

2247
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:



2247

Nº 208 2092/III

TEORIA GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA



BIBLIOTECA
DE DERECHO

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 III



Facultad de Jurisprudencia

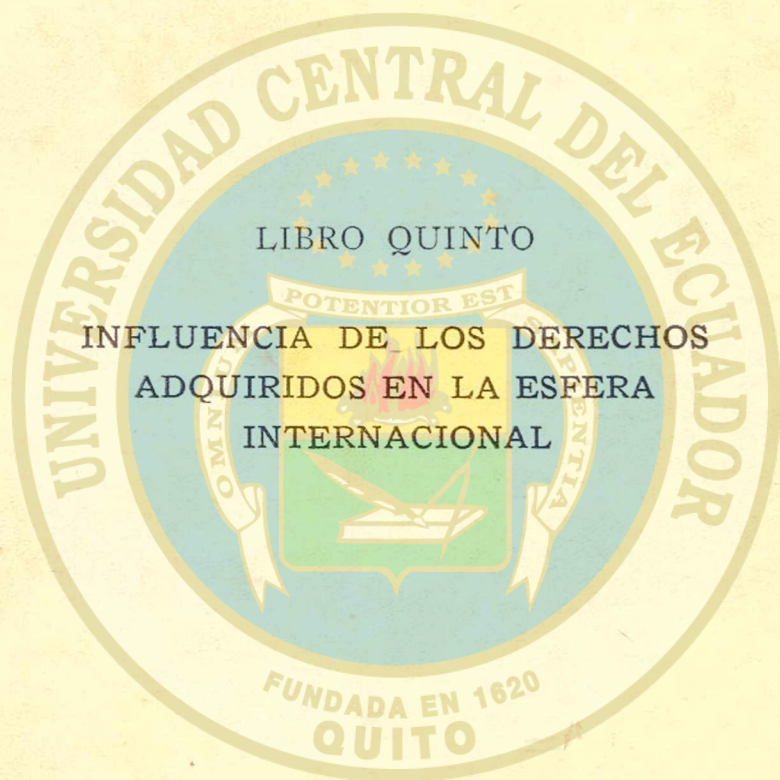
DECANATO

QUITO

Talleres Gráficos Nacionales

1934





LIBRO QUINTO

INFLUENCIA DE LOS DERECHOS
ADQUIRIDOS EN LA ESFERA
INTERNACIONAL



CAPITULO VIGESIMO PRIMERO

EL CONCEPTO DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y LAS CALIDADES JURIDICAS QUE LOS CARACTERIZAN EN LA LEGISLACION INTERNA. (1)

Se plantea el problema como conflicto de varios principios jurídicos en pugna: la justicia conmutativa y la equidad que mandan respetar y garantizar lo legítimamente hecho, por un lado; y las exigencias del progreso social que obligan en ocasiones a sacrificar los intereses particulares, por otro.— Discute la teoría la extensión con que se ha de aplicar en la práctica el principio de la no retroactividad.— Si bien al poder legislativo no se lo conceptúa omnipotente en las prácticas constitucionales modernas, ni aún para el mero efecto de dictar las leyes; se atribuya a su prudencia, de ordinario, declarar la retroactividad o no de los preceptos.— La manera de situar el problema por parte de Savigny y sus incon-

(1) Sobre la materia comprendida en el presente capítulo, a más de todos los tratados generales escritos para exponer el derecho civil, pueden consultarse como trabajos especiales: de Gabbia, La retroactividad de la ley; Venezian. La tutela de la expectativa; Simoncelli, Sobre el límite de la ley en el tiempo, entre otras valiosísimas monografías.

venientes.— El derecho social como antecedente de la retroactividad de las leyes, y la importancia de los problemas planteados en esta materia por el reconocimiento del estado civil personal y los derechos que confiere.— La categoría que se atribuye al precepto dentro de los fines del Estado influyen en su calidad retroactiva o no, pero no es determinante.— Los esfuerzos hechos por los jurisconsultos con el intento de definir el derecho adquirido, separándolo de las meras expectativas y de las facultades atribuidas al sujeto.— Determinación del aspecto jurídico designado por nosotros con el nombre de derecho adquirido.— Fundamentos en que se mantiene el respeto a los derechos adquiridos y la extensión de sus consecuencias.— Algunos datos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Ecuador sobre la materia de los derechos adquiridos.

