sus lineamientos generales con cualquiera de las formas de pacto o convención reconocidos por el legislador? La más nueva jurisprudencia universal se decide por su eficacia. ¿Es obligatoria una promesa unilateral antes de ser aceptada? También hay muy fuerte y valiosa tendencia por la afirmativa, y al tratarse de los contratos lo consagra el Código Civil ruso en sus artículos 132 y siguientes.

Fundamentar y resolver todos los anteriores problemas, aún dentro del mero derecho nacional, sería de lo más importante, incluso para deducir consecuencias valiosas en nuestra propia ciencia; pero habría de conducirnos muy lejos, por lo cual no hago sino enunciarlos en este momento.

VII

Según qué principios y mediante qué reglas debe interpretarse, en nuestra ciencia, la voluntad de las partes en el campo del derecho que se halla regido por leyes interpretativas.

En lo internacional el gran problema consiste en inquirir cuál es la legislación llamada a satisfacer esas necesidades de interpretar y suplir la intención de las partes, para que las leyes de este orden den su justo rendimiento.

Aceptando, como lo hemos hecho, que la poderosa fuente de vitalidad de los contratos se constituye mediante las costumbres de cada lugar, vemos que, incluso su existencia, se determinará por las prácticas comunes. ¿La acción llevada a efecto equivalió al reconocimiento de obligaciones o no? Esto nos lo dirán las costumbres a las cuales estuvieron habituados los contratantes.

Pero inquiramos en el campo abandonado ya a la decisión de las partes y donde ellas resuelven, o pueden resolverlo, con la mayor espontaneidad. Como de ordinario en todo caso de interpretación de los contratos, se nos impone ante todo el aspecto psicológico del pensamiento del o los sujetos obligados o que pactaron. Se pretende averiguar, no siempre cuál fue la ley en que pensaron las partes para el efecto de cuya reglamentación se trata, sino en cuál habrían pensado si se les hubiera ocurrido la dificultad. Hay casos como el de la destrucción del objeto

debido o el de su deterioro por causas eventuales, que ni siquiera pudo ocurrírseles al tiempo del convenio.

Dados los antecedentes previstos y los análisis señalados, nos toca ahora descubrir las reglas internacionales sobre el asunto.

Hemos visto que también respecto de los contratos y en general los actos que se denominan voluntarios y libres, hay marcos jurídicos señalados por la ley, que a todo trance deben respetarse so pena de quedar sin efecto el contrato, especialmente, según nuestro Código Civil, aquellas solemnidades prescritas teniendo en cuenta la naturaleza del contrato y no la condición o el estado de las partes (Art. 1.672) o ciertos límites de garantía en beneficio de aquellos para quienes las circunstancias pueden hacerlos convenir en pactos ruinosos, tal la rescisión por causa de lesión enorme. Respecto de semejantes limitaciones tenemos ya declarado: o son prescritas por causa de las personas, y entonces se atenderá a la ley nacional; o se originan en vista de los bienes y su situación económica dentro del país, señalándose en tales casos como preferible la regla de la situación; o significa el medio de prueba indispensable y el precepto *locus regit actum* tiene la preferencia. Anteriormente pudimos indicar la coincidencia de ciertos intereses que caben acumularse, para exigir que se atiendan al mismo tiempo a dos o más leyes o para permitir a los contratantes apartarse de la regla general. (Véase el tomo primero de esta obra).

Si las costumbres del lugar en donde ejerce sus actividades el sujeto, van estableciendo su manera de proceder en derecho cuantas veces se le confiere facultad de elegir, si sus convenios y negocios se realizan teniendo en cuenta las costumbres generales sobre la materia; es indudable que la interpretación oportuna de los contratos será aquella que se acepta en el lugar donde el individuo permanece de manera continua y desarrolla el giro ordinario de sus negocios. Si se trata de reconocer su pensamiento, ningún otro sistema más convincente y eficaz. Y como el territorio donde el individuo tiene el asiento permanente de sus negocios se denomina su domicilio, es la ley domiciliar la preferible, entre todas las otras, para interpretar la intención del respectivo sujeto.

Mas en los contratos existiendo doble grupo de personas, se intenta investigar en que coincidieron o pudieron coincidir al convenir en el negocio. Cuando tienen un común domicilio, el asunto no reviste ninguna dificultad; pero cuando no lo tienen ¿qué debe hacerse? Se buscarán motivos de contacto mientras sea posible, por ejemplo, una común nacionalidad; más si aparece imposible esa coincidencia, de ordinario se interpretarán las obligaciones de acuerdo con la ley del domicilio del deudor, a menos de ocasionar contradicciones invensibles, para cuyo caso debe ocurrirse a la ley de la celebración.

Los principios reconocidos me parecen los más oportunos, pero están de tal manera determinados por las circunstancias, que no debe

declararse nada de perfectamente fijo ni determinado en este orden de preceptos en lo internacional, dejando la mayor iniciativa posible al tribunal a quien le corresponde resolver. Y esto tanto más cuanto en esencia la función judicial es interpretativa. Lo que sí debemos subrayar es, que entre las leyes interpretativas hallaremos con frecuencia aplicación de principios extraterritoriales.

VIII

Conclusiones.

En vista de tal variedad de formas y de contenidos jurídicos, reunidos bajo una común designación internacional —la de preceptos extraterritoriales— debemos buscar el elemento que los califique.

No puede ser la tutela individual del sujeto que sufre esos mandatos, pues traspasa y, en ocasiones, hasta desconoce el interés particular para atender a las exigencias sociales: eso sucede incluso entre las mismas reglas de la capacidad individual, si nos referimos al estado de las personas o al poder de celebrar ciertos contratos, entre ellos el matrimonio prohibido por determinadas complicidades de los contrayentes. En sentido opuesto, tampoco fijará la indicada calidad internacional, el que pertenezcan las reglas al que denominamos derecho social, pues una parte muy importante del estatuto de las

personas mantiene el mero derecho subjetivo y particular, sobre todo cuando dispone en el campo donde las iniciativas privadas están llamadas a desarrollar todas sus influencias.

No coincide como signo específico el de tratarse de sólo reglas imperativas, o de derechos de mera facultad o de leyes interpretativas. En ocasiones las tres clases de preceptos se ven reunidas con el carácter internacional de no perder su eficacia con el territorio para el cual fueron dictadas, antes franquean las fronteras de la patria permitiendo se cumpla en el extranjero el gran afán del derecho privado: conferir a cada negocio la regla que mejor convenga a su plena eficacia.

El estatuto personal es extraterritorial, mantengo, porque representa la ordenación y armonía continua entre los elementos personales permanentes de una sociedad política, para la marcha y prosperidad del Estado; y porque conserva la continuidad jurídica de la propia existencia para el particular, reconociendo y garantizando los derechos adquiridos y sus consecuencias legítimas.

FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPITULO DIEZ Y SIETE

NATURALEZA DE LAS LEYES TERRITORIALES POR RAZON DE SU OBJETO

Los preceptos de carácter imperativo y los facultativos respecto al régimen de los bienes. Su calidad internacional.— Varios sistemas económico-políticos relativos a los bienes y su propiedad en la teoría y en las legislaciones actuales.— El campo abandonado a la decisión de los particulares en lo relativo a su patrimonio.— Casos de preceptos imperativos sujetos a cambio por resolverlo así los interesados.— La teoría de las calificaciones: el modo de plantearla, los problemas que de ella proceden y sus consecuencias para la ciencia que estudiamos.

I

Los preceptos de carácter imperativo y los facultativos respecto al régimen de los bienes. Su calidad internacional.

Después del arreglo de las energías personales dentro del Estado, le toca al legislador velar por los elementos económicos de la prosperidad colectiva y de la subsistencia social.

Entre las exigencias económicas correspondientes a todo pueblo —apartándonos de la contemplación de los medios indispensables para cumplir los servicios públicos— debemos distinguir las que proceden de las necesidades generales y que en común se cumplen, de aquellas otras abandonadas a la iniciativa de los particulares.

El interés social y los derechos comunes se expresan vivamente en determinadas reglas de política de la propiedad, por ejemplo, cuando se prohíben las vinculaciones, se niega a las sociedades o corporaciones adquirir o mantenerse en la posesión de cierta clase de bienes más allá de un término de tiempo que se las señala; o se toman medidas administrativas para impedir ciertas destrucciones y pérdidas comunes, como cuando se manda repoblar los talados bosques o se reglamentan la caza y la pesca, por los beneficios que reportan las poblaciones de un suelo rico en bosques y en animales de caza y pesca; o se trata del uso y goce de una comunidad o de una población, como al reglamentar el empleo de los ejidos o legislar sobre el modo de establecerlos; y dentro del estricto derecho civil y privado, con las leyes que reglamentan la expropiación por causa de utilidad pública.

Las leyes que arreglan semejante clase de circunstancias son de naturaleza imperativa y por lo mismo irresistibles para el sujeto titular del derecho correspondiente. No tienen en cuenta la condición del propietario ni les importa su carácter de nacional o extranjero. Ampliando el

sentido de derecho real definido por los Códigos Civiles, podríamos decir que la sociedad emplea en los indicados casos respecto a los bienes el ejercicio de derechos reales: ya se mire el problema jurídico bajo el aspecto de inmediata relación de la persona a la cosa o porque se desvanece toda idea del propietario privado para imponer a cualquiera, a todos, la carga correspondiente.

Junto a los anteriores mandatos y confundiéndose esencialmente con ellos, están los de la policía de la propiedad, con su doble objeto: la salubridad pública y la moralidad en las relaciones humanas nacidas del aprovechamiento de las cosas. Por eso no se permite en el interior de las poblaciones depósitos de materias que puedan viciar el ambiente; por eso se castiga la usura, el fraude, el abuso de confianza. Como hemos afirmado a propósito de las reglas precedentes, tampoco las leyes de este orden podrán ser transgredidas por nadie, sea cual fuere la nacionalidad del transgresor y sin exceptuar a los mismos Agentes Diplomáticos, so pena de sufrir las sanciones acordadas.

Tienen tantas semejanzas en sus efectos las dos clases de reglas referidas, y aún, tienen tantas consecuencias en el arreglo del patrimonio privado para darle su sentido general político, como pronto veremos; que no puede extrañarnos el hallar entre los autores más calificados opiniones como aquella de Pillet, que afirman la naturaleza territorial de las leyes sobre el patrimonio por pertenecer al orden público del

país. Nosotros nos empeñamos en más detenido análisis, ante todo para no regirnos por el aspecto formal de la ley —su territorialidad o extraterritorialidad— para fijar el concepto del orden público; y además, para limitar las consecuencias de la territorialidad de los preceptos sobre el patrimonio, que de otro modo alcanzaría proporciones realmente exageradas.

No procede bajo el estímulo de idénticos motivos el legislador cuando rechaza la propiedad de inmuebles rústicos para las corporaciones denominadas *manos muertas*, que al ordenar no se prescriba el objeto robado en poder del ladrón. En el primer caso se preocupa de la mejor economía social, o sea del enriquecimiento público como deber impuesto al propietario; en el segundo, no acepta que de un acto inmoral y prohibido nazca para su autor ningún derecho.

La política económica podrá aconsejar se desposea al dueño que no cultiva sus campos, contrariando así la prosperidad colectiva y sus deberes para con ella; del interés social reconocido como el predominante, nacerá la facultad de arrancar de un patrimonio privado por expropiación los bienes que demanden las necesidades públicas, por más que se hallen íntegra y sabiamente trabajados por el dueño; y la vigilancia sanitaria no permitirá dedicar el suelo nuestro al enterramiento de cadáveres. Con todo, en las tres circunstancias indicadas, nadie podrá servirse de su condición de extranjero para exigir en favor suyo regla distinta de la dictada de modo general.

Se interesa en seguida el legislador por el régimen privado de la propiedad. La organiza dentro de los límites que le parece convenientes, señalando las posibilidades de cualquier patrimonio privado, según que determinada clase de bienes (más o menos amplia) pueda entrar a constituirlo o no; lo reglamenta, tratando de conciliar el interés de los particulares con los de la sociedad: por eso señala los bienes que están en el comercio y los que fuera de él están, la clase de transacciones posibles para el sujeto particular sin perjuicio de los negocios fiscales y la forma como deben efectuarse esas transacciones, especialmente con el objeto de proteger el crédito; y en fin, la garantiza y sanciona de manera más o menos vigorosa, o la limita y restringe de diversos modos.

Esta forma de ordenamiento de los medios y actividades económicas dentro de cada Estado, significa particularmente el régimen por el cual prepara y mantiene todo pueblo su prosperidad material, representando diversas tendencias según el sistema político preferido y modificando a su medida el grado de libre disposición de sus bienes para el propietario, los deberes que se le impone en ese carácter para con la sociedad o para con sus vecinos, determinados por las obligaciones de la producción y las que llamamos las servidumbres legales. Pero, al ejercitarse las actividades públicas en el sentido de semejante reglamento, al dar leyes relativas a su contenido, está trabajando, nos es permitido decir, sobre materiales propios, sobre cosas que

le pertenecen; por eso su libertad frente a los otros Estados es extensa en esta materia y sólo se limita en lo interior por el concepto económico preferido. En la ciencia internacional se le reconoce la facultad de arreglar en la forma que mejor le convenga los elementos permanentes de su economía.

Si bien es verdad que las más nuevas teorías políticas, cada vez con mayor insistencia, tratan de confundir íntegramente la economía pública con el derecho social, no se ha llegado todavía a semejante resultado, aun cuando la preferencia concedida a la economía de ese orden sea un hecho cada vez más visible. Por eso nos es permitido afirmar todavía, y sobre todo refiriéndonos a los países de régimen burgués, que la clase de leyes cuyo estudio hacemos en este momento, se relaciona de modo particular con los derechos del individuo, señalando facultades y deberes al propietario. Lo social nunca se pierde de vista del todo, es el fondo del cuadro, incluso en los sistemas más individualistas, pero en unos momentos más que en otros la propiedad particular y las facultades del individuo acentúan sus relieves. Las innovaciones que en este campo debemos a los legisladores modernos son muy sugerentes, como se verá por los datos cuyo enunciado haremos en el siguiente párrafo.

— — —

Es indudable que el modo de constituirse la propiedad, las desmembraciones posibles y las

necesarias, la posesión de los bienes y las consecuencias que de ahí proceden, y otros elementos jurídicos conexos con el derecho de dominio y su ejercicio; se reglamentarán en idénticas formas para todos los inmuebles de un suelo nacional sea cual fuere la patria del dueño de ellos. Puede o no estar investido de la posesión de sus tierras el individuo, mas para el caso de no ejercitar sus derechos de posesión el dueño, cabe que otro sujeto ocupe la cosa, y en semejante circunstancia el amparo de la posesión y sus efectos para la prescripción por ejemplo, serán los designados por las leyes territoriales sin preocuparse de la nacionalidad o residencia del legítimo dueño. Puede el extranjero constituir en nuestro territorio y sobre el inmueble que le pertenece una propiedad fiduciaria, pero si atendiendo a la legislación patria que lo permite, grava la indicada propiedad con varios fideicomisos sucesivos, respecto de los inmuebles ecuatorianos no se reconocerá sino el primero.

Como se ve, es la contemplación objetiva de la cosa la causante del reglamento. Mas estas leyes requieren con frecuencia para entrar en acción hechos o actos del hombre que las determinen. La posesión se prueba por actos que sólo el dueño se halla facultado para ejecutarlos. Por tales razones incluyo a las leyes relativas al dominio, posesión, uso y goce, entre las que se han denominado ya de carácter facultativo, pues de la acción decidida o la omisión resultante proceden las respectivas consecuencias de derecho. La omisión es en algún sentido un

acto negativo. Dejar de cultivar la tierra en un pueblo donde el legislador impone al propietario que la cultiva, se resuelve en una omisión prohibida por la ley que genera el derecho del Estado para imponer la sanción acordada.

Junto a las leyes imperativas de política económica o de derecho social mencionadas, hemos visto aparecer las facultativas, mediante las cuales se constituye y administra el patrimonio individual; pero unas y otras han tenido que ser calificadas en lo internacional como territoriales.

Insistiendo sobre consideraciones ya hechas —en razón de su importancia capital— habremos de decir: los tres grupos de leyes contemplados a propósito de la organización de la propiedad (las que determinan el dominio fiscal y el nacional, las que imponen deberes al propietario y las que señalan ciertas posibilidades para el mismo); tienen por característica el ser territoriales, aplicándose en cada suelo a la circunstancia objetiva del dominio, aun cuando los sujetos a quienes pertenezca sean extranjeros o residan en otro lugar (como lo ha redactado nuestro Código Civil en su Art. 15). Y esto no por considerar que cuanto a la propiedad se refiere (aún limitando el alcance a sólo la propiedad inmobiliaria) se halle vinculado con el orden público nacional, sino por la naturaleza particular de la energía económica adscrita al suelo que la sustenta y constituyendo uno de los elementos básicos, no únicamente del Estado —en el sentido de ser su territorio— sino de la subsistencia social, y más de ésta que de aquel.

Lo principal de nuestras consideraciones se refiere a los objetos de asiento permanente, a las energías económicas constantes en cada pueblo; de ahí que en cierta medida se pueda reconocer distinto significado a la situación de los muebles, sin que se contraríe en lo fundamental la doctrina. Hay objetos que el turista lleva consigo, mercaderías que están de tránsito por nuestro territorio, valores cuyo asiento momentáneo en el suelo de un país es evidente o créditos materia de contrato en una nación para ser pagados o reclamados en otra. En todas estas circunstancias adscribirlos al suelo y someterlos rigurosamente a su legislación, sería en extremo excesivo. Ni el país cuenta con esas riquezas para organizar su economía, ni los efectos permanentes van a darse en él.

Varios sistemas económico-políticos relativos a los bienes y su propiedad, en la teoría y en las legislaciones actuales.

Indudablemente, la constitución y desarrollo del patrimonio social y el establecimiento y ordenación de los elementos de la riqueza particular, representan el objeto perseguido de continuo en el orden económico por los legisladores de todos los tiempos y países. Esas dos exigencias fundamentales coexisten junto a una tercera, que representa en cierto sentido una posición

intermedia entre ellas; son las necesidades que ha de satisfacer la propiedad fiscal y el ejercicio de las facultades administrativas.

Según se resuelva la orientación jurídica predominante, a favorecer y ampliar los servicios sociales y las maneras de producción y reparto colectivos, o a impulsar garantizando en el máximo de lo posible el particular dominio; se han constituido tipos diferentes de legislación en cuanto al derecho de propiedad, que pueden llegar a presentarse inconsiliables. Con las denominaciones preferidas ahora, diremos que hay tipos legislativos individualistas y socialistas.

No siempre se han delimitado con claridad estos aspectos y el carácter del patrimonio social sobre todo ha permanecido oscuro en el pensamiento de políticos y jurisconsultos por múltiples motivos. En ocasiones el dominio fiscal engloba toda la propiedad pública, cuando el absolutismo de la realeza encarna en el Monarca al Estado al cual rige. O cuando el Estado o nación reviste personalidad propia, y entonces lo fiscal y lo social pertenecen al patrimonio de la nación, diferenciándose los bienes nacionales de uso público de los de uso fiscal.

El sentido del patrimonio colectivo sólo es conquista de nuestros tiempos, (1) en que las ideas políticas colectivistas han alcanzado tan

(1) Me refiero a la forma particularísima en nuestros tiempos, de la copropiedad del Estado o participación en los beneficios privados.

grande desarrollo. Es importante apuntar, aun cuando sea en muy pocas líneas, la historia de las ideas que actualmente combaten a propósito de los bienes y su propiedad.

La propiedad familiar que se había ido constituyendo en Roma mediante la adjudicación obtenida o la usurpación practicada sobre el patrimonio público romano (las *assignationes viritaneae*, concedidas por una ley al ciudadano que lo solicitaba; las *assignationes colonicae*, entregadas de ordinario como derecho comunal a los colonos y más tarde usurpadas por los particulares u otorgadas a ellos; y los *agri cuaeatorii*, tierras públicas vendidas) (1) fue el primer aspecto privado que tuvo el dominio dentro de ese derecho. Su contenido jurídico se presenta con un poder de mando ilimitado, pero con una facultad de disponer que dentro de ciertos límites se restringe. Sin embargo, la cosa se halla bajo la mano del pater familia, por lo cual se la denomina en su origen *res Mancipi*. (2)

Se presenta a nuestro criterio lleno de sugerencias, el ver como en el derecho primitivo se agrupan a veces el conjunto de las cosas *Mancipi* del ciudadano bajo el nombre común de "familia", (3) y como frente a esa familia va organizándose poderosamente la reunión de los bienes *res Mancipi* con la designación de pecunia. El de la pecunia es el campo donde se ha-

(1) J. Declareuil, Roma y la organización del derecho.

(2) Rodolfo Sohm, Instituciones del Derecho Privado romano, traducción española de la 17ª edición alemana (MCMXVIII).

(3) Sohm ob. cit.

cen los ensayos individualistas más fuertes, y cuyos resultados más o menos pronto se irán proyectando sobre la íntegra condición de toda clase de bienes pertenecientes a cualquier patrimonio privado; de manera de poder llegar a definir, hacia el término de su evolución, las facultades de propietario como la potestad de usar, disponer y abusar de los bienes de su pertenencia.

Es curioso asistir a las transformaciones que sufre el poderoso individualismo alcanzado por el derecho de propiedad en Roma, al contacto de las ideas de influencia y poderío político predominantes en la Edad Media, de donde nacen determinadas atenuaciones o cambios en las excesivas facultades de disponer de lo suyo. Las tierras ocupan el primer puesto en la economía feudal al tiempo que son los efectivos medios de poderío; de ahí la importancia concedida, como nunca se hizo en la legislación romana, a la diferencia entre objetos muebles e inmuebles, y el singular empeño de protección conferida a estos últimos y a sus propietarios, con las vinculaciones, los registros de la propiedad inmobiliaria ya establecidos en la Edad Media (1) y otros medios de índole semejante.

La teología cristiana tolerante y conciliadora con las fuerzas políticas del feudalismo, habla por boca de uno de sus más ilustres representan-

(1) Sohm nos dice que los registros territoriales donde se hacen constar las relaciones jurídicas privadas sobre inmuebles, son de origen medievoal en Alemania.

tes, Santo Tomás, para reconocer que el derecho natural no impone pero tampoco prohíbe el establecimiento de la propiedad privada, debiendo en consecuencia resolverse por su establecimiento o no, según convenga a la buena marcha de la economía. El doctor angélico se decide por la preferencia de la propiedad privada, argumentando su virtud y eficacia con los principales argumentos aristotélicos, especialmente aquel del estímulo para la prosperidad de la producción en el enriquecimiento del trabajador, tesis mantenida con insistencia hasta en nuestros propios días, por más que haya sido refutada victoriosamente en virtud de sabias investigaciones teóricas y resultados prácticos, fundándose en la ética de las relaciones y las consecuencias de la colaboración y el trabajo colectivo.

Con todo, es justo reconocer que los teólogos medievales ortodoxos procuraron suavizar el grosero egoísmo del plenísimo derecho del propietario sobre sus bienes, con las máximas de la caridad y de la perfección del alma en el desprendimiento de las cosas terrenales, insinuándose en algunos criterios el deber algo más imperativo y estricto del poseedor para los que nada tienen, cuando nos hablan, como lo hace Santo Tomás, del dueño el mero dispensador del tesoro de los pobres.

Las sectas heréticas que creían seguir con más estricta vinculación los puros principios del primitivo cristianismo, proclamaron con insistencia la comunidad de los bienes. Eso hallamos en los gnósticos alejandrinos y todos sus conti-

nuadores, en los cátaros, valdenses, begardos y arnaldistas. ¿No será justificado pensar que su lucha contra propietarios y ricos señores feudales, contribuyó de manera predominante para su derrota religiosa y las persecuciones que de ahí nacieron? (1)

La revolución francesa y el sistema económico liberal que fué de manera más o menos directa su consecuencia, al romper con las vinculaciones al suelo y algunos de los elementos del sistema feudal en la economía, volvió naturalmente los ojos al derecho romano tal como había quedado constituido en el bajo imperio, en cuanto al derecho de propiedad privada y sus efectos, por lo que se pudo repetir la definición del dominio, como la facultad de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta (Art. 544 del C. francés) (2); nuestro Código usa una palabra mucho más groseramente expresiva y más romana, arbitrariamente (artículo 571).

(1) El comunismo es el arreglo humano y natural de las relaciones entre los hombres, que la teología cristiana la comprende bajo un prisma divino y sobrenatural, me parece necesario reconocer. Los fundamentos básicos son los mismos: la igualdad de todos los hombres y de todas las razas, sin que el mejor dotado sea digno del mayor beneficio (los últimos serán los primeros, dijo el cristianismo) y el trabajo es la ley común para todos sin distinción de categorías. Únicamente que el cristianismo pone el reinado de la justicia fuera de este mundo y el comunismo lo reclama aquí para todos. Lo que hay es que uno y otro arreglan idealmente la vida creando una especie de naturaleza humana sublimada.

(2) Véase el capítulo séptimo de esta obra.

Después que las ideas socialistas han conmovido al mundo, los principios económicos y políticos no podían permanecer inmutables. La obra de Marx, aun cuando sólo se la pudiera considerar como crítica y destructora, nos habría dado con sus análisis un poder maravilloso de aguda visión para penetrar en los vicios del individualismo productor y distribuidor de la riqueza, impulsándonos a buscar fórmulas más válidas y convenientes; esto sobre todo después de haberse visto el fracaso indudable de la economía tradicional que no alcanza a solucionar la atroz crisis que actualmente vivimos. (1) El marxismo unido a las otras tendencias socialistas van a transformar el mundo, pues a su empuje poderoso los regímenes burgueses de más férrea contextura van modificando sus principios y sus leyes protectoras de la propiedad. La propiedad en beneficio o provecho social aparece en el pensamiento moderno por todas partes.

Rompiendo decididamente con la tradición para el establecimiento de un régimen socialista, tuvo por necesidad ineludible la República

(1) Según ha sido la exaltación de Marx por los partidos revolucionarios, cada uno de los cuales ostenta su primogenitura marxista, así también la reacción ha empleado violentos ataques contra todos y cada uno de los puntos de sus teorías económicas y políticas. Se le ha negado originalidad, juicio recto y científico y previsión justa de los hechos (Véase en resumen esta labor en la Historia de las doctrinas económicas de René Gonnard). Sin adherirme al marxismo por muchísimos puntos de vista que sería prolijo en este momento exponer, creo que talvez es el mayor esfuerzo de la Alemania en el último siglo.

soviética rusa que revisar el concepto de la propiedad privada y el alcance del patrimonio tolerado en manos de los particulares. En el artículo 52 de su Código Civil ha reconocido tres clases de propiedad: a) La pública (nacional o municipal); b) la cooperativa; y, c) la privada. Se explica esa mezcla de colectivismo y de socialismo de Estado que mantiene el Código soviético, en virtud del carácter teórico de transición que se le adjudica a la República rusa, mientras educar las generaciones que vivirán el comunismo integral. (1)

El Art. 53 determina que clase de bienes son de exclusiva propiedad del Estado: el suelo, el subsuelo, los bosques, las aguas, los ferrocarriles de utilidad general, su material rodante y los aparatos aéreos. Ya en el Art. 21 se había hecho la declaración de que el suelo pertenecía al Estado, no pudiendo por lo mismo ser objeto de comercio privado y que el goce únicamente se abandonaba a los particulares. De ahí, dedujo, en nota puesta al mismo Art. 21, con un exceso de precipitación me parece, que no habiendo el dominio privado sobre el suelo quedaba suprimida la distinción entre muebles e inmuebles. Con todo, se habla en el Art. 54 de la

(1) La importancia concebida en esta legislación a las cooperativas, ha hecho expresarse a Eduardo Lambert (véase la introducción al Código en la traducción francesa) que la constituye como una persona moral muy superior a la persona física.

propiedad de los particulares sobre edificios no municipalizados.

Una figura jurídica de las más interesantes y que representa efectiva novedad, es la denominada en el Código que estudiamos con el nombre de derecho de construcción. Las cooperativas y demás personas jurídicas lo mismo que los simples particulares pueden celebrar con la respectiva sección comunal, contratos de esta clase, que sólo durarán cuarenta y nueve años si la construcción es de piedra y veinte años las demás. Se ve a primera vista y sin necesidad de comentarios el cambio sufrido en las ideas corrientes sobre la propiedad privada.

La tendencia no ha tenido únicamente resonancias en los países de pleno sistema revolucionario socialista, sino con más o menos timidez, con atenuaciones mayores o menores, en las legislaciones de varios otros pueblos. Así descubrimos algunas declaraciones teóricas de doctrina innovadora respecto al derecho de propiedad privada, en la Constitución alemana de Weimar y en Constituciones posteriores de otros Estados, como la de Méjico de 1924, la del Ecuador de 1929 y la Carta Fundamental de la República española.

La constitución de Weimar consulta dos innovaciones fundamentales: la declaración teórica de que la condición de propietario envuelve obligaciones sociales, debiendo significar el uso de los bienes el más alto servicio de interés común; que se ha traducido en la doctrina posterior con el nombre de propiedad en función social. Y

como segundo aspecto del cambio de rumbo indicado, la posibilidad de expropiar por requerirlo el bien común aún sin pagar a su dueño indemnización, declarado en el inciso segundo del Art. 153. "Hay que ver en ello, dice Ottmar Buhler, una concesión a los que proponían hacer una reforma de la propiedad del suelo, con el objeto de facilitarles la tarea". (2)

También expresa una cierta facilidad concedida para lo futuro, algunas reglas de las otras Constituciones recordadas; tales las del Art. 27 de la mejicana: el dominio originario de las tierras y aguas pertenece a la Nación, y aun cuando le es permitido conceder la propiedad a los particulares, conserva siempre la facultad de imponer las modalidades que dicten el interés público. El derecho de propiedad garantiza nuestra Carta Fundamental (Nº 14 del Art. 151) con las restricciones que exijan las necesidades y el progreso social.

Se precisa y aclara el concepto de la aspiración legislativa que exponemos, en el Art. 44 de la Constitución de la República española. En el primer inciso de ese artículo se reconoce: "Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la constitución y a las leyes" En los subsiguientes incisos se habla de

(2) En la obra del autor titulada La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919. Texto completo, comentarios, historia y juicio crítico.

la expropiación por causa de utilidad social que la mayoría de las cámaras puede decretar se haga sin indemnización, se reconoce el derecho de socializar la propiedad con los mismos requisitos de la expropiación, se permite nacionalizar los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común, y se acepta el control y la explotación de industrias y empresas cuando lo aconseje el interés de la economía nacional. Puntos la mayor parte reglamentados con significado parecido en las Constituciones alemana, mejicana y la del Ecuador. (1) Sin embargo insistimos en que la española en algunos aspectos es más precisa.

El interés económico que cada vez adquiere mayor relieve constitucional, nos va demostrando como la teoría política del Estado y su soberanía principia a ocupar un segundo plano frente a su función del arreglo económico y social. El Estado industrializado para desgravar en lo posible al contribuyente, es una aspiración fuertemente sentida en nuestros tiempos, completándola con el monopolio en las industrias del Gobierno. (2)

Sentimos no poder detenernos en el análisis de tan sugestivas e importantes materias como las insinuadas en el presente párrafo, pero de-

(1) Consúltase a Valverde y Valverde en su Tratado de Derecho Civil Español, tomo apéndice.

(2) El No 15 del Art. 151 de la Constitución del Ecuador garantiza la libertad de comercio, prohibiéndose los monopolios que no estén autorizados expresamente por ley general o especial, y sólo faculta al Estado a establecer estancos.

terminado como está nuestro objeto por la materia que estudiamos y por la necesidad de concisión en ella, lo único que nos es dable en este momento se reduce a insistir en que una poderosa e irresistible corriente se precipita por todos los declives del pensamiento moderno, agitando ideas múltiples innovadoras en el campo de la política y de la economía. A veces llegan a trastornar las seculares instituciones para poner a prueba fórmulas diferentes de arreglo social, otras permanece en una estabilidad más o menos aparente y en ocasiones las fuerzas conservadoras acuden a las últimas reservas con atolondramiento y precipitación: no temen despertar cualquier dormido instinto popular mezclado a ciertos débiles aportes de justicia o de transacción con la economía nueva. De ahí procede la reacción casi universal contra los fundamentos del derecho de propiedad, tal como lo había establecido el Código de Napoleón y después de él los demás Códigos del siglo XIX.

Ya como fórmula más o menos intocada, ya con débiles transformaciones y conquistas, la verdad es que las legislaciones de casi todo el mundo conservan todavía los caracteres del dominio privado en la forma tradicional. Con todo, la expropiación por causa de utilidad pública o social, adquiere todavía más extensión e importancia. Son débiles muestras de las transformaciones fundamentales que parecen próximas: todas las reacciones se congregan, inteligentemente en ocasiones otras con sañuda ferocidad, mientras la clase trabajadora y prole-

taria no cede, y vencida y ante la persecución resiste confiada en la justicia de su causa.

Pero sea cual fuere el porvenir, nos toca resolver los problemas jurídicos para el presente, y por lo mismo nos corresponde aquilatar que de los tres tipos legislativos ya enunciados (los plenamente revolucionarios, los absolutamente conservadores y los que tratan de conciliar ambas tendencias) si los dos últimos pueden concordar y mutuamente auxiliarse y completarse, el tipo revolucionario es incompatible con los otros dos, pertenecen a diversos órdenes de cultura y, negando el uno al otro, no caben transacciones en sus respectivas reglas. Allí se originan múltiples consecuencias para el Derecho Civil Internacional, según podremos subrayar en los capítulos posteriores.

III

El campo abandonado a la decisión de los particulares en lo relativo a su patrimonio.

Aseguradas las consecuencias que se esperan del uso y goce de la propiedad de los particulares para los fines colectivos, el Estado todavía ha de preocuparse de ciertos deberes del hombre vinculados a su patrimonio y que la ley le impone, para circunscribir por último el campo abandonado a las decisiones privadas o el goce del dominio del que se desentiende el legislador. Nada puede importarle a éste, en efec-

to, que sea uno u otro el propietario del fundo, si sabe a ciencia cierta a quien le corresponde tal propiedad; los frutos puede percibir un tercero a propio nombre en lugar del legítimo dueño de la tierra, sin ningún inconveniente general o pérdida colectiva; la casa puede habitar el propietario, un inquilino, alguien que contrató un derecho de habitación y hasta un intruso mientras el titular del derecho no le reclame.

Piénsese bien en que después de hablar de los deberes colectivos y otros de procedencia legal para los propietarios, no he dicho que lo demás se abandona a su libre decisión, sino que se delimita el campo donde se la ha de ejercer. En realidad, el ejercicio del derecho de contratación hoy como nunca va convirtiéndose en reglamentado en vista de la ética en las relaciones humanas. La teoría de las lesiones en derecho se amplía cada vez más, de manera de impedir que una extrema miseria le obligue al hombre a ceder los objetos de su propiedad por precios no equivalentes a su justo valor; este principio del antiguo derecho limitado a la compra-venta se extiende, como sucede en el Código ruso, (Art. 33) a las otras clases de negocios. El sistema de los contratos colectivos, o a lo menos vigilados por la autoridad, adquiere a diario mayor número de adeptos. Y el principio de vigilancia y protección a los negociadores hoy día es muy extenso. Mas esto también significa un cambio en el criterio de la economía tradicional plena de fe en el libre juego de las

fuerzas sociales, que pueden dar origen a sistemas antagónicos.

Hechas las prevenciones anteriores, debemos reconocer que la materia es la relativa a los contratos privados, regida en su mayor parte por leyes de naturaleza supletoria o interpretativa. Semejantes preceptos, según antes he dicho, no tienen carácter territorial o extraterritorial definido y seguro; son determinados por las circunstancias que rodean al acto y están sometidos al arbitrio de las partes, de manera que cuando ellas precisan la regla de conducta o los mutuos deberes que se imponen, no hay más que atenernos a ello. A falta de tal declaratoria, corresponde interpretar la supuesta intención o la que habría sido si las partes hubieran pensado en ese evento. Cumplidas pues las limitaciones opuestas en vista de los caracteres del patrimonio personal y los de la condición jurídico-social de los bienes, la libertad de las personas se ejerce con la mayor eficacia, en este orden de las actividades del derecho. Nada podría impedir que dos ecuatorianos contratando dentro o fuera del Ecuador y estando o no domiciliados en él, convengan en someter los efectos libres de sus negocios a una ley extranjera, por ejemplo la inglesa, por creer que mejor interpreta el sentido que se quiere dar a las obligaciones contractuales de esa clase o por otro motivo cualquiera. Los deberes que determinadamente y uno a uno pueden reconocerse o se imponen, de esa manera los establecen en globo: así, después de garantizar los intereses generales

que se vinculan con la propiedad de los inmuebles, mediante la inscripción mandada, podrían resolver que las mutuas prestaciones y derechos se calculen y midan por las reglas prácticas del Estado extranjero, sean estas de orden legislativo o meramente consuetudinarias. No se pierda de vista que el arreglo personal del patrimonio con las cargas legales que le afectan, permanece sometida a la ley nacional, que el arreglo económico-social de los bienes es el determinado por la ley de su situación; y que únicamente la parte que se halla sometida a la espontánea decisión de los particulares, se regula, a falta de decisión expresa de ellos, por su posible voluntad, que insinúa la idea de los preceptos vigentes en el lugar donde tienen el asiento continuo de sus negocios, esto es la ley del domicilio.

Y ahora, en sentido equivalente al de las afirmaciones asentadas en el capítulo anterior, venimos a constatar que la territorialidad de los mandatos de autoridad relativamente a los bienes no corresponde, ni sólo a los de naturaleza imperativa, ni únicamente a los facultativos, y menos aún a los de carácter interpretativo. Que la regla en todo caso de los atributos internacionales relativos a los bienes cuyo reconocimiento corresponda, se explica por la clase de derecho que rige o de las necesidades que satisface.

¿Hay algo que represente consecuencias más constantes y graves, dentro del territorio donde

el hecho se produce, que el cambio en su economía o en el sistema de su explotación? No es fácil descubrirlo, dentro del proceso de la vida ordinaria y continua. Si clasificamos la categoría de los hechos sociales, hoy nadie duda que es el económico el que puede llevar en pos de sí el mayor número de consecuencias en el respectivo país, prolongándose sus efectos por mucho tiempo. Por eso los poderes públicos deben preocuparse con esmero en la disciplina de las energías de este orden, a fin de mantener el arreglo de las subsistencias; desprendiéndose de ahí la importancia del estatuto real y su territorialidad como mandamiento preferente, más no el único, desde que se reconoce la economía mundial y sus efectos beneficiosos o dañinos sobre la de cada Estado.

IV

Casos de preceptos imperativos sujetos a cambio por la decisión de los particulares.

Fuera de las leyes territoriales y extraterritoriales en razón de su naturaleza, hay otras que nuestra ciencia debe considerarlas de carácter excepcional, y entre ellas las reglas que, si de ordinario prevalecen dentro del territorio donde al acto se ejecuta, las partes son capaces de evitarlo optando por distinto precepto. Unicamente de este aspecto del Derecho Civil Internacional vamos a preocuparnos por el momento, principiando por señalar que su conteni-

do, se plantea entonces con el significado del alcance y valor del principio *locus regit actum*. Si nos resolviéramos por mantener los motivos jurídicos estrictos como han quedado formulados en las páginas precedentes, quizá la forma prescrita para el acto no se podría someter a un principio internacional común sino a varios, coincidiendo sí en gran parte por revestir el carácter de reglas imperativas. En ocasiones el estatuto personal sería el obligatorio: como al señalar el procedimiento para conferir la situación y derecho de hijos naturales a los simplemente ilegítimos, o los trámites que se seguirán para la venta legítima de bienes raíces o de muebles que tienen valor de afección pertenecientes al pupilo por parte de su guardador, o al prescribir la forma de prestar un consentimiento válido u otorgar un poder. Otras veces se trata de un reglamento imperativo también pero correspondiente al estatuto real, cuando se lo prescribe sólo en consideración a los bienes y el arreglo económico de la propiedad en el suelo del Estado respectivo: formalidades de la enajenación de las cosas, arrendamiento de minas, empleo y goce de las aguas y circunstancias de igual clase.

Si nos referimos a la legislación interna, la forma impuesta a los actos es con mucha frecuencia absolutamente obligatoria, llegando a extremos en realidad dignos de reproche. La falta de escritura pública, cuando ella está prescrita para un acto o contrato, vicia de nulidad el mismo. Y la mera invalidez de la escritura

por ciertas faltas o vicios en la forma material de ella, debe declararla de oficio el juez y en cualquier instante del procedimiento en que lo descubra, manda nuestro legislador. El Código argentino en este orden de declaraciones es también sumamente estricto, llegando en su artículo 1.011 (977 de la edición anterior) a disponer que si se ha prescrito una clase de instrumento público para cierto acto, no se lo puede sustituir por ningún otro para su validez. (En el derecho ruso se declara nulos únicamente en los casos de modo expreso determinados por la ley.—artículo 29 del Código Civil— tal sucede con las donaciones mayores a 1.000 rublos si no se hace en forma notarial).

El análisis que condujo al derecho tradicional a conferir tan singular importancia a la forma, no parece de orden muy fundamental; y esto nos demuestra con absoluto rigor los principios aceptados y puestos en práctica dentro de nuestra ciencia, a propósito de las formalidades de los actos.

Reflexionando sobre el valor relativo de las formas en varios actos para los cuales se prescribe, podemos repetir ahora lo dicho con ocasión anterior: cuando para la validez de un acto o contrato se prescriben ciertas formalidades o requisitos, o se lo hace atendiendo a la tradición romana caracterizada por la preferencia de símbolos externos que los materializan, viniendo a ser elementos constitutivos e indispensables para la propia existencia de la realidad jurídica; o procede de haberse reconocido y otorgado un interés

especialísimo al derecho implicado, buscándose en consecuencia las convenientes garantías. Lo primero debe denominarse solemnidad del acto, lo segundo formalidad de prueba. En las legislaciones de aplicación meramente interna se ha dado con frecuencia importancia primordial al primero, mientras la jurisprudencia actual interesada en espiritualizar el fenómeno de las obligaciones voluntarias, poniendo en segundo término los medios de exteriorizarse, prefiere significar con la forma meras necesidades probatorias.

La teoría internacional va modificando en este orden de consideraciones la estrictez del derecho interno de manera sustancial, desde su fuerza obligatoria hasta los procesos de su aplicación.

Formulado el principio *locus regit actum*, que tan general aceptación ha tenido en nuestra ciencia, el rigor de los reglamentos internos sobre la forma de los actos se desvanece y se desvirtúa además mucho de su sustancial contenido: ya porque desconoce en múltiples circunstancias el que pudo ser el fin perseguido, ya porque lleva consigo una regla práctica que no garantiza la fuerza de su obligatoriedad, permitiendo a los interesados elegir otra ley que la del lugar donde se efectúa el acto o celebra el contrato. Su territorialidad —en el lugar del otorgamiento— contradice ciertos aspectos jurídicos que se trataba de mantener.

En verdad, cuando el legislador refiriéndose a los actos relacionados con la constitución del estado civil de las personas, manda que se realicen

por virtud de ciertos trámites o solemnidades, que se inscriban en determinado registro o con el concurso de éste o el otro oficial público; se encuentra estrictamente dentro del moldeamiento social de aquella personalidad ciudadana, le da su categoría dentro de la nación y de la familia, debiéndose deducir por lo mismo que el reglamento válido sería el del estatuto personal, cuyo signo es su eficacia extraterritorial. El *locus regit actum* mantiene fórmula contraria.

O bien se halla preocupado de garantizar el orden social dentro del territorio en donde el sujeto respectivo ejerce habitualmente su actividad en los negocios, como al pretender la ley controlar el crédito público, imponiendo en consecuencia determinados procedimientos para algunos contratos: por eso entre nosotros la venta de la totalidad de los bienes de una sociedad o de un comerciante particular, debe hacerse por escritura pública inscrita, previo anuncio al público de que se va a celebrar tal contrato, y con autorización del Alcalde Cantonal respectivo si no hubiere oposición o se la declara infundada. Pero como los negocios no se circunscriben a un suelo y puede pactarse en ajeno territorio sobre un comercio establecido en aquel, la eficacia de la ley del lugar del acto no cumpliría su objeto primordial.

En fin, cuando la forma prescrita para el acto se refiere particularmente a la calidad de los bienes y resguarda los intereses económicos del país en donde ellos se encuentran situados; si sobre tales bienes se contrata en el extranjero,

debiera ser con las condiciones ordenadas por la ley de la situación.

Todos los motivos concurren para fundamentar la extraterritorialidad relativamente a la forma de los actos, mientras el principio internacional es el contrario.

Así pues, las calidades razonables descubiertas a propósito de las reglas que prescriben las formas de los actos, serían tanto más estrictas cuanto cada legislador no ha querido garantizarlos con mayor eficacia, mediante las sanciones que impone; el nuestro lo ha hecho, como ya lo sabemos, amenazando con la nulidad absoluta, cuando el requisito prescribe la ley en consideración a la naturaleza de los actos o contratos. Pero hemos reconocido que en lo internacional no prevalecen las formas prescritas por el legislador competente sino las del lugar del acto, y ni siquiera esta regla modificada es imperativa, sino de mera facultad para las partes.

Si la concordancia estricta entre el derecho interno y el internacional se quisiera mantener a todo trance, gran número de actos serían impracticables en el extranjero y el derecho de los particulares no estaría internacionalmente garantizado, en especial aquella facultad a la cual la tradición jurídica ha concedido tan singular importancia, la de disponer por testamento de los propios bienes. Ante semejante trance se ha convenido —hemos dicho antes— en mantener la fórmula excepcional del lugar del acto, de donde puede originarse un sistema de innovaciones de lo más importante.

En este momento, como lo hicimos en el primer tomo de la presente obra, nos corresponde insistir en la necesidad de separar lo que dice relación a las solemnidades de fondo, o elementos constitutivos del contrato, de aquellas otras externas o que tengan por único objeto el servir de prueba suficiente. En el un caso es esencial para la existencia del acto o contrato la solemnidad mandada, en el otro, puede existir sin ella pero les faltará a las partes la prueba suficiente para exigir su cumplimiento.

Hemos señalado en tiempo oportuno como el *locus regit actum* sólo se refería, en la mayor parte de los criterios, a las solemnidades extrínsecas, quedando las intrínsecas y constitutivas sometidas al precepto adecuado según su objeto. Queda de esa manera limitada, la extensión de la regla. Mas, a causa de las transformaciones que en la teoría del derecho se vienen sintiendo con la poca eficacia concedida a las formas para determinar el contenido de la voluntad, en todo caso de duda sobre el significado de los requisitos que se prescribieren, es oportuno reconocerlos como medios de prueba. Es por la influencia de pensamientos equivalentes, acaso, unidos a las exigencias de la realidad, que Fiore, y con él otros varios autores, han reconocido el valor del precepto internacional que discutimos, también para las solemnidades de fondo, cuantas veces no sea posible cumplir con la propia ley. Asistimos una vez más a la rectificación, oportuna en mi concepto, de las solemnidades de los actos y contratos.

Por último, se razonó con anterioridad, (1) el motivo suficiente del derecho de elegir para los contratantes las reglas informadoras de los actos; pues siendo las del lugar donde se efectúan leyes aplicadas por excepción y únicamente obligados por la necesidad, si los interesados prefieren cumplir con la ley propia nada se puede oponer a que tal lo hagan.

He ahí por cuales transposiciones de concepto, la naturaleza absolutamente obligatoria de los preceptos a que nos venimos refiriendo, se convierte en lo internacional en facultativa, sujeta a la elección de los particulares.

V

La teoría de las calificaciones: el modo de plantearla, los problemas que de ella proceden y sus consecuencias para la ciencia que estudiamos.

Los problemas planteados por la contemplación del doble contenido en cuanto a la forma de los actos, insinúa en nuestro pensamiento la gran cuestión internacional de las calificaciones.

Etienne Bartin hace algunos años ha demostrado que, sean cuales fueren las dificultades que se opongan a la formulación de reglas internacionales congruentes con los sistemas y doctrinas elaboradas de modo general, en torno de

(1) Consúltese en el primer tomo de esta obra los capítulos XII y XIII.

cada negocio particular puede surgir una dificultad más, la causada por el calificante jurídico oportuno, en vista de la diversidad de los conceptos legislativos.

Todas las materias legisladas por el derecho privado pueden ser comprendidas en una u otra de las categorías reconocidas por el Derecho Civil Internacional, determinándose en consecuencia el sistema de preceptos que se aplicarán según la doctrina internacional preferida por cada país; pero la dificultad que nos preocupa aparece inmediatamente, por no haberse conseguido hasta ahora una estricta determinación, en género, para cada derecho o facultad, o para cada grupo de ellos: ya por las dificultades intrínsecas del problema en sí, relacionados con la materia reglada, el inmenso número de asuntos legislados, la falta de definición adecuada y la constante e íntima influencia entre ellos, dentro de cada Código en particular y contando sólo con sus preceptos; ya por no existir entre las leyes de los diferentes Estados esa correspondencia inequívoca de propósitos y esa intimidad de pensamiento jurídico, supuestos por algunos autores, incluso para los detalles institucionales. Del primer extremo nacen las vacilaciones frecuentes en la teoría sobre la posición que se le ha de conferir al derecho y la duda en la práctica de la formación social a la que debe adscribirse; de lo segundo, las equivocaciones sufridas cuando se equiparan los sistemas legales en la vida de relación; y de los dos el peligro del reconocimiento de un falso estatuto.

En uno de los primeros capítulos de la presente obra nos fue preciso señalar, como la comunidad de los pueblos sobre la cual se asienta y que constituye el espíritu animador del Derecho Civil Internacional, era la naturaleza idéntica en el fondo de las instituciones jurídicas de los Estados modernos, a causa sobre todo de la tradición romana que las inspira. Por eso las legislaciones no chocan entre sí ni se perturban sino que se completan y coexisten.

Esa identidad en el fondo del contenido de las instituciones, no significa otra cosa que una orientación fundamental común, un significado social de orden equivalente, que no rechaza los ensayos particulares de cada legislador en multitud de detalles o en estrictos aspectos reglamentarios de sentido y alcance diferentes: mantenido lo esencial los accidentes varían. Al lado de eso puede señalarse además, con alguna frecuencia, las influencias ejercidas por la nueva filosofía del derecho, por la política y por la economía social, que van perfilando lentamente cambios fundamentales, sin poderse decir con claridad en que momento las antiguas instituciones han perdido sus bases permanentes para dar origen a nuevas formas jurídicas. Todas aquellas circunstancias concurren con diferente alcance, a dar motivo para ensayar un sistema de calificaciones.

A las variaciones cuyo sentido hemos descrito puede significárselas, o con la importancia de un cambio relativo a un ideal de derecho que se mantiene por los otros pueblos o con las particu-

laridades propias de cada lógica jurídica a propósito de la realización de fines idénticos. (1) Las consecuencias en cada caso son en lo absoluto diferentes y de gravedad distinta. Sin embargo, pronto vamos a ver que no es con semejante amplitud como ha contemplado la materia el gran teórico de las calificaciones, Bartin (2), y hasta nos atreveríamos a decir que descuida el caso más grave.

Para fijar con exactitud la posición del jurista francés, usemos de los ejemplos traídos por el propio Bartin. Supongamos que se trata de calificar la naturaleza jurídica de la porción conyugal reclamada por el esposo sobreviviente en los bienes dejados por el otro cónyuge. ¿Debe considerarse como perteneciente tal derecho al régimen de los bienes en el matrimonio y las consecuencias debidas a la disolución del mismo, de manera semejante a lo que sucediera en cualquier otro caso de terminación de la sociedad, por divorcio, exclusión de bienes u otra causa equivalente? ¿O es necesario atribuirle la calidad de una forma de participación en la herencia del difunto en concepto de legítima o del cumplimiento después de la muerte de los deberes familiares? La disputa sobre esta materia ha sido con sabiduría llevada, pero la solución no

(1) Los términos, ideal de derecho y lógica jurídica, se ha de tomar en el sentido que los emplea Huber en la obra ya citada.

(2) Etienne Bartin *Etudes de Droit International Privé* (1899)

es muy clara todavía ni en la doctrina y menos en las legislaciones.

Contemplando dentro del sistema de Código Civil ecuatoriano, los dos aspectos parecen tomados en cuenta: cuando señala al esposo derecho a los gananciales y cuando determina para el sobreviviente cuota hereditaria entre los otros herederos. Determinadamente nuestro legislador llama porción conyugal a una especie de derecho a alimentos para el esposo sobreviviente en los bienes del difunto, comprendido entre las asignaciones forzosas pero sólo otorgado al cónyuge que no tiene lo suficiente para su congrua subsistencia a tiempo de la muerte del causahabiente. No es con este valor limitado que se plantea el problema internacional descrito por Bartin, sino tomando en cuenta cuantas adjudicaciones correspondan al esposo en el patrimonio de la persona difunta.

Tenemos pues tres formas de participación en los bienes del esposo difunto que reglamenta nuestro Código Civil: el derecho a los gananciales obtenidos durante la sociedad, el de la porción conyugal que no puede agregarse a la mitad de gananciales y el derecho de participar en todos los órdenes de la sucesión en las proporciones señaladas por la ley. El caso es bastante claro para el juez ecuatoriano cuando sólo se trata de aplicar los preceptos de orden interno, pero se complica y dificulta en gran manera al tratarse de los negocios de orden internacional si la ley extranjera que rige a la familia no reconoce, por ejemplo, facultad de pedir ganan-

ciales o priva al cónyuge de cualquiera parte del haber hereditario reconocido en el lugar donde se reclama, y si además, el régimen económico sobre el matrimonio y las reglas correspondientes a la sucesión fueran regidos por distintos sistemas internacionales para la aplicación de las leyes concurrentes, según sucede en el derecho nuestro.

Supongamos el caso siguiente: fallece en el Ecuador un individuo francés domiciliado en la Argentina al tiempo de la muerte, dejando esposa e hijos legítimos. La viuda se presenta ante los tribunales ecuatorianos y demanda se le entregue, de los bienes que el difunto ha dejado en este suelo, la cantidad correspondiente a sus gananciales durante el matrimonio. Según el Código de Napoleón (1) esta solicitud es legítima, mas no pasa lo mismo si nos atenemos a la regla del Art. 3.610 del Código de la Argentina, pues según este último, si bien la mujer concurre con los ascendientes y los descendientes en la herencia de su marido, no le es lícito tomar nada en calidad de gananciales.

El problema de las calificaciones para los jueces de nuestro país aparece neto en el caso jurídico planteado. Los derechos y deberes de familia en el Ecuador se rigen por la ley personal, pero la materia de las sucesiones debe resolverse por la ley del último domicilio del causante.

(1) Véase el capítulo segundo del título quinto del libro tercero del Código francés.

Considerando que la nacionalidad de la familia es la francesa, pero si vemos que el último domicilio del decuyos fue la Argentina ¿a cuál legislador daremos la preferencia para resolver la solicitud de la viuda? Tal interrogación planteada por el juez, se resuelve inmediatamente en su conciencia en estas otras: ¿Deberemos considerar el problema surgido como perteneciente al régimen económico del matrimonio y a las prolongaciones naturales de su disolución? ¿O será preferible tratarlo como forma y cuantía del haber hereditario, que atiende a los vínculos familiares para la distribución de la respectiva herencia? En uno y otro caso las soluciones deben ser diferentes y el resultado práctico tiene que ser distinto. Habrá pues dos regímenes de Derecho Civil Internacional entre los cuales se ha de elegir, dependiendo esto de la calificación otorgada.

Cosa semejante pasa —y por la claridad de la disyuntiva en la materia que rige aparenta mayor importancia— con el otro ejemplo al cual acude Bartin, el del testamento ológrafo, aceptado en algunos lugares y rechazado en otros, y cuya calificación internacional puede ser: o el de la mera forma de los actos o de la capacidad del sujeto que interviene, según la manera de formularlo del autor francés. Si nos lo representamos al derecho del particular para extender testamento ológrafo, como autorización legal de usar de semejante medio de prueba que expresará su última voluntad, el asunto se resuelve fácilmente por la fórmula *locus regit*



actum; más si dice relación con una capacidad personal prohibida aquí y concedida allá, encontrándonos en presencia del estatuto de las personas, según sus reglas se resolverá. Se ve la importancia indudable de calificar el asunto antes de proceder a resolver el precepto que le corresponde.

No se hace pues por el proceso de las calificaciones, en la teoría que estudiamos, otra cosa que determinar la naturaleza internacional del asunto, y esto no en la amplitud posible, sino dentro de las legislaciones participantes de una orientación común. Y en este mismo sentido limitado, pero ya no refiriéndonos al contenido interno del derecho sino a su calificación internacional; caben varias situaciones opuestas conferidas por distintos sistemas legislativos interesados: supuesto que hayamos convenido que la porción conyugal es participación hereditaria, los bienes heredados y su distribución pueden hallarse sometidos a la ley nacional del decuyos, a la del domicilio o a la de la situación de los bienes, por lo mismo pueden considerar ciertos legisladores sus reglas como territoriales y otros como extraterritoriales. En semejante circunstancia nos será preciso decidimos por uno de los sistemas en mengua de los otros. El conflicto es inevitable, y entonces, ¿cómo fundar una elección?

Nada hay en el orden de las consideraciones que quedan hechas a propósito de los problemas que estudiamos, para descubrir por medio de ellas una regla fuertemente establecida sobre la

legislación de preferencia cuando se califica un derecho, y ha sido necesario decidirse mas bien por la conveniencia y necesidad antes que por ningún sólido principio. Esto han reconocido muchos y de los más importantes autores de Derecho Internacional Privado, decidiéndose a continuación por el criterio legislativo del país del tribunal que conoce del negocio.

La manera de plantearse la discusión ha sido la siguiente: cabe que de las legislaciones en concurrencia una de ellas coincida con el derecho formulado en la legislación del tribunal cuyo fallo se espera (como si en el caso del matrimonio francés antes supuesto por mí, el esposo hubiera estado domiciliado en el Ecuador al tiempo del fallecimiento); o que las diferentes situaciones arregladas por las leyes procedan de soberanías extrañas al tribunal y sean diferentes a las suyas (según los términos estrictos del ejemplo antes propuesto). En el primer caso la preferencia es indudable, se mantiene, por concurrir dos elementos de juicio a imponerla. Y se acepta igual criterio de la *lex fori* en el segundo caso, por motivos equivalentes a aquellos por los cuales se rechaza la teoría del reenvío: cada juez debe adoptar como teoría internacional el sistema que, declarado por el propio legislador, se le impone en consecuencia (1). Esta ampliación sufrida en los motivos determinantes, no la encuentro del todo justificada: el sig-

(1) Foignet ob. cit.

nificado distinto de los dos propósitos los vuelve diversamente fundados.

Para Pillet, las dificultades nacidas de las calificaciones distintas son en estricto sentido insalvables. Pero agrega este notable tratadista: con felicidad los casos de verdaderas discrepancias en lo fundamental de los derechos y reglas a ellos aplicables, son muy raras en las actuales legislaciones del mundo, convirtiéndose la alarma en motivos de disputas teóricas antes que de verdaderos peligros en el orden práctico. (1) Dejando aun lado la gran corriente innovadora de la doctrina legal de los derechos y sólo contemplando la exigencia de las calificaciones en el plano en que parece quiso colocarlas Bartin, tendríamos que decir: que precisamente no vinculándose con los fundamentales problemas del contenido esencial de las instituciones sino con las propias materias reglamentarias, desaparece la constante igualdad de preceptos.

Según mi manera de apreciar la situación jurídica en el orden internacional, creo descubrir la posibilidad y conveniencia de una doble posición mental ante el problema de las calificaciones, por parte del tribunal que habrá de resolver el asunto: a) descubrir las categorías de las leyes a las cuales afecta el derecho actual en

(1) Pillet ob. cit.

controversia, situándolas dentro de la respectiva legislación nacional, con su objeto propio o fin perseguido y el grado de obligatoriedad para el sujeto; y, b) darlas su significado y alcance en el patrimonio jurídico de la persona, en orden a los problemas del Derecho Civil Internacional.

Es notorio que dada la indefinición en la cual vivimos en lo relativo a las más importantes materias correspondientes a nuestra ciencia, verdaderas calificaciones de los problemas internacionales rara vez aparecen en los Códigos particulares de los pueblos (1); pero eso no obstante, el juez en la práctica diaria se encuentra obligado a calificar el negocio en sus diferentes aspectos individuales y sociales, de acuerdo con un criterio lógico y realista. Y podemos afirmar todavía, que su deber es tanto más imperativo y urgente, cuanto mayor descuido hubo al respecto por parte del legislador. Esto no sólo porque el juez no puede negarse a juzgar a pretexto de falta o insuficiencia de ley, sino porque en gran parte dentro de los problemas del estudio actual el criterio legislativo sirve únicamente como medio de orientación.

En efecto, si el tribunal juzga sobre negocios en lo absoluto sometidos a la influencia de leyes

(1) En nuestro propio Código Civil, cuando se dispone que los ecuatorianos se encuentren sometidos a las leyes de su patria en lo relativo a los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, se agrega, pero sólo en lo tocante a su cónyuge y parientes ecuatorianos. (Art. 14 No. 2). Respecto de los otros parientes nada se manda, y tampoco a propósito de las obligaciones y derechos del parentesco entre súbditos de otra nación, que puedan reclamarlos en el Ecuador.

extranjerías, la calificación interna e internacional de los actos, no sé por qué el magistrado no debiera hacerlo en vista de la ley competente si esta está con claridad determinada, aunque fuera de nación extranjera; sólo en caso de duda la facilidad del juzgamiento conferirá preferencia a la legislación propia del tribunal. El pensamiento es el contrario del argumentado a propósito del reenvío: cuando se discutió el reenvío, hubo de rechazarse porque el tribunal resolvía sobre materias legítimamente sometidas al propio legislador, mientras que ahora puede tratarse de materias extranjeras a su decisión.

A causa de ese inmenso e importante contenido, bien vale colocarlas entre las materias de mayor significación para la ciencia, la de las calificaciones.

El Profesor Bartin parece empeñado en desgajar esta parte de la doctrina de cuanto pueda referirse a los problemas internos de la legislación correspondiente, tales como los de competencia de los juzgados, los medios de prueba, los trámites judiciales y además la naturaleza intrínseca atribuida al derecho. No se debe confundir —el autor nos enseña— esta materia de las calificaciones con el deber del juez de señalar al negocio su carácter de derecho civil o comercial, por ejemplo. No estoy de acuerdo con Bartin en semejante afirmación: en muchos casos calificar la categoría jurídica en su significado interno, es avanzar gran parte del camino para descubrir la fórmula internacional. Por otro lado, surgen consecuencias internacio-

nales a cada instante, de la contemplación del carácter y objeto de los preceptos.

Supongamos el caso de reparación de los daños causados y al juez en duda de determinar si corresponde a la jurisdicción civil o a la criminal el conocer de ella. En la una circunstancia puede ser de competencia territorial el juzgamiento y en la otra no, según el lugar donde se efectuó el daño y las personas a quienes debe imputárselo; de ahí la exigencia de un previo pronunciamiento sobre las calidades intrínsecas del asunto, ya que sabemos que el juez del lugar del delito es el llamado a conocer de él y conociendo como conocemos la fórmula de jurisprudencia universal: el juez de lo principal es juez de lo accesorio.

O se halla el magistrado en presencia de un pleito por el cual se demanda a una compañía extranjera domiciliada fuera de la República. El juez resolverá primeramente sobre su competencia, la cual cabe que dependa de la naturaleza civil o comercial de la propia compañía, o del contrato al cual se refiere la demanda, ejecutado por un gerente, o por un encargado o corredor de la respectiva sociedad. Todo lo cual modifica la posibilidad de conocer del pleito y las circunstancias jurídicas del negocio, entre ellas las del lugar donde se perfeccionó el contrato. Eso debe ser previamente resuelto para luego intentar la solución del asunto mismo, conforme a la ley que internacionalmente le cuadre.

En realidad, más que el problema de la competencia de los tribunales reviste singular im-

portancia la naturaleza y significado intrínseco de los derechos atribuidos o reclamados, en consonancia con las instituciones sociales y políticas a las que responde. Si la cultura perteneciente a dos países diversos ha hecho aparecer entre ellos tendencias absolutamente incompatibles, no descubriéndose en ese aspecto la comunidad jurídica base del reconocimiento del derecho particular entre los Estados, sería imposible mantener con idéntica eficacia las reglas dictadas para pueblos de distinta cultura. El régimen comunista no puede ni debe aceptar las reglas de derecho mantenidas en los países capitalistas, en cuanto se relacionan con los respectivos sistemas económicos; y lo mismo debe mantenerse en el caso contrario. Así, la forma sucesoria reglada por los Códigos extranjeros no será reconocida en Rusia, ni aún sólo respecto de los súbditos del Estado que la dictó, y ningún tribunal de esa República prestará su protección a reclamos de ese orden. Con todo, viene a atenuar lo extremado del anterior reconocimiento, el respeto debido a la condición jurídica de los particulares, con la eficacia de los derechos adquiridos y sus consecuencias naturales e inmediatas, mientras no estorbe a la libre marcha de las instituciones en el pueblo que los acoge.

Para nosotros es ese el problema de los problemas al tratarse de las calificaciones, antes que el de los preceptos reglamentarios disconformes; y en efecto, la materia es capital, e inquieta por la multitud de sus consecuencias. ¿Cuál es el sentido social y político, habríamos de pre-

guntarnos, de las reglas que organizan un derecho particular extranjero, y, coinciden o no con la tendencia cultural del Estado donde se pretende aplicarlas? Esta primera interrogación sustancial conduce a otras dependientes de ella y también menos graves. Reconocida la coincidencia cultural de ambas instituciones ¿cuál deberá ser su justa calificación internacional, la territorialidad o la extraterritorialidad? Y si se descubre que no coinciden ¿habrá de rechazarse absolutamente y en todas sus consecuencias las leyes extranjeras correspondientes o podrán aceptarse en ciertos aspectos o materias?

Si coincidiendo la calificación interna —en el sentido descrito— no hay unanimidad en cuanto a la categoría internacional que se atribuye al asunto ¿a cuál de los preceptos concurrentes prestará el juez su aquiescencia? Piénsese bien que no va a situar el derecho dentro del sistema de una u otra institución, ni siquiera a determinar, en algunos casos, si es al estatuto personal o real al que pertenece (cuando todas las leyes intrínsecas al asunto son extrañas al juez), sino a dar eficacia inmediata a un grupo de leyes en lugar de otro, entre las que concurren. Aquí sí los argumentos empleados para rechazar el reenvío readquieren todo su valor. Y delimitados así los puntos en discusión: si hay un sólo elemento de coincidencia entre los términos del problema y el juez que los contempla —uno de los interesados, o la materia u objeto de tal interés— para llamarle real o personal, la *lex fori* mantendrá su preminencia con perfecta justicia;

o aún sin tal coincidencia al tratarse de aplicar el sistema de reglas internacionales oportunas al estatuto ya calificado. Las definiciones de la *lex fori* en esos casos considero obligatorias para el tribunal; lo encuentro conveniente en las demás circunstancias, cuando hay discrepancia entre las leyes extranjeras que concurren o al existir en éstas indefinición. Si el negocio está absolutamente fuera de nuestro derecho por razón de sus elementos constitutivos y las leyes que le afectan coinciden, es natural aceptar su dictamen.

En las circunstancias respecto de las cuales hemos dado eficacia legítima a la *lex fori*, a falta de ley dictada en el correspondiente Estado sobre el asunto, creo que tiene todo su valor las reglas internas de interpretación judicial, sin preocuparnos de la existencia o no de reglas internacionales a propósito del asunto en otro cualquier pueblo, sea aun cuando fuere en la patria común de los contratantes. Interrogará el magistrado ante todo el sentido general de la legislación patria; a falta de este medio recurrirá a los demás medios lógicos de interpretación.

En el sentido limitado que precede estamos de acuerdo con Waecheter: a) El juez atenderá primero a la regla internacional mandada por el legislador; b) a falta de esa al sistema general legislativo en materia internacional; y, c) pero si esta segunda falla, no ocurrirá a las leyes propias para resolver como cualquier otro negocio de índole interno, como pretende Waecheter, sino a aquellas que su pensamiento jurídico le represente como las que mejor convienen al asunto.

CAPITULO DIEZ Y OCHO

LA TEORIA DEL ORDEN PUBLICO
DENTRO DEL DERECHO CIVIL
INTERNACIONAL

Antecedentes del concepto del orden público en la jurisprudencia tradicional.— Inspíranse en el pensamiento romano del derecho público contrapuesto al privado, algunos expositores de la noción cuyo estudio emprendemos.— Otros la arrancan de la teoría estatutaria y la causa reconocida por ella para la territorialidad de algunos preceptos.— El factor económico y signos de diferentes clases califican las leyes de orden público en distintos criterios.— Las influencias del reconocimiento y estudio del derecho social en este campo de la investigación.— Consideraciones acerca de la aceptación de una orden público interno y otro internacional.

I

Antecedentes del concepto del orden público en la jurisprudencia tradicional.

Cuantas veces en el curso de sus explicaciones sobre el derecho civil, nacional o internacional, se ven en trance los expositores de determinar la noción del orden público, ponderan en

grado sumo las dificultades de hacerlo; y tienen razón en ello. (1) Mas nosotros no habremos de insistir en semejantes dificultades, pues procederá con lógica vigorosa de la mera exposición de la materia, y sobre todo del conocimiento y análisis de los múltiples ensayos teóricos intentados para definirla.

No existen textos latinos que puedan esclarecer el significado, hallándose en consecuencia desprovistos de uno de los mayores elementos de juicio que ha empleado la jurisprudencia tra-

(1) Etienne Bartin en sus Estudios de Derecho Internacional Privado, se expresa, más o menos, en estos términos: El carácter de las disposiciones de orden público, en Derecho Civil Internacional es un verdadero enigma. Muchos jurisconsultos han tratado de explicarlo sin que hasta ahora haya procedido de sus discusiones una firme doctrina. La diversidad de semejantes opiniones originó la calificación de dos géneros de orden público, el interno y el internacional, que no obstante en nada aclara el concepto ni evita las dificultades. Las soluciones se diferencian de un sistema a otro y la incertidumbre más completa se puede constatar en la teoría.— Ya Aubry y Rau (Curso de Derecho Civil francés) habían señalado en la doctrina y en la práctica legislativa la falta de un criterio que suministre, de manera cierta, reglas para determinar cuales leyes corresponden al orden público, entre el sinnúmero de circunstancias jurídicas a las que puede aplicarse el calificativo. Y nos dirá Pillet (ob. cit. t. II): pienso que la separación en dos órdenes públicos no solamente no favorece sino que dificulta en gran manera, el problema de suyo tan complicado como el de su contenido.— Varielles-Somiers (De las leyes de orden público y de la derogación de las leyes) después de demostrar la vaguedad del concepto de orden público y la ineficacia de las tentativas hechas para definirlo, parece decidirse por suprimir el nombre y el concepto, argumentando que no es específico de esta clase de leyes el ser inderogables por decisión de los particulares sino que es calidad común a todos los preceptos legislativos. Y en lugar de la expresión rechazada ha propuesto las designaciones de moral y derecho natural (Síntesis de Derecho Internacional Privado).

dicional como método interpretativo de lo jurídico, el de los sabios esfuerzos de la filosofía romana del derecho con su sutil penetración de los problemas lógicos. Parece que ni aún se empleó la designación orden público en Roma, y únicamente, como lo recordamos en tiempo oportuno, se opuso al derecho privado —sobre el cual pueden contratar los particulares— el derecho público —inderogable por el querer de las partes—.