Si bien la regla jurídica de conducta prescrita cumple su función en calidad de precepto objetivo, resguardando la armonía social y disciplinando las energías colectivas para el necesario equilibrio de las actividades comunes, le corresponde de otro lado no descuidar ciertos deberes de ética y de justicia que los particulares a quienes se la impone tienen derecho de exigir. De ahí la igualdad ante la ley prohibiendo los privilegios individuales y mandando no se imponga a un ciudadano gravámenes mayores que los proporcionales, dadas sus posibilidades económicas y los deberes nacidos de su posición social y política; de ahí asimismo la legitimidad reconocida para los actos cumplidos de acuerdo con las prescripciones de la ley vigente al tiempo de su ejecución, aceptándolos en sus

naturales efectos y concediéndoles la respectiva sanción legal para su respeto en las relaciones privadas y públicas que de ellos procedan. De aquellas circunstancias se originó el principio de la generalidad de los mandatos legislativos calificados con el nombre de leyes, de éstas, la no retroactividad de los preceptos y la continuidad de la eficacia prevista para los derechos adquiridos. De la primera materia hemos tratado precedentemente, y con las rectificaciones y atenuaciones que eran del caso. (1) De la no retroactividad de la ley y del mérito que prestan los derechos adquiridos para señalar posibilidades individuales, debemos preocuparnos en el presente libro, a fin de deducir las convenientes consecuencias en determinadas aplicaciones correlativas del Derecho Civil Internacional.

Se plantea el problema como conflicto de varios principios jurídicos en pugna: la justicia conmutativa y la equidad que mandan respetar y garantizar lo legítimamente hecho, por un lado; y las exigencias del progreso social que obligan en ocasiones a sacrificar los intereses particulares, por otro.

¿Cuándo en la vida civil del sujeto habremos de afirmar que éste ha adquirido algunos

(1) Sobre tal materia consúltese el capítulo noveno de esta obra.

derechos y cuáles deben ser los resultados que de ahí proceden para el individuo?

Como antecedente preciso para cualquiera aplicación, nos hace falta recordar una vez más el axioma fundamental de la jurisprudencia civil: todo derecho subjetivo nace de la coincidencia del hecho con la ley. Lo cual viene a corresponder inmediatamente con nuestra teoría de las reglas legislativas, medida y garantía de las acciones humanas. (1)

El derecho se fija en una cabeza, se adscribe a un patrimonio, en virtud de hechos procedentes del sujeto o que a él se refieren: sean estos hechos verdaderos actos jurídicos (en el sentido técnico ya antes explicado), sean acciones en cuya determinación no estén inscritas la previsión de las consecuencias de derecho que ellas traen consigo. La ley que los supone los rige y califica; el acto mío o de persona vinculada a mí, da actualidad y eficacia inmediata a la regla en cuanto me puede afectar.

El Poder Público consigna el precepto objetivo, el particular debe someterse a él y arreglar su conducta a tal medida. Y de esa autoridad de mando y de ese deber de obediencia se originan y obtienen los fines colectivos del orden, y los resultados para el individuo de garantía y respeto a sus actos legalmente efectuados y a las consecuencias que de ahí proceden. Se comprende de esa manera la forma de consti-

(1) Véase en el tomo primero el mismo capítulo nueve|

tuírse en atributos del sujeto particular los derechos adquiridos.

Mas, con mucha frecuencia el resultado querido por la persona se obtiene en virtud de un proceso y no por obra de un solo acto, o lo que es lo mismo, semejante acto definitivo viene preparándose por una serie de antecedentes para llegar a su perfección. Pero no es eso todo, además las acciones cumplidas se continúan en lógicas y naturales consecuencias de las mismas.

El derecho adquirido es el derecho perfecto —no pleno, porque la plenitud puede hallarse en consecuencias posteriores no ejercitadas todavía—; es el punto final a que tienden los procesos preparatorios, y es la inicial de las potestades jurídicas originadas por él y en él, para el sujeto. Y siendo como es la ley, garantía de los actos, lo hecho con su permiso o por su obediencia se halla protegido en la persona a quien se refiere.

Los anteriores reconocimientos no acarrear grandes dificultades, mientras permanezca vigente la regla a cuyo amparo nos hubiéramos acogido para actuar. Mas ¿qué sucederá cuando semejante medida de nuestras acciones haya variado, luego de concluida la serie de actos que nos atribuyó el derecho? Desde luego, desaparecida o transformada la antigua medida legal, no coincide ya lo hecho con lo previsto y prescrito por la actual ley en vigor.