Quienes han intentado investigar los orígenes del nombre, no han ido a más allá de las enseñanzas de los estatutarios, refiriéndose particularmente a las afirmaciones de Dumoulin, cuando este mantenía la territorialidad de los preceptos que tienen tal signo jurídico, como calidades de excepción al estatuto de las personas, debido a la circunstancia de que las leyes cuyo acompañamiento al sujeto correspondiera, se hallan en contraposición con mandatos absolutamente prohibitivos en el lugar donde deben ser aplicados. (1) Originase en tan antigua enseñanza, declaran autores recientes, la confusión de la territorialidad de los preceptos con el concepto del orden público. (2)

No obstante lo dicho, ni el derecho romano con su abstención, ni, mucho menos, la práctica aconsejada por los estatutarios —acaso, germen

(1) Pillet ob. y t. citados.

(2) José Matos. Derecho Internacional Privado: en la territorialidad de ciertas leyes para los estatutarios, se encontrará el germen de lo que más tarde se ha de llamar el orden público.

informe de una doctrina sobre el orden público—; han dejado de originar en el pensamiento de los jurisconsultos de los dos últimos siglos, complicadísimos sistemas para explicar el contenido de tal idea.

II

Inspíranse en el pensamiento romano del derecho público como contrapuesto al privado, algunos expositores de la noción cuyo estudio emprendemos.

¿No es la fórmula latina de: derecho público es el que se refiere al estado de la cosa romana y privado el que corresponde a la utilidad de los particulares, la que reaparece en Laurent con el doble contenido del derecho para la sociedad y para el particular, abandonado éste a la mera decisión privada y vinculado aquel con los intereses del Estado? Me parece que sí: son las dos categorías opuestas correspondientes a dos derechos de naturaleza distinta, a causa del interés cuyo resguardo se pretende. Y bajo semejante punto de vista son perfectamente válidas las objeciones de Antonio Pillet, rechazando que una vez protegido el derecho público en su eficacia, se desinterese el Estado en lo relativo al derecho individual privado. (1) Pero la sugestión romana, o mejor, la fuerza de su autoridad para todo calificante de derecho y a propósito

(1) Laurent, *Derecho Civil Internacional* t. II.

del orden público, lo encontraremos en Laurent, no en su obra de Derecho Civil Internacional sino en los tan consultados Principios de Derecho Civil. Ahí, después de señalarnos que el orden público tiene un inmediato significado gramatical, con el sentido de lugar, sitio que confiere la ley a la persona dentro de la organización social (llegando por este medio con Maugin a identificarlo con el estado y capacidad de las personas); nos habla de su valor técnico legislativo, deduciéndole del contenido del artículo 6 del Código francés: no se puede derogar por convención de los particulares las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. En este sentido orden público sería sinónimo de interés público, nos dice, y el Código de Napoleón no habría hecho sino repetir la máxima romana: los pactos privados no derogan el derecho público. (L, 45, D.)

El criterio propuesto por el señor Sánchez de Bustamante, hallamos también en Pillet, no es esencialmente diferente ni mejor que el de Laurent. (1) Pero en nuestra opinión y ateniéndonos a las enseñanzas del Profesor cubano contenidas en su reciente obra Derecho Internacional Privado, creemos se le debe reconocer sobre un fondo de sistema equivalente al de Laurent,

(1) El Profesor Pillet al analizar el pensamiento del señor Sánchez de Bustamante se refiere a la obra de éste titulada Orden Público, que no he podido consultar; yo tomo en cuenta las enseñanzas vertidas en la edición de 1931 de la obra citada en el texto.

algunos aspectos que lo moderniza y mejora, pues se insinúa ahí, aun cuando no con toda la claridad que fuera de desearse, la importancia del derecho social protegido por las mayores sanciones públicas.

Es cierto que le oímos definir: "Son leyes de orden público internacional todas las que tienen por objeto al Estado y forman su derecho, hasta el punto de que infringirlas o dejar de aplicar equivale a lesionar la soberanía y destruir sus fundamentos cardinales". Hasta aquí los conceptos de orden público y de derecho público aparecen perfectamente incorporados el uno en el otro, sin descubrirse una forma de constatar sus elementos específicos. Pero inmediatamente se rectifican y amplían los estrechos límites que parecieron comprendidos en semejante definición: ya insistiendo en que la palabra Estado no lo toma el autor con el significado generalmente concedido al nombre sino en otro mucho más amplio, ya clasificando entre las leyes de orden público a las que establecen principios morales, jurídicos, políticos, religiosos y económicos, de calidades tan trascendentales —nos explica— que el legislador no se cree facultado para dispensar a nadie de su cumplimiento.

Y lo dicho, al lado de lo que en el pensamiento del señor Sánchez de Bustamante significa el orden público interno: "Si al cambiarlo o suprimirlo —el precepto— se produce un daño, un perjuicio o una lesión para las personas que constituyen la sociedad en que rige, o un peligro, un ataque o un accidente nocivo a su coexis-

tencia civil, por ejemplo, repugna a la virtud de sus costumbres tradicionales, los vínculos de familia a que quieren someterles, se trata siempre de un orden público interno". La gravedad de la materia reglada aparece en todo caso con el carácter de calificante para el autor, sin inquirir el objeto propio de la ley de donde proceden las categorías sociales de la misma.

La influencia romana adquiere caracteres más explícitos en Fiore, quien separa los mandamientos legislativos en el aspecto del actual estudio, en sólo dos grandes categorías calificadas como los jurisconsultos romanos las calificarán: lo que ad statum rei publicae spectat y lo que ad singularum utilitatem pertinent. Sin embargo, el gran internacionalista no pudo desconocer que no habían de inscribirse en el orden público únicamente a las calidades políticas, sino además a cuantos intereses se presentan con apariencia colectiva preferente.

Las dificultades que anota el autor italiano sobre la materia, si verdaderas en algunos aspectos, están exageradas por él, a causa de no insistir bastante sobre ciertos análisis que creemos necesarios, o quizá por el mismo criterio inspirador de su teoría. Como su punto de partida fue el del interés protegido, no le falta razón cuando afirma lo difícil de calificar y clasificar las leyes por semejante circunstancia constitutiva de mutuas influencias, pues obteniendo los particulares siempre mayores ventajas a medida del grado de perfección social, al intentar mejorar ésta se está pretendiendo al mismo tiempo

satisfacer mejor los intereses particulares. Y en sentido coherente al anterior, al señalar a cada cual su posición jurídica —según las reglas establecidas por el legislador— relacionándolo con la familia y la propiedad, a tiempo de evitar la anarquía y el desorden en el desarrollo de las actividades privadas, se provee a la mejor organización social y al orden público.

Pronto tendremos ocasión de discutir, relacionándolas con nuestro criterio sobre la materia, las opiniones de los autores cuyo pensamiento por hoy no hacemos sino enunciar, con brevísimos comentarios a veces. En el intento de nuestras rectificaciones procuraremos servirnos de las enseñanzas obtenidas por el reconocimiento de la realidad legislativa y sus errores, cuya transformación en el sentido de proteger cada vez con mayor eficacia la vida social, se reclama a cada instante con más viva urgencia.

El internacionalista italiano nos habla en seguida de las peculiaridades en cada Estado del respectivo orden público, a causa de las ideas morales, sociales y políticas prevalentes en la correspondiente colectividad. Pero no siendo las leyes de ningún pueblo reflejo de la moralidad absoluta ni de la verdad perfecta, sino la medida del interés y de las conveniencias actuales dentro de los principios éticos preferidos; no debe una nación tratar de imponer a otra su manera de concebir las relaciones humanas. Y cada soberanía al defender contra todas las demás su pensamiento organizador y de lógica jurídica, debe hacerlo únicamente en la cantidad indispensa-

ble para el cumplimiento de sus fines. Lo cual equivale a decir, no siempre que se trate de aplicar la ley extranjera informada en principios diversos u opuestos, se entenderá que debe proscribírsele, sino tan sólo en cuanto se lesiona con ella las leyes territoriales vinculadas al mismo vivir del Estado o de la sociedad regida por él.

Si bien se encuentra en Fiore vigorosas y notables ideas a propósito de nuestro problema actual, no se desprende con facilidad de sus consideraciones un pensamiento director: ni para formarnos el concepto del orden público, ni para saber los casos de territorialidad de los preceptos fundándose en las exigencias de ese orden. Parece que el punto de partida —forjado con las fórmulas romanas cuyo recuerdo hemos hecho ya— fue falso e inconveniente; por cuya causa el equilibrado criterio del autor se vió en la necesidad de colocar al lado de cada principio gran número de excepciones, que recuerdan las reglas de la ortografía castellana, donde los casos de excepción exceden en ocasiones a los que conservan la regla. (1)

(1) Pasquale Fiore, Derecho Internacional Privado t. I

III

Otros la arrancan de la teoría estatutaria y la causa reconocida por ella para la territorialidad de algunos preceptos.

La insuficiente doctrina de los estatutarios sobre las leyes netamente territoriales por su carácter regional insustituible, ha originado por su parte una teoría mantenida largo tiempo por jurisconsultos de los más ilustres y por algunas legislaciones. Entre aquellos debemos colocar en primer término a Savigny, quien en esta como en otras importantes materias, ha sido uno de los primeros en formular una verdadera doctrina.

Como excepciones continuas a la regla de la comunidad jurídica internacional que impone la aceptación de preceptos extranjeros, están los mandatos pertenecientes al orden público, nos enseña el sabio romanista. Reconoce Savigny dos circunstancias en las cuales no debe aceptarse en un territorio las leyes de otro país, por más que la naturaleza del asunto y su asiento jurídico parezcan reclamarlo: cuando el Estado extranjero no se halla reconocido por el nuestro, por cuyo motivo no puede pretender para sus mandatos la protección de nuestros tribunales; o por tener el precepto local el carácter de regla absolutamente obligatoria o contener una prohibición absoluta.

Es digna de anotarse la inoportuna calidad excepcional atribuída por Savigny a la clase de preceptos internacionales que estudiamos, (1) en cuanto modifican el principio de la comunidad jurídica, que es el conveniente de una manera general. Mas a mi modo de ver, lo que aparece como digno del mayor rechazo en la teoría del eximio tratadista, es la proscripción de toda ley de un Estado no reconocido por nuestro legislador; y esto, en contradicción manifiesta con sus esfuerzos por razonar la comunidad jurídica y el principio subjetivo del derecho individual, como poder o atributo de la persona a quien pertenece, determinando el respeto y aceptación internacionales. Quizá dentro del sistema de los tratadistas que vinculan estrictamente el reconocimiento del derecho extranjero con el respeto a las correspondientes soberanías, o acaso también a la fórmula del *comitas gentium*, semejante manera de apreciar sería explicable, mas no en Savigny que mantiene precisamente los puntos de vista contrarios. (2)

Las calidades excepcionales de la indicada territorialidad, que es de naturaleza general y no particular en Savigny, para toda regla extranjera en las condiciones previstas; se convierte en otros autores en un deber judicial de determinarlo en cada caso concreto. El legislador man-

(1) Inportunidad en la forma y manera como el autor alemán atribuye ese carácter excepcional.

(2) Savigny, Sistema de Derecho Romano actual, t. VI de la traducción castellana citada en el tomo primero de esta obra.

da aplicar a todos en conformidad a una medida por él señalada de antemano y cuyo signo frecuente es la calidad imperativa de la regla, sin que el juez se halle facultado para pensar en la posibilidad de distinto precepto. Parece corresponder al razonamiento de Savigny el siguiente: es general, como norma de conducta segura, cuantas veces al derecho aplicable se encuentre en las circunstancias determinadas, correspondiendo su carácter excepcional únicamente al hecho de no buscar ni mantener el asiento jurídico de la relación, al elegir la ley aplicable. El pensamiento que contraponemos al anterior, más bien que fijarse en la calidad objetiva peculiar a la ley territorial, se preocupa de la correspondencia o no del precepto con los del lugar y el espíritu informador de ellos, llamándolo al tribunal que juzga a calificarlo, y hasta insinuando por éste medio el ejercicio de una potestad transformadora del propio derecho a medida de las exigencias sociales del país donde se aplica. (1)

El aspecto de preferencia del fondo o contenido sobre la forma de la disposición legislativa, lo hallamos muy bien definido en Bartin,

(1) En un interesante estudio publicado en la Argentina en 1926 por el señor Julio O. de Roa, manifiesta éste que el orden público no se vincula a la naturaleza de determinados derechos sino que puede a cualquiera de ellos calificar, ya que es un estado objetivo y necesario del derecho positivo. Para mantener éste se crean las leyes y se las modifica a medida de las exigencias sociales, por ese mismo orden, al juez le corresponden las interpretaciones según el medio al cual se han de aplicar, y rejuveneciéndose con tal interpretación cuando él ha variado.

quien hace un importante análisis del orden público. (1)

Comienza por situarse —como es lo conveniente para un certero reconocimiento del asunto, según mi parecer— en el campo del derecho civil; descontando en consecuencia cuanto a las calidades políticas de organización del Estado se refiere. Primer recurso de simplificación del problema. Pero no es sólo eso, procura restringir el autor en proporciones mayores el contenido del orden público en materia internacional. Se puede distinguir —nos enseña— tres clases de disposiciones legislativas, que hoy día todo el mundo las confunde: las penales, las de policía y las de orden público propiamente dicho. Unicamente a estas últimas concierne la teoría que se investiga en este instante, dentro del Derecho Civil Internacional.

Mas, en concreto y de manera positiva, ¿cuáles entre todos los preceptos deben inscribirse como pertenecientes al orden público? Aquellos que correspondiendo al derecho civil los declara partícipes de tal naturaleza el juez en cada caso; en cuyo número no deben contarse los propios de la policía del derecho privado, por cuanto éstos son ordinariamente territoriales, mientras los otros participan de esa calidad por excepción.

(1) La teoría de Bartin citada en el texto se encuentra en la obra recordada antes, Estudios de Derecho Internacional Privado.

Cuando el juez en presencia de una ley extranjera que, según el sistema internacional adoptado por el propio legislador fuera la de normal aplicación al asunto, se ve sin embargo obligado a rechazarla como contraria a los intereses nacionales; nos hallamos ante un caso de restricción impuesta por motivos de orden público.

El fundamento intrínseco para mantener el principio es, en este autor, en parte equivalente al razonamiento de Savigny: la falta de una comunidad jurídica entre los pueblos cuyas legislaciones concurren respecto del negocio. Bartin lo llama principio de los límites en el espacio de la aplicación de las reglas del Derecho Internacional; materia discutida hasta este momento, nos dice él, únicamente dentro del Derecho Internacional Público. El motivo de semejantes limitaciones aparece a primera vista como falta de equivalencia jurídica: ya se trate de un Estado que no forma parte de la comunidad internacional, ya sea relativo a los pueblos que, aun cuando perteneciendo a esa comunidad, se apartan de ella en la materia o asunto discutido.

Según quedó apuntado en una página anterior, el aspecto internacional en esta doctrina que formula la idea del orden público, no es de naturaleza general ni prevista o reconocida por el legislador, sea siquiera formulando mandatos de carácter prohibitivo o absolutamente obligatorio. Y le toca al tribunal determinar en cada caso según su manera de apreciar las correspondencias legislativas: o coinciden los pun-

tos de vista originadores de la regla —prevaleciendo entonces la ley extranjera sobre la nacional, si el sistema así lo permite o requiere para el negocio en disputa— o no existe tal coincidencia —debiendo rechazarse por semejante causa la extranjera ley—.

Así la *lex fori* que regula las instituciones nacionales parece ser la llamada a servir de punto de referencia, mediante elección espontánea por parte del juez y según su manera de apreciar las comparadas realidades. Se presenta en estos términos el criterio judicial con plenitud de eficacia, sin hallarse restringido siquiera por el espíritu general que informa la legislación patria, según lo limitaron otros autores de tendencias similares; (1) incluso llegando en algunos a ser elemento propulsor de nuevas concepciones de derecho, que sustituyan las antiguas a causa del cambio en las condiciones vitales. (2)

Quizá esa plenitud de eficacia concedida al pensamiento judicial como también el vago límite de aplicación de las leyes del Derecho Internacional Privado; se deba en Bartin a su idea de ser imposible señalar con resultado práctico valioso, un criterio común, para siempre, en ese terreno movedizo de las opiniones judiciales. (3)

(1) José Jitta (Método del Derecho Internacional Privado) procura conferir muy fuerte relieve al pensamiento del límite en las facultades del juez, ante el espíritu de la legislación del lugar.

(2) Véase la nota precedente, a propósito de las explicaciones del señor Roa.

(3) Bartin ob. cit.

IV

El factor económico y signos de diferentes clases califican las leyes de orden público en distintos criterios.

Opuesta a esa perfecta libertad reconocida al juez, es la doctrina de cuantos se afanan por hallar un signo específico que califique a las leyes de orden público frente a las del orden privado. De Savigny procede, pero en sus continuadores se abulta y exagera, la regla de determinar las leyes de orden público por su naturaleza plenamente obligatoria, reconociéndola así (en el criterio de algunos de sus partidarios) cuando las formula el legislador con el carácter de prohibiciones: todo mandamiento prohibitivo es de orden público.

Incluso en los contenidos jurídicos que no fueron reconocidos ni formulados por los romanos, la jurisprudencia universal de los últimos siglos ha tratado de descubrir como legalizante, alguna regla o texto del derecho latino. Esto me parece encontrar en el pensamiento de quienes caracterizan las leyes de orden público por su forma de precepto prohibitivo, y quiero enunciar los motivos de semejante afirmación.

Al discurrir en torno del orden público, su naturaleza y sus efectos, desde Portalis hasta nosotros, han sido numerosos los expositores que recordaron la regla de la ley 38 del Digesto así formulada: *jus publicum privatorum pactis mu-*

tari non potest. ¿Pero cómo reconocer a semejantes leyes superiores a cualquiera decisión de los particulares? Mediante el análisis de sus atributos Portalis, después de referirse a que el derecho público es el que tiene por interés directo al de la sociedad mientras el privado interesa de modo predominante a los particulares, declara que los hechos efectuados en oposición a aquél se sancionan con la nulidad, y entre las clases de nulidades, con la de carácter absoluto. (1) Pero de aquí era fácil pasar, en la lógica de los sistemas, al recuerdo de la ley 5ª del Código romano, donde se dispone que toda ley prohibitiva, exprese o no el legislador en cada caso, lleva consigo la sanción de la nulidad: cuanto se ejecuta contra la prohibición de la ley sea, no sólo inútil sino también considerado como no hecho. Y esto, lo mismo para el acto prohibido que para las consecuencias deducidas de él. Ni aún puede servir el juramento, declara, para subsanar la nulidad de uno u otro.

El proceso mental que condujo de los antecedentes puestos sobre la naturaleza del orden público a la calificación de las leyes prohibitivas como correspondientes a él, es fácil apreciarse: si todo cuanto prohíbe la ley es nulo con nulidad absoluta sin que pueda ratificarse, tales prohibiciones representan el reconocimiento de un orden público que se pretende proteger.

Pero los partidarios de tal sistema no se dan

(1) Locré.— Espíritu del Código de Napoleón.

cuenta: a) de que el derecho público de los romanos no equivale a la concepción moderna del orden público (1); y, b) que no solamente es la forma exterioridad sin contenido profundo y calificante, sino que la propia regla, con el mismo propósito y resultado, puede redactarse en forma positiva o negativa; por cuyo motivo, sea cual fuere el principio reconocido sobre la materia por el correspondiente legislador, aun cuando se afirme con el Código Romano (según se lo ha hecho en el del Ecuador) que el acto que prohíbe la ley es nulo y de ningún valor, hay multitud de actos prohibidos cuyas consecuencias se ve en el caso de reconocerlas y regularlas la ley o el juez, por motivos de equidad o por la intervención de terceros de buena fe, si bien aplicando las sanciones que lleva consigo la contravención. La jurisprudencia por su parte, ha hecho esfuerzos tendientes a prevenir el criterio del juez, sobre que hay preceptos en

(1) Mantengo la verdad de la diferencia de contenido con toda decisión, no obstante haber reaparecido en tiempos bastante recientes, opiniones como la muy calificada de Declareuill, quien afirma que el precepto, *privatorum conventio juri publico non derogat*, fue la traducción romana de la noción de orden público (Roma y la organización del derecho, pag. 34), incorporándole por lo mismo en el complejo del derecho público.— Igual propósito parece sustentado por Radbruch cuando habla del derecho público como calidades de mando y sumisión entre personas sometidas a una superordenación o subordinación, mientras en el privado los deberes jurídicos surgen por auto-sumisión del obligado. (Véase la reciente obra —1920— de G. Radbruch Introducción a la ciencia del derecho pgs. 79 y 80 en la traducción castellana de 1930)

forma positiva que envuelven una prohibición y prohibitivos que contienen en esencia un mandato.

Otro de los métodos preconizados para discernir la naturaleza del asunto jurídico en torno a la materia que discutimos, es el de desenmarañar su conexión o no con los problemas económicos patrimoniales del individuo.

Creyó Alglave haber descubierto una fórmula fundamental y segura para resolver nuestro problema, al afirmar que la específica diferencia del verdadero y estricto derecho privado, consistía en que los beneficios resultantes de sus disposiciones admiten en todo caso un avalúo pecuniario; mientras el objeto del derecho público era de orden distinto al económico.

También para este autor el problema se plantea con dos términos opuestos: de un lado el derecho público y de otro el privado. Y en su ambicioso afán, para calificar las leyes correspondientes a cada uno, cree posible encontrar un carácter práctico que el derecho privado lo presente siempre y jamás el público; ese carácter ya sabemos cuál es, el económico. (1)

No ya con el criterio en boga, de la escuela

(1) Alglave.—La Definición del orden público t. I.—Kourkounov (Teoría General del Derecho) cita entre los participantes de esa opinión de carácter económico al jurisconsulto ruso Kraverine.

marxista, sino aún dentro de la jurisprudencia tradicional, se ha objetado, que todos los derechos tienen cierta orientación económica, pudiendo afectar más o menos a intereses materiales conexiónados con el patrimonio de los particulares.

Hay multitud de actos de gestión pública que perteneciendo al derecho administrativo y refiriéndose en consecuencia a intereses predominantemente colectivos, tienen evidente valor económico, capaz de influir con enriquecimiento o pérdida en el patrimonio de los particulares (cuando se expropia supongamos bienes de dominio privado para dedicarlos al servicio público o cuando con el mismo objeto se saca del comercio determinada clase de cosas); y existen, en sentido contrario, facultades en realidad privadas, cuya valuación económica aparece imposible; tales ciertos derechos de familia entre cónyuges y entre padres e hijos. Algrave encontró necesario completar su punto de vista económico, con el otro formal, el de las leyes prohibitivas.

Cicu ha insinuado un concepto de orden público que se aparta manifiestamente de la idea de derecho público, pero cuyo verdadero alcance no se vislumbra con facilidad, a causa de no haber analizado el autor el contenido intrínseco del concepto.

Cicu afirma incidentalmente (1), al criticar a aquellos autores que pretenden salvar la oposición que existe entre el principio básico del derecho privado de pura iniciativa particular y el común carácter de los deberes de familia obligatoriamente impuestos, confirmando grande preponderancia al orden público al regular tales deberes; que la norma de orden público es en lo absoluto limitativa de la libre disposición privada, para tutelar los intereses de terceros o del público. La una actúa en el campo de la libre iniciativa, sea aun cuando fuere para limitarla; mientras en principio debe mantenerse que no puede existir libre disposición privada allí donde la tutela jurídica atiende a la satisfacción de intereses superiores, postulado fundamental del derecho público del cual participa el derecho de familia.

Ese calificativo jurídico del interés superior —en el cual coinciden la noción del Estado fascista con los principios socialistas— al inscribirlo en el derecho público y como su peculiar contenido; causan verdaderos desconciertos en los tratadistas del derecho que mantienen la mera dualidad de uno público y otro privado. Es por ese motivo que Cicu no acierta a calificar la verdadera situación correspondiente al derecho de familia junto a las dos grandes categorías: no es derecho privado, por cuanto se mantiene me-

(1) Antonio Cicu.— La Filiación. Véase la introducción escrita por el autor para la versión española (1930).

diante sus reglamentos intereses superiores a los particulares; pero siente al mismo tiempo que no es en estricto significado público —rechazando la afirmación de quienes han querido atribuirle, dice, esa confusión— mas sí se aproxima a él.

V

Las influencias del reconocimiento y estudio del derecho social en este campo de la investigación.

De modo más o menos tímido y con la vaguedad de una teoría que, si la sentimos a la manera de una necesidad no la hemos elaborado en forma reflexiva todavía; aparece entre los más notables internacionalistas, desde hace medio siglo, el prestigio de nuevos contenidos de derecho como calificante del orden público en la esfera de lo particular. Yo he creído darle su significado específico denominándole derecho social, a aquel para cuya eficacia el orden público desarrolla la integridad de sus posibilidades.

Si debemos atribuir a los estatutarios la declaración de que toda territorialidad en cuanto a los preceptos, los califica a éstos como pertenecientes al orden público del país que los reclama, acaso debamos considerar reminiscencias de aquellas doctrinas algunas afirmaciones de Antonio Pillet. Mas este internacionalista, para fundamentar semejante territorialidad, vuelve a su teorema máximo: la investigación del fin social de las leyes y el modo como se ha de cum-

plir. Si el mandato se elabora y promulga para el beneficio colectivo, o sea cuando su incumplimiento daña a la generalidad, debe inscribirse entre los pertenecientes al orden público; pero si el provecho inmediato es individual, la regla corresponde al orden privado del derecho particular. Exprésanse tales diferencias con sus resultados prácticos, en el doble papel que se encomienda en las sociedades modernas al Estado vigilante y promulgador del derecho civil: o concentra sus esfuerzos en la organización colectiva y representa las necesidades de la comunidad, interviniendo el particular únicamente como la ocasión o medio para aplicar la ley; o quiere cumplir la misión de tutela de los intereses individuales a los que controla y protege.

Se empeña Pillet en demostrar que su sistema no puede ni debe confundirse con el de quienes fundamentan la distinción en la clase de interés, público o privado, que se halla protegido. Sin embargo, me parece que en último análisis se llega a resultados idénticos; porque en verdad, el interés inmediatamente protegido o la clase de necesidades públicas o privadas que se resguardan, acaso sean términos equivalentes cuando se los somete a pruebas prácticas o de aplicación.

Si bien insiste el autor en considerar como la causa primordial y más grave que impide la formulación de un criterio adecuado del orden público, la tendencia inveterada de los expositores de reducir a esta categoría únicamente las leyes que representan algún principio político, moral

o social de elevada importancia; no puede por menos, más tarde, de recaer y coincidir en parte a lo menos con el criterio combativo. (1)

Sin embargo de todo, es fácil constatar en el sistema mantenido por Pillet, la incorporación, para constituir el orden público dentro de cada pueblo, de leyes de naturaleza y carácter completamente distintos. Entre ellas están representados el derecho público, la materia de la administración, los preceptos de índole penal, el derecho social en una gran parte de su contenido; y las reglas patrimoniales, y las relativas a la situación de la propiedad y estado jurídico de los inmuebles. Reunidos en una común apreciación esos preceptos, por este signo externo de significado internacional: la territorialidad de sus mandatos; y un supuesto en la constitución íntima, no siempre verdadero: el de atender a las necesidades colectivas.

Las leyes concernientes a la propiedad inmobiliaria son territoriales, afirma el autor que comentamos, a causa de corresponder a las exigencias del orden público. Esta forma de comprobar un dato nada nos explica ni vale, y mantiene únicamente un postulado, en mi sentir, inadmisibile, dentro de las propias enseñanzas

(1) En la página 171 del tomo segundo, en la traducción española de la obra tantas veces citada de Pillet, leemos lo siguiente: "Todas las leyes de orden público nacen de ciertas grandes necesidades de la vida de los Estados. Toda comunidad necesita, desde luego, ciertas condiciones de existencia: la paz, la seguridad, la probidad en las relaciones de los ciudadanos".

de Pillet; pues no creo que la colectividad se beneficie inmediata y directamente de la circunstancia de imponerse a un propietario contribuya a levantar un cerramiento que separe su predio del vecino, supongamos, o del ejercicio de la servidumbre de acueducto, entre cuyos beneficios se halla el de llevar la acequia por el lugar por donde no resulte demasiado dispendiosa su construcción (Art. 852 del C. C.) y otros derechos semejantes. Esta territorialidad tiene otro significado muy distinto, cuya causa hemos explicado anteriormente.

Por no corresponder a las leyes de orden público toda regla territorial respecto a los bienes, es que se puede apreciar entre ellas varias sometidas a la libre decisión de los particulares, contraviniendo así al fundamental contenido de esa noción de orden. En efecto, creo que nada podría oponerse a que se contrate válidamente entre nosotros ciertos arreglos de la propiedad no permitidos aquí pero perfectamente válidos en el lugar donde el inmueble está situado. No me parece que pudieran nuestros tribunales declarar nulo un contrato en el cual nacionales ecuatorianos o extranjeros establecieren varios fideicomisos sucesivos, respecto a fundos situados en el país que los permite. (1)

(1) Considero completamente injurídica la resolución de nuestro Tribunal Supremo que, respecto de la venta hecha por N. Valdivieso de un fundo situado en el Perú, haya entrado a conocer del acto, calificando y decidiendo sobre su validez o nulidad de acuerdo con las leyes ecuatorianas.

En esa virtud podemos observar que, a menos de cambiarse el alcance de los efectos de la territorialidad de la ley dentro del sentido del orden público, para fijarnos sólo en el lugar en el cual tiene su asiento el hecho jurídico respectivo o sus consecuencias permanentes; no podría aceptarse el pensamiento del internacionalista francés. (1)

Nos corresponde eso sí declarar que en ningún momento ni sentido el orden público, en este expositor, se confunde con el derecho público. Son sus leyes las que ordenan y regulan la vida social, situando a cada ciudadano en su legítimo puesto para la paz y prosperidad colectivos. Quizá sugerido por Laurent, habla del orden público como de esa material localización de la persona para el propósito perseguido; pero tal propósito consiste en la paz, la seguridad, la probidad en las relaciones de los ciudadanos. Como se ve, es el arreglo colectivo antes que los fines jurídicos cumplidos por el Estado oficial, lo que persiguen sin cesar las leyes de orden público.

Esta vaga idea de disciplina social se siente palpar en autores bastante anteriores, pero ni en ellos ni en Pillet ha surgido en líneas claras

(1) En lo relativo al sistema adoptado por Pillet sobre la materia, debe consultarse el tomo segundo de la obra tantas veces citada. No obstante todas sus afirmaciones contenidas en las últimas páginas del capítulo XIII sobre la absoluta territorialidad de las leyes de orden público y la misión de las autoridades políticas de cada país, en defensa de los intereses de éste, sin preocuparse de las necesidades y exigencias de los otros Estados; parece relacionar la territorialidad de semejantes mandatos con la sede o lugar que a los derechos respectivos les concede eficacia. (Se encuentra en los desarrollos del capítulo XIV)

la relación que guarda con un derecho que no es en estricto sentido ni el público ni el privado, el derecho social.

Baudry-Lacantinerie pudo expresarse: "Hay un conjunto de ideas, ideas sociales, políticas, económicas, y a veces religiosas, de cuya subsistencia juzga la sociedad que depende su vida. Como existe, en su concepto, observado esos principios, no se puede permitir que se contravenga a ellos". (1) De manera aún más impresionante Alglave: "El orden público es evidentemente el orden de la sociedad, considerada bajo el punto de vista moral como bajo el punto de vista material, en el dominio de las ideas, como en el dominio de los hechos; el orden público es, pues, la organización de la sociedad, y, en consecuencia, las leyes que le interesan son las que reglan más o menos directamente esa organización". (2) ¿Por qué no se fué de ahí a establecer un derecho particular social? Seguramente por la confusión del Estado y su proceso jurídico con la íntegra vida colectiva.

VI

Consideraciones acerca del reconocimiento de un orden público interno y otro internacional.

Vivamente ha insistido Pillet en el rechazo de la teoría de dos géneros o grupos de reglas de

(1) Baudry-Lacantinerie.— Tratado teórico y práctico de Derecho Civil. t. I.

(2) Alglave ob. cit.

orden público —el interno y el internacional— mantenidas por algunos expositores. De esa manera no se hace sino complicar aún más un problema de suyo tan complicado, nos manifiesta.

El prestigioso profesor francés M. René Foignet ha creído preferible, para designar los dos grupos por sus notas diferenciales de aplicación a los individuos, llamar al uno el orden público absoluto y al otro el relativo. Y se designa al primero con su calificativo de absoluto, por aplicarse indistintamente sus mandamientos a cuantos se hallan en el territorio dentro del cual fueron promulgados, sean los particulares a quienes afectan, nacionales o extranjeros; y es relativo el segundo, por comprender el conjunto de preceptos imperativos impuestos puramente a los propios súbditos, pero descontando cualquier límite territorial. Como se ve, estamos en esencia de nuevo ante el concepto que dividía la noción de orden público en dos categorías, el interno y el internacional. Acaso para ciertos modos de apreciar las circunstancias de derecho se haya conseguido algunos progresos con las designaciones empleadas, pero sustancialmente sigue expuesto el criterio a las mismas críticas y objeciones. (1)

Jitta enuncia el reconocimiento en la doctrina del concepto de un orden público de carácter interno, cuyo contenido abarque todas las dis-

(1) René Foignet, *Manuel élémentaire de Droit International Privé* (7ª ed. francesa, 1923).

posiciones jurídicas que la ley no abandone a la libre voluntad de los particulares; junto a otro mucho más restringido, correspondiente al Derecho Internacional Privado. Este último, difícil de apreciar apriori —mantiene el autor— encuentra en el juez su verdadero y legítimo intérprete. Lo cual equivale a decir que será juzgado en cada caso particular de manera subjetiva, de libre apreciación personal para el magistrado a quien corresponde resolver el asunto. Pero a quien le toca el deber de juzgar dentro de una República, tiene ciertas normas de procedimiento infranqueables para él y otras abandonadas a la propia iniciativa. Las normas inquebrantables aparece de modo general cuando obra dentro de la ley patria, pues al legislador que le confiere jurisdicción le debe absoluta obediencia y está obligado a someterse a su propósito claramente expresado, sin calificarlo. En cambio, encuentra Jitta que al corresponderle aplicar la ley extranjera, le es lícito pronunciarse sobre su moralidad o inmoralidad, su sociabilidad o no; negándole o concediéndole por consiguiente eficacia. A tan extensos poderes o facultades señala sin embargo un límite de poder, el de no coincidir los preceptos extraños con los de su legislador, pues al existir tal coincidencia se convierte para el juez en verdad oficial, por representar la obligatoria verdad y justicia. (1)

(1) José Jitta ob. cit.

Y en lo relativo al estudio del puro derecho civil interno —que es más extenso pero no distinto en esencia que el Derecho Civil Internacional— le oímos afirmar a Geny en su magistral obra, Método de Interpretación y Fuentes del Derecho Privado Positivo, que al cabo de tantas disputas y diferencias como las ocasionadas por la noción tradicional del orden público, entre jurisconsultos e internacionalistas, hace falta conservar, de las críticas más recientes, estos resultados: no obstante lo que pudiera sugerirnos el nombre elegido, al tratarse de los preceptos del orden público nos hallamos, no ante una esfera de realidad distinta de los meros intereses particulares, sino en presencia indudable del derecho civil. Todo se reduce a saber, dentro de las reglas de la legislación civil, que parte quiso el legislador abandonar a la voluntad de los particulares y cual la consideró de tanta importancia y trascendencia que hubo de elevarla sobre ella. (1)

(1) Traducción española de la obra de Francisco Geny. (1925).