Tenemos, según nuestros precedentes enunciados, dos consideraciones contradictorias do-

minando toda la materia de los derechos adquiridos, y haciéndonos vacilar de la manera más perjudicial en cuanto se trata de aplicar y hasta de formular firmes principios sobre la materia. Por una parte, el acto juzgado no coincide con la ley al tiempo del juzgamiento (supuesto judicial de su legitimidad); pero de otro lado, es fácil averiguar que se lo practicó estrictamente dentro de los preceptos válidos al tiempo de ejecutarlo, y bajo la promesa contenida en ellos de considerarlo legítimo y protegido en tal virtud de manera ilimitada en el tiempo.

Si damos la preferencia a la calidad de medida del acto en la ley, según su vigencia actual al tiempo de juzgarlo, y sin preocuparnos de las circunstancias pasadas que rodearon al suceso jurídico, habremos de reconocer que nunca puede existir para la persona derechos verdaderamente adquiridos, sino goce actual e inestable de ellos. Nos hallaríamos por lo mismo ante el reinado de la incertidumbre y la inquietud, y el hombre no podría contar con algo firme y duradero en el transcurso de su existencia. ¿A qué atenernos entonces para arreglar nuestra vida jurídica dentro del Estado, de manera que sea tranquila y coherente?

El cambio de criterio del legislador que die-
ra por consecuencia inmediata la mutación de los derechos de los particulares sujetándolos estrictamente a su ritmo, de manera que el más débil matiz del uno se refleje en el otro, tendría que impresionarnos como un cambio en las

circunstancias normales, que convierte los principios de equidad necesaria en sentimiento de permanente injusticia. Y sus consecuencias en la vida privada serían en realidad exorbitantes: al hombre tanto le valdría sujetarse a la ley como apartarse de ella, pues se hallaría amenazado por la ineficacia e ilegalidad de cuanto hiciere, no obstante las precauciones tomadas, en virtud de conceptos supervinientes.

Y con valor contrario: si los derechos adquiridos y la multiplicidad de sus consecuencias lo fueran de un modo incommovible y a perpetuidad, si se los garantizara de una vez para siempre, todo progreso legislativo, y por ende social y político, vendría a dificultarse y hasta a impedirse, contrariado por semejante batallar de los intereses particulares intocables. Los poderes del legislador habríanse limitado entonces con exceso, sin evitarse tampoco la injusticia de desiguales posibilidades para el súbdito: ya que conservando sus derechos quienes antes los obtuvieron, se hallaría cerrado el camino de conquistarlos para los demás (manteniendo desigualdad de situaciones sólo tolerable dentro de ciertos límites). Supongamos una reforma al código civil, por la cual en adelante ningún hijo puede pedir alimentos a sus padres una vez cumplidos los quince años. ¿Cabría la permanencia del derecho reconocido antes de la reforma fundándose en la fecha de su obtención, por más que se hayan cambiado las ideas legislativas sobre este aspecto de los deberes que nacen de las relaciones de parentesco? Me parece que no.

De las argumentaciones en pro del respeto a los derechos adquiridos por los particulares, ha deducido la jurisprudencia desde muy antiguos tiempos el principio formulado así: las leyes disponen para lo futuro y no tienen efectos retroactivos. Ciertamente que el pasado está concluido y los hechos producidos están, mas al juez le toca juzgarlos actualmente y le corresponde calificarlos en fuerza del derecho que aplica.

El problema para el magistrado encargado del juzgamiento, se concreta entonces a discernir mediante cuál medida habrá de apreciarlos, si hay varias concurrencias: la una del tiempo en el cual se produjo el hecho fundamental y la otra de sancionamiento posterior. Y no solamente eso, sino que a causa de los hechos fundamentales, y derivándose de ellos y a ellos unidos en los subsiguientes desarrollos, aparecen facultades y acciones para el titular de los derechos. Planteados este último aspecto nos toca preguntarnos: ¿el primer acto calificará a todos los demás y les dará el sentido de su legitimidad, o a cada uno deberá atribuírsele entidad jurídica independiente con propio título de eficacia legal?