CAPÍTULO DIEZ Y NUEVE

NUESTRA TEORIA RELATIVA AL ORDEN PUBLICO

La designación, orden público, no es la más oportuna para esclarecer el contenido de las reglas que lo constituyen, dentro del peculiar aspecto de nuestra ciencia.— Los peligros que pueden amenazar la estabilidad de la vida social, y la necesidad y el deber de defenderla contra ellos.— El significado político de las instituciones sociales, su peculiaridad nacional y las consecuencias internacionales que de ello proceden.— El grado de moralidad social intraspasable para el hombre dentro del Estado y que le somete a sus sanciones, y la ética en las relaciones entre ciudadanos.— Oposiciones legislativas directas e indirectas, fundamentales o puramente reglamentarias.— ¿Puede reconocerse para los extranjeros, en el interior de un pueblo, derechos correspondientes a instituciones no reglamentadas en él o en el prohibidas? El orden público violado y el orden público desconocido.— La regla jurídica fundamental y el principio del orden público.— Principios a los que atenderá el juez para determinar los casos en que no pueden aplicarse los preceptos extranjeros por contrariar al orden público territorial.— Calidades que pertenecen al orden público en todos los Estados, y circunstancias en las que comienzan a perder su estricto sentido.

I

La designación, **orden público**, no es la más oportuna para esclarecer el contenido de las reglas que lo constituyen, dentro del peculiar aspecto de nuestra ciencia.

Las precedentes investigaciones, especialmente en este libro cuarto de nuestra obra, nos han permitido apuntar los siguientes datos: a) Que es posible y conveniente mantener la clasificación romana de un derecho público y un derecho privado, aun cuando las notas caracterizantes no coincidan, sobre todo en su amplitud y sus valores relativos, con los reconocidos por aquella jurisprudencia; b) Que tanto en la una como en la otra rama jurídica cabía distinguirse un aspecto de carácter público y otro privado, calificando el género de relaciones creadas y el modo de constituirlas; y, c) Que hay una tercera rama del derecho, diseñada cada vez con más fuerte relieve en la época presente, y cuyo objeto es el desarrollo y permanencia de las instituciones sociales caracterizantes de la respectiva colectividad.

A medida que se reivindica para el Estado la condición jurídica de un arreglo de fuerzas dispuestas para la prosperidad común y no para el mero beneficio de los grupos triunfadores, las circunstancias del establecimiento y desarro-

llo de las instituciones dentro de cada pueblo, que expresan el significado de su cultura, adquieren particular y suprema importancia.

Insinuados los dos primeros aspectos de la doctrina del derecho en el tomo primero, nos es fácil ahora, después de los desarrollos que preceden, darnos cuenta perfecta de su contenido. Pero no pasa lo mismo con el tercero, pues éste, íntimamente confundido con los otros dos en la doctrina tradicional, tiende ahora a constituirse restando su eficacia a los otros, sin que haya alcanzado todavía su posición justa; por lo cual requiere un detenido y certero examen para valorar y delimitarlo.

Por otra parte, en las páginas precedentes de este tomo, hemos procurado estudiar el contenido intrínseco de las leyes como medida de orden y de eficacia respecto de las decisiones de los particulares; y hemos sido conducidos entonces a la especificación de estas tres clases de reglas: las de carácter imperativo, las facultativas y las interpretativas, según el grado de la influencia individual para provocar su intervención, o para cumplirlas o dejar de hacerlo; ocasionadas sus variantes de eficacia respecto a la voluntad de los particulares, en el último extremo, por el fin y objeto atribuidos a cada una de ellas. Constatéase la intervención de un tercer elemento, también en esta clasificación, que no reconocía la antigua jurisprudencia; pero ya he demostrado su necesidad y el alcance que se le debe dar a los preceptos denominados facultativos.

Apoyándonos en semejantes elementos de juicio y los datos aportados por las doctrinas o exigencias nuevas del derecho, nos proponemos intentar el reconocimiento en la vida de los Estados y dentro del aspecto internacional, cuáles leyes deben ser llamadas de orden público y a esta designación qué virtualidades le corresponden dentro de la materia que estudiamos.

Desde luego, en el presente caso el significado etimológico de los términos empleados nada nos dice o nos induce a error: si en determinados aspectos puede equivaler a regularidad, armonía, línea o conjunto de personas organizadas para la acción —según el significado un tanto físico y material que parece atribuirle Antonio Pillet, de seguro recordando las afirmaciones de Laurent, según antes lo he dicho (1)—; en otras ocasiones equivale a cate-

(1) Laurent vióse precisado a no deducir rigurosas consecuencias jurídicas del valor etimológico de los términos.— Copio, en comprobación de lo dicho en el texto sobre el significado atribuido por Pillet, las siguientes frases que se encuentran en el No. 190 de la obra citada del autor (t. II de la traducción española): "Las leyes de orden público constituyen preceptos generales y uniformes, que se dirigen igualmente a todas las personas de todas las condiciones. Por esta razón se las llama absolutas y es necesario que lo sean. Y puesto que no consideran en el individuo sometido a su imperio más que el miembro de la comunidad, y como esta cualidad pertenece igualmente a todos los particulares miembros del Estado, es lógico que se les imponga a todos las mismas obligaciones, sin tener en cuenta personas ni condiciones. Este carácter justifica también

gorías o grupos de fenómenos o seres: el aplicado cuando se emplea la palabra orden al hablarse del orden económico, del social, del orden espiritual en contraposición al material, de los órdenes de mamíferos y vertebrados y otros semejantes; o en fin, son meros calificantes mentales para clasificar nuestros conocimientos.

Si en el significado atribuido al orden por Antonio Pillet, se expresa como propósito el establecimiento y conservación de la buena marcha social; acaso sea difícil encontrar en los Estados preceptos cuya intención legislativa no corresponda a semejante objeto, aún a las leyes meramente interpretativas se las promulga, pretendiendo la armonía, la marcha unísona y correcta de las actividades humanas en sociedad. Y si correspondiera la idea de orden público en el pensamiento del autor francés, a cierta línea de conducta invariable para un resultado colec-

su nombre de ley de orden público. Es de esencia en todo orden tener un principio aplicable a todas las personas entre las cuales debe reinar aquel. Que se trate de un orden público material, como el que resulta de la colocación de los soldados en el campo de batalla, o que se trate de un orden legal, como el que se debe obtener en el seno de una sociedad civilizada, la idea primera es la misma. Para obtener un orden en uno u otro dominio, es necesario un orden común a todos los que deben ser ordenados.—“Y puede observarse también que en esta idea de orden está contenida, en germen, la justificación de la territorialidad de las leyes de orden público, porque no se explicaría de otro modo que un extranjero pudiera perturbar, por su conducta, el orden establecido por el legislador; no se explicaría que un militar en la parada pretendiera comprometer, por la incoherencia de sus movimientos personales, los movimientos combinados de las tropas”.

tivo que se pretende; creo evidente que debiera aplicarse al conjunto de normas imperativas en la legislación. Se extendiera en rigor esa designación entonces a donde de seguro no lo aceptaría Pillet: a las leyes extraterritoriales que imponen una determinada situación jurídica dentro de la ciudad y la familia, para el nacional. ¿No es esta la marcha ordenada en la disciplina del vivir conjunto entre cuantos participan en una acción colectiva, que parece impresionar tan vivamente al expositor que comentamos? Aquella terminante afirmación suya de obligar las leyes de orden público sin distinción de personas ni de situaciones, no tiene un contenido positivo ni real; pues toda regla, cualquiera que sea su alcance y objeto, sólo se aplica a aquellos que se encuentran en las condiciones por ella previstas. El Código sanitario dando reglamentos para la construcción de viviendas higiénicas, se impondrá únicamente a los constructores y propietarios de esas viviendas, por más que su servicio tenga tanta importancia general. A los demás sólo se impone el no impedir el cumplimiento de ese deber, pero semejante precepto negativo es común a todas las circunstancias del derecho y se lo califica como contenido común del derecho subjetivo.

De los tres significados expuestos a propósito de la palabra orden, yo hube de emplearlo en el segundo de ellos, cuando en los comienzos de esta obra necesité clasificar las diversas ramas jurídicas, con su aspecto de orden público y orden privado. Tampoco el sentido de aquellas es-

pecificaciones nos permitirá iluminar con toda claridad el concepto del orden público, con el carácter que se mantiene dentro del Derecho Civil Internacional. Hubo allí la idea del fin obtenido o que se busca como consecuencia inmediata: se arregla el Estado o dentro de él la sociedad en sus bases fundamentales, y estamos ante el orden público; o el gobierno gestiona como lo harían los particulares o estos se preocupan de sus puros intereses, y entonces el negocio reviste caracteres de orden privado. Pero es éste el significado de la legislación interna; mientras en lo internacional el orden público se emplea con un valor técnico particular, como pronto veremos.

Hemos transcrito, al finalizar el capítulo precedente, el parecer de Geny sobre la calificación de público atribuido al aspecto jurídico que investigamos, calificación que según él desvirtúa la realidad del concepto, pues se lo va a atribuir a cierto conjunto de reglas del llamado derecho privado. Es que lo público en este campo significa para su teoría lo que dice relación al Estado y su organización, y privado lo que se refiere a los particulares y sus facultades y poderes; no es propiamente, pese al prestigio de las fórmulas romanas, asunto de interés colectivo o particular. Y el peligro señalado por Geny se evidencia y aumenta, porque hemos visto fundarse en él una confusión bien peligrosa entre el derecho público y el orden público, y porque a su cuenta debe cargarse además la frecuente conjunción, en lo

internacional, de materias en lo absoluto decimilares.

II

Los peligros que pueden amenazar la estabilidad de la vida social, y la necesidad y el deber de defenderla contra ellos.

Nosotros habremos de rechazar sin mayores razonamientos en la materia (pues lo hemos hecho en tiempo oportuno) todo cuanto pertenece al derecho público de organización del Estado oficial, que es extraño totalmente a nuestra ciencia, en calidad de contenido legislativo o conjunto de preceptos que se analizan o comprueban. Instalémonos por lo tanto en el campo del llamado derecho privado, o sea de todas aquellas instituciones que constituyendo la trama social garantizada por el Estado, cumplen fin diverso que el objeto puramente jurídico de ordenación, control y amparo que se atribuye el Estado.

Sin salirnos pues del tradicional concepto del derecho privado, vemos que hay entre sus normas algunas cuyo contenido sólo a los particulares a quienes afecta puede interesarlos inmediatamente, en calidad de atributo actual y beneficio presente, por cuyo motivo deja el legislador a arbitrio del titular gozar o privarse de él, aún cuando las circunstancias de las cuales debía emanar se hayan producido. Es preciso no confundir esta facultad de restar eficacia al

derecho o modificarlo, con el poder de derogar las leyes concedido a los particulares, sobre cuya posibilidad se ha venido discutiendo tanto; (1) pues si nos fijamos en la calidad de los mandatos potestativos, descubriremos como, si al sujeto le está permitido ejercitar o no el derecho regulado por ellos, al decidirse por hacerlo, está obligado precisamente a efectuarlo de acuerdo con las leyes estatuidas. Sin embargo, no cabe dudarse que en determinadas condiciones y en cuanto arreglan derechos subjetivos, el contenido de los preceptos legales pueden ser modificados, sustituidos o atenuados. No hay derogación en el sentido estricto del término, pues no se atribuye valor general, pero hay una especie de derogación parcial para los individuos contratantes, en el grado o extensión en que el legislador somete el negocio a la libre decisión de las partes. Esto pasa, sin lugar a duda, a propósito de las leyes interpretativas o supletorias, pues no en otra cosa consiste la libertad de contratar, confiriéndole al contrato el valor de una ley entre las partes. El mismo valor intrínseco de las leyes supletorias —explicado como queda en un capítulo an-

(1) Varielles-Somiers sostiene que jamás el individuo se halla facultado para derogar las leyes, las cuales procediendo de la facultad exclusivamente reconocida al poder público, sólo por un querer contrario de éste pueden dejar de existir. Fundándose en semejante argumento rechaza la distinción de leyes que pueden derogar los particulares y las que son superiores a su voluntad, para calificar a éstas como pertenecientes al orden público.

terior— está permitiendo en principio las indicadas facultades particulares. (1)

Al mismo tiempo y reconociendo necesidades de índole distinta al mero interés privado, la autoridad pública declara ciertos derechos y deberes en lo absoluto inalienables e imprescindibles, deberes que son derechos subjetivos y exigencias sociales o públicas coetáneamente. Debe colocarse en este género de entidades jurídicas a la mayor parte de las llamadas garantías públicas individuales, y entre nosotros, garantías constitucionales. El atributo y la ley se vuelven necesarios, y el hombre no sólo ha de respetar en su calidad y cantidad el derecho, como procedente de una ley obligatoria, sino además se le impone el ejercicio. Pronto veremos como estas afirmaciones se esclarecen hoy más que nunca, por virtud del nuevo significado que el derecho político debe atribuir al establecimiento de las garantías constitucionales.

Nos corresponde desde luego investigar ¿por qué ciertos derechos y potestades jurídicas son irrenunciables para el individuo a quien se los atribuye, mientras se le reconoce tal facultad respecto de otros? En general los motivos que originan en el pensamiento del legislador la idea de mandamientos en lo absoluto obligatorios, son los siguientes: A) El reconocimiento de que junto al interés individual, y mantenido por

(1) Sobre la materia indicada en el texto habremos de volver a tratar, al referirnos a la legislación comparada.

él o triunfando sobre sus exigencias, se encuentran los intereses de las instituciones sociales que cada pueblo organiza dentro de su vida. Se debe a la necesidad de constituir la familia conforme a cierto sistema de relaciones establecidas firmemente en un país y a la urgencia de disciplinar los elementos personales de la ciudadanía en el Estado, el que no se pueda pactar sobre el estado civil de las personas; B) O porque el beneficio privado se lo concede atendiendo a altos principios de moralidad; así, nadie se halla facultado para renunciar la libertad política ni para comprometer sus servicios personales por toda la vida; y, C) Porque de nuestra renuncia va a ocasionarse perjuicio a terceras personas: el deudor no es absolutamente libre para disponer de sus bienes, pues se le limita su facultad de negociar en algunas circunstancias para garantía de los acreedores o se declaran sin valor ciertos actos efectuados en fraude de sus compromisos.

Las dos primeras clases de prohibiciones tienen el carácter de absolutas —usando este término en el sentido que lo confiere nuestro legislador cuando habla de las nulidades absolutas y de sus efectos—, mientras las del tercer grupo son meramente relativas, consistiendo esta relatividad en que sólo puede reclamar contra actos que las desconocen los interesados y que son capaces de validarse por resolución de éstos. En sentido contrario, no hay en la sociedad política poder capaz de permitir, por sólo su consentimiento, se desconozcan o recha-

cen las otras dos especies de leyes, en tanto que el legislador no expida normas distintas o acepte ideas diversas.

Las reglas correspondientes al grupo (A) de la anterior clasificación, son las denominadas por nosotros del derecho social: constituyen, organizan y disciplinan las fuerzas colectivas para una vida armónica y fuerte, dentro de las garantías que a ese vivir confiere el Estado. Pero hallan en la condicionalidad de su existencia dos clases de peligros: o la indisciplina de los factores de cuya organización se trata, o fuerzas rivales y hostiles que procediendo de afuera contrarrestan la eficacia de los preceptos. Veamos en que consisten el uno y el otro.

Según hemos manifestado antes, la cultura tradicional de los pueblos civilizados en la hora actual se preocupa fundamentalmente de dos grandes instituciones donde considera que se encierra la integridad del derecho privado, siendo lo demás reglamentos dependientes o auxiliares para el mantenimiento de aquellas específicas creaciones; me refiero al establecimiento de los grupos familiares y al régimen de la propiedad. Sin duda hay un movimiento inicial muy fuerte que va arrancando del contenido sintético de esas formaciones, factores que, o adquieren particular consideración y relieve por un estudio más profundo de su esencia y virtud antes desconocidas o postergadas, o que momentáneamente toman el relieve que la época social o histórica por que se atraviesa les confiere; tal el llamado Derecho Económico que, con

frase de Radbruch, representa el Derecho de la Economía organizada (1), o sea la intervención del Estado en el fenómeno social económico, para impulsarlo y dirigirlo; el Derecho obrero que da un sentido técnico particular al contrato del trabajo y a las relaciones económicas de la distribución entre los elementos productores; o, en algunos pueblos modernos, las leyes agrarias o de producción campesina, preocupadas de un doble beneficio: la mejor producción y en la cantidad suficiente para los objetos sociales y la garantía de la justicia para los trabajadores del campo. Con todo, esos aportes, de ostensible figura jurídica peculiar los unos, otros no alcanzando todavía una estructura perfectamente definida ni lo suficiente vigorosa para requerir consideración de rama aparte del derecho; sólo son realidades específicas en la teoría jurídica o en alguna legislación plenamente revolucionaria, como la rusa. En los demás países se complica y enreda en las mallas del derecho civil, creando una abundante legislación inconexa que desespera a la jurisprudencia de los respectivos Estados. (2)

Hay otra serie de fenómenos correspondientes también a la vida privada o individual, que el legislador cree que debe abandonarlas a la iniciativa de los particulares. No se los regula positivamente y el reglamento jurídico viene

(1) Consúltese la obra antes citada del autor alemán.

(2) Esta materia será tratada con algunos mayores detalles en otra ocasión.

sólo como precepto prohibitivo o límite de ejercicio —procurando no contrariar a la tranquilidad pública como fuente de escándalos o luchas— o para proteger la expresión libre de la voluntad, en los límites de lo permitido, contra todo ataque procedente de los demás. El sentimiento religioso, demos por caso, (en los pueblos donde no se ha sancionado una religión oficial) se rige por principios éticos que sólo interesa a la conciencia de los fieles, y se limita o niega su ejercicio, cuando a su moralidad se la encuentra contraria a la reconocida por el legislador respectivo como el *mínimum* indispensable para la coexistencia de sus miembros, o perturba la firmeza de las instituciones sociales o quiere darlas otro sentido. Por eso se ha prohibido a veces los votos monásticos que establecen la muerte civil, o el rito que manda a la viuda sacrificarse en la tumba del esposo. Pero cumplidos los objetos sociales garantizados por el derecho territorial, se los faculta a los particulares dar satisfacción a los deberes impuestos por su culto. (1)

(1) No desconozco la formidable corriente actual de algunos países capitalistas, resuelta a conferir una importancia extraordinaria, en esta época tan alejada en esencia de toda disputa teológica, a las religiones, en el juego de las fuerzas públicas. Pero téngase en cuenta que esto aparece más bien como política de preponderancia que como una agudización del sentimiento místico. La religión se presenta desnaturalizada en su contenido interno y su eficacia individual. Visiblemente se aprecia el fenómeno como una concurrencia y agrupación de todas las fuerzas reaccionarias para el predominio de los sistemas tradicionales —entre nosotros de la política feudal de donde aún no salimos— que defiende sus privilegios valiéndose de los pactos más insólitos.

En vista de los dos aspectos fundamentales de la constitución social —distinta, como se ha advertido, a la constitución política o de gobierno— nos hallamos en potencia de señalar las fuerzas por cuya indisciplina interna pelagra la permanencia de las instituciones colectivas dentro del Estado: los ciudadanos, al no contribuir al cumplimiento del papel de su personalidad humana, que de acuerdo con sus condiciones se le atribuye o encomienda; y la anarquía de las fuerzas económicas nacionales dispuestas en patrimonio público y privado. Lo que sustancialmente la ley cree que debe imponerse a sus ciudadanos o garantizarse a la economía del país, se declara indistintamente en preceptos imperativos o se formula a la manera de prohibiciones, con plena obligatoriedad para cuantos se encuentran bajo su soberanía.

Es de notarse que, dada la importancia concedida a diario a los fenómenos sociales y su concreción en clases, grupos y sociedades; ya no es posible hablar en el derecho de dos elementos únicamente, sino que vienen a sumarse a ellos las corporaciones o sociedades jurídicamente establecidas; donde el fenómeno humano no es sólo individual sino influenciado por la interacción de las manifestaciones psicológicas que han contribuido a estabilizar y dar fisonomía a los grupos. Pero habida cuenta de este nuevo contingente, todo el derecho se relaciona con los tres elementos: las personas, individuales o colectivas, y las cosas, como condicionantes jurídicos.

para cualquier clase de circunstancias sociales controladas por el derecho.

Los peligros procedentes de afuera pueden originarse (apartándonos de los aspectos de violencia internacional y de todo suceso de orden político) del diverso u opuesto sentido que los Estados confieren en ocasiones a los preceptos legislativos calificables de sustanciales para la institución que arreglan: cuantas veces se trate de aplicar en nuestro suelo semejantes leyes de significado divergente de las que nos rigen, ¿qué nos toca hacer? El sistema internacional preferido por nuestro legislador requiere, supongamos, el empleo del precepto extranjero para la circunstancia que se juzga; pero semejantes preceptos son de sentido diverso o contrario a los nacionales.

Si bien el acierto absoluto en el modo de establecer las condiciones sociales de cada existencia, no cabe se atribuya a sí mismo ningún pueblo, ni la perfecta norma de moralidad o de justicia, contemplado en el puro aspecto racional o abstracto, pues en la vida de los pueblos todo se halla condicionado por las circunstancias históricas, políticas, económicas y de otros diversos órdenes que concurren en cada momento a forjar las existencias nacionales, permitiendo o estorbando determinada constitución, dando paso o impidiendo cierto número de formas en los agregados sociales o humanos o cambiándolos en su orientación, o porque, en fin, las equivocaciones o desconocimientos de la medida justa han perturbado el pensamiento jurídico dentro

del Estado respectivo; lo indudable es que nadie, a no ser el propio poder constituyente, tiene facultad para sustituir el régimen prescrito, y que los pueblos bajo la presión de conservar su vida expresada por las instituciones que la mantienen, no sólo está llamado a condicionarlas a medida de las propias fuerzas y con el sentido de disciplina de las mismas, sino a conservar el Estado y las formaciones sociales inferiores dentro del espíritu de civilización de su tiempo y pueblo, sin permitir a extraños intervenir en ello y sin inmiscuirse tampoco en los ajenos propósitos. Lo que el legislador manda o piensa es la verdad legal para todos sus subordinados.

Sin embargo, a la lógica formal que obligaría a no aceptar dentro de nuestro suelo nada de lo correspondiente a instituciones extranjeras desconocidas o rechazadas por nosotros, por cuanto no cabría el ajuste o ensamblamiento de piezas disformes en una sociedad bien constituida; se opone la lógica realista y el sentimiento de justicia, demostrándonos que en muchos casos no se trata de tal ensamblamiento, sino de la aceptación de hechos acaecidos fuera del régimen legislativo que vivimos y para una sociedad diversamente constituida. ¿Qué importa, en este último supuesto, los caminos divergentes seguidos por los Estados para la propia estabilidad, si el uno no le perturba al otro y su actuación reconocida y hasta favorecida no los daña mutuamente?

Pensando acaso en los anteriores reconocimientos, es que se ha expresado con gran acierto Fiore: la mera discordancia en los preceptos no debe facultar a un país para rechazar en él las reglas de otro Estado, cuando éstas son las oportunas o convenientes dado el negocio jurídico de que se trata. Excepto, me permito continuar insistiendo en mi posición, cuando aparezcan como fuerzas opuestas o disconformes que, actuando en el mismo suelo sean obstáculos para la eficacia de los principios allí recibidos con el valor de fundamentales o los más convenientes, o cuando su reconocimiento ocasionare verdaderas situaciones de violencia para el mínimum de moralidad garantizado.

Más que para nadie para el juez —obligado a aplicar las normas legislativas— la moralidad y la conveniencia perfectas en el Estado donde ejerce jurisdicción, son las declaradas o reconocidas por el propio legislador. De ahí se derivan naturalmente otras consecuencias que obligarán al Magistrado a adoptar reglas de conducta excepcional, respecto del principio que manda no reconocer al extranjero otros derechos que los conferidos por las leyes patrias. El precepto excepcional se formula así: en nuestro territorio no es permitido excluir a persona humana ninguna, de aquellos atributos que se suponen sustanciales para el hombre social por su mera calidad de hombre, por más que se le hubiere negado dentro de la legislación de su país.

La especie de derechos que en calidad de humanos atributos se impone a los particulares, no

puede confundirse ni en condición ni en número con las garantías constitucionales; ni antes, cuando la doctrina y prácticas políticas las representaba como límite impuesto al absolutismo soberano y pacto entre el ciudadano y el representante del poder, menos ahora, cuando se las reconoce participantes del objeto integral de la Constitución, esto es el de energías dispuestas para la estabilidad del Estado. Uno y otro fin se encierran en el mantenimiento de los derechos públicos individuales; y considerado así, existen entre ellas formas universalmente atribuidas al hombre y otras propias del ciudadano, como las correspondientes a las actividades políticas.

Mayor delicadeza y tino muy seguro requiere por parte de quién esté llamado a resolver, el juzgamiento acerca de la tolerancia y aceptación de las personas jurídicas extranjeras como sujetos de derecho capaces de ejercitar sus actividades dentro del suelo extraño, con consecuencias legítimas; pues, apartándonos de las colectividades de orden político —respecto a cuya situación le corresponde decidir al Derecho Internacional Público— las demás fundaciones, sociedades o grupos revisten para el Estado múltiples peligros o por lo menos inquietudes. En efecto, o les toca perseguir fines que si bien permitidos en el país de su establecimiento no lo sean en el extranjero, o constituyan peligro para su seguridad, aun cuando los actos efectuados en sí sean correctos sin poder por lo mismo prohibirse; o cabe que en la magnitud

de sus negocios o la naturaleza de ellos vayan implicados un sistema de control político o peligros para la economía nacional; o en fin, el juego de los intereses o actividades que desarrollan es posible que choquen con los del respectivo pueblo. Seguramente estas consideraciones latían en la subconciencia de aquellos autores que enseñaron que, para la aceptación de las personas jurídicas extranjeras en determinado suelo, hacía falta cumplirse con los requisitos impuestos a las del lugar para su reconocimiento.

En lo relacionado con el valor práctico del rechazo de las reglas extranjeras por los motivos apuntados en las anteriores páginas, se convierte para el respectivo tribunal en reglas de generalidad mayor o menor, según sean las calidades jurídicas relativas de la organización del derecho en el Estado al cual sirve. Comparándolo con los demás de su época: o se trata de un pueblo que ha seguido la corriente general de una cultura o se ha apartado de ella, si bien este apartamiento rara vez será total sino en determinados aspectos; la poligamia supongamos, frente a la monogamia, la comunidad de bienes frente a la propiedad privada.

Para esclarecer el sentido de nuestras afirmaciones sirvámonos de un ejemplo, tomado de la oposición fundamental entre el comunismo y el sistema individual de la propiedad. Se ha suprimido en un Estado como consecuencia de un riguroso comunismo, demos el caso, el derecho

sucesorio y reclama el extranjero en este lugar, fundándose en las leyes nacionales a que estuvo sometida su familia, la cuota que le corresponde o la totalidad de los bienes del difunto, bienes situados o no en el territorio en el cual se hace la reclamación. Pues es seguro que el tribunal desechará la demanda en una y otra circunstancia, aun cuando si los objetos se hallan situados en otra nación, en nada dañan a los intereses del Estado donde se reclama. Se ve como la naturaleza del derecho interno disconforme con el de otro país influye en la eficacia internacional. Por eso, dado el caso de que la *lex fori* reconociera como estatuto de la familia y dentro de él, de la herencia, a la ley nacional; el juez sin embargo no podría reconocer y acatar en el caso propuesto el derecho extranjero, sobre todo si los bienes se hallan en su territorio. La regla internacional nacida del sistema adoptado debía ser, determinar la forma y cuantía de la herencia por la ley nacional, pero por excepción, a causa de los motivos apuntados, el juez se ve en la necesidad de no seguir la regla internacional ordinaria. (1)

En el ejemplo propuesto, habiéndose sometido el asunto a los tribunales del país que se aparta del pensamiento general legislativo sobre la materia, su regla es de general aplicación

(1) En general mi voto sería favorable a que se procure conferir a la ley extranjera competente, toda la eficacia compatible con la buena marcha de los intereses nacionales; por mas que la lógica del sistema sufra en ella.

para todos los Estados que puedan interesarse por asuntos de este orden. Ante realidad distinta, cuando el asunto se presenta en un territorio de régimen común con ocasión de reglas legislativas excepcionales; entonces es caso peculiarísimo de cambio de sistema, sólo cuando interviene legislación discordante. He ahí por qué dije que el rechazo de la regla teóricamente competente podía convertirse para los tribunales en principio de mayor o menor generalidad.

A pesar de semejante generalidad atribuida, no andan muy descaminados los autores que llaman a las leyes de orden público de carácter excepcional; pues, aceptado un sistema común internacional, se ve cómo en determinado asunto puede ser necesario su rechazo.

El significado político de las instituciones sociales, su peculiaridad nacional y las consecuencias internacionales que de ello proceden.

Si hacemos valer las nociones adquiridas sobre el papel jurídico y de justicia humana atribuidos al Estado, y a los deberes y consecuencias nacidos de la comunidad internacional; tendremos que convenir en los siguientes reconocimientos: 1º Cada pueblo soberano, en virtud de su soberanía, es dueño de arreglar los elementos de la propia subsistencia en la forma que le

parezca más adecuada para su vida, sin preocuparse de los aspectos que fueron preferidos y las maneras como se practicaron en otros pueblos; 2º Las naciones a causa de su vida de relación y los deberes que ella impone, no deben estorbarse mutuamente en el pleno ejercicio de sus facultades o el cumplimiento de los intereses que persiguen sin menos cabo de los demás; y, 3º El legislador en su propósito y deber de protección del derecho de los particulares, está obligado a reconocer eficacia a cuantas facultades se hayan adquirido legítimamente y no dañen a las condiciones esenciales de la vida de la sociedad que las protege. Ahora bien, la legitimidad de los atributos subjetivos, ya lo sabemos, procede del cumplimiento de la regla de su sometimiento actual, a la fecha a que se refiere la adquisición.

Son los anteriores reconocimientos, que los creo exactos, los llamados a fijar como se modifican los rigurosos principios de protección de las instituciones nacionales, según ya lo insinuábamos al tiempo que fundamentamos esos principios.

Y en lo principal hemos vuelto al concepto que, como perteneciente al derecho objetivo, hemos señalado de acuerdo con Charmon: conjunto de medios con ayuda de los cuales cada grupo se protege contra los peligros procedentes de sus miembros o de otros grupos, reduciendo la concurrencia vital al mínimo indispensable. De ahí las reglas imperativas que se imponen al ciudadano o a la condición económica

de los bienes; de ahí las restricciones al derecho, a fin de que no perturbe la marcha correcta y armónica de las instituciones sociales.

De ese reconocimiento del derecho objetivo y de las exigencias de justicia que lleva consigo el derecho subjetivo, deducimos todas las consecuencias internacionales en el orden civil, tanto en las circunstancias de preferencia de las leyes concurrentes, como en el aspecto de rechazo de algunas normas extranjeras.

Vemos de esa manera, y según el razonamiento ya hecho, a ciertas leyes aplicables con título legítimo de su intrínseca naturaleza al asunto controvertido, y primar otras únicamente a título excepcional y externo al propio negocio. La calidad mental que mejor caracteriza a ese segundo grupo de preceptos, es la de su significado de órdenes prohibitivas: le corresponde al Estado no permitir en su territorio leyes que perturben la existencia social que está llamado a garantizar. Quizá de esta idea se haya desprendido la calificación de las leyes de orden público por la forma externa que revisten, esto es, comprendiendo en su designación a las prohibitivas. Para nosotros, y siendo el punto de vista que mantenemos el de la virtud interna del precepto y no el de la forma de expresarlo, nos corresponde inquirir ¿cuándo se podrá suponer que la vigencia del mandato extranjero ocasionará la perturbación que se pretendía evitar? Ya nos hallamos preparados para responder a este interrogante y emplear, para evidenciarlo, nociones prácticas.

La marcha de la cultura se expresa en todos los pueblos por el establecimiento de determinado número de instituciones del mismo significado sustancial entre todos ellos, o sea con disciplina de la fuerza o energía que representan para idéntico fin social y una orientación equivalente en el espíritu ético que les mantiene. Aparecen entonces casi como símbolos de tal cultura cada institución, por la interacción y mutua influencia que las establece y sostiene. Por eso se llegó del clán, en camino divergente a la constitución del Imperio y la familia romanos, luego de agotada la eficacia de los grupos gentilicios.

Ahora bien, si la desaparición de algunos sistemas de relaciones humanas dentro del Estado es fácil constatarse, no se puede decir lo mismo de los otros cambios sobrevenidos y capaces de modificar su esencia espiritual. En efecto, es preciso recordar que en toda realidad, viviente o no, existen calidades esenciales, intrínsecas para la subsistencia, con su valor específico, junto a meras formas o aspectos de reglamento. ¿Hasta donde ciertas modalidades adquiridas o impuestas se compadecen con el sentido tradicional de la institución que la sufre y desde cuando la contradice y modifica? Sobre todo en épocas como la nuestra en que el análisis ha demostrado que están caducas las instituciones que vivimos y no responden a las necesidades actuales, se ve brotar con energía incomparable reglas legislativas: dispuestas unas para apuntalar el edificio en ruinas, otras firmemen-

te revolucionarias. En ocasiones el edificio mantenido en su cuerpo principal recibe las variaciones en alguno o algunos de sus pabellones o salas, dando la impresión de lo inconexo, de lo irregular, lo postizo. La familia y la propiedad van perdiendo en los Estados modernos su sentido restringido y egoísta para convertirse en valiosos elementos sociales, pero el dato legislativo correspondiente es de muy diverso alcance en los distintos pueblos, yendo desde un tímido progreso hasta una total revolución.

Es ese el inmenso horizonte que se abre a la penetrante investigación judicial y donde se aquilatarán las virtudes de su fuerza conceptiva de las realidades legisladas: primero, para reconocer los fundamentos esenciales de cada proceso institucional, y luego, si el empleo o aplicación de la ley extranjera alegada va a causar daño efectivo en el orden de la vida social correspondiente.

A pesar de insinuarse en nuestro espíritu —por virtud de los antecedentes discutidos— la insuficiencia de cualquiera regla general para resolver en concreto sobre los distintos preceptos, si se encuentran o no en las circunstancias excepcionales indicadas; sin embargo, cabe hallarse una perspectiva mental de práctica eficacia clasificadora, y consiste en el reconocimiento de aquellos mandatos legislativos que constantemente y con equivalencia en su alcance y sentido, se encuentra en la mayoría de los pueblos partícipes de la misma cultura y grado de progreso. Si se repite unánimemente idéntico man-

damiento, es de presumir que se le encuentra indispensable para la formación social a la cual corresponde dentro de la respectiva cultura; y si derrepente nos hallamos ante una discrepancia efectiva, debemos sentirnos prevenidos desde luego, pues de ordinario significará que ha cambiado la naturaleza de la institución, a menos de tratarse de instituciones discimilares o correspondientes a otra cultura.

En el matrimonio, la poligamia y la monogamia simbolizan dos órdenes de pensamiento jurídico irreconciliables. No obstante eso, la familia continúa siendo en uno y otro caso sociedad fundamentalmente privada; de ahí, ha procedido el vulgarísimo apotecma: en el santuario del hogar a nadie le está permitido penetrar. La causa de la discrepancia es ética y en su contenido fundamental. No pasa lo mismo con la corriente actual para cuyos caudales prestan sus contingentes elementos de juicio de muy diversos y hasta opuestos orígenes, me refiero a la importancia social que en el mundo toman las relaciones de los sexos y la reproducción, demostrándose como el interés máximo el del Estado y en menor escala el de los esposos e hijos. Nueva fase de cultura que aún no se ha estudiado suficientemente y va concretándose en leyes cuyo alcance a veces ni siquiera lo presienten quienes las dictan. Aquí la discrepancia es la del sentido social atribuido a la familia.

Con ser quizá más fundamentales las últimas transformaciones, se vuelven más difíciles de apreciar en sus realidades legisladas, dando ori-

gen a la duda para calificar su alcance y eficacia. No así, la oposición entre monogamia y poligamia: nuestros jueces no permitirán jamás contraer varios matrimonios al mismo tiempo, sea cual fuere el estatuto personal al respecto.