Al aquilatar el mérito ante el derecho, del negocio jurídico perfeccionado durante la vigencia de una ley por los preceptos de ésta —se dirá— no hacemos sino trasladarnos mentalmente a aquel tiempo en el cual, habiéndose terminado todo el proceso preparatorio se dió fin y remate al establecimiento del derecho, para averi-

guar si en ese instante su agente cumplió las condiciones prescritas como indispensables para su legitimidad. Como procedimiento justo y equitativo nos impresiona éste desde luego. Mas, resuelto de esta manera el asunto, engendrarse enseguida en nuestro pensamiento este otro interrogante: ¿una vez reconocida su validez en el pasado, debe o puede suspenderse sus efectos actuales desde el momento de la promulgación de las nuevas reglas? En semejante pregunta quedan comprendidas estas determinaciones: a) la subsistencia de la primitiva facultad reconocida o las modalidades tomadas por el sujeto respectivo (la calidad de hijo legítimo, supongamos); b) la continuación de goce del correspondiente derecho (el disfrute del producto de sus bienes para el hijo emancipado y con qué grado de participación del padre emancipador, demos por caso); y, c) los desarrollos o consecuencias en el tiempo, nacidos de la conformación del derecho por obra de los motivos antecedentes (el poder, por ejemplo, de disponer por enajenación de su propiedad o de hacerse dueño por accesión de los naturales incrementos de las cosas que le pertenecen).

Esos varios aspectos indicados, deben tratarse y esclarecerse a propósito de la retroactividad de la ley y sus consecuencias en el respectivo negocio.



DECANATC

II

Discute la teoría la extensión con que se ha de aplicar en la práctica el principio de la no retroactividad.

El complejo de los problemas insinuados en el párrafo precedente, ha originado la doctrina sobre la materia, calificada por Savigny con el nombre de límites en el tiempo de los efectos de la ley.

Ni de la vigencia del precepto ni de su derogación total o parcial, expresa o tácita, son materias de las que debemos tratar en este capítulo; sino tan sólo del grado de su eficacia, si lo relacionamos con los hechos precedentes a su promulgación, y con las consecuencias naturales y legítimas que de tales acciones debían o podían deducirse.

Ya desde el punto de vista político, ya desde el meramente civil, cuantos autores han discutido en torno de las nuevas leyes y sus efectos, se han decidido por la regla de la no retroactividad: sea como principio general e ilimitado, o dentro de ciertos límites.

Benjamín Constant postulado había: "la ley que retrotrae no es ley". La retroactividad —explica— es el mayor atentado que se puede cometer contra el pacto social, pacto por el que las Autoridades ofrecen al individuo la garantía de su seguridad, a cambio del sacrificio de la obediencia.

Portalís, al discutir el proyecto del código francés, había insistido en que el precepto legislativo es regla para lo porvenir y no puede mirar al pasado, pues éste escapa ya a todo poder y está fuera de cualquier nuevo reglamento. Principio de evidente injusticia sería, deduce de aquellos antecedentes, amenazar de manera constante al hombre con que se medirán sus actos pasados por los reglamentos jurídicos cuyo reconocimiento y sanción se efectúen en el porvenir.

De aquellas rigurosas aplicaciones al pensamiento legislativo y a las facultades del legislador, se dedujo esta doctrina estricta sobre la materia: la no retroactividad de las leyes como mandamiento absoluto de la equidad, por encima no sólo de quienes tienen poder para juzgar y de los intereses de los particulares, sino del propio querer de la Autoridad formuladora de los preceptos. Teoría no aceptada con igual extensión más tarde, por mérito sobre todo de análisis más penetrantes de la eficacia de la ley —a cuyo resultado concurrieron poderosamente las sabias enseñanzas de Savigny— y por motivos de política y de relación entre los Poderes del Estado.

En verdad, el axioma de que las leyes no son retroactivas (tomándolo del derecho romano) lo adoptan los códigos modernos y lo mantienen, y por su parte los jurisconsultos de mayor prestigio lo analizan y aplican. Pero luego de reconocido el indicado axioma, inmediatamente ha surgido entre los expositores de la mate-

ria, efectivas y graves discrepancias en la integridad de sus efectos y consecuencias. En cuanto a la extensión que debe dársele se preguntan: ¿se aplicará a toda clase de leyes o sólo a algunas de ellas? En lo correspondiente a los sujetos a quienes el principio obliga: ¿también la autoridad legislativa se halla trabada por sus exigencias o es posible atribuirle voluntad superior a ellas? Y en lo relativo a los derechos que afecta: ¿se refiere únicamente a la legalidad del pasado, cesando en adelante cualquiera consecuencia legítima? O a propósito del sentido que debe darse a los derechos adquiridos y otras consecuencias.