Me corresponde pues afirmar, que el caso más grave para el intérprete se presenta al hallarse ante instituciones en estado evolutivo o que participen de las inquietudes de un cambio fundamental en su estructura, sintiendo quebrantarse algunos de sus preceptos tradicionales ante el avance de una ética mejor comprendida o apreciada bajo criterio distinto, o por la fuerza de una concepción nueva de la infraestructura social. Fórmulas evolutivas de cambios sustanciales en el rígido concepto de la familia monógama perpetua, inmutable y cerrada, expresan: el divorcio reconocido cada vez con mayor amplitud en las legislaciones modernas, la mutación de la idea romana de la patria potestad como conjunto de derechos sustituida por la particular importancia de los deberes paternales, y la mayor participación que cada vez se atribuye al Estado en el cumplimiento de los fines humanos antes de exclusiva incumbencia familiar. (1)

(1) A medida que los legisladores contemplan con mirada más atenta la importancia del factor hombre en las respectivas sociedades políticas —no en cuanto pertenecen a clases privilegiadas, son contribuyentes o disponen de inmensos medios económicos o de influencia, sino en su mera calidad personal de ciudadano— y sienten la urgencia de incorporarlo a las exigencias de la vida colectiva con la integridad de su energía espiritual; descubren y aprecian con exactitud que no pueden desentenderse de la marcha de la educación del niño, incluso con-

En semejantes eventos y en presencia de disposiciones disconformes, claro está que deben presentarse gravísimas perplejidades ante el juez, sobre el valor relativo del régimen extranjero frente al del propio territorio.

Por otra parte, es necesario no confundir el significado de un derecho adscrito a cierta institución y calificador de ella, con un sentido

trariando la voluntad del padre, que está en el caso de vigilar la higiene y la salud dentro del hogar, tomando a veces medidas prohibitivas de la libertad y, en fin, que ha de llevar sobre sí gran parte de las cargas antes abandonadas a la iniciativa del grupo familiar, para vigorizar, mejorándolo, este contingente supremo de su permanencia y su progreso.— F. Muller-Lyer (La Familia) ha hecho una exposición de las más interesantes sobre los cambios que en las costumbres actuales van afectando a la familia, en el sentido de aflojar los lazos personales entre sus miembros, con la tendencia a vinculaciones más firmes con la colectividad dentro de la que se agrupan. La verdadera monogamia se establece ahora con el matrimonio disoluble, nos enseña el autor, después de un interesante y agudo análisis de las circunstancias que facilitan entonces las legítimas apetencias sexuales sin imponer un vínculo que a la larga podría convertirse en desesperante. Rusia favoreciendo las relaciones pasajeras pero regulares y persiguiendo la prostitución con penas de policía, parece se propone cumplir el objeto entrevisto por Muller en calidad de hecho social de la cultura de occidente en estos tiempos; y así ha podido expresarse M. Liadov resientemente (setiembre de 1932) en el "Krasnaia Gazeta" de Leningrado, que sólo la sociedad comunista que educa sus miembros fuera y más allá de todo egoísmo y privilegio, los eleva sobre sus pasiones para que no sean esclavos de ellas y desarrolla en infinito grado la responsabilidad personal, al crear esta nueva ética dará realidad al principio monógamo de las relaciones humanas (La futura sociedad socialista). La nueva modalidad del pensamiento jurídico se va convirtiendo en esa forma en preceptos positivos, adoptados con mayor o menor amplitud por muchas legislaciones. Hasta la francesa, tan conservadora de su derecho civil, principia con timidez a desatar los vínculos familiares con su derogación del consejo reverencial para el matrimonio del mayor de edad. (Sobre la presente materia volveremos después).

opuesto al territorial; con la aceptación y goce de los derechos adquiridos, incluso otorgados por motivos opuestos a los reconocidos en el país donde se ejercitarán. El deber social de justicia para con todo individuo que obró legítimamente puede aconsejar la aceptación de éstos, siempre dentro del límite de que no peligre el orden colectivo que le corresponde garantizar. Contra las leyes de orden público no hay derechos definitivamente adquiridos —repetiremos con el Código argentino—; pero eso, me permito insistir, cuando el daño o perturbación nace del ejercicio no de las meras ideas que lo aconsejaron.

Presento a consideración los siguientes ejemplos para fijar con exactitud lo explicado. Un legislador declara fuera del patrimonio de los particulares objetos que antes fueron de libre apropiación o que en otro país se los considera de tal clase; nadie, fundándose en haberlos adquirido antes del nuevo mandamiento o en un Estado donde prevalece regla distinta, estará facultado para exigir se le reconozca dominio sobre semejantes objetos. Con resultado contrario; una reforma viene hoy a declarar que no puede prescribirse un dominio sino cumpliendo con requisitos antes no mandados, o no dispuestos en la ley alegada por el prescribente para fundamentar su prescripción; si el dominio ha sido ya firmemente establecido en el patrimonio de quien lo reclama antes de la vigencia de la nueva regla, ésta no podrá prevalecer para desvirtuar los hechos ya terminados con cierto

resultado legal. Me ha sido dable equiparar la situación de la ley extranjera frente a la nacional con la que procede de la sucesión de varias reglas internas sobre la materia, por los evidentes contactos que mantienen, según demostraré en el tomo siguiente de esta obra.

Esclarecido, en la forma como queda hecho, el procedimiento de las autoridades públicas de cada país a propósito del funcionamiento de las reglas jurídicas; tenemos, que a veces se rechazan las leyes extranjeras por creerlas incompatibles con nuestra cultura, pero no en virtud de una atribución crítica perteneciente a los Estados, en sus mutuas relaciones, para calificar respectivamente los preceptos de los demás (pues sería atribuirse facultades que no le pertenecen y ocasionar perturbaciones acaso muy graves en la vida de comunidad entre las Naciones), sino únicamente por considerarlas peligrosas para la subsistencia de los elementos sociales del país que las acepta o incompatibles con su equilibrio orgánico.

Despréndese de los referidos antecedentes, que el desconocimiento o rechazo de las leyes extranjeras tiene que ser únicamente en la medida indispensable para el objeto designado, pero en la totalidad de su propósito. Por eso, cuando desconocidas, derogadas o prohibidas entre nosotros cierto sistema constitucional de alguna a algunas instituciones, se reclama aquí el establecimiento de sus beneficios o atributos en favor de los particulares, fundándose en circunstancias cumplidas en conformidad a leyes ante-

riores o extranjeras, las reglas son distintas para el uno y el otro caso: la ley derogada nacional no dará origen jamás a ningún nuevo derecho primitivo, aunque si puede y debe legitimar las adquisiciones derivadas o ya establecidas, mientras no perjudique a los fines sociales de las nuevas fórmulas vigentes. Entre tanto la ley extranjera (con el límite últimamente señalado) es capaz de ser considerada fuente y origen de instituciones desconocidas en el territorio, si el resultado permanente de las mismas, ha de darse en otro país; con mayor razón, claro está, las consecuencias de un derecho adquirido de manera legal en el exterior se las reconocerá al individuo.

Cada uno de los indicados aspectos se razonará con posterioridad, con detalles más abundantes; hoy sólo diremos que las exigencias de la justicia han impuesto no arrebatarse a los particulares lo que de modo legal les corresponde, como derechos adquiridos o por su situación jurídica personal. He ahí como, a pesar de no pertenecer las instituciones de los pueblos al mismo tipo de cultura, pueden tolerar mutuamente algunos efectos disconformes. Y entonces han sido aplicados los principios que se formularon bajo los números 1º, 2º y 3º.

Hasta aquí el grupo (A) de las prohibiciones, o sean aquellas que nacen del interés del firme establecimiento de las instituciones sociales, sobre las fundamentales bases que las sustentan. Me fue necesario hablar de su contenido ético pero también con el mismo significado de base

fundamental o espíritu informador. Pero además la moral social tiene otros contenidos, como muy pronto expresaremos.

Podemos sintetizar los reconocimientos precedentes, uniendo reglas de distinto alcance por un atributo común suyo, el de la defensa social que mantienen. De donde se ocasionan dos clases de leyes imperativas o absolutamente obligatorias: las de puro carácter nacional —sólo aplicables al ciudadano o válidas únicamente respecto de los bienes situados en el suelo del país en que han sido promulgadas— y aquellas que se vinculan necesariamente al territorio, aún cuando recaigan sobre elementos extraños a la sociedad política y sometidos por causas accidentales a sus mandatos, constituyen excepciones al principio o sistema internacional reconocido por el legislador. Esa segunda clase de leyes contiene siempre una prohibición por más que sus reglas sean redactadas en forma positiva, significa un límite de potestad. Es como si el legislador hubiere dicho: se reconocen los mandamientos de las autoridades nacionales del sujeto, para todo lo correspondiente a su estatuto personal, a menos de causar daño al orden público de nuestro país.

IV

El grado de moralidad social intraspasable para el hombre dentro del Estado y que le somete a sus sanciones, y la ética en las relaciones entre ciudadanos.

Consideraciones un tanto semejantes a las hechas a propósito del grupo (A), de los derechos o potestades jurídicas que se imponen al hombre con el carácter de obligatorias; nos es permitido hacerlo en torno de los comprendidos en el grupo (B), que condicionan y reglamentan las acciones y potestades señalando derechos y obligaciones privados, a causa de altos principios de moralidad que se suponen indispensables para la disciplina jurídica de la vida social.

La tutela de los parientes no puede considerarse como una de las bases fundamentales de la organización de la familia, nada perdería ésta de sus actuales atributos al derogarse las leyes de semejante tutela, pero el desamparo de los menores por parte de sus próximos consanguíneos se considera contrario a las buenas costumbres y debe imponerse aún a los no ligados por la ley patria en este sentido.

Los motivos de aquella obligatoriedad son muy fáciles de comprender. Si el derecho privado se resuelve en último análisis en el grado de ética en las costumbres que se cree indispensable para la permanencia social (fórmula mantenida, según se dijo, por Berr); cuanto a ese

mínimo de moralidad ataque, será un peligro para el normal y armónico desarrollo de sus actividades; y hallándose en peligro la seguridad pública, el primer deber de la autoridad es mantenerla contra todo y contra todos.

A semejantes preceptos de moralidad llamo yo policía de las costumbres y los incluyo en el grupo que estudio, en cuantos casos su violación, sin llegar a constituir delitos castigados por el Código Penal, el Código Civil la sanciona u otras leyes conexas con el derecho privado o que sirven de límite de aplicación de éste. Mantengo sin vacilar y contra la opinión de Bartin, que las reglas civiles de policía de las costumbres caen dentro del contenido del orden público, pues es fácil aquilatar en ellas el mismo propósito de eficacia, de modo excepcional y absolutamente garantizado, que el descrito al tratarse de las reglas imperativas en virtud de su objeto de defensa del signo sustancial de las instituciones sociales; la idea de moralidad mantenida en las costumbres es preciso para la seguridad de las relaciones sociales.

También en relación con esta otra categoría de leyes que pueden inscribirse en el orden público, nos es dable constatar aquellas notas que como específicas reconocimos para definir las calidades de semejante orden, esto es su carácter excepcional y su naturaleza prohibitiva de cualquier precepto extranjero que lo contraríe. Mas también aquí hacen falta las rectificaciones necesarias a ese reconocimiento: la excepción es relativa al sistema internacional procla-



mado por el legislador, pero se aplica a toda condición capaz de causar el daño; la calidad prohibitiva es la de su contenido intrínseco no de la forma de redactar la ley, en muchas ocasiones el mandamiento es positivo y directo incluyendo sin embargo efectivas prohibiciones.

Las ordenanzas municipales para el ornato, comodidad e higienización de las poblaciones y de las viviendas, dan disposiciones positivas cuyo cumplimiento sin embargo se le exige a toda persona, sin distinguir entre ecuatorianos y extranjeros, incluso a los Agentes Diplomáticos y hasta en relación con sus moradas. Lo mismo podemos decir de otras medidas de profilaxia personal o de garantía de las buenas costumbres. En el aspecto contrario, no siempre que una legislación contenga preceptos prohibitivos relativamente a las acciones del ciudadano, diremos que también se aplican a los súbditos de otra soberanía en el territorio. La prohibición de donar bienes del pupilo —excepto en ciertas circunstancias y con determinados requisitos— no garantiza sino al pupilo ecuatoriano, en cuyo beneficio y de acuerdo con las costumbres patrias se ha expedido. Dictada como garantía personal esta regla, a tiempo que no puede alcanzarla a quienes tal garantía no corresponde, atribuir papel meramente territorial sería revestirle de ineficacia. Corresponde esto al estatuto personal del ecuatoriano.

Roberto Ruggiero nos afirma que, después de la confusión mantenida en la teoría por mucho tiempo entre los términos, ley prohibitiva y or-

den público, la doctrina actual ha llegado claramente a separarlos. (1) Para mí, los preceptos prohibitivos pertenecerán o no a los garantizados de manera especial como correspondiente al orden público, según el objeto atribuido al mandato. Mas, comprendo que una opinión rigurosamente contraria haya prosperado en calidad de reacción a la antigua doctrina.

En el párrafo anterior hemos visto al derecho social cumpliendo dos grandes propósitos: organizar sus energías nacionales para el desarrollo correcto y fácil del vivir colectivo bajo la dirección del Estado, y defender esta existencia contra todo peligro exterior que le amenace. En el presente párrafo hemos enunciado algunas ideas por medio de las cuales nos es permitido distinguir en la conducta legislativa respecto a la ordenación de las costumbres: una ética de control mantenida sólo para los ciudadanos y una ética humana a la cual se han de someter todos los hombres dentro de nuestro territorio. No es una moral universal que proclama cada pueblo convirtiéndose en apóstol de una suprema idea, sino la que cree indispensable a la sociedad a que rige en el momento histórico correspondiente. Por eso no juzgará del origen moral o no de un derecho constituido legalmente en otro territorio, para impedirle el ejercicio de legítimas facultades.

Y hemos concluido con los grupos de preceptos que llevan consigo la nulidad de los actos

(1) Roberto Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, vol. I

ejecutados en contravención a sus mandatos, nulidad calificada como absoluta; mientras el grupo (C) de las leyes prohibidas hemos dicho, sólo llevan una nulidad relativa.

V

Oposiciones legislativas directas e indirectas, fundamentales o puramente reglamentarias.

Una definición positiva de las reglas de orden público, que las califique por su género próximo y la última diferencia, creo que no solamente reuniría a grupos muy discimilares, apareciendo por lo mismo demasiado extensa; sino que jamás podría darnos la impresión de esa defensa o resguardo de la personalidad social u orden interno, contra el peligro de la invasión de preceptos extraños perturbadores; que es el significado social que le caracteriza. Procedería de ahí además, no únicamente vacilaciones, sino verdaderas imposibilidades de descubrir en todas esas leyes las calidades atribuídas por nuestra ciencia al orden público.

Para ir delimitando y reconociendo el campo de acción propio, a medida de las incompatibilidades que hallamos; debemos estudiar las calidades efectivas de los preceptos, comenzando por su grado de obligatoriedad.

Entre el número importante de mandamientos legislativos de pleno carácter obligatorio para el sujeto al cual se imponen, hemos descu-

bierto, por obra de las anteriores investigaciones, los siguientes: 1º. Unos que se refieren a las personas a causa de cualquiera de estas circunstancias: a) Por cuanto las señalan un papel social que cumplir, imponiéndolas cierta personalidad civil de naturaleza constante, a pesar de cualquier cambio de situación del sujeto en el espacio. De aquí nacen derechos y obligaciones imprescindibles; b) A causa de la necesidad de defensa de las instituciones, con las cuales accidental o permanentemente se hallan relacionados los individuos; c) Por considerar el acto prohibido o la regla mandada ocasionados por exigencias inequívocas y fundamentales de la ética social; y, d) En razón de la necesidad de tutela y control reconocidos como de carácter preciso, por las circunstancias en que vive la persona a quien protegen.

2º Otros preceptos requieren una efectiva obligatoriedad: a) Por significar el necesario arreglo de la economía política y social dentro del país; o, b) Por prevenir o resguardar intereses correspondientes a terceros indeterminadamente amenazados por los actos que se hallan prohibidos.

No hay que confundir las anteriores con las reglas que hemos llamado de obligatoriedad relativa, pues éstas afectando a uno o algunos sujetos particulares a quienes benefician o defienden, pueden dejarse sin efecto por ellos, por la misma regla primordial que venían exceptuando, o sea la facultad de renunciar lo que personalmente nos favorece.

Así vemos reunidos por el signo de obligatoriedad semejante, a leyes correspondientes a las más diversas categorías sociales, y, con frecuencia, de opuesto sentido internacional. Nos es dable aquilatar, por ejemplo, un primer grado de agrupación de las leyes comprendidas en las letras (a) y (b) de la primera categoría y en la letra (a) de la segunda; expresando manifiestamente los fundamentos esenciales de las instituciones colectivas, o sea la parte más vigorosa del derecho social, como valoración y disciplina de las energías disponibles. Las tres agrupaciones restantes mantienen sobre todo la ética o corrección de la conducta en las relaciones privadas. Debe no obstante convenirse en que si la letra (c) de la primera categoría y la (b) de la segunda procuran sobre todo la seguridad social y regularidad en la marcha de los acontecimientos, el carácter de privado interés se impone en lo relativo a las reglas correspondientes a la letra (d).

Inducidos por la constatación de semejantes discrepancias podríamos preguntarnos: ¿fuera del signo imperativo de aparecer como mandatos incontestables de autoridad, que otra energía, fuerza o virtud reúne a esos preceptos para conferirles una designación común? Por mi parte, no lo descubro: lo social y lo particular se hallan mezclados, el orden público y el privado confundidos. Y esto a pesar de haberse suprimido en nuestra teoría una de las causas más poderosas para la indefinición del orden público, la de calificar al mismo tiempo por su ten-

dencia, fuerza y aspecto legislativo, las leyes correspondientes al derecho público y las del derecho privado.

Y dentro de lo imperativo de las normas aun, nos tocaría discurrir a propósito de lo que hemos llamado lo imperativo absoluto y lo relativo, para aplicar a cada caso particular, convencidos de sus inmensas diferencias intrínsecas y la gravedad tan dispar de las consecuencias jurídicas.

Pero, pasemos un momento por alto semejante confusión de intereses y de fines unidos por el indicado determinante legislativo, e investiguemos este otro aspecto del problema: ¿entre tanta confusión de calidades legislativas como las vistas, habrá por lo menos la marca común de iguales atributos internacionales? La contestación es categóricamente negativa. Nos ha sido dado demostrar con anterioridad que, por el objeto social perseguido, las leyes imperativas decretadas para regular el estatuto de las personas son extraterritoriales, y las exigidas por el arreglo y mantenimiento de la economía nacional son válidas sólo dentro del territorio; pero aquellas no serán aplicables a los súbditos extranjeros, ni éstas a cuanto se relaciona con la economía de otro Estado.

Mas sí son leyes de universal respeto y sometimiento, y por lo tanto también para los extranjeros, aquellas indispensables para mantener el equilibrio social y la seguridad jurídica, de acuerdo con lo descrito en los párrafos precedentes.

De las coincidencias vistas y de las discrepancias anotadas, nació la idea de formular dos clases de órdenes públicos, el absoluto y el relativo, y en otro vocabulario, el interno y el internacional, impugnada de modo muy atendible por Pillet. Con todo, consultando los propios autores que han rechazado esa distinción, es evidente que se ha quebrantado la unidad del pensamiento internacional también por ellos, aplicándolo a los dos géneros de leyes imperativas, por lo cual debe exigirse previa determinación entre las calidades de las dos ramas.

Se aprecia en esa forma de modo suficiente, como, tampoco las notas internacionales de la vigencia o no de los preceptos dentro de ajeno suelo, son las llamadas a servirnos para la clasificación. La territorialidad y la extraterritorialidad son signos exteriores y visibles, pero que no demuestran, si bien contienen, aspectos sustanciales y determinantes del objeto perseguido. A causa de la naturaleza del objeto o propósito reclamado, nos vimos conducidos con frecuencia a preferir la ley territorial —por más que no fuera imperativa— para todos aquellos negocios jurídicos cuyas consecuencias de permanencia mayor se den dentro del territorio. En sentido contrario, se califican de extraterritoriales también a leyes imperativas correspondientes al estatuto personal.

Si en esencia las reglas de orden público llevan vinculadas a su efectividad la prohibición de ser derogadas o sustituidas por preceptos extranjeros dentro del territorio para el cual se

las dictó, claro está que son en este sentido sus conclusiones de carácter exclusivistas; sin embargo, la técnica legislativa puede emplear y de hecho emplea la redacción directa y positiva en sus mandamientos. Y además, no todo lo prohibido en un país lo es igualmente para nacionales y extranjeros.

De modo que no coinciden los conceptos de territorialidad o extraterritorialidad de las reglas legislativas, ni con su calificación de imperativas o potestativas, ni con el carácter de interés colectivo o particular representado por ellas, ni con la manera positiva o negativa de redactarlas.

Teniendo en consideración semejante variedad de fines y atributos correspondientes a las reglas jurídicas dictadas en cada país, una vez más trataremos de clasificarlas, para luego discutir sobre las coincidencias necesarias al establecimiento de la difícil noción del orden público.

Según los puntos de vista desde donde se contemplen los mandamientos legislativos, nos corresponde señalar las siguientes categorías: 1ª Por el grado de obligatoriedad de las facultades y deberes reconocidos y garantizados por ellos, se separan en estos tres grupos: las leyes imperativas, las facultativas y las interpretativas; 2ª Por el interés que representan: pertenecen al derecho público, al social o al particular; subdividiéndose en ocasiones estas categorías en grupos, por la forma de procedimiento, los deberes que crea y la manera de exigir-

los, y nos corresponderá entonces apreciar un orden público y otro privado; 3º Por la clase de prescripción relativa a la conducta que encierran: se prohíben determinados procedimientos o actos, se manda el cumplimiento de otros y se facultan los demás; 4º Por su eficacia internacional, son territoriales o extraterritoriales.

De los aspectos contemplados solamente el último es de modo específico internacional. Después de este reconocimiento habrá que deducirse que, ni lo imperativo, ni lo facultativo o interpretativo de la ley, tampoco la naturaleza del interés vinculado a ella, ni la manera como sus preceptos se formulen; tienen un contenido adecuado para servir de determinantes para conceptos propios del Derecho Internacional. Por otra parte, y ya tratándose específicamente del orden público, tampoco la territorialidad o extraterritorialidad, respondiendo a multitud discorde de exigencias u objetos perseguidos, está designada en perfecta lógica para fundamentar una posición que me apresuro a calificar de excepcional, en orden a los preceptos calificables como pertenecientes al orden público en la esfera de nuestras actuales investigaciones.

Aporta valiosos elementos de juicio para esclarecer nuestro criterio en la materia que actualmente nos preocupa, algunas enseñanzas que encontramos en Fiore sobre las dos categorías de leyes entre las cuales pueden agruparse a todas las de un país: aquellas que se preo-

cupan de crear o abolir ciertas instituciones, y las que mantienen y desarrollan instituciones preexistentes y determinan condiciones para la adquisición, goce y ejercicio de derechos relativos a las mismas.

Pero además de quedar esta materia como mero enunciado en la obra del internacionalista italiano, sin los desarrollos necesarios para fundamentarla y volverla práctica, me parece que hubo falta de penetración más profunda en el fondo del problema. Y esto hemos hecho —a menos que haya equivocación por nuestra parte— al procurar inquirir como hay para el mantenimiento de las instituciones del denominado derecho civil, reglas que le son de esencial pertenencia para subsistir o dar su matiz o tono sustancial dentro de la cultura que representan, y otras de puro reglamento o agregación. Claro está que esto se ha de apreciar en aquellas formaciones legales de carácter fundamental, de donde las demás emanan, o a las que se agregan o acompañan. En el derecho romano y en las legislaciones románicas esas fundamentales instituciones son la familia, la propiedad y el derecho de las obligaciones.

Las bases de la cultura que va insinuándose en nuestros tiempos, parecen dispuestas a reconocer y también a crear con contenidos extensos otras instituciones fundamentales. Posteriormente quizá sea oportuno hacer una breve exposición de este aspecto de la realidad legislativa.

Las sugerencias de Fiore a las que acabamos de referirnos, nos ofrecen meros indicios, cuya eficacia es además bien relativa, incluso al tratarse de aspectos a los cuales parece conferir el autor mérito absoluto. Así, nos afirma que al haberse abolido una institución en determinado país o prohibido cualquiera relación jurídica referente a ella, ninguna persona puede fundarse en precepto extranjero para que se la declare vigente o ejercitar un derecho conferido por virtud de tal institución. (1)

Y se ha de tener en cuenta que Fiore no ha distinguido aquellas formaciones o realidades jurídicas que aparecen en cada pueblo como meros aspectos superpuestos, para matizar las formas sociales según el sentido de cada civilización, (2) en cada vía troncal de la cultura; de aquellas otras que son el sostén y causa de un Estado y sociedad pertenecientes a cierto grupo cultural, por representar las esenciales partes del arreglo social respectivo. De esa falta de deslinde o separación, resultan excesivas las consecuencias señaladas por el internacionalista italiano.

Se nos impone reconocer que, de las diversidades legislativas que hallarán los pueblos en su vida de relación, se han de deducir oposicio-

(1) Fiore.— Derecho Internacional Privado.

(2) Sobre el concepto de la civilización que matiza los símbolos culturales con forma y manifestación nacionales, puede consultarse el segundo volumen de mi Sociología General.

nes de diferente alcance y sentido. Unas son directas y otras indirectas, unas atacan la base del sistema civil, otras a sus accidentes.

La oposición es directa, cuando daña o perturba a la respectiva colectividad, influyendo sobre los elementos de su existencia; e indirecta, cuando manteniendo distinto valor teórico y práctico, no produce consecuencias permanentes de orden interno para el país que le tola ni recae sobre los elementos de su vida. Se dirá fundamental si se refiere a las instituciones básicas y sus constitutivos esenciales; y de mero accidente, al tratarse de modalidades reglamentarias o de instituciones secundarias o dependientes.

Cuando la oposición es directa y fundamental, queda descartada desde luego la ley extranjera en el territorio. Si es directa pero accidental, debe calificarse de manera estricta por el sistema internacional a que corresponde el asunto. Al ser indirecta y fundamental, creo que debiera permitirse el empleo de los preceptos que la representen, en las circunstancias ordinarias, aun cuando casi siempre no se permita, y por más que contrarie en parte el fundamento teórico de nuestro derecho. Y en fin, si es indirecta y accidental, nada hay que oponer a su eficacia dentro del territorio.

En todo caso subsistirá el límite ético de los principios intraspables de moral.

VI

¿Puede reconocerse para los extranjeros, en el interior de un pueblo, derechos correspondientes a instituciones no reglamentadas en él, o en él prohibidas? El orden público violado y el orden público desconocido.

Refirámonos a algunos ejemplos para precisar los reparos indispensables y situar con claridad en su justo lugar nuestra opinión.

Un súbdito peruano, quiere adoptar en el Ecuador en calidad de hijo a otro connacional suyo, fundándose en la facultad que le concede el Tit. 5º de la Sección IV del Libro Primero del Código Civil del Perú, siendo así que entre nosotros es desconocida por la ley semejante institución. ¿Nos será permitido decir que no puede llevarse a cabo la adopción en nuestro suelo o que ésta no producirá aquí efecto legal alguno, no obstante haberse cumplido con todos los requisitos de la ley nacional de los interesados, por no estar autorizada en el Ecuador aquella forma de filiación civil? Para resolver la duda nos hace falta contestar a la siguiente pregunta: ¿Será contrario al orden público ecuatoriano el permitir al extranjero integrar su familia con hijos adoptivos mediante el cumplimiento del estatuto personal oportuno en la patria extranjera?

Me parece que sería excesivamente estrecho y egoísta esa manera de apreciar el orden

público. En efecto ¿qué perjuicio, que daño recibe la sociedad ecuatoriana de permitir constituirse una familia extranjera con hijos adoptivos, si la propia patria lo consiente? En el presente caso viene en apoyo del modo positivo de resolver el problema, el carácter excesivamente civil antes que natural mantenido en nuestra legislación, como en la mayor parte de las actuales que proceden del derecho romano, respecto del establecimiento social de la familia a causa del parentesco legítimo. Hay pues una oposición directa y accidental.

Prohibido como se halla en nuestro Código Civil el constituir varios fideicomisos sucesivos sobre los bienes, si se establece en un testamento el régimen contrario para inmuebles situados fuera de nuestro suelo ¿lo podrá reconocer como válido el juez ecuatoriano? De acuerdo con la ley de la situación le corresponde calificar. La vinculación mayor o menor a una familia o la estabilidad o cambio de dominio le es indiferente al Ecuador, a propósito de la economía o política extranjera. De otra manera sería convertirse en árbitro supremo del arreglo mundial de los sistemas de propiedad. Con todo, pudiera aparecer aquí un nuevo interés, el de la eficacia en las relaciones de familia, que no debo tratar por el momento. Materia esta conexa con la calificación del problema.

Si en lo relativo a la sustancia jurídica implicada en el primer ejemplo, no hay de parte del legislador ecuatoriano sino el silencio, refiriéndonos al establecimiento de varios fideicomisos

sucesivos nos encontramos con regla prohibitiva. A causa de semejante circunstancia, y si pudiéramos decir, forzando en gran manera el extricto valor de la regla contenida en el art. 8 del C. C., que a nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley, justificando en esta forma lo hecho por súbditos extraños; nos veríamos con todo en la urgencia de rechazarlo de plano al tratarse de la segunda cuestión, y esto a causa de su propio contenido. Habremos de asistir por lo tanto en uno y otro caso a la aplicación, con título legítimo, de preceptos pertenecientes a legislaciones extranjeras, que rigen instituciones secundarias de naturaleza diversa.

A pesar de todo, el criterio de las leyes constitutivas y derogatorias de algunas instituciones, puede y debe servir de base para la interpretación de lo permitido o lo prohibido en resguardo del orden público del respectivo país. Esto sucede cuando el intérprete investiga y descubre en ellas las calidades de elementos básicos de un vivir social, y en las leyes extrañas concurrentes, el espíritu animador de esas formaciones, con cierta virtualidad o esencia disconforme u opuesta; o cuando el precepto territorial dispar sobreviene persiguiendo la destrucción que se conceptúa viciosa, contraria a los sentimientos de moralidad pública, o si se pretende inculcar una nueva ética que la regla extranjera viene a contradecir. Pero aquí mismo, la medida justa de la situación de derecho puede prevalecer sobre la ética territorial, sea si-

quiera en las consecuencias de hechos ya ocurridos: la situación de los hijos en una familia poligámica, habidos de varias mujeres legítimas en país que lo permite.

No nos toca entonces sino subrayar, que el orden público nacional diversamente condicionado entre los Estados, no siempre sufre perjuicios o quebrantos por la superposición de reglas extranjeras de distinta orientación cultural. En consecuencia, es fácil distinguir la doble posición jurídica que llamo yo: del orden público violado —cuando de aplicarse la ley extranjera procedería la perturbación y daño en los efectos sociales pretendidos en el respectivo suelo— y un orden público desconocido —cuando fundándose en principios diversos a los vigentes en nuestro suelo y que son los del legislador nacional, se pretende un derecho no reconocido en el país pero en cuya aplicación al caso respectivo no va envuelto ningún peligro para el Estado aceptante—.

Más sencillo sería rechazar cuanto no esté conforme con la cultura perseguida por la *lex fori*, manteniendo el riguroso principio de la comunidad internacional; pero los fines humanos del derecho, como lo vamos a describir en el párrafo siguiente, nos hacen preferir otra conducta.

Ni el carácter absolutamente obligatorio del mandato (Savigny), ni la calidad interna de las

leyes prohibitivas (jurisprudencia francesa), ni el interés colectivo opuesto al individual (Pillet), ni la territorialidad de los preceptos (principio deducido de los razonamientos de los estatutarios); son capaces de determinar lo que se exige cuando se señala límites a la aplicación de la ley extranjera oportuna para el negocio, fundándose en el resguardo del orden público territorial, como tampoco son elementos de juicio práctico ante las necesidades de la aplicación.

La regla jurídica fundamental y el principio del orden público.

De cuantos reconocimientos hemos procurado poner en evidencia, resulta que hace falta volver al objeto o papel atribuido al derecho dentro del Estado, para discriminar entonces lo que puede innovarse y cambiar parcial y momentáneamente en sus preceptos de arreglo de la conducta humana, sin atentar al fin perseguido. Tal exigencia es en particular sentida cuando vamos a aplicar leyes extranjeras a propósito de un asunto, pero no es del todo raro tampoco en los problemas de pura índole territorial, sino, ahí está el inmenso campo de los derechos adquiridos y la extensión de virtualidad que se adjudica al tratarse de los derechos personales a las leyes facultativas. Delimitada el

área de nuestra excursión analítica por la materia que explicamos, continuemos este estudio.

Si intentamos sintetizar una vez más las apreciaciones hechas por nosotros sobre el significado del derecho como regla objetiva, tendremos que repetir: sus mandamientos pretenden encausar de manera correcta y ordenada la vida social dentro del Estado, procurando la estabilidad de las instituciones constituídas; mientras que en el contenido subjetivo que para él procede, se aprecia la seguridad necesaria de la conducta personal, garantizando al hombre determinado grado de justicia y respeto. La justicia, sea con su carácter distributivo de dar a cada uno lo que le corresponde o como principio conmutativo en la conducta humana, que a nadie exige más que aquello a que se encuentra obligado o equipara las prestaciones debidas; se ha descuidado con frecuencia o se ha comprendido mal en las legislaciones nacionales, por culpa sobre todo de categorías otorgadas a los ciudadanos, y es por hoy la revisión con más urgencia reclamada, para que la justicia sea, trato igual a todos los hombres.

De la seguridad y estabilidad en las relaciones humanas y, en proporciones mayores o menores, de las exigencias de la justicia que debe regir la conducta del hombre en sociedad, se genera el derecho de las personas como atribuciones de las mismas. Del deber de conservación del organismo social en su forma y sustancia, el derecho como fuerza y razón de ser del Estado. Lo primero es una virtud de las más

apetecibles para la regularidad y confianza ciudadana dentro de la vida colectiva, y es el fondo de una ética sustancial, cuyo desconocimiento absoluto convertiría la existencia de cada uno en guerra permanente contra los demás. Pero el objeto colectivo al cual responde la organización jurídica, se compenetra con la defensa de las instituciones sociales en las que la existencia nacional se traduce. No rara vez valores antitéticos expresan la actual aplicación de los dos; y entonces, ¿cómo formular una preferencia? Si es preciso sacrificar el uno a la plenitud del otro, serán las exigencias de la justicia a la ordenación jurídica y seguridad social.

Comprendido el problema en los términos descritos, nos es dable repetir con Sauer, que la ley fundamental del derecho como práctica de vida, es la seguridad jurídica, ante cuya eficacia cualquier otro objeto o fin puede desvanecerse o perder terreno. (1)

(1) Wilhelm Sauer.— Filosofía jurídica y social (traducción española de 1933).— Verdad que el autor parece contemplar la materia de la relación entre la justicia y la ley jurídica fundamental, particularmente dentro del derecho privado y subjetivo, calculando la importancia entre la seguridad de las situaciones personales y la justicia intrínseca reclamada por los individuos, pues nos ofrece como ejemplo la autoridad inmovible de la cosa juzgada no obstante el reconocimiento posterior de la injusticia que encierre. En uno y otro caso me parece intervenir la justicia: lo equitativo de relevar de una perpetua inquietud al sujeto (que ha dado origen a las acciones posesorias aún para el no dueño y al denominado en nuestro Código de Enjuiciamientos Civiles, juicio de jactancia) frente a la amenaza del derecho ajeno. Con todo, creemos conveniente

La justicia, con todo, sólo debe sacrificarse en último extremo, cuando sin ese sacrificio es inevitable trastornos en la seguridad social. El proceder virtuoso es fin muy alto y noble, pero hemos de comenzar por vivir para alcanzar la virtud. Y esto, lo mismo en el derecho interno que al meditar sobre la aplicación de preceptos extranjeros.

Entonces, en nuestra materia el principio de conducta se formula en estos o parecidos términos: la ley extranjera propicia para resolver un asunto dada la naturaleza de la materia que se juzga, deberá aplicarse en justicia, mientras no perturbe en el país la ley jurídica fundamental. Arranca de ahí nuestra distinción, que se convierte en práctico precepto para el juez, entre el orden público violado y el orden público desconocido; moderando los excesos lógicos que podrían deducirse del reconocimiento de la comunidad jurídica internacional de la misma cultura, como base de nuestra ciencia.

transcribir unas pocas frases de Sauer, que demuestran la proximidad de su criterio al nuestro: "La seguridad jurídica es la finalidad próxima —nos enseña—; la finalidad lejana es la justicia; la primera puede y tiene que ser alcanzada siempre; la segunda, no siempre puede serlo. Sin embargo, para el orden jurídico existe el imperativo de esforzarse incesantemente por acercarse a aquella lejana finalidad, aunque no haya de alcanzarla nunca. Por otra parte el Estado no puede suprimir su propio punto de vista, si no quiere suprimirse a si mismo".

VIII

Principios a los que atenderá el juez para determinar los casos en que no pueden aplicarse los preceptos extranjeros, por contrariar el orden público territorial.

Mas, si no nos ha sido dable descubrir un criterio positivo de definición respecto del orden público, hemos razonado datos suficientes para inducirnos a reconocer los aspectos negativos y de límite que le califican; límites no permanentes ni continuos dentro de la vida internacional, pero tampoco del todo arbitrarios y mudables. Lo cual quiere decir, que hay la posibilidad de una teoría que fije permanentes reglas científicas de investigación, cuyas aplicaciones efectivas se encomendarán al juez o tribunal llamado a decidir, reconociendo ancho campo a las iniciativas del mismo, conforme a la tendencia actual de la ley, principio o teorema condicionado por los datos reales.

El concepto y los fundamentos del denominado por nosotros derecho social, es el llamado a darnos en gran parte la clave para los reconocimientos indicados, en cuanto expresa el concepto nacional, como se vive en cada pueblo los símbolos de la cultura de que es partícipe. Es el espíritu informador de la propia civilización, el que cada Estado defiende al negarse a aceptar motivos innovadores en el interior de su existencia.

Hemos hecho las investigaciones relativas a lo que el derecho social significa o a que parte del orden jurídico debe designárselo así, y nos hallamos en presencia de un conjunto de reglas destinadas a organizar las energías colectivas —que no son de carácter político oficial o de gobierno— dentro de las instituciones que mantienen la vida del pueblo en el sentido de su cultura. Procede de ahí la doble tendencia tantas veces ponderada por nosotros: la de integrar, disciplinándolas, a las categorías sociales (proceso que gravitando sobre materiales propios para cada Estado, puede ejercitarlo éste con plena facultad e independencia); y la de defender el organismo contra elementos extraños perturbadores.

El régimen de la familia debe ser el dictado por el legislador nacional de la misma, se ha venido manteniendo de acuerdo con los razonamientos hechos a favor de la ley nacional como estatuto personal. Y mientras se aplican sus normas a los propios súbditos, nos hallamos en presencia del derecho civil interno, apareciendo el carácter internacional desde el momento de referirnos a ciudadanos extranjeros, quienes, por el indicado reconocimiento de ser la mejor regla para el negocio jurídico juzgado, deben hallarse garantizados y sometidos a la ley patria; y en la práctica lo estarán de ordinario en las legislaciones partícipes del sistema que preferimos, o se preferirá la ley domiciliar si es esta la calificante del estatuto respectivo. Mas, correspondiendo en el orden internacional la

eficacia de semejante garantía a autoridades de distinto país y sometidas por tanto a otra legislación, les toca consultar y deliberan si el cumplimiento de aquel deber dañará o no a la marcha de las instituciones territoriales; y en consecuencia de esos reconocimientos, concederán o habrán de negar el apoyo judicial solicitado. El juez al decidirse en uno u otro sentido, lo hace manteniendo el orden público interno.

He ahí como no todo el derecho social pertenece al orden público que estudiamos, o mejor, el orden público en calidad de límite de eficacia del derecho extranjero no se halla afectado por el íntegro derecho social; sino puramente el aspecto del indicado derecho, modificado o en trance de modificarse por preceptos extraños. A propósito del régimen de las personas, por ejemplo, cuanto cae bajo el estatuto personal; en lo tocante a los bienes, aquella parte del mantenimiento jurídico que por circunstancias accidentales no caen bajo el estatuto territorial; y en orden al arreglo de las obligaciones, cuanto directa o indirectamente quisieron las partes someter a ley distinta de la del juez que conoce del asunto. El orden público impide, rechaza o no permite cuanto dañe a la ley fundamental jurídica. Fíjese bien que hablo de daño y no de mera orientación distinta.

De los complicados senderos mentales recorridos en este capítulo, deducimos el siguiente

proceso lógico que habrá de seguir el juez en la aplicación o rechazo de los mandatos extranjeros:

Primer principio.—Junto a la regla ordinaria de estabilidad de los preceptos, determinada por el lugar de los resultados de mayor permanencia que proceden del respectivo derecho regularmente constituido, están aquellas excepciones imprescindibles, que restringen la eficacia de cualquiera ley perturbadora del orden social. Lo cual cabe que ocurra, o porque las tendencias fundamentales de la organización colectiva aparezcan opuestas o dispares, o a causa del predominio de algunas ideas morales en el Estado, diversas a las mantenidas en otro u otros.

La estricta y fundamental lógica induce, en la primera circunstancia a rechazar los preceptos extranjeros; pues (apoyándonos en rigurosos razonamientos) si el motivo de la aceptación internacional de los mandamientos de legislador extraño, está en aquella comunidad de cultura entre las naciones relacionadas, que crea entre ellas necesidades semejantes y objetos sociales equivalentes; al faltar el fundamento al principio mantenido —por tratarse de formas o grados de cultura opuestos o distintos por lo menos— del deber de garantía de los derechos subjetivos entre tales Estados, parece éste desvanecerse. Ha de fijarse bien que es al rigor de los principios al que me estoy refiriendo por el momento y a una lógica, en muchos sentidos, formalista.

Y eso tanto más si se piensa que, al fin y al cabo, lo resuelto por los legisladores nacionales consiste en aceptar como ley propia para determinada clase de negocios extranjeros en su suelo, la del país al cual estos se hallan vinculados por ciertas circunstancias o antecedentes; de donde se deduce la conformidad en género u orientación, de tales reglas para aquel derecho. Es una manera de legislación especial como es la del comercio, hemos proclamado de continuo, por la que se crea un sistema particular de preceptos para condiciones humanas particulares también, pero manteniendo las orientaciones fundamentales de la cultura a la cual se ingerta y dentro de la que vive.

Nada importaría encontrar entre los pueblos, en consecuencia, preceptos de reglamentos distintos, si en las líneas esenciales, en el carácter informador de la cultura a la cual pertenecen, todos están de acuerdo; y antes, aquellas diferencias representarían las convenientes a cualquier régimen particular, para conferirle la propia fisonomía en la esencia espiritual de la nación a que se adhiere. (1) En sentido contrario, aparece un tanto incongruente e ilógico aceptar por el mismo legislador y al mismo tiempo, tipos de instituciones correspondientes a culturas diversas.

(1) El valor relativo de los términos cultura y civilización, expresando este último, maneras particulares de vivir cada pueblo cierta cultura; lo he tratado extensamente en el segundo volumen del primer tomo de mi Sociología General.

Con todo, modifican el alcance de los anteriores razonamientos otros principios de muy alto valor.

Con razgos de peculiaridad nacional cada país formula el sentido ético de sus instituciones y no puede permitir que se las ataque y desvirtúe, de ahí que no todo concepto cultural idéntico califique de modo permanente la posibilidad de aceptación de reglas extranjeras. Por otra parte, la disconformidad cultural se atenúa en sus consecuencias por el deber de justicia. De estos dos aspectos trataremos pocas líneas después.

Lo que no me explico bien es la manera como se formó el convencimiento de que deben rechazarse las reglas disconformes con las propias de la *lex fori*, por los motivos señalados, en la doctrina del Derecho Civil Internacional que funda la aceptación de los preceptos de los otros Estados, en el reconocimiento y respetos de las soberanías concurrentes; pues en tal caso, al calificar y rechazar la ley extranjera, puede decirse que grave injuria irrogan al legislador cuyos mandatos no se sancionan. El que sí encuentro lógico entonces, es el pensamiento excepcionalmente expresado por quien negaba validez en nuestro país, a los actos legislativos o judiciales de Nación que no tiene con la nuestra relaciones amistosas. Pero eso se halla tan fuera de la equidad, que no ha prosperado tal criterio.

Restringiendo, en virtud de lo dicho, a sus justos límites el principio primero que mantenemos, hemos de decir: el juez desde el momen-

to de hallarse en presencia de instituciones pertenecientes a culturas diversas a la nacional, debe estar prevenido de los peligros que encierran las leyes que las reglamentan, para la marcha correcta del propio Estado. Es un antecedente de juicio antes que un juicio mismo. De ordinario el juez lo aplicara en su rigor (y es éste el valor de la práctica actual) mas es preciso sobreponerse a la lógica muchas veces, para aplicar leyes humanas. (1)

Segundo Principio.—Las ideas de moralidad, variantes como varían los hombres, tienen no obstante en cada momento histórico de un Estado, algunas bases fundamentales y supremas para la sociedad organizada en cierto orden jurídico; y es deber primordial de todo gobierno el defenderlas. Si no representan el proceso fundamental que constituye los estados de cultura, significan su espíritu nacional, el símbolo y matiz de su civilización. Hay pues al lado de la ética cultural del siglo por el que atraviesan las instituciones, la ética netamente nacional. El deber de impedir todo extranjero empeño en contrario, aparece incontestable.

Eso no quiere decir que ni a uno ni a otro de los grupos éticos reconocidos se los deba considerar inmutables en el tiempo y en el espacio, y que se haya de protegerlos para tal objeto; pues desde la misma interna preferencia de un siste-

(1) Véase en páginas procedentes las innovaciones que sustentamos para el futuro.

ma de leyes puede y debe discutirse por los propios súbditos, para interpretarla y mejorarla si es del caso, o cambiarla o suprimirla. Constituyendo tal poder de crítica en una de las mayores facultades garantizadas al ciudadano, sólo de esa manera se alcanzará el justo sentido vital y de progreso para las naciones. Pero, así como en el interior del Estado hará respetar la idea moral atacada por actos positivos del ciudadano y no meramente discutida por él —mientras no se la sustituya en forma legal por otra, que puede llegar incluso a transformar el sentido cultural—; es equivalente su deber en el indicado aspecto con los súbditos extranjeros. Nadie se halla facultado para sustituir al legislador territorial, en el señalamiento de la moralidad pública infranqueable que se ha de respetar en su suelo.

Tercer Principio.—Más, el derecho civil no es sólo objetiva regla de conducta, sino además principio y motivo de garantías individuales. En su travazón ética es necesario hacer que intervenga la justicia, y ésta reclama que lo legítimamente hecho por el sujeto, en conformidad a la regla de su sometimiento actual dado el negocio jurídico; determine para aquel facultades válidamente establecidas, a pesar de cambios ocurridos en el espacio y en el tiempo, sobre el contenido de la regla, porque se la varíe o se la derogue.

Y responde a motivos equivalentes en los problemas internos que en los internacionales: de aquellos procede el notable principio de la no



retroactividad de las leyes; y en lo internacional, se plantea ante todo la complicada cuestión de los derechos adquiridos y el respeto debido a ellos; con las derivaciones que directa o indirectamente de allí fluyen.

La condición jurídica fijada en el sujeto por actos o hechos suyos, en conformidad a la ley a que se hallaba sometido; es justo considerarla válida en sí misma y en las consecuencias inmediatas, y hasta en cierto número de mediatos resultados; a menos de proceder de parte de alguna de ellas, peligros para la subsistencia social del Estado donde tendrá efectividad.

Cuántos trastornos y daños para la equidad trajera cualquier cambio legislativo, si se fuera a romper a su empuje y destruir los derechos establecidos ya por reglas precedentes, o el legítimo encadenamiento o desarrollo de las actividades del derecho de las personas. Veríamos de esa manera una adquisición verificada hace diez años, hace dos años o un solo día antes de la reforma, perdida irremisiblemente para transmitirla a otra persona, quien ha cumplido con los nuevos requisitos de la presente ley. Y lo mismo da que no sea un objeto de disfrute el que se reclama sino facultades personales o el desenvolvimiento de la misma personalidad, y debe decirse que en este último caso la garantía que se reclama es más excelente. Al proceder de otra manera la injusticia aparecería manifiesta y cabe que origine clamorosas desigualdades del hombre ante la ley.

Otra cosa será si el ejercicio de los derechos

adscritos a la condición jurídica establecida, se le prohíbe en adelante o se arranca de manos de los particulares para traspasarle al Estado, o se lo ha de restringir a límites menores por imperiosas exigencias sociales. Tal en el caso de atribuírse el Estado el derecho de dirigir la educación de la infancia aún contra la opinión de los padres. Nadie podría reclamar contra el ejercicio del poder para ese objeto, alegando, supongamos, que su propia legislación le atribuye plena facultad para elegir la educación que dará a sus hijos.

Cuarto Principio.—De las exigencias de la justicia y de las necesidades de la estabilidad social en concurrencia, nos vemos en trance de atenuar las lógicas aplicaciones que cada una aisladamente sustenta. Prevalezca la justicia mientras no haya daño para la seguridad social, que en caso contrario la justicia es absorbida o rechazada por la ley fundamental de la subsistencia colectiva. (1)

Insinuados los puntos de vista del juez por los anteriores datos, éstos no servirán sino como puntos de vista o iniciación del criterio judicial, que sobre ellos se ejercitará con sus más

(1) Con el carácter expuesto en el texto, se puede aceptar una importante tendencia de la filosofía jurídica alemana, entre cuyos partidarios se encuentra Radbruch, a tratar de la seguridad jurídica y la justicia como cosas antitéticas.

valiosas y amplias iniciativas. Este terreno es por lo tanto, en su mayor parte, el mudable y subjetivo de la apreciación del juez.

Los momentos lógicos para la investigación de los tribunales llamados a fallar sobre un negocio en el cual intervienen elementos extranjeros, serán los siguientes: 1º Este negocio o tal aspecto del mismo ¿debe someterse a las reglas territoriales para su apreciación o a las de otro u otros Estados cuyas leyes concurren por las circunstancias del asunto? (Planteamiento absoluto del problema). 2º Dado que la preferencia se decida por la ley extranjera a causa de la naturaleza jurídica de las materias regladas ¿la aplicación de aquella no habrá de perturbar el orden público territorial? Y para decidir sobre este interrogante analizará: a) ¿Son en lo fundamental distintas las instituciones nacionales que el tribunal está en la obligación de resguardar, de aquellas para las que se pide su protección? y ¿las bases sustanciales diversas se hallan expresadas y contenidas en la ley o conjunto de leyes cuya inmediata aplicación se ha solicitado? Ya hemos dicho que hace falta primero separar, clasificando perfectamente, las que son instituciones básicas de aquellas que son dependientes, brotes o aspectos de las primeras; y dentro de éstas hará falta captar los preceptos que son fundamentales o de su esencia. A este propósito existe un dato práctico que puede ser valioso para ilustrar el criterio del juez: la frecuencia de la repetición de la regla en la legislación comparada. Si en los diversos

pueblos participantes de la misma cultura se repite constantemente, siempre, un precepto para el arreglo de cierta institución; se siente el espíritu inclinado a considerarlo indispensable para tal arreglo (aun cuando sí es posible que en algunas ocasiones falle esa apreciación). Mientras que la ley ausente, una o más veces, en sistemas legislativos equivalentes, demuestran sin lugar a duda que carecen de aquel significado.

b) El espíritu animador de la civilización del país que va a aceptar en su territorio la innovación jurídica de derechos reglamentados por leyes extranjeras ¿se sentirá desvirtuado por la indicada aceptación? Materia es esta de modo inmediato conexas con el problema de la moralidad pública según hemos demostrado, o sea con la policía de las costumbres. Con una misma cultura fundamental, nacionalidades vecinas mantienen sus peculiaridades de conducta obligatoria, más la ética extranjera distinta, no nos toca a nosotros calificar, sino en cuanto cause daños efectivos en nuestro país.

c) Ejerciendo el juez la misión que se le encomienda para el triunfo de la justicia, le corresponde hacer todos los esfuerzos posibles para alcanzarla, en cuanto los particulares acudan a él con semejante objeto. Y el fin se cumple atribuyendo a cada uno lo que legalmente le corresponde, con la restricción única de no perjudicar a la seguridad social mantenida por el Estado como su ley fundamental, y según su manera de apreciar las circunstancias.

IX

Calidades que pertenecen al orden público en todos los Estados y circunstancias en las que comienza a perder su estricto sentido.

Nos corresponde ahora determinar las calidades pertenecientes al orden público en la misión que se le ha reconocido de defensa social de las instituciones nacionales y en vista de su eficacia, dentro del sistema adoptado por nosotros.

I.—Su contenido jurídico es absoluto y universalmente obligatorio. Cuando el juez reconoce que el precepto extranjero alegado por las partes o que corresponde al asunto en litigio a causa de la naturaleza de las circunstancias que le rodean (según el sistema internacional preferido por el legislador y, a falta de ello, aconsejado por la ciencia) contraviene al orden público del propio Estado; debe rechazarlo, no obstante cualquiera opinión suya sobre la bondad o conveniencia de la regla extraña, no pudiendo prevalecer tampoco ningún pacto, acuerdo o decisión contraria de los interesados, aun cuando hubiera sido convenida obligándose mutuamente a mantenerlo.

Las sanciones públicas impuestas para mantener aquella seguridad colectiva, recae sobre cuantos intentan su violación, sea cual fuere su nacionalidad y aun cuando se deduzcan de actos originarios ocurridos en territorio sometido a otra soberanía. De ahí el calificativo de

universal, que aplicamos con el sentido señalado en el tomo primero de esta obra, esto es: de regla absoluta para todo hombre dentro del territorio, sin considerar su individual situación o del grupo al que pertenece.

II.—Tiene como calidad intrínseca la de ser regla excepcional para los postulados de nuestra ciencia. En verdad, constituyen manifiestas excepciones declaradas por el juez al sistema internacional adoptado en el país sobre la materia. Semejante carácter no significa trastorno o desconocimiento de la comunidad humana que vincula entre sí a los Estados, como han querido comprender algunos autores, tratando de refutar lo excepcional de sus reconocimientos; ni es el caso singular y siempre imprevisto por el legislador, de las ideas de Bartin. Es normal y necesario para la subsistencia social en la respectiva comunidad política, pero trastorna la doctrina internacional allí aceptada. Puede decirse que es excepción a una legislación excepcional, y una vuelta a los preceptos comunes y leyes de orden interno.

III.—Todos sus mandamientos son territoriales. La *lex fori* si hay litigio o se exige el cumplimiento de un fallo, o la del lugar del acto en los demás casos, son las únicas llamadas a definir si el derecho pretendido contraría o no al orden público respectivo. Esto podría contrariar en determinados casos los derechos adquiridos, más semejante temor no puede ser razón suficiente para rechazar la indicada calidad; pues ya hemos dicho como los derechos

particulares incluso los más firmemente constituídos, pierden eficacia en presencia del interés superior de la conservación social contra cuanto puede dañarle.

No cabe pensar que nazca de una exigencia distinta de la *lex fori* (del magistrado que ejerce función judicial o sólo administrativa, pero decide y atribuye), por el motivo perseguido; pues si se propone defender las instituciones territoriales, son puramente las del país donde el magistrado ejerce jurisdicción, mando o potestad. Más, si en un suelo se litiga para ejercitar la facultad reconocida en otro lugar, las circunstancias de este último ni el propósito social de sus mandatos, no influirán en las decisiones de la autoridad encomendada del asunto, por no corresponder a ella —mientras perduren los egoísmos legislativos y soberanos— defender los intereses de ajena nacionalidad. De otro lado, se pondría en trance de desvirtuar el pensamiento legislativo del propio Estado y oponerse a él, para dar cabida a reglas extranjeras de sentido fundamentalmente opuesto. Lo que sí cabe que suceda es, que sentencias dictadas sin consideración al lugar en el cual se ejecutarán, no son reconocidas ni causan ejecutoria allí.

He aquí un ejemplo. Un hijo legítimo francés de padres franceses que han dejado bienes en Rusia, pretende acojerse a la ley del último domicilio de sus padres, supongamos la Argentina, para pedir que se le adjudique por el juez de otro Estado diverso, las tres cuartas partes de lo que a su hermano natural le puede correspon-

der; y reclama por semejante título en el Ecuador (país del juicio) cuanto aquí dejó el padre legítimo, cantidad muy inferior a las tres cuartas partes del monto de bienes hereditarios. El juez ecuatoriano reconociendo que esto es contrario al orden público de Rusia, donde se concede idénticos derechos a toda clase de hijos ¿estará facultado para desechar por semejante causa la ley del último domicilio que nuestro Código Civil mantiene como criterio internacional? Seguramente, no. El fallo que le ha conferido las tres cuartas partes se ejecutoriará o no en Rusia, pero el deber del tribunal sólo se reduce a garantizar el orden público ecuatoriano, sin preocuparse del de los demás pueblos.

IV.—La virtud interna de su empleo tiene carácter mudable y actual. La madurez y el envejecimiento de las civilizaciones comportan elementos espirituales nuevos y principios éticos de diverso rigor y contenido, pudiendo llegar el cambio hasta más sustanciales atributos, expresados por otras formas de cultura. En consecuencia, el orden público entre las naciones varía con la lógica de las ideas predominantes, y es peculiar y distinto en cada una, de acuerdo no sólo con el grado de la cultura que mantiene, sino también con las formas y matices de su civilización.

CAPITULO VEINTE

ALGUNAS REFERENCIAS A LAS LEGIS-
LACIONES POSITIVAS SOBRE LOS
PROBLEMAS DISCUTIDOS EN EL
PRSENTE LIBRO

El aspecto fundamental e intrínsecamente dispositivo o prohibitivo de las leyes ¿qué alcance puede tener dentro del Derecho Civil Internacional?— ¿Cuál es, dentro de los Estados, la voluntad capaz de derogar las normas del derecho positivo?—Las costumbres jurídicas y las calidades que deben reunir para que se las califique de tales. Las reglas legislativas sobre la materia y el procedimiento de la jurisprudencia.— La legislación extranjera relativa al valor que se confiere a la costumbre.— Reglas sobre las leyes prohibitivas y sus efectos.— ¿En que sentido y respecto de cuales leyes puede decirse que los particulares se hallan facultados para derogarlas?— El concepto y empleo de la fórmula orden público en las legislaciones.— La nulidad absoluta prescrita para los actos privados, en su relación con el orden público.— Algunos datos del derecho y jurisprudencia rusos sobre las materias tratadas en este capítulo.

El aspecto fundamental e intrínsecamente dispositivo o prohibitivo de las leyes ¿qué alcance puede tener dentro del Derecho Civil Internacional?

Hemos transcrito en otro lugar la definición que de la ley trae el primer artículo de nuestro

Código Civil (1), y pudimos anotar entonces como el propósito de mayor evidencia por parte del legislador, aparecía tendiendo a insistir sobre los aspectos externos y formales de las reglas antes que en su sentido intrínseco y sustancia, o el objeto perseguido con ellas; lo mismo al referirse al procedimiento que se ha de seguir para dictarlas, que al signo gramatical, positivo o negativo empleado en su redacción. Por eso nos habla de la ley, como de una declaración de la voluntad soberana, que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

En el proyecto de Bello no aparece la cláusula intermedia, relativa a la manera constitucional de expedirla, frase agregada después por la comisión redactora, por cuanto ella entendía que de otra manera la definición se presentaba demasiado abstracta y vaga. En los mentados términos se redactó el artículo para el Código Chileno y así fue repetido en el Ecuador.

La ley como mandamiento de autoridad que prescribe, prohíbe o permite; es concepto debido a una muy antigua jurisprudencia romana, que más tarde hubo de completarse con el término castiga. Mas no fue desconocida en Roma ni tiene menor fecha la clasificación en vista de los efectos que produce el respectivo mandamiento. (2) El cuarto elemento formal califica-

(1) Consúltese el t. I de esta obra, Cap. IX párrafo II.

(2) La más antigua clasificación de las leyes de orden privado dentro del derecho romano, de que tenemos noticias, las

tivo, el término castiga, lo encontramos incorporado ya en la ley 7ª del Digesto.

La mayoría de los Códigos modernos evitan engolfarse en las dificultades técnicas de definir; con todo, como acto legislativo que es y singular entre otros muchos, las Constituciones de los países determinarán cuando un acto de ese poder debe calificarse de ley, y a tal objeto bastan las externas manifestaciones. No así en el Código Civil, donde no se trata de la manera de darle existencia sino de los efectos que se persiguen.

El Código de la Luisiana fue a mucho más lejos que el nuestro en esto de definir las reglas legislativas; y hallamos en él: 1º La Ley es una declaración solemne de la voluntad legislativa.—2º La ley ordena, permite, prohíbe, determina recompensas y penas. Dispone, no para casos raros y singulares, sino en general para lo que pasa en el curso ordinario de las cosas. Lo digno de anotarse en esta larga definición, es lo de haberse preocupado de una calidad intrínseca del precepto, su generalidad. Portalis ya había incorporado a su definición de ley, la circunstancia de que la voluntad soberana se haya expresado sobre un objeto de interés común.

distingue en: *leges imperfectae*, que prohíbe el acto sin garantizar su obediencia con ninguna sanción; *leges minus quam perfectae*, cuyo efecto es no dejar sin valor el acto pero castigarlo con multa; y, *leges perfectae* que anulan el acto cumplido contra su tenor.

En este momento no nos toca discurrir integralmente sobre el concepto definido —ya lo hemos hecho en ciertos aspectos en el tomo precedente— sino sobre aquella parte que se refiere a su contenido de mando, prohibición o permiso. No son nuevas las críticas hechas a semejante manera de clasificarlas, pues con sumo vigor redactadas las hallamos en Savigny, quien declara con razón, que la manera afirmativa o negativa de expresarse el legislador en sus mandatos, es circunstancia del todo indiferente cuando se trata de establecer verdaderas categorías. Tampoco la ley permite, nos afirma, suple únicamente, en este campo de sus aplicaciones, la voluntad de los particulares; pues —piensa él— “el permiso supone prohibición anterior, que la ley deroga o restringe”. Y a este ilustre romanista debemos, en sustitución, la diferencia entre leyes absolutas y supletorias, que nos atrevemos a calificar desde luego como insuficiente y un tanto inadecuada.

¿Será en toda su plenitud exacta la afirmación de que las diferencias entre las leyes dispositivas y las prohibitivas sólo pueden tener valor formal? Quizá no deba exagerarse lo superfluo o erróneo de esa manera de separar preceptos legislativos, pues cabe descubrirse en ella cierta eficacia práctica y determinada virtualidad intrínseca, al penetrar más en el fondo descuidando un tanto la exterioridad. Hay reglas cuyo propósito es exigir, imponer al individuo un acto o una conducta —como la tutela de los pariente en los casos previstos por la ley—, y

otras cuyo empeño consiste en prohibirlos —como cuando se manda que ningún guardador pueda hacer donación de los bienes raíces del pupilo—. Nada importa el modo de redactarse el mandamiento o prohibición, si el objeto perseguido se lo conoce; pues, una fórmula negativa puede contener una afirmación o viceversa, siendo necesario por lo mismo inquirir la intimidad del pensamiento legislativo, cuando se trata de calificarlo. Lo mismo será que se diga, estos parientes no pueden negarse a ejercer la guarda de tales menores, como declarar que están en el caso de cumplirla. El poder de administrar justicia sólo se ejerce en el Ecuador por las personas designadas en las leyes (Art. 3º del C. de E. Civil), es tan negativo en cuanto a la intervención como jueces de otras personas, como la regla constitucional del 2º inciso del Art. 153, donde se prohíbe a los extranjeros estipular en cualquier contrato el sometimiento a jurisdicción extraña. El Código Civil argentino en su Art. 9 al declarar de modo positivo: que las incapacidades contrarias a las leyes de la naturaleza, como la esclavitud y las que revisten carácter de penales, son meramente territoriales; está prohibiendo que en la Argentina se reconozcan y acepten tales incapacidades.

Ahora bien, desentrañar el contenido intrínseco de la regla es de importancia capital, ya para acomodar la conducta individual a ella, ya para juzgar de esa conducta y conferirle las consecuencias sociales oportunas. Y esto más que en ninguna parte al tratarse del Derecho Ci-

vil Internacional, por vincularse la materia con los problemas del orden público, donde puede insinuarse en la mente de quien juzga este pensamiento: de ordinario, cuando la ley prohíbe es con el objeto de desterrar ciertas prácticas que las cree perniciosas o de peligro para la seguridad social, o la armónica correspondencia en el vivir colectivo; se trata de remover un obstáculo, de superarlo, y nadie puede oponer sus pretensiones a tales exigencias. Lo prohibido más que lo mandado responde a un universal precepto, como nos proponemos analizar más adelante.

Al complejo de esas reglas hemos designado en común con el nombre de leyes imperativas. Por otro lado, permitir no entiendo yo con el mero sentido de levantar una prohibición precedente, darla por concluída; sino abrir posibilidades a la voluntad individual: ya en cuanto al ejercicio de las atribuídas facultades o derechos concedidos, ya acerca de la vigencia actual de un precepto a propósito del negocio emprendido. Calificaría por tanto esa permisión, tanto a las leyes facultativas como a las interpretativas. A nadie se le puede impedir actos no prohibidos por la ley, dispone el Art. 8 del C. C.; y el Art. 11 faculta renunciarse los derechos concedidos por la ley, que sólo miren al interés personal del renunciante, mientras no esté prohibida esta renuncia. He ahí mandamientos legislativos que en realidad no disponen sino que permiten, dejando al arbitrio del particular decidir sobre el asunto. El acree-

dor puede condonar la deuda y el padre de familia renunciar al derecho del usufructo legal sobre los bienes del hijo.

II

¿Cuál es, dentro de los Estados, la voluntad capaz de derogar las normas del derecho positivo?

Tenemos por consiguiente agrupadas las leyes, según la eficacia de sus mandatos sobre la libre decisión de las personas: en imperativas, facultativas e interpretativas. Las primeras mandan un acto o lo prohíben, o imponen un derecho o deber, sin que en su eficacia presente pueda intervenir la voluntad de los particulares para modificarla, rechazarla o destruirla. El hecho voluntario que originó la situación reglada de esa manera, fue únicamente un antecedente, cuya relación con las consecuencias pueden ser indirectas y no previstas y hasta no queridas por el sujeto. Nadie se halla facultado para arrendar sus servicios personales por toda la vida; el estado civil de los particulares con sus derechos y obligaciones sustanciales, no pueden ser arregladas según el arbitrio del querer individual.

Las facultades o atributos conferidos por el legislador para cada estado civil del sujeto, son de ordinario irrenunciables; mientras los derechos fijados en una persona en vista de su particular condición, casi siempre están compren-

didados en la regla general de la renuncia de los propios derechos. Por eso la condición impuesta en una asignación testamentaria de que el asignatario no contraerá matrimonio, se tendrá por no escrita; (1) y por el mismo motivo, el poder de exigir alimentos al obligado se declara irrenunciable. (2) En tanto que las pensiones alimenticias devengadas, pueden ser objetos de transacción, venta o renuncia.

(1) Código Civil ecuatoriano Art. 1.064, Debiendo si considerarse válida la condición, cuando se refiere al viudo que tiene uno o más hijos de anterior matrimonio o si sólo se reduce a no casarse con determinada persona. Efecto contrario otorga, aún cuando con el mismo sentido de condición no válida, el Art. 531 del C. argentino; en este cuerpo de leyes se declaran prohibidas y por lo tanto que dejan sin efecto la obligación, las condiciones de: 3º Casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto lugar o en cierto tiempo, o no casarse.

(2) La condición especial del derecho alimentario fue muy discutida en la jurisprudencia del siglo anterior, pero la corriente se inclinó de modo decidido hacia el reconocimiento de que, siendo su carácter neta y exclusivamente personal, a la persona del alimentario, había de unirse atribuyéndole además una calidad permanente. De ahí que el Código chileno y el nuestro hayan reglamentado la materia, disponiendo: el derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse. (Art. 324 del C. ecuatoriano, textualmente copiado es el Art. 124 del C. uruguayo); no puede compensarse (Arts. 325 ecuatoriano y 125 uruguayo); ni embargarse (Art. 1.608 ecuatoriano). La redacción del Art. 374 del C. argentino parece mantener un criterio todavía más riguroso, pues dispone: La obligación de prestar alimentos no puede ser compensada con obligación alguna, ni ser objeto de transacción; ni el derecho a los alimentos puede renunciarse ni transferirse por acto entre vivos o muerte del acreedor o deudor de alimentos, ni constituir a terceros derecho alguno sobre la suma que se destine a alimentos, ni ser ésta embargada por deuda alguna. Y nos impresiona la regla como tanto más rigidamente personal, cuanto no existe en este Código la regla de nuestro Art. 326 (126 del uruguayo) respecto a la amplia facultad de disponer de las pensiones ya devengadas.

Sin embargo, hay condiciones de derechos subjetivos respecto de los cuales el goce y disfrute son actual y obligatoriamente impuestos a los ciudadanos, son derechos-deberes de cuyo ejercicio no pueden excusarse. El tipo más calificado de ellos fue, durante largo tiempo, la facultada de voto; hoy particularmente se relaciona con la legislación obrera y el control y la seguridad de los trabajadores por parte del Estado: con los contratos colectivos, el régimen del salario, la vigilancia de las fábricas para la higiene y la limitación de las horas de trabajo. El hombre es cada vez más un factor social, y los derechos que se le concede, más que dones otorgados son reconocimientos de una condición dentro de su pueblo, en la cual le toca cumplir ciertos deberes, a cuyo fin se los arma de los medios oportunos incluso contra su decisión. La misma teoría jurídica tradicional, ya había con este objeto limitado la libertad del individuo que se excede, castigando, por ejemplo, la mutilación del propio cuerpo.

Esa teoría del ciudadano factor social, dotado de los medios indispensables para cumplir los fines colectivos, aparece mantenido con fuerte relieve por el reciente Código ruso. En el artículo 4º del C. C. hallamos: Para desarrollar las fuerzas productoras del país, la R. S. F. S. R. reconoce capacidad civil (capacidad para tener derechos y obligaciones civiles) a todos los ciudadanos cuyos derechos no hayan sido limitados por la justicia. No tienen ninguna influencia sobre la extensión de la capacidad civil, ni

el sexo, ni la raza, ni la nacionalidad, ni la religión ni el origen. Y el Art. 10º: Todos los convenios tendientes a limitar la capacidad para el goce o para el ejercicio de los derechos son nulos. Claro que esta última regla no la hemos de tomar en su estricto significado material, pues cometeríamos un error incalificable.

Los preceptos facultativos contienen mandamientos que se refieren a derechos que el hombre puede o no convertirlos en actuales, según su exclusiva decisión. Le está permitido ejercitarlos o dejar de hacerlo, por más que se hayan cumplido todos los condicionantes requeridos por las leyes; pero al decidirse por la afirmativa lo hará en la medida, por los trámites y con las consecuencias previstos por las leyes. Dueño de un título ejecutivo, acudo si quiero al juez con mi ejecución, pero si lo hago, deberé intentar la acción en la forma debida y de acuerdo con el procedimiento mandado. Se me ha deferido una herencia testamentaria o abintestada, dueño soy de aceptarla o rechazar, aceptarla con beneficio de inventario o sin él: si la acepto, expresa o tácitamente, me obligo a todas las consecuencias que de ahí proceden, si lo hago sin beneficio de inventarios, cargo con todas las deudas de mi antecesor; si renuncio, mi renuncia es irrevocable (Art. 1.215 y siguientes del C. C. ecuatoriano).