Nos hemos referido hace un momento a la circunstancia de haberse rechazado por Savigny la generalidad amplísima atribuida por otros autores al principio de la no retroactividad. El notable romanista, defensor certero del axioma, ha creído necesario sin embargo restringirlo en su alcance a cierto grupo de leyes desechándolo al tratarse de otras. Hay preceptos legislativos cuyo propósito inmediato es el de determinar la manera de adquirirse por cuenta de los particulares algunos derechos, nos dice, mientras el fin perseguido por categorías diversas de leyes, es el de fijar la existencia o no de las respectivas instituciones o sus calidades fundamentales y su naturaleza. Aquellas no pueden retrotraerse, concluye, éstas lo deben.

Y no ha sido Savigny el único, ni siquiera el primero de los jurisconsultos en reaccionar contra el estricto rigor atribuido al precepto; ya lo

había hecho el célebre comentarista Zachariae, y después lo han continuado Merlin, Mayer y la mayor parte de los autores modernos que tratan de la materia.

Correspondiendo al problema de la extensión con la cual debe aplicarse a las leyes el principio de la no retroactividad, creo yo que deben analizarse separadamente estos dos aspectos: uno intrínseco y sustancial, el relativo a las diversas calidades de los preceptos y su objeto o fin colectivo, para determinar la retroactividad o no de los mismos; y otro aspecto de política legislativa que se nos revela en estos términos: ¿cabe limitarse las potestades del legislador, para conceder su máxima eficacia al mencionado principio, sin poder disponer lo contrario, aun cuando graves circunstancias lo exijan? Comenzaremos por esta última cuestión para abordar luego la anterior.

III

Si bien al poder legislativo no se lo conceptúa omnipotente en las prácticas constitucionales modernas, ni aún para el mero efecto de dictar las leyes, se atribuye a su prudencia, de ordinario, declarar la retroactividad o no de los preceptos.

Tanto el sistema que señala como límite infranqueable a la voluntad legislativa la no re-

troactividad de sus mandatos, como aquel que limita tal deber únicamente a quienes están llamados a juzgar de su aplicabilidad al caso controvertido, aparecen de modo sucesivo en las legislaciones modernas y en el criterio de los jurisconsultos.

Durante mucho tiempo fue prevalente la idea de aquella mutua garantía entre el soberano y el súbdito a que se había referido Constant, según queda señalado. Pacto inderogable por la voluntad de uno solo de los contratantes y base de la organización del Estado, por cuyo motivo hubo de colocarse la regla entre los mandatos constitucionales. En caso semejante y dados los caracteres del derecho público, ha reconocido Laurent que, desprovisto el legislador ordinario de la facultad de derogar los mandatos constitucionales (a lo menos en las constituciones de tipo rígido), la no retroactividad le obliga con todo su imperio. Entre las declaraciones de los derechos del hombre de 1.848, Francia introdujo la regla.

Y como lo hemos anunciado también, apreciando el asunto bajo la luz de prisma diferente, Zachariae había razonado: la regla de la no retroactividad no debe ser considerada como un límite a la omnipotencia del legislador, y sí sólo como precepto dirigido al juez para la aplicación de las leyes. Para este expositor la libertad legislativa era plena en esta como en las demás materias comprendidas entre sus potestades, y únicamente se atrevió a recomendar prudencia en el ejercicio, no retrayendo de ordinario

sus mandamientos a hechos perfectos anteriores a su promulgación, para no traspasar los deberes recomendados por la equidad. Pero es especialmente desde Savigny cuando esta teoría se robustece y afirma, fundamentándola en motivos lógicos discurridos con detenimiento, de manera que Lasalle se ha creído facultado para declarar que desde la aparición de semejante cuerpo de doctrina, nadie confiere al principio de la no retroactividad aquel poder incontrastable de efectivo límite a las facultades soberanas, de ciertas antiguas teorías.

A mi modo de ver uno y otro sistema, con la indicada generalidad enunciados, son inaceptables. Ni Constant ni Zachariae. Hallo sí de mucho mayor virtud el pensamiento de Savigny: algunas leyes por su naturaleza y objeto deben ser retroactivas, y hay otras para cuya perfecta eficacia se requiere la estabilidad de sus efectos, una vez causados. Y en el prestigio del sabio romanista se han escudado, tanto los que mantienen la regla de la no retroactividad en términos generales, como quienes sustentan criterios opuestos. (1) No obstante tantos títulos o, qui-

(1) Es muy impresionante hallar en la nota que el codificador del código argentino puso a su artículo 3º—artículo este redactado así: Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos—la afirmación de que cuantas objeciones se han hecho a la no retroactividad de la ley han sido ya contestadas victoriosamente por Savigny, quien no deja la menor duda —afirma Vélez Sarsfiel—de que debe imperar en todas las relaciones del derecho. Tal aseveración es bastante excesiva, como se han encargado de demostrar algunos jurisconsultos, y está en pugna manifiesta con el recordado pensamiento de Lasalle.

zá mejor, por la causa sobre que ellos se mantienen, es inaceptable el criterio de Savigny en su integridad, pues da lugar a múltiples y graves objeciones.

Si bien durante mucho tiempo ha existido una tendencia bien marcada a considerar —frecuentemente sólo en la teoría— al poder legislativo como el supremo de cada país, a causa de ser el representante inmediato y directo de la soberanía del pueblo, tendiendo aquella plenitud de poder a la soberanía atribuída por la doctrina de tradicionalismo democrático, se va modificando lenta pero continuamente esa tendencia: ya a causa de los límites impuestos a la soberanía por las exigencias del desarrollo vital humano dentro de cada Estado, ya ocasionándose en las modificaciones jurídicas actuales, donde se inscriben la desaparición o atenuamiento de la idea de separación y plenitud de los poderes, cada uno con su órbita perfectamente delimitada; y por otros muchos motivos. Procede de ahí que sea posible y conveniente restringir las potestades legislativas, por varias maneras y formas, y mediante mandamientos constitucionales o por acatamiento a los deberes de la equidad.

Por uno y otro motivo la voluntad legislativa hállese limitada en los pueblos modernos, mediante límites que en la práctica será siempre fácil de franquear: porque sea cual fuere la generalidad del mandato redactado a este respecto, debe llevar de continuo consigo la excepción de aquellas leyes relativas a los in-

tereses fundamentales del Estado, y esto, háyase declarado de modo expreso o no. O por cuanto el sentimiento de la equidad es de naturaleza tan subjetiva y variable, que se halla a merced siempre de quien lo aprecia y de las actuales circunstancias determinantes. Sin embargo, la práctica también va elaborando cierta disciplina impuesta al poder legislativo en el cumplimiento de sus funciones.

Fundándonos en las indicaciones precedentes podemos concluir, que si bien el legislador se encuentra facultado, de ordinario, para conferir a una ley nueva, efectos retroactivos, hay ciertas normas de justicia estricta, de equidad o de política que restan sus plenas iniciativas en orden a esta clase de resoluciones, y que el juego de las fuerzas públicas tiende a disponerlas en este sentido. Así se va incrementando en los últimos tiempos cierta eficacia moderadora de la voluntad legislativa en otros organismos políticos, quienes están llamados a declarar sobre la constitucionalidad o no de los mandamientos dictados por ese poder.

Si bien los principios legislativos fundamentales, reconocidos y declarados por los códigos civiles, no tienen para su permanencia las efectivas y valiosas garantías previstas por algunas constituciones modernas respecto de sus mandatos, de hecho aquellas reglas llevan consigo un respeto mayor que nunca tuvieron éstas, y eso se explica quizá principalmente por dos motivos: porque en gran parte, los principios que designamos como fundamentales, expresan el

reconocimiento de cierta filosofía legislativa, cuyas bases no se modifican de un momento a otro, e incluso mantienen el peligro contrario, el de permanecer no obstante haberse obtenido una apreciación más justa o conveniente de la realidad actual; y concurre al mismo resultado la virtud de los códigos civiles de no envejecer, gracias al respeto que inspira ese generador primordial de todas las ramas legislativas. Vemos en efecto que, mientras las cartas fundamentales de los pueblos se han modificado de continuo, la vejez más que secular de algunos códigos, en vez de calificar su anacronismo sirve en el pensamiento de los jurisconsultos de título de preminencia. Por eso, si en teoría sus artículos se rigen para su derogación por los mismos procedimientos que cualquiera otra ley, en la práctica aparecen casi ininmutables.