Se da, en fin, el nombre de reglas interpretativas a supletorias, a aquellas cuya intervención en el negocio jurídico sólo se presenta a falta de declaración expresa de los interesados. En

semejantes circunstancias el querer de las partes contratantes se ejerce en toda su amplitud: ya rechazando el precepto o modificándolo, ya disminuyendo, aumentando o desvaneciendo los derechos por él conferidos.

En la sección del Código uruguayo dedicado a los efectos jurídicos de los contratos, encontramos redactado en el Art. 1.291, fundamentalmente el mismo pensamiento que el mantenido por el legislador nuestro, si bien con redacción más exacta, pues en él se dice: Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma. Al Código argentino (Art. 1.197) le falta la especificación muy importante de haber sido legalmente celebrado. El 2º inciso del citado Art. 1.191 continúa: Todos (los contratos) deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley. (1)

En este inmenso campo de las diarias activi-

(1) Compárese la redacción de este segundo inciso con la regla del Art. 1.536 de nuestro Código: Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Transcribo también por los matices del mismo pensamiento que contiene el Art. 1.198 del Código Argentino, cuyo tenor es el siguiente: Los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos.

dades, lo fundamental es la decisión tomada por los contratantes, y sus decisiones deben ser acatadas; siempre, claro está, que no se extralimiten en las facultades que les pertenecen y en la medida que no perjudiquen a los grandes principios de justicia. La preponderancia de la voluntad privada sobre las reglas generales de la ley, se repite en cada momento en los Códigos, donde se usa la fórmula: a menos que las partes hubieran decidido otra cosa.

En estricto sentido corresponde sólo a las leyes imperativas las calidades de impositivas y prohibitivas, pues ellas únicamente ligán de manera necesaria e invencible la voluntad del sujeto a las condiciones y efectos previstos; mandan sin aceptar excusa, límite o excepción, a cuantos se hallan en las circunstancias previstas. Y, con el valor de nota caracterizante dentro de la ciencia del Derecho Civil Internacional, todo precepto universalmente obligatorio, lleva en su intimidad una indicación esencial prohibitiva, la de excluir en los casos regidos por él, cualquiera intervención de precepto extranjero distinto. En este sentido quizá sea aceptable el designar a las leyes de orden público con el nombre de prohibitivas.

No es dudoso que reflexiones equivalentes a aquellas cuyo enunciado hemos hecho en las líneas precedentes de este párrafo, o próximas a ellas, indujeron a la jurisprudencia a discutir los muy graves problemas de la fuerza obligatoria de los preceptos y la eficacia de la voluntad individual respecto a su aplicación. El pro-

blema, de ordinario, se lo plantea así: ¿tienen facultad los particulares para derogar por su iniciativa las reglas dictadas por la correspondiente autoridad soberana y, en caso afirmativo, a cuáles entre ellas alcanza semejante poder?

Varielles-Sommieres, entre otros, ha mantenido con ímpetu el principio constitucional de que la voluntad privada no puede en ningún caso derogar las leyes, pues siendo atributo del poder público expedirlas; él es el único llamado a calificar cuando han desaparecido las circunstancias que las hacían necesarias, tocándole declararlas sin efecto o vigentes. Sin embargo, a veces por expresa permisión de la ley (como cuando emplea la fórmula de: a menos que las partes hubieran dispuesto otra cosa) o por creerse facultada a ello, la voluntad particular adversa o distinta a la regla legal se manifiesta en actos, decisiones o contratos de alguno o algunos súbditos, o como prácticas constantes en determinado lugar. Y estamos en presencia entonces de este doble problema jurídico: ¿cuál es el valor de los actos y convenciones, que desconocen o modifican el precepto legal correspondiente y general? y ¿cuál es la fuerza de las costumbres jurídicas como fuentes del derecho positivo? Una y otra materia vamos a contemplarla dentro de la legislación vigente, en las páginas que siguen, comenzando por el estudio de la costumbre.

Antes de pasar adelante en la presente exposición, se me permitirá insistir en algunas indicaciones relacionadas con la universalidad de la ley y el grado en el cuál ésta puede ser obligatoria para los particulares. (Determinados aspectos de esta teoría fueron ya razonados extensamente en otro lugar de esta misma obra).

La ley, en el sentido de precepto objetivo que arregla una situación de derecho; formalmente será o dejará de ser por decisión soberana. Esto lo ha dicho de manera enfática el Art. 17 del C. de la argentina, disponiendo que ninguna ley pueda ser derogada sino por otras leyes. Pero si aquello decretan con alguna frecuencia las legislaciones, la eficacia del precepto se limita al actuar, de varias maneras: en la generalidad del mando, por el deber de adecuarse a las circunstancias subjetivas de la persona, pues sólo se habrá de aplicar a aquellos individuos que se hallen en las condiciones previstas por el legislador; o porque los particulares en su legítimo derecho de administrar y ordenar sus privados intereses, se hacen mutuas concesiones o contratan gravámenes, apartándose de la generalidad de las circunstancias previstas y reconocidas por la norma legislativa.

Tendríamos, por los reconocimientos practicados, que la regla en su significado objetivo de la efectividad general, no podría ser derogada sino por quien tuvo poder para dictarla.

Mas, aceptado el fundamento, ficticio o no de la soberanía popular, la costumbre y la ley no pueden ser consideradas sino como dos formas de expresarse la voluntad pública: la una solemne y con el aparato constitucional, la otra con el valor de humilde pero segura muestra de las necesidades sentidas. Y, si la ley escrita elabora y expone con mayor claridad la naturaleza de la necesidad sentida, dejando menores dudas sobre su alcance; las prácticas jurídicas consuetudinarias siguen de manera más automática y directa el proceso de la vida social y sus necesidades, y quizá, tienen caracteres de mayor autenticidad. Todavía más, pese a todas las declaraciones legislativas en contrario, tienen mil maneras de imponerse y triunfar contra las leyes de opuesto sentido al suyo. Vamos a ver pues, cuál es el valor de la costumbre como fuente jurídica positiva.

III

Las costumbres jurídicas y las calidades que deben reunir para que se las califique de tales. Las reglas legislativas sobre la materia y el procedimiento de la jurisprudencia.

Dejando aparte en este momento el modo espontáneo de elaborarse la ley en el seno de la conciencia social, y viéndola únicamente como fuente inmediata de un derecho que se reclama; encontramos clasificadas las costumbres en el

derecho, en estas tres especies: consuetudo secundum legem, proeter legem y contra legem; según tenga por objeto esclarecer el contenido de la ley sirviendo como medio de interpretación de la misma, o convertida en eficaz precepto en la vida de relación por haber sido reconocida y aceptada expresamente por el legislador; o bien, sin estar reconocida por decisión legislativa y sólo por su fuerza tradicional cumple el objeto de completar el cuadro jurídico, en la parte descuidada por el soberano, mas siguiendo su espíritu y sus razones de derecho; o aparece, por último, con caracteres opuestos o distintos a las reglas legislativas vigentes, contrariándolas o tratando de acreditar el desuso.

Es muy digno de anotarse (a propósito de las costumbres jurídicas) que mientras las más antiguas legislaciones se han sentido inclinadas a atribuirles eficacia en toda la amplitud de sus efectos; las modernas, en su mayoría, las niegan, en particular al tratarse de las prácticas inscritas en el tercer grupo. Esta conducta divergente acaso se explica por el grado de esfuerzo legislativo empleado y sus resultados en los pueblos actuales, mientras los antiguos se hallaban puramente en camino de obtenerlos gracias a una automática e interna elaboración. Vivimos de los raudales jurídicos del derecho romano, cuya formulación fue sobre todo obra de la jurisprudencia; y hoy que el mundo avisoro cultura nueva en estos campos, reclama y exige mayor virtualidad para las reglas automáticamente establecidas. Por eso el derecho

nuevo soviético pone en manos de los comisarios del pueblo un cúmulo inmenso de poderes. ¿Cual de las indicadas posiciones que adoptan los legisladores es la conveniente y justa como expresión de valor de la costumbre jurídica? Y en caso de resolernos por negar la eficacia ¿en qué grado o extensión debe valer esa negativa o puede ser absoluta y general? La primera interrogación contestada está en el tomo primero de esta obra; de la segunda podemos decir que: las más exigentes legislaciones han reconocido el valor legal por lo menos de la consuetudo secundum legem, refiriéndose a los casos expresamente declarados, y que por su parte la jurisprudencia lo ha completado, ampliándole en su misión interpretativa de los preceptos o contratos celebrados. Y yo me creo autorizado para ir más allá: sean cuales fueren las reglas efectivas del legislador sobre la materia discutida, pienso que el arreglo jurídico es absolutamente permeable a la costumbre, la que se filtra y penetra de múltiples maneras, para imponerse al criterio del juez.

En la ordenación debida a nuestro derecho, si atendiéramos al estricto enunciado del artículo 2 del C. C., el límite de eficacia de la costumbre aparecería sumamente restringido; pues tal artículo —idéntico al del código chileno— se encuentra redactado de la siguiente manera: La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se refiere a ella. Se ve pues que dentro del rigor de los términos empleados, sería de convenir en que sólo la consuetudo

secundum legem se halla investida de valor legal, para aplicarse a los negocios civiles, y esto mismo, únicamente cuando la ley de modo determinado y particular se refiere a ella. Mas, semejante regla, tan circunscrita y estrecha, ha sido traspasada de diferentes maneras, no sólo en la práctica o por precepto distinto contenido en otros cuerpos de leyes, sino en las aplicaciones del propio código civil.

En efecto, si al legislador se lo mira aplicando el sistema mantenido en el Art. 2 cuando fija el deber de ciertos administradores de bienes ajenos, haciéndolos responsables hasta por culpa leve, esto es cuando les falta el ordinario empeño que se pone en los propios negocios —o con expresión de la ley, la diligencia de un buen padre de familia—; o cuando manda no se cuente para computar las legítimas, los regalos que se acostumbra hacer entre parientes; o cuando habla de la costumbre para fijar los períodos de arrendamiento o pago de las pensiones; y en otros varios casos en que se refiere a la costumbre como regla complementaria. No pasa otro tanto en los preceptos de la clase del contenido en el Art. 1.536 (1.546 del código chileno) en el cual se declara que, debiéndose celebrar los contratos de buena fe, estos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a cuanto emana precisamente de su naturaleza, o le pertenecen por la ley o la costumbre. He ahí como el código civil se ha visto en el trance de reconocer el valor legal de la consuetudo propter legem; siendo muy próxima esta disposi-

ción, me parece a mí, al mandato del código de comercio ecuatoriano contenido en el Art. 4: Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley. (En el código de comercio se completa la regla señalando las condiciones que debe tener la costumbre para surtir el indicado efecto). En todo contrato junto a la ley va la costumbre, para llenar sus vacíos y dudas, y para regir y determinar sus consecuencias; pero puede decirse más aún: la ley es un mero auxiliar en la práctica de los negocios para esclarecer el contenido de la costumbre a que presuntamente se han ceñido las partes.

Todavía no ha aparecido con toda exactitud en las precedentes indicaciones la consuetudo contra legem, ya oponiéndose a la regla legal o tendiendo a justificar su inaplicación por desuso. Este ha sido de continuo el aspecto de más vivo rechazo en todas las legislaciones, por las graves consecuencias que pueden generar para la correcta y oportuna aplicación de las leyes. Con todo, creo poder señalar los siguientes casos de excepción dentro de nuestro derecho real, vivido: A) Existen prácticas judiciales que, a pretexto de interpretar la ley, la han venido modificando; y, B) Hay la función legislativa que —acaso contrariando a la constitución pero ejercitada ya por nuestro más alto Tribunal— permite a la Corte Suprema, dictar la disposición sobre un punto de derecho que deba regir para lo futuro. Si en esencia es esto legislar, no lo entienden así nuestra Constitución ni demás códigos, preocupados del puro



aspecto formal de las leyes; y debemos llamar por lo mismo jurisprudencia obligatoria o práctica de los Tribunales.

¿Qué hará el juez inferior si la Corte Suprema dicta una disposición obligatoria para lo futuro, que ante la luz de su criterio aparece evidentemente contraria a la ley que se trata de aplicar? ¿Está facultado para desconocer la jurisprudencia obligatoria de aquella calidad? Claro que no. Y entonces, la consuetudo contra legem ha hecho su aparición. (Contrariando por lo mismo el sistema constitucional del artículo 69, no hace falta para interpretar, modificar o derogar las leyes, las mismas formalidades que para establecerlas).

Lo dicho hasta aquí se refiere al valor de la costumbre dentro de la legislación civil interna del Ecuador. La legislación internacional, menos trabajada y por lo tanto con menores pretensiones a la plenitud de eficacia de los preceptos legislativos escritos, para cuantos asuntos pudiesen ocurrirse en la vida diaria, tenía que ser y fue más tolerante con las costumbres internacionales. Véase sino la aplicación que en este campo se hace —con todas sus proyecciones y consecuencias— del precepto contenido al final de la regla 7ª del Art. 18 del C. C.: a falta de ley se aplicarán los principios del derecho universal, lo que puede traducirse por las prácticas jurídicas de aceptación general entre las naciones. Al hablar del domicilio político dispone también nuestro código: su constitución y efectos se rigen por el Derecho Internacio-



nal (inciso 2º del Art. 56). Y en el Art. 18 de la Ley de Extranjería vigente, funda una especie de reciprocidad para conferir derechos a los extranjeros (en cuanto no estuvieran previstos por las leyes) en no se qué práctica general de Derecho Internacional.

IV

Las legislaciones extranjeras en lo relativo al valor que se confiere a la costumbre.

Sin atender por ahora a las reglas contenidas en las legislaciones antiguas, hallamos en algunos códigos modernos consultados, las siguientes declaraciones relativas a las costumbres jurídicas.

No ha sido el único nuestro legislador que haya cometido la ligereza de dictar regla tan absoluta y general como la ya recordada, sobre la ineficacia jurídica de la costumbre mientras la ley no la confiera de manera explícita. Fuera de la legislación original para la nuestra, la chilena (Art. 2), tenemos las de los siguientes códigos: de Honduras (Art. 2), argentino (artículo 17), del Uruguay (Art. 9) y el austriaco del siglo pasado (Art. 2). Pero las legislaciones del Uruguay y la Argentina han agregado al redactar su mandato el siguiente concepto, concordante con la materia que estudiamos: las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes.

Otras legislaciones civiles y la mayoría de las comerciales mantienen además de la consuetu-

do secundum legem la consuetudo proeter legem. Tenemos entre éstas, unas que expresamente lo aceptan y otras de modo tácito. Refiriéndonos a aquellas podemos recordar al código español que, comenzando por decir (en su Art. 5º) que las leyes sólo se derogan por otras leyes, sin que pueda prevalecer contra su observancia, ni el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario; continúa su pensamiento en el segundo inciso del Art. 6 disponiendo que, al no haber ley extríctamente aplicable al punto controvertido, se ha de aplicar la costumbre del lugar. Mas es lo general aceptarla de modo tácito, cuando se niega puramente la eficacia de la costumbre para derogar la ley o para alegar el desuso. Son de este tenor las prescripciones del código peruano (Tit. preliminar IV), del mejicano (Art. 9), de la República de Colombia (Art. 8).

Los códigos ya bastante antiguos de Sajonia y de Luisiana, parecía que aceptaban la costumbre aún contra la ley, cuando —como se dice en el segundo de ellos— una serie de actos constantemente repetidos y sin interrupción, demuestran que ha adquirido fuerza de consentimiento tácito y común. O en el caso preciso de los Arts. 28 y 29 del código de Sajonia, para fundar nuevos derechos por consentimiento de los interesados, y aún prevaleciendo sobre el derecho civil para los convenios y pactos relativos a la familia que no contravengan al derecho público.

En fin, hay códigos que guardan silencio sobre el valor de la costumbre, dejando ancho campo a las investigaciones de la jurisprudencia. En el código italiano apenas si se habla de que la ley no puede ser derogada sino por otra ley, mientras en el código francés ha desaparecido hasta esta misma indicación. Entre los juriconsultos y tribunales de este último país la opinión se presenta muy adversa a la costumbre en materia civil, oponiéndola a la práctica en uso para los asuntos comerciales, para los que la ley y el juez coinciden en alentar las costumbres mercantiles; cosa parecida se anota en el derecho italiano.

Con todo, el artículo relativo a los contratos que hallamos en nuestro código civil, mandando se atienda para el grado de su virtualidad a lo que por la costumbre les pertenece, también lo trae el código de Napoleón (Art. 1.135) y el de Italia (Art. 1.124). Y empleando redacción más o menos próxima a la de aquellos códigos, ha pasado a la mayoría de los códigos modernos.

En lo relativo a los problemas del Derecho Civil Internacional y a propósito de las costumbres jurídicas, hemos recordado ya el precepto que contiene la regla séptima del Art. 18 del C. C. ecuatoriano, mandando se resuelva el asunto juzgado por los preceptos del derecho universal, cuando ha fallado la consulta a la ley

propia, la investigación sobre casos análogos y el reconocimiento del espíritu general de la legislación. Con esa propia designación de derecho universal o con la de principios generales del derecho, prescriben cosa idéntica gran número de códigos civiles. Entre otros: el peruano (Art. IX del título preliminar regla 3), mejicano (20), argentino (16), el del Uruguay es un tanto más insistente, pues se expresa: acudirá (el juez) a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso (Art. 16), Código de Guatemala (18), de Nicaragua (artículo XVII), y los de España e Italia, en sus Arts. 3 inciso segundo y 8 inciso segundo también, respectivamente.

Aun cuando el significado conferido a la costumbre y su valor ante el derecho no es idéntico a la eficacia de la jurisprudencia, no he dudado en unirlos en la misma exposición: ya porque las prácticas judiciales son costumbres, procesales o no; ya porque a veces, sobre todo en materia internacional, la práctica judicial y la costumbre jurídica tienden a confundirse. Los principios del derecho universal, antes que un sentido metafísico y trascendentalista, expresa el modo continuo de cumplir el derecho en el respectivo asunto. (1)

(1) He aquí un precepto firmemente redactado y llamado a las más fecundas consecuencias sobre el valor de las costumbres jurídicas en la esfera internacional, y cuyo alcance el Tribunal Supremo de la República alemana lo ha extendido, con

V

Reglas sobre las leyes prohibitivas y sus efectos.

La costumbre, expresada por actos repetidos y continuos, que se han sucedido en el respectivo lugar por tiempo más o menos largo —calculado o no en la correspondiente legislación (1)— se diferencia por semejante motivo del mero uso convencional que es una especie de costumbre en formación; y aquella requiere, para ser calificada de jurídica, ciertos atributos o una virtud intrínseca suya, la de responder a verdaderas necesidades sentidas dentro de las circunstancias del derecho que actualmente se vive (*opino juris et necessitatis*). Es por tanto el complemento reconocido para que tenga eficacia el vivir jurídico dentro del Estado, en con-

rigurosa lógica, tanto al derecho público como al privado. Me refiero al Art. 4 de la Constitución de Weimar, en estos términos expedido: Las reglas del Derecho Internacional que sean generalmente reconocidas obligan como si formaran parte integrante del derecho alemán del Reich. Y fundándose en este artículo el ya mencionado Tribunal ha rechazado, por contrarias a las prácticas generales, la posibilidad de entablar acción ante los jueces de Alemania, por litigios de carácter privado contra los Estados extranjeros; así como también, por la misma causa de principios, se declaró que ningún acreedor extranjero tenía derecho a oponerse a que se le cancele su crédito en otra moneda que en oro.

(1) Nuestro Código de Comercio (Art. 4) exige, para que la costumbre tenga mérito capaz de suplir a la ley, que los hechos que le constituyen sean uniformes, públicos, generalmente aceptados en la República o en una determinada sección y reiterados por más de diez años.

secuencia, en ningún caso debe tener fuerza legítima para transformar los elementos esenciales del arreglo social y político del país.

Dos preceptos legislativos pueden considerarse conexos con los reconocimientos de las anteriores líneas: el que manda que a nadie se le impida los actos no prohibidos por la ley (Art. 8 del C. C. ecuatoriano); y aquél que dispone: Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención. (Art. 9) Completado este pensamiento legislativo con el mandamiento del Art. 10: en ningún caso puede el juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo. El principio adoptado por nuestro legislador a propósito de las acciones prohibidas, se redactó ya para el Código Romano y fue discutido a propósito del Código de Napoleón, pero se convino en éste en guardar silencio sobre el asunto, si bien se introdujo el Art. 6 que lo sustituye en parte, mandando que ninguna convención entre los particulares pueda derogar las leyes relativas al orden público y las buenas costumbres.

Idéntico al Art. 9 de nuestro Código es el 10 del chileno y el 9º de la República de Honduras; y coinciden en el fondo: el dogmático y teorizante Art. 6 del código de Colombia, el 7 del mejicano, el 18 del argentino y el Art. 8 inciso 2º del código del Uruguay. En el Art. X de la legislación nicaraguense el precepto es mucho más extenso, pues ahí se dice que los actos eje-

cutados contra leyes prohibitivas o preceptivas son de ningún valor, etc.

El código alemán en su Art. 134 asienta una regla equivalente a la nuestra de la que venimos haciendo la comparación, pero tiene aquella legislación extranjera de particularmente importante los desarrollos que a propósito de la nulidad traen los artículos subsiguientes, en especial los contenidos en el Art. 138 en cuyo inciso primero encontramos este generalísimo precepto: son nulos los actos jurídicos contrarios a las buenas costumbres. Y hallamos un principio de moralidad social y de justicia entre los hombres, inscrito en el segundo inciso; sobre todo es nulo el acto por el cual un individuo se aprovecha de los apuros económicos de otro, de su ligereza o inesperienza, para hacerse prometer, o contrata en beneficio de tercero una prestación o ventaja que excede del contravalor en una proporción evidente. Ya no es en más de la mitad, del significado de la lesión enorme, de las legislaciones directa e inmediatamente romanistas.

Formula de manera más completa el alcance social del derecho civil algunas concisas reglas del código soviético, tal el Art. 1º que dispone: Los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en los casos que se ejercen contrariamente a su destinación económica y social. Se encuentra de este modo redactada la ley jurídica fundamental (si empleamos el tecnicismo de Sauer) que coloca sobre todo otro objeto perseguido, el fin social del Estado con su

afán de permanencia y orden; completándose su enunciado con el valor atribuido a la capacidad civil en el Art. 4º, en el sentido comunista de pura disciplina de las fuerzas productoras. El mismo fundamental pensamiento del artículo primero se repite en el 30, mandando sea nulo cualquier acto ejecutado con un fin contrario a la ley o para eludirla, (1) o que manifiestamente tienda a lesionar al Estado.

También en el derecho soviético los actos que siendo evidentemente perjudiciales para el individuo y que éste se ha visto precisado a ejecutar a causa de su extrema miseria, son anulables —con la doble forma de declararlos nulos o mandar cesen en sus efectos— y llevan consigo acción popular (Art. 33 C. C.)

Hagamos algunas referencias, para completar esta materia, a los ya recordados Arts. 8 y 10 del código ecuatoriano. El primero contiene una regla bastante frecuente en la jurisprudencia pero rara en calidad de mandamiento legislativo, y que probablemente fue tomado del código peruano (Art. III del título preliminar). Nadie puede ser privado de ejecutar acciones no prohibidas por la ley (siempre que tales acciones, debiera agregarse de acuerdo con la moderna concepción del derecho, no perjudiquen a terceros). La regla pura y simple del Art. 8 se

(1) Semejante fin contrario a la ley debe entenderse que está prohibido respecto a los preceptos imperativos y facultativos, más no en cuanto dicen relación a los interpretativos por la propia naturaleza de éstos.

relaciona, a mi parecer, con dos de los vicios fundamentales del pensamiento jurídico tradicional: sobre todo vicio ético el uno, el del respeto a las libertades privadas aun cuando éstas sacrifiquen toda equidad y justicia; defecto lógico el otro, contra el cual ya hemos reaccionado, el de creer en la plenitud del pensamiento legislativo que conoció y previno cualquier daño procedente de los particulares. Los romanos tenían una fórmula generalísima capaz de evitar ese perjuicio: quien causa el daño debe repararlo. Pero, ni ellos, ni mucho menos la moderna jurisprudencia, han deducido de la fórmula las convenientes consecuencias. Es el carácter más exasperante de nuestro individualismo legal el señalado, que deja abiertas las puertas a toda iniciativa de injusticia, cuando un descuido, una incomprensión o complicidad legislativa no ha sancionado determinadamente la conducta injusta o acto dañoso.

Al ordenar el Art. 10 que el juez en ningún caso puede declarar válido el acto que la ley manda que sea nulo, no hace sino insistir en el pensamiento mantenido ya por el Art. 9, sobre la ineficacia de cuanto se hiciere contrariando a las leyes prohibitivas de la República. Tiene interés muy superior, para algunas aplicaciones relativas a nuestra ciencia, la manera como se redactó el Art. 11 del código chileno, en la parte relacionada con la nulidad de todo acto contrario al tenor de la ley dictada para precaver un fraude. El artículo dice así: Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o

tácito de precabar un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley. (Textualmente repiten esta regla los códigos de Honduras y de Nicaragua, Arts. 10 y XI respectivamente, entre varios otros).

En el código argentino es oportuno consultar las reglas de los Arts. 21 y 22. La primera reproduce el precepto del sexto artículo francés, en cuanto los convenios de los particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres. El 22 insiste en defender la eficacia pura y neta del mismo código, declarando que no tendrá fuerza de ley en lo civil sino lo que explícita o implícitamente se halla contenido entre las declaraciones de este cuerpo legislativo, aun cuando anteriormente una ley general o especial hubiere declarado en vigor otra disposición.

Encuentro muy lleno de interés el precepto del Art. 140 del código alemán que prescribe: cuando un acto jurídico nulo responde a las condiciones de otro acto jurídico, debe valer el título de este último, si es presumible que en caso de conocimiento de la nulidad que afecta al primero, hubieran querido las partes aceptar el segundo. Es la razonable reacción moderna contra el formalismo externo procedente del Derecho Romano. Opuestos aspectos contemplan quienes estudian las consecuencias de la simu-

lación de negocios jurídicos y las precauciones tomadas al respecto por el legislador de cada país (materia reglada en el código civil de los soviets en los Arts. 34 y 35). No creo oportuno en este instante discutir la materia, por lo extenso de sus proyecciones.

La mayoría de los códigos modernos donde se hallan preceptos equivalentes al nuestro sobre la nulidad de los actos prohibidos por la ley, también agregan la excepción del código ecuatoriano: a menos que la misma ley señale otro efecto. Y esto es así, por cuanto las prohibiciones impuestas no siempre se vinculan con intereses fundamentales de las instituciones a las que se refieren, o por lo menos, no resulta de la contravención daño actual para ellas. Los púberes menores de edad no pueden en el Ecuador contraer matrimonio sin la licencia de sus padres o guardadores, pero si tienen más de diez y ocho años el matrimonio no es nulo (Art. 7º de la ley de matrimonio civil) quedando sí los padres facultados para desheredarlos (Art. 1.198 del C. C.). Está prohibido constituir donaciones de más de mil seiscientos sucres sin que preceda insinuación, pero si se lo hace, valdrán hasta la indicada cantidad y serán nulas únicamente en el exceso (Art. 1.391 inciso 1º). El fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor, pero si de hecho se obliga, deberá reducirse el compromiso

a los de la obligación principal (Art. 2.326). Hay una serie de actos prohibidos al tutor o curador, pero que sin embargo pueden estos efectuarlos mediante autorización judicial.

Todo lo anterior comprueba que ni siquiera las leyes redactadas en forma prohibitiva llevan en sí una absoluta e invencible obligatoriedad; constatándose eso sí, que hay un cierto grupo de preceptos, en todas las categorías de reglas legales, que no se hallan sometidas a la voluntad de las partes sino que se las impone.

El efecto natural de la prohibición en el orden civil debe ser la ineficacia del acto, mientras en lo penal será el castigo para el autor del hecho. Pero esto respecto de las leyes cuyo objeto intrínseco es prohibir, no de aquellas que mandan una conducta prohibiendo las acciones contrarias. De ahí se desprende la consecuencia ordinaria de todo mandamiento intrínsecamente prohibitivo en la esfera de las relaciones civiles: la ilegitimidad de cualquier regla o procedimiento que la contrarie en las consecuencias buscadas. Por eso, cuando está prohibido en nuestro país aceptar preceptos extranjeros en una materia, todo acto en contravención debe considerarse como no ejecutado. Sin embargo, no siempre el principio prevalece ni en las mismas materias regladas por leyes internas, pues ya hemos visto que la nulidad no es sanción infaltable en semejantes casos; y no porque no coincida en ellos el aspecto externo con el interno, sino por las múltiples exigencias puestas en juego en la vida del derecho, que hacen

sobreponerse a la estrechez del pensamiento lógico para hallar fórmulas más flexibles y más eficaces.

Un ejemplo muy característico es el de aquellas legislaciones que prohibiendo en lo absoluto el matrimonio de personas que no han llegado a cierta edad, lo ratifican sin embargo y dan por válido, si los esposos viviendo juntos han alcanzado el mínimo de edad requerido o si la esposa ha concebido. (1) Los principios habíanse fundado en exigencias capitales de la vida matrimonial, la posibilidad de concebir; y a pesar de eso no se les exige nuevo matrimonio, al demostrarse que la presunción de derecho había sido contradicha por la realidad de los sucesos.

Otro principio sustancialmente paralelo al que acabamos de analizar, es aquel cuyo contenido significa mutua garantía internacional o ética de las relaciones entre los pueblos, y se formula diciendo: no se aceptará en ningún Estado prácticas cuyo objeto evidente sea proceder en fraude de la propia ley a que debió estar sometido el negocio. Así, comprobado que un sujeto abandonó la propia patria para no someter un acto suyo a las reglas legítimamente dictadas en ella, ningún precepto territorial permitirá evadir las indicadas reglas. Necesariamente en este caso el fraude de la ley pretendido debe aparecer de las circunstancias u otras

(1) Véase el código civil español.

pruebas, que demostrándose lo contrario, no hay motivo para aplicar la regla internacional señalada. (1) Resulta al revés de las presunciones de derecho que no aceptan prueba en contrario, del Art. 11 del código chileno ya copiado.

Insistimos sobre el reconocimiento de que en las legislaciones, no tienen ninguna relación ni corresponde a ningún paralelo el carácter prohibitivo de la ley y la nulidad que a veces le acompaña y otras no.

VI

En qué sentido y respecto de cuáles leyes puede decirse que los particulares se hallan facultados para derogarlas?

Problema inmediatamente próximo al de la eficacia de la costumbre y al valor de los usos convencionales como fuente actual de los derechos, y corolario, en cierta medida y parte, de las consecuencias legales de las leyes prohibitivas; es el relativo a las facultades que corresponden o no a los contratantes para derogar las leyes que los afectan.

Con el objeto de precisar el sentido de semejantes facultades —cuando se las concede— en las diversas legislaciones, creo necesario inte-

(1) El caso más corriente de este fraude es el abandono del Estado que prescribe cierta forma de matrimonio, para contraer en otro lugar sometiéndose al principio *locus regit actum*.

rrogar ante todo algunos códigos modernos en la materia.

Y planteado en esos términos el asunto, podemos distinguir los sistemas adoptados por los códigos civiles en estos grupos: A) Los que desconocen toda facultad al particular para derogar ley cualquiera; B) Los que guardan silencio a propósito de la relación de eficacia de la voluntad individual para modificar los preceptos legislativos, pero la reconocen para ejercitar o renunciar a su arbitrio determinados derechos personales. (Algunos códigos no han dudado en preceptuar unidas las reglas específicas de los grupos, A y B); C) Otros, en fin, sólo niegan esa facultad a la voluntad particular al tratarse de cierta clase de preceptos y no al tratarse de los demás. Se ha de tomar en cuenta que únicamente me refiero en este instante a las declaraciones legislativas explícitas en la materia y no de las aplicaciones a los asuntos particulares, pues el resultado práctico debido a quienes tienen derecho de interpretar, es a veces contrario a las declaraciones teóricas.

A).—La abrogación de la ley (1) únicamente puede hacerse por disposición expresa del legislador, o porque la antigua sea incompatible con la nueva o porque esta última ha reglamentado íntegramente la materia; dispone el código italiano en su Art. 5.

(1) En el Derecho romano se distinguía la abrogación de la derogación, porque la una se refería a la ley en su totalidad y la otra a una parte de ella. Hoy se las usa indistintamente, prefiriéndose de ordinario el término derogación.

B).—1° Pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes que sólo miran al interés particular del renunciante y si no está prohibida tal renuncia. (Códigos: chileno 12, ecuatoriano 11, colombiano 15). El inciso segundo del Art. 4 del código de España, manteniendo el mismo concepto lo esclarece y completa cuando dice, que esa renuncia no debe ir contra el interés o el orden público ni en perjuicio de terceros.

2° Ningún pacto es capaz de eximir a los contratantes de la observancia de las leyes; permitiéndose no obstante renunciar los derechos que ellas conceden, al ser meramente privados y no interesar al orden público o a las buenas costumbres. (Art. VII, título preliminar del código del Perú).

3° La renuncia general de las leyes no es válida, pero pueden renunciarse los derechos conferidos por ellas, si sólo miran al interés particular del renunciante y no se le haya prohibido esa renuncia (código argentino Arts. 19 y 906).

C).—Al tercer grupo corresponden: 1° Los sistemas que siguen estrictamente el adoptado por el código de Napoleón, el cual declara que no pueden ser derogadas por convenios de los particulares las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres (códigos: francés 6, boliviano 5. El código de Colombia, además del precepto del Art. 15 recordado antes, trae el del Art. 16 idéntico al referido del de Napoleón).

2° Cierta número de códigos han aumentado un elemento más sobre los señalados por el fran-

cés, prohibiendo no sólo la renuncia de las leyes dispuestas para garantizar el orden público y las buenas costumbres, sino también cualquier fórmula por la cual se hace renuncia general de las leyes o de determinado grupo de ellas; según costumbre introducida entre nosotros de modo general en los contratos, sobre todo hace algunos años, declarando el deudor: renuncio toda ley que pueda favorecerme. (1) El código uruguayo ha sido insistente en regular este aspecto de la materia, pues él trae las disposiciones de sus Arts. 8, 9 y 11, el primero y tercero de los tres exclusivamente dedicados al objeto que estudiamos (respecto al Art. 9 hicimos referencias con anterioridad). El 8 declara: que no surte efecto la renuncia general de las leyes ni la especial de las prohibitivas. El 11 reproduce el Art. 6 del francés. El Art. 6° del mejicano mantiene el mismo pensamiento.

Como es fácil apreciar por lo dicho, el concepto jurídico de los legisladores en esta materia vacila y fluctúa de la manera más incompatible, si bien es cierto que es fácil anotar que tales dudas se refieren particularmente a una falta de claridad del pensamiento jurídico, antes

(1) Un movimiento de garantía para los intereses de la parte obligada, ha introducido una reciente reforma en nuestro código de enjuiciamientos civiles, declarando sin valor los pactos por los cuales una de las partes o ambas renuncian el derecho de apelar de la sentencia de primera instancia. Más se conserva todavía vigente la regla del Art. 36 del mismo código, por la cual se reconoce la facultad de renuncia general de domicilio.

que a discrepancias efectivas y sustanciales, o sean intrínsecas. Debemos atribuir sobre todo la falta de precisión, a ideas políticas largo tiempo arraigadas en el pensamiento de quienes legislan, y en particular el respeto a la soberanía cuyo más alto y valioso atributo se considera la facultad de dictar leyes. (1) Se trata pues de la suprema virtualidad y fuerza de los mandatos legislativos, de la forma externa de expresarlos y de la clase de autoridad de la cual deben emanar; y en sentido coherente si bien más intrínseco y sustancial, la inquietud de los peligros que puedan ocasionarse en la amplia validez concedida a los caprichos individuales para impedir eficacia al derecho escrito.

Pero contraponense a semejantes temores para fundamentar distinta regla, las exigencias nacidas de la naturaleza de la función, en aquellas leyes cuyo único objeto es interpretar las costumbres del lugar respectivo para darles plenitud intelectual y conferirles eficacia de derecho; seleccionando aquellas de continua y profunda virtualidad jurídica y que son de ordinario las llamadas a determinar a la voluntad individual en el campo de los negocios particulares, especialmente en aquel aspecto donde esa voluntad es árbitro de determinar el derecho que le corresponde.

(1) En el tomo anterior de esta obra hemos señalado, como otras autoridades que el propio poder legislativo dictaba verdaderas leyes, en cuanto a su contenido y efectos.

Causada por esa contraposición de necesidades cuyo cumplimiento le pertenece al intérprete de la regla mandada, procedió el sistema de desviaciones optado por el legislador chileno y mantenido por el nuestro; pues ellos nada han dicho de manera explícita sobre la facultad de los particulares para derogar o suspender los efectos de las leyes que los afectan, pero les está permitido renunciar los derechos conferidos por ellas, en los casos indicados por el respectivo artículo.

En rigor de verdad, del contenido de las reglas incluidas en el párrafo sexto del título preliminar de nuestro código civil, se desprende que cualquiera derogación, sea expresa o tácita de la ley, se la efectúa por medio de otra ley. Pero sin referirse a la voluntad de los particulares como medio para el mismo efecto, tampoco la priva de esa facultad determinada y claramente. (1) Y en la realidad de los hechos, quien hace renuncia general o particular de domicilio para poder ser demandado ante el juez que su

(1) La reglamentación del párrafo sexto del título preliminar del código ecuatoriano, que es la misma que la de los Arts. 52 y 53 del chileno; habla de una derogación expresa y otra tácita, según que la nueva ley lo diga de manera terminante o se deduzca de la incompatibilidad de las disposiciones últimas con las anteriores. Traen iguales reglas los Códigos de Honduras y Nicaragua. El Art. 69 de la Constitución vigente, si dispone que para interpretar, modificar o derogar las leyes se observen las mismas formalidades que para formarlas. Como se ve, estamos ante los condicionantes externos; y además creo que debe completarse el pensamiento legislativo, indicando que se trata de interpretar, modificar o derogar la ley de modo general y no particularmente obligatorio.

acreedor elija o fue señalado de antemano ¿no está parcial, más de manera evidente, suspendiendo la eficacia de la ley común y hasta contrariándola en su propósito de garantizar al particular, que no será demandado sino en su propio domicilio? Es cierto que se halla autorizado por la ley con semejante objeto, pero eso no cambia el hecho de mudar una regla por otra, significado de la derogación tácita. (1) Si los contratantes convienen en que la diligencia y cuidado no le corresponde probar a quien debió emplearlas ¿no están sustituyendo a la regla general del Art. 1.537, por otra especial para el contrato?

En el fondo se trata de derechos renunciados por los particulares, pero como la ley no es sino medida de esos derechos, (en el aspecto subjetivo) al cambiar la medida se cambia la ley. Claro está, la regla permanece vigente para todos los otros casos, o mejor, esa especie de derogación no es obligatoria sino para los contratantes, subsistiendo el precepto objetivo vigente. Por lo cual he podido decir: que los varios sistemas legislativos coinciden en el fondo a pesar de sus diferencias formales. Mas hay otro efecto todavía muy digno de considerarse.

En general, los derechos que indeterminadamente nos corresponden o las facultades jurídicas que nos pertenecen, no refiriéndose su empleo a un objeto o cosa delimitada, o a cierto

(1) Inciso tercero del Art. 47 del C. C.

derecho; no es susceptible de renuncia, sino en muy limitados casos. Y sobre todo como medida de garantía y de tutela, porque el individuo debe saber la cuantía de los bienes que renuncia, para que no sea llamado a engaño y no proceda sin precaución.

En el antiguo derecho, quizá cabía relacionar gran parte de la materia con el antecedente técnico de las meras expectativas y sus consecuencias. La jurisprudencia actual debe procurar deducirlo directamente del sentimiento de equidad que comienza a impresionar con fuerza a los legisladores modernos, cambiando las amplísimas e injustas libertades de contratación, donde el más necesitado es vencido por el otro contratante; por preceptos de garantía al débil o que se lo conceptúa tal.

Nula es, hemos dicho, en un contrato la cláusula de no interponer los recursos franquados por la ley, de la sentencia; pero llegada la ocasión el litigante se encuentra facultado para no interponerlos. Sin embargo, si los interpone, deberá hacerlo en los términos y para ante los tribunales establecidos y a quienes corresponde conocer del asunto. La mujer no se halla facultada para renunciar en las capitulaciones matrimoniales a pedir la separación de bienes a que le dan derecho las leyes (Art. 148), mas en la efectividad de la vida matrimonial puede no pedirla o sólo excluir una parte de ellos dejando la administración de la cantidad restante a su esposo.

El estudio comparativo de las legislaciones nos ha colocado de nuevo en presencia de múltiples calidades de derechos: unos, renunciables para el individuo y otros irrenunciables; y entre éstos, algunos que se hallan al arbitrio de la persona ejercitarlos, mientras existen también los que no pueden dejarse de cumplir. Nos hallamos además ante leyes que el particular en cada caso tiene el derecho de declarar sin aplicación, mientras hay preceptos opuestos que se imponen imperativa y necesariamente.

De la combinación de semejantes elementos legislativos resulta: las leyes imperativas que imponen derechos y deberes irrenunciables (las capitulaciones matrimoniales no podrán tener nada que redunde en detrimento de los deberes de los cónyuges para con sus descendientes comunes, Art. 1.707). O hay expectativas individuales de las que no le es lícito desprenderse al sujeto, pero cuyo ejercicio y reclamo se hallan al arbitrio de aquel a quien le corresponde; únicamente por esta causa de elección es que he venido denominando a semejantes preceptos con el nombre de facultativos. O bien, en fin, aparece el reinado pleno de la voluntad, cuando el querer del hombre es la ley respecto de la cual los poderes públicos sólo tratan de completarla y suplir (1) En este

(1) En lo relacionado con la eficacia de la voluntad de las partes para establecer el sistema jurídico de los contratos, repetiremos aún, que en el mismo valor de los términos empleados, nuestro código civil ha sido muy rotundo declarando: el contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes,

último caso nos hallamos en presencia de las leyes supletorias.

Y de la misma manera como hablamos de leyes facultativas e imperativas, no porque objetivamente, como regla o mandato, esté al arbitrio del particular dejarla subsistir o dar por terminado su imperio, en el primer caso, y en el segundo, porque no le toca sino someterse y cumplir; sino por qué en aquella circunstancia y dado el objeto perseguido, tiene facultad de limitarla en sus efectos en cuanto dice relación a sus intereses; y respecto a las imperativas, dadas las condiciones supuestas por el legislador, es indispensable el cumplimiento y eficacia actual de sus mandatos. Dentro del mismo orden de consideraciones, la ley, como postulado general, como principio, no puede ser derogada por los particulares; pero en su resultado inmediato sobre un negocio, les es lícito modificar los supuestos de las leyes interpretativas.

VII

El concepto y empleo de la fórmula orden público en las legislaciones.

Los redactores del código francés comprendieron que ciertas leyes, por su objeto, debían tener un carácter universal; correspondiendo por lo mismo aplicarlas dentro del territorio a todo individuo, sean cuales fueren su nacionalidad y las circunstancias personales que le rodeen. Procedió de ahí la declaración del primer

inciso del Art. 3: Las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los habitantes del territorio. Dedujo de semejante regla la jurisprudencia de ese país, un concepto restringido y bastante falso de las denominadas leyes de orden público; complicándose la noción —como nos lo dice Pillet— por las múltiples ideas, y de diferente alcance y dirección, que sobre la materia puede deducirse, de las varias reglas dictadas en el particular dentro de la misma República, entre ellas las del Art. 6 del código de Napoleón. (1)

Lo digno de anotarse en todo caso, son estos resultados apreciables en una penetración suficiente del espíritu de los mandamientos legislativos de la indicada orientación: 1º Hay un cierto grupo de leyes para cuya eficacia social es indispensable constituirlas con carácter de obligatorias para cuantos habitan en el mismo suelo. Y con la designación por nosotros empleada en el tomo primero de esta obra, los llamaremos preceptos universales. 2º No debe ni puede aplicarse a la integridad de las leyes prohibitivas semejante condición, pues existen numerosas prohibiciones correspondientes exclusivamente a los ciudadanos, aun cuando se hallen residiendo en otro lugar que la patria. Y, 3º To-

(1) Antonio Pillet en nota del capítulo XIII de la obra tantas veces citada, recuerda además del empleo del orden público en el Art. 6 del código de Napoleón, otros dos casos en que las leyes francesas recurren a esa noción, pero dándole un alcance completamente distinto.

davía es más extenso el foso de separación del concepto del orden público con el de leyes imperativas. También lo imperativo de una regla puede indicar deber del ciudadano correspondiente de modo exclusivo al estatuto personal.

No cabe exigirse el servicio militar obligatorio a súbditos extranjeros, como no se les invertirá a ellos tampoco de cierta clase de magistraturas, por más que para el ciudadano servir las sea deber indudable. No cabría tampoco en el Ecuador prohibir a un inglés la libre disposición de sus bienes en virtud de trabas legales nacidas de la interdicción por disipador, o exigirle constituir legítimas forzosas a quien no estuviere obligado a hacerlo, por el hecho de tener bienes en nuestro suelo.

La regla del Art. 4 del código boliviano, es textualmente la misma del francés; también lo es la del Art. IV del título preliminar del código peruano. Los de España e Italia agregan al enunciado de leyes de policía y de seguridad, las penales, en sus Arts. 8 y 11 respectivamente. Mas el Art. 12 del código del último país mencionado, excede mucho al criterio del francés y es digno por lo mismo de más severa crítica de lo que ha sido éste. El mencionado artículo 12 niega eficacia al derecho extranjero —ora se presente con el carácter de ley, o como sentencia o en calidad de contrato— también cuando se opone a las leyes prohibitivas del reino —trátese en ellas de la condición de las personas, de los bienes o de los actos—. Ya hemos demostrado como no toda ley prohibitiva

(aún sólo considerando a las prohibitivas en esencia, por más que el código italiano no haga semejante salvedad) se aplica a todo sujeto dentro del territorio.

A primera vista parecía repetirse todos los errores del código italiano en la legislación española, si bien con más ilógica situación del precepto y refiriéndose exclusiva y determinadamente a asuntos de índole internacional, mientras aquel también tomaba en cuenta los casos de formulación interna de la voluntad de los particulares. Nos hallamos ante el Art. 11 del código de España, que después de tratar en su 1º y 2º inciso de la forma de los actos efectuados en el extranjero, declara en su inciso 3º: No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto, por las leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero. Hay aquí por lo menos una innovación importante: no se trata de la imposibilidad de derogar la indicada clase de leyes, sino el rechazo de cualquiera posibilidad de dejarles sin efecto.

El código de Guatemala en su Art. 4º sanciona la misma regla que la española, (1) pero agrega, salvo las excepciones establecidas por el Derecho Internacional. Las legislaciones de Hon-

(1) La del Art. 8º

duras y Nicaragua han sumado en un sólo precepto dos principios, dando materia para abundantes dudas; en ellas se dice: las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, no podrán eludirse ni modificarse por conveni- ción de los particulares; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renun- ciante y que no esté prohibida su renuncia. (Arts. 11 y XII, respectivamente).

Un enunciado bastante prolijo de las espe- cies de leyes extranjeras que no serán aplica- das en la Argentina, trae el código de esta Re- pública en su Art. 14, reuniendo multitud de preceptos, si no disconformes a lo menos de muy diversas índoles. (1)

La Ley de introducción al Código alemán, di- ce con una sencillés muy preñada de dudas pa- ra el intérprete, que no se podrá aplicar la ley extranjera cuando fuere contraria a las buenas costumbres o al objeto de una ley alemana. Además este cuerpo de preceptos mantiene la regla de la reciprocidad, al conceder al Canci- ller del Imperio el uso de medidas de retorción

(1) Código de la Argentina, Art. 14.— Las leyes extranjeras no serán aplicables:

1º— Cuando su aplicación se oponga al derecho público o cri- minal de la República, a la Religión del Estado, a la tolerancia de cultos, o a la moral y buenas costumbres;

2º— Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código;

3º— Cuando fueren de mero privilegio;

4º— Cuando las leyes de este Código, en colisión con las le- yes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos.

en esta materia (Art. 31). La ley japonesa del 15 de junio de 1.898, manda que no se aplique la ley extranjera si sus disposiciones son contrarias al orden público o a las buenas costumbres.

Es digno de mencionarse, como antecedente notable, que el anteproyecto del código civil belga, llama a las reglas de la clase de las que hoy tratamos, leyes de orden social o relativas al derecho de la sociedad. Sin embargo, no coincide el pensamiento inscrito allí con el expuesto por nosotros en páginas anteriores, y esto es visible porque al enumerar tales leyes pone en primer término las relativas al derecho público y al penal. (1)

Sin entrar por el momento en el estudio especial y detenido (según conviene a nuestro propósito) de las leyes que en el Ecuador afectan a los extranjeros y en que medida y grado, quiero sólo recordar que el uso del término orden público con el poco discernimiento hecho por nuestro legislador, es de lo más oportuno para inducirnos a los mayores errores sobre su significado. Por otra parte parece confundir los conceptos orden y derecho público.

De ordinario se le ve evitar la designación, pero la hallamos empleada entre otros casos en el Art. 10 de la Ley de Extranjería, Extradición y Naturalización, mas con un sentido del

(1) Consúltese a Eugene Audinet en sus Principes elementaires du Droit International Privé (deuxieme edition).

todo extraño a los que hemos contemplado en el presente estudio. Orden público, insinúase en tal pensamiento, como organización de policía en épocas de disturbios y dispuesta a encausar las actividades públicas para la seguridad ciudadana. El segundo inciso del mentado artículo está concebido en estos términos: Pero en caso de guerra exterior o conmoción interna, los extranjeros, salvo lo establecido en los tratados, quedan como los ecuatorianos sujetos a las leyes de seguridad, policía y orden público, y al uso que hará el Ejecutivo de las facultades extraordinarias consignadas en la Constitución.

Aparece mucho más palpable la confusión del orden público con el orden político, si se consulta en el Código Penal vigente los ocho capítulos del libro V cuyo título es: De los crímenes y delitos contra el orden público, cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones. Y lo mismo hemos de decir de la mayoría de los capítulos del libro VI.

Mas también se ha empleado la designación en materias estrictamente civiles, según lo hace el Art. 1.457 del C. C. en su inciso segundo, al declarar causa ilícita a la prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Si bien al referirse a los objetos de ilícita contratación, ya no nos habla del orden público. Y todavía, en el Código de Enjuiciamientos Civiles, tenemos una singularísima regla, sobre la ejecución de sentencias extranjeras. A falta de tratados, dice el Art. 506, se eje-

cutarán las sentencias extranjeras si reúnen estas condiciones: a) Que ellas no contravengan a ninguna ley ni, por consiguiente, al Derecho Público ecuatoriano. No creo este el momento oportuno para comentar la regla. (1)

VIII

La nulidad absoluta prescrita para los actos privados en su relación con el orden público.

En presencia del frecuente silencio de los legisladores nacionales sobre la definición del concepto del orden público, la jurisprudencia de los distintos pueblos se ha empeñado en interpretar en lo posible el pensamiento legislativo, extrayéndolo de la comparación de reglas y actitudes tomadas frente a las diversas circunstancias en las cuales puede hallarse el sujeto titular de derechos. De este sondeo y penetración nació la idea de suponer que todas aquellas normas cuyo incumplimiento lleva consigo la nulidad de los actos que las contrarían, precisaba inscribirlas entre las pertenecientes a aquel orden.

(1) El Art. 1.707 del C. C., prohíbe incluir en las capitulaciones matrimoniales, estipulaciones contrarias a las buenas costumbres o a las leyes.

Ese es el criterio, por ejemplo, del comentarista argentino Segovia, quien atribuye carácter de nulidad absoluta a determinados actos cumplidos contra prohibición de una ley, por cuanto, razona este autor, tal mandato se ha dictado bajo la exigencia de resguardar el orden público. Lo ha dicho, entre otros casos, al comentar la prohibición contenida en el Art. 450 del código de su patria, donde se niega absolutamente al tutor (aun cuando el juez de un modo indebido le hubiera autorizado) el ejecutar los actos que en aquel artículo se enumeran. Si es nulo con nulidad absoluta por contrariar al orden público perseguido por el legislador, se ha pensado, cuanto a esta categoría de leyes se refiere llevará como sanción tal clase de nulidad.

Es un complejo proceso mental el que viene de esa manera uniendo y concatenando cierto número de principios de derecho en un solo sistema. Parece ser este el camino: las leyes de orden público son aquellas de carácter tan fundamental para la vida en la sociedad política respectiva, que deben ser de manera particular y estricta garantizadas; pero esa garantía de virtud excepcional es la que llevan en su dotación jurídica los preceptos cuya violación se sanciona con la nulidad absoluta, luego, son leyes de orden público las garantizadas con esa especie de nulidad.

Y hay más todavía en este proceso de sistematización del pensamiento legislativo por parte de sus intérpretes, pues siendo frecuente en los códigos disponer (según queda demostra-

do) que los actos prohibidos por la ley son nulos y de ningún valor; parece el orden público encontrarse en el punto de concurrencia de dos corrientes jurídicas, para formar un solo caudal y darles su sentido máximo: los actos prohibidos, nulos en esencia, y la nulidad absoluta con fuerza de prohibición insuperable, garantizándose de semejante manera el orden social correspondiente.

Veamos si dentro de nuestra legislación cabe mantenerse en la integridad de sus extremos aquella doctrina.

El Art. 1.672 del código civil ecuatoriano ha sido redactado en los siguientes términos:

La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo la nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

Ahora, la nulidad absoluta ocasiona consecuencias de las más graves en las relaciones de derecho entre particulares: pues debe declarar la el juez de oficio, cuantas veces se presente de manera manifiesta, puede solicitar tal declaratoria el Ministerio Público, y no es susceptible

de saneamiento por voluntad de las partes ni por un tiempo menor de treinta años (artículo 1.673).

En fin, reconocida una nulidad por sentencia ejecutoriada, da derecho a las partes para ser restituidas al estado anterior, como si no se hubiera efectuado el contrato o acto nulo.

En el código argentino no existe disposición correspondiente a la de nuestro Art. 1.672, pero sí un artículo redactado en términos equivalentes a los del 1.673, que es el numerado con el N° 1.047. De Freitas tomó el codificador de la Argentina la diferencia entre nulidad y anulación; la primera produciendo el efecto de desvanecer cualquier supuesto fundado en el contrato (Art. 1.050), mientras la anulación sólo suspende los efectos para el futuro (Art. 1.046). Y entre los casos de anulación incluye el artículo 1.045, el ocurrido por falta del instrumento prescrito. El derecho soviético en su afán de aproximarse cada vez más a las exigencias de la realidad y continuando con la expresión de su confianza en los funcionarios de la República, deja a la prudencia de los jueces, en determinados casos: o declarar nulo o sólo suspender sus efectos para lo futuro, tal la regla del Art. 33.

Por inmenso que sea el interés que trae consigo la doctrina legislativa sobre la nulidad de los actos, no podemos entrar a exponerla, y sí sólo ver ligeramente la importancia que tiene a propósito de la determinación del orden público.

Se aprecia en el artículo de nuestro código, antes transcrito, tres categorías de circunstancias jurídicas que llevan consigo la nulidad absoluta del acto correspondiente: cuando ha recaído sobre un objeto o causa ilícita (cuya nulidad no vuelven las cosas al estado anterior); cuando no se ha cumplido con las formalidades prescritas en vista de su específica naturaleza; y al tratarse de una incapacidad absoluta del sujeto. El valor intrínseco del grupo de leyes correspondientes a cada una de esas circunstancias es bien diferente, ora se mire en el aspecto interno o en el internacional, como vamos a verlo.

Sólo las indicaciones del primer grupo comportan específico señalamiento de leyes de orden público, en el estricto sentido indicado por nosotros dentro del Derecho Civil Internacional. Y lo considero así, por cuanto el propio código refiere a las causas ilícitas, las contrarias al orden público; y si bien al tratar del objeto ilícito lo determina como aquel que contraría al derecho público, es evidente que aquí el legislador toma de manera equivocada el derecho público por el orden público, según es fácil constatar al recordar la enumeración que trae el Art. 1.454 de los objetos de ilícita enajenación.

La incapacidad de las personas, sea en su carácter absoluto o sólo relativo, la fija cada legislación para sus propios súbditos, constituyéndose en parte de su estatuto personal, según ya lo sabemos. A causa de esta calidad internacional, lo mismo la determinación en la persona como los efectos que de ahí proceden, están

fuera de la ley territorial. Pero siendo como es necesaria fórmula para el arreglo social, corresponde a las exigencias más estrictas y más directamente controladas del arreglo interno; aspecto calificado por nosotros con el nombre de derecho social.

Los caracteres jurídicos propios de las formalidades impuestas para la validez de los actos y contratos habida cuenta de su propia naturaleza, analizados quedan en el tomo primero de esta obra, con cierta detención; y recordando semejante análisis, tenemos que convenir que no tienen, ni con mucho, la importancia ni alcance de los otros dos. En especial al referirnos a las reglas propias de nuestra ciencia, hicimos resaltar las calidades meramente excepcionales que acompañan al principio *locus regit actum*.

Por lo expuesto, hablar de nulidad absoluta de un acto o contrato, no es reconocerlo, dentro de nuestro derecho, que ha sido efectuado en violación de una ley de orden público; como tampoco diremos que cualquier precepto mandado bajo la amenaza de esa sanción, obliga universalmente a todos los habitantes del país, sea cual fuere su nacionalidad.

Mas ¿el orden público siempre estará guardado por aquella amenaza? Sí y no. Cuando el total proceso jurídico nace y se agota en nuestro territorio y aquí se lo reclama, tendremos la acción como no hecha y la declararemos como sin consecuencias, excepto cuando origina un castigo. Así, celebrados varios matrimonios en el Ecuador por súbditos del país que man-

tiene la poligamia, los posteriores al primero deberán declararse nulos, y no cabe fundarse en ellos ningún reclamo en nuestro suelo. Mas por poco que varíen los supuestos del problema, los resultados son enteramente diversos.

En efecto, los matrimonios se han contraído en el suelo sujeto a la jurisdicción de la ley que los permite y en nuestra patria se demandan consecuencias legítimas originadas en tales actos y que no perturban nuestro sistema social, como alimentos de un cónyuge a otro o para los hijos ¿deberá el Magistrado ecuatoriano negar esos alimentos, fundándose en que sólo el primer matrimonio es legítimo según nuestros preceptos de orden interno aplicables a los ciudadanos del Ecuador? Me parece que no. Y entonces no se produce el efecto propio de la nulidad, el de considerar el contrato como no celebrado. No debo por hoy insistir más sobre este punto.

En lo tocante a los efectos de los actos prohibidos por la ley, discurrimos precedentemente y les vimos no coincidir con las materias reguladas en vista del orden público, a lo menos de una manera estricta. Pero tampoco corresponde en rigor semejante carácter prohibitivo con los eventos de una nulidad absoluta, no obstante haber dicho el legislador que los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor. Ya el mismo artículo viene restringiendo enseguida lo general del enunciado al continuar, excepto cuando la misma ley haya previsto otro efecto que el de la nulidad para el caso de contra-

vención. Y aun cuando no hubiese existido esa última parte del artículo, al juez le habría tocado suplir el olvido, como ahora le corresponde desechar semejante nulidad en muchos casos, aun cuando la respectiva ley no haya señalado otro efecto para el caso de contravención.

Entre los actos prohibidos a los guardadores en el Código Civil, están los contenidos en el Art. 397, respecto al tiempo máximo del arrendamiento de los bienes de los pupilos, pero ninguna sanción se señala a la transgresión de la regla; únicamente el pupilo puede respetar o no el arrendamiento por el tiempo que exceda. Y como éste muchos otros casos.

IX

Algunos datos del derecho y jurisprudencia rusos sobre las materias tratadas en este capítulo.

No dudo en insistir sobre ciertos aportes a la teoría de la legislación que nos trae el nuevo derecho civil ruso, completando los datos con las consecuencias deducidas por la jurisprudencia del régimen innovador planteado.

La tendencia revolucionaria y las necesidades de ordenación y defensa social con fines permanentemente colectivos, de perfección orgánica y armónica de la República, que ha sido la bandera de las reivindicaciones; resplandece magníficamente en algunos de los artículos del código civil de los soviets. Entre ellos me pla-

ce recordar el primero de todos, copiado en páginas anteriores, por el cual se limita todo derecho civil, a un ejercicio que no contrarie a los fines económicos y sociales del Estado.

Existe en germen en este artículo una amplísima teoría jurídica, la cual, renovando los sistemas sin rechazar de manera absoluta el íntegro pasado tradicional, pero sí desenvolviéndole en la parte que quedó estacionaria por muchos siglos y contrariándole desembosadamente cuando lo creía oportuno; tiende a crear las sabias bases de una política legislativa de disciplina y de justicia común para los ciudadanos: cualquier derecho individual se lo protege mientras no dañe a los fines supremos de la colectividad.

Y si nos detenemos a comparar la regla recordada con el contenido del Art. 30 del mismo código, estará a nuestro fácil alcance el apreciar las ideas mantenidas, al tiempo que se reglamentan los derechos particulares y su ejercicio. No se preocupa el código de la contraposición aparente de la voluntad del individuo con el texto de la ley, prohibitiva o no, le interesa evitar las sustanciales divergencias entre el objeto perseguido por el legislador y el que se propone el particular. Los fines del Estado no pueden desvirtuarlos las decisiones privadas.

De la amplia protección de los derechos civiles dentro de los límites señalados y de la nulidad únicamente de cuanto se opone a los fines de la República, era fácil deducirse una justa y valiosa doctrina sobre los derechos pertenecientes al extranjero y la fuerza de las leyes de otros

países dentro de la unión soviética; al no haberse expedido el Art. 8 de la Ordenanza del Comité Central Ejecutivo Panruso sobre la puesta en aplicación del código civil de la R. S. F. S. R., que mantiene a las claras el natural temor revolucionario a las prácticas tradicionales del derecho extranjero al quererse aplicar en el Estado, y más que eso, cierta defensa política contra la hostilidad de los otros pueblos.

La regla manda que los derechos de los extranjeros se rijan por lo dispuesto en los tratados y a falta de ellos o de una ley especial sobre el asunto, que puedan ser limitados por ordenanzas dictadas por los órganos centrales competentes del gobierno, de acuerdo con el Comisario de Relaciones Exteriores. Es poner en manos judiciales una facultad reguladora que garantice y controle la marcha de la vida particular, para evitar perjuicios a las nuevas instituciones creadas; pero es al mismo tiempo y sobre todo, me parece a mí, una facultad política de retorción contra la probable mala voluntad extranjera.

El indicado mandamiento debe entenderse sin perjuicio de la ley que dispone un trato y consideración igual en sus condiciones jurídicas, a los del nacional ruso, para cuantos trabajadores estuvieren en el territorio de los soviets, siempre que no exploten el trabajo ajeno.

La jurisprudencia rusa en la actualidad se ha decidido por una rigurosa y absoluta territorialidad de los preceptos, sometiendo personas y bienes a la ley de la situación. El sistema es muy

peligroso y lleno de errores y vacíos, y sólo explicable —insistimos en este aspecto— por los temores y dudas ocasionadas por el cambio violento de régimen jurídico y la suspicacia de peligros procedentes de regímenes opuestos, y además por el resentimiento y duda entre pueblos rivales mantenedores de organizaciones inconciliables. (1)

Por parte de las demás naciones, las de régimen capitalista, la violencia alcanza a veces aspectos mucho mayores. Se vuelve a discutir en estos precisos instantes, quizá con un interés y apasionamiento antes no vistos, el principio de si la aceptación de las leyes extranjeras sólo será posible respecto de aquellos pueblos con los cuales el nuestro mantiene relaciones diplomáticas.

Mi modo de pensar en la materia ya lo tengo expresado, pero para quienes sustentan tendencia opuesta, ha habido necesidad de dividir a los demás Estados del mundo con relación a Rusia en dos grupos: aquellos que han reconocido el nuevo organismo político, para los cuales, subsistiendo las reglas comunes, únicamente aparecen más fuertes complicaciones por la discrepancia sustancial de las instituciones y los efectos que de allí proceden, dentro del deber de mantenimiento del orden público; y aquellos

(1) Debe consultarse sobre la indicada modalidad de la jurisprudencia rusa, la obra *Précis de Droit International Privé*. D'après la législation et la doctrine russe, par A.—N. Makarov (traducción francesa).

otros Estados que se han abstenido de reconocer o lo han rechazado, para quienes la legislación soviética no existe, según la opinión que comentamos. ¿Qué hacer en este segundo caso, cuando ha llegado la ocasión de aplicar la ley extranjera por la naturaleza del asunto discutido? La solución imaginada por algunos es de las más inesperadas, y no hace sino demostrar palpablemente la mentalidad reaccionaria y agresiva de quienes la adoptan: consiste en volver a las leyes del antiguo derecho ruso. Nada ni por ningún motivo puede justificarse ese procedimiento.





INDICE



LIBRO CUARTO

CALIDADES INTERNACIONALES DE LA LEY CIVIL

Páginas

CAPITULO CATORCE

Los aspectos fundamentales y comunes del derecho público y del privado	5
--	---

Se determina y justifica el método seguido en nuestra investigación de las reglas del Derecho Internacional Privado (5).— Los elementos del proceso particular jurídico son unos mismos para el derecho público y para el derecho privado (8).— ¿En qué sentido puede designarse al derecho social como el fundamental en todo Estado? (18).— Las falsas ideas políticas de ordinario recibidas, desnaturalizan el verdadero papel que corresponde a la Ley y al acto administrativo (27).— El arreglo jurídico como principio de permanencia social (35).

CAPITULO QUINCE

Fundamentos que determinan y aspectos que revisten la extraterritorialidad de las leyes	47
---	----

Los fundamentos de la elaboración del derecho y las circunstancias prácticas de su aplicación (47).— El ciudadano como factor de vida colectiva y como sujeto del de-

recho particular. Consecuencias ocasionadas por esta doble calidad (51).— Motivos que justifican e imponen la aceptación de preceptos extranjeros dentro de un territorio (58).— Dedúcese de razones dignas de atenderse con detenimiento, la causa de nuestra preferencia de la ley nacional para el establecimiento del estatuto de las personas (70).— Exposición y crítica del reenvío (75).— Formando parte integrante de la personalidad o deduciéndose de su concepto inmediatamente, por lo menos, está la capacidad de obrar del sujeto (84).

CAPITULO DIEZ Y SEIS

Naturaleza de las leyes imperativas, de las facultativas y de las interpretativas, y sus consecuencias en las aplicaciones del Derecho Civil Internacional 95

Método aconsejado por el Profesor Antonio Pillet para distinguir las leyes de carácter privado en dos categorías fundamentales. (96).— Formas que pueden revestir en su influencia sobre la voluntad del sujeto las leyes de orden privado. Motivos determinantes de aquellas diferencias (100).— Entre las leyes pertenecientes al estatuto personal —que por definición tienen la calidad de ser extraterritoriales— se encuentran preceptos imperativos, facultativos e interpretativos, según el interés perseguido con tales mandatos; no pudiendo por lo mismo este interés servir de guía para la clasificación internacional pretendida (105).—El reconocimiento del estado civil de las personas, como causa y principio de ciertos derechos adquiridos y expectativas jurídicas para el sujeto (118).— ¿A qué soberanía le corresponde de ordinario, atribuir derechos a las personas en calidad de tales? (124).— Regla que debe determinar el campo de aplicación de la li-

bre iniciativa del individuo (129).— Según que principios y mediante qué reglas debe interpretarse, en nuestra ciencia, la voluntad de las partes en el campo del derecho que se halla regido por leyes interpretativas (135).— Conclusiones (138).

CAPITULO DIEZ Y SIETE

Naturaleza de las leyes territoriales por razón de su objeto 140

Los preceptos de carácter imperativo y los facultativos respecto al régimen de los bienes. Su calidad internacional (140).— Varios sistemas económico-políticos relativos a los bienes y su propiedad en la teoría y en las legislaciones actuales (148).— El campo abandonado a la decisión de los particulares en lo relativo a su patrimonio (160).— Casos de preceptos imperativos sujetos a cambio por la decisión de los particulares (164).— La teoría de las calificaciones: el modo de plantearla, los problemas que de ella proceden y sus consecuencias para la ciencia que estudiamos. (171)

CAPITULO DIEZ Y OCHO

La teoría del orden público dentro del Derecho Civil Internacional 187

Antecedentes del concepto del orden público en la jurisprudencia tradicional (187).— Inspíranse en el pensamiento romano del derecho público contrapuesto al privado, algunos expositores de la noción cuyo estudio emprendemos (190).— Otros la arrancan de la teoría esta-

tutaria y la causa reconocida por ella para la territorialidad de algunos preceptos (196).— El factor económico y signos de diferentes clases califican las leyes de orden público en distintos criterios (202).— Las influencias del reconocimiento y estudio del derecho social en este campo de la investigación (203).— Consideraciones acerca del reconocimiento de un orden público interno y otro internacional (213).

CAPITULO DIEZ Y NUEVE

Nuestra teoría relativa al orden público 217

La designación, orden público, no es la más oportuna para esclarecer el contenido de las reglas que lo constituyen, dentro del peculiar aspecto de nuestra ciencia (218).— Los peligros que pueden amenazar la estabilidad de la vida social, y la necesidad y el deber de defenderla contra ellos (224).— El significado político de las instituciones sociales, su peculiaridad nacional y las consecuencias internacionales que de ello proceden (233).— El grado de moralidad social intraspasable para el hombre dentro del Estado y que le somete a sus sanciones, y la ética en las relaciones entre ciudadanos (250).— Oposiciones legislativas directas e indirectas, fundamentales o puramente reglamentarias (254).— ¿Puede reconocerse para los extranjeros, en el interior de un pueblo, derechos correspondientes a instituciones no reglamentadas por él o en él prohibidas? El orden público violado y el orden público desconocido (264).— La regla jurídica fundamental y el principio del orden público (268).— Principios a los que atenderá el juez para determinar los casos en los que no pueden aplicarse los preceptos extranjeros, por contrariar al orden público territorial (272).— Calidades que pertenecen al orden público en todos los Estados y circunstancias en las que comienza a perder su estricto sentido (284).

CAPITULO VEINTE

Algunas referencias a las legislaciones positivas sobre los problemas discutidos en el presente libro	288
---	-----

El aspecto fundamental e intrínsecamente dispositivo o prohibitivo en las leyes ¿qué alcance puede tener dentro del Derecho Civil Internacional? (288).— ¿Cuál es, dentro de los Estados, la voluntad capaz de derogar las normas del derecho positivo? (295).— Las costumbres jurídicas y las calidades que deben reunir para que se las califique de tales. Las reglas legislativas sobre la materia y el procedimiento de la jurisprudencia (303).— Las legislaciones extranjeras en lo relativo al valor que se confiere a la costumbre (307).— Reglas sobre las leyes prohibitivas y sus efectos (312).— ¿En qué sentido y respecto de cuáles leyes puede decirse que los particulares se hallan facultados para derogarlas? (321).— El concepto y empleo de la fórmula orden público en las legislaciones (330).— La nulidad absoluta prescrita para los actos privados en su relación con el orden público (337).— Algunos datos del derecho y jurisprudencia rusos sobre las materias tratadas en este capítulo (344).

FUNDADA EN 1620
QUITO



ESTE LIBRO ES PROPIEDAD
DE LA BIBLIOTECA GENERAL
DE LA UNIVERSIDAD CEN-
TRAL, SU VENTA ES PENA-
DA POR LA LEY.