Y encontramos entre las bases fundamentales de legislación mantenidas en gran número de códigos civiles —en ocasiones reforzándose con preceptos también constitucionales— la de la no retroactividad de los mandamientos legislativos. En algunos casos, el axioma se redacta en términos ilimitados, según se ha hecho en el Art. 3 del código de la Argentina, cuyo texto hemos copiado en una nota de páginas anteriores. También tiene ese aspecto el inciso 1º del Art. 7 de nuestro código civil, pues ahí se declara de manera irrestricta: “La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo”. En otros cuerpos de leyes la redacción es más cautelosa y por lo mismo más próxima

a la realidad de la conducta del poder público a quien le corresponde dictarla; eso lo hallamos, por ejemplo, en el Art. 3 del código español: no tiene efecto retroactivo, a menos que la misma ley disponga lo contrario.

Insisto en reconocer a la última regla, a la del código de España, como mucho más próxima a la verdad que la de los otros preceptos referidos; pues excepciones lleva el principio, no obstante cualquiera declaración en contrario, en todos los países del mundo, so pena de perjudicar a la propia subsistencia del Estado. Por eso el código argentino tuvo que rectificar la noción mantenida en el Art. 3, mediante el precepto del Art. 5: contra una ley de orden público nadie puede pretender derechos irrevocablemente adquiridos. Y nuestro legislador se vió en el caso de explicar su pensamiento en los veinticinco números del Art. 7, donde se determinan la manera de resolver los conflictos entre una ley posterior con otra anterior, no dejando siempre en pie el verdadero respeto hacia los derechos ya adquiridos.

Sin embargo, algunos escritores españoles han criticado vivamente el contenido del Art. 3 del código de la Península, por creer que atentaba contra el gran principio de la no retroactividad, consagrando una omnipotencia legislativa del todo perjudicial a la justicia.

Efectivamente, para los partidarios del derecho natural, que no ven en el legislador sino el órgano social por cuyo medio se definen y aceptan los derechos propios de los hombres,

inscritos en la conciencia de éstos, la facultad de desvirtuar aquello que de manera legítima se adquirió, debe parecerles muy atrevido y arbitrario. Pero aún dentro de las más modernas concepciones sociológicas del proceso jurídico, el sentido de la justicia exige no aquilatar el grado de legalidad o ilegalidad de los actos, por reglas desconocidas o que no existían en el tiempo en el cual se produjeron. Mas ninguna de las dos aplicaciones lógicas han obtenido en la práctica realización estricta, por fuerza de las necesidades sociales contra las que no rara vez atenderían.

Y es preciso situar en su verdadero punto de vista a la idea formulada en el respectivo artículo del código español: se ha de entender que no consagra o faculta la arbitrariedad legislativa, sino que reconoce ese principio de política repetido con tanta frecuencia por la doctrina, donde se asienta que sólo al legislador le toca aquilatar la eficacia de los preceptos, en oportunidad y extensión, según las necesidades públicas apreciadas por su criterio. No desconozco que de esa manera puede convertirse el precepto en mera noción de conveniencia perturbadora de los determinantes de la justicia, o en esa arbitraria equidad predicada por Zachariae al órgano que dicta la ley; pero quizá controlado por otros organismos del poder se vayan limitando sus excesos.

Por de pronto, yo si me atrevo a mantener, que la teoría está llamada a procurar el esclarecimiento de la extensión y los casos en que la

autoridad legislativa se encuentra capacitada para declarar la retroactividad de los preceptos; y supongo que una política oportuna de máximo valor igualitario entre los súbditos, hará desaparecer o atenuará en mucho los peligros de excesos capaces de amenazar la marcha de la vida jurídica individual. Por otro lado, en la práctica ordinaria de las naciones de hoy, el peligro amenazante es el contrario: la presión de los intereses particulares (de las clases o grupos dominantes) obstaculizan los legítimos anhelos sociales. Sólo en los momentos de una revolución triunfante que trae un cambio de régimen, el desconocimiento excesivo de los derechos adquiridos puede ser una amenaza cierta, sobre todo para los vencidos; pero es ésta una consecuencia inevitable de cualquier régimen de fuerza.

De todas maneras, la no retroactividad es un principio de justicia legislativa que no debe desatender el legislador sin graves motivos que lo impongan; pero la correcta marcha social y la de sus instituciones, tienen que primar sobre cualquiera otra consideración.

Otra vez hemos vuelto los ojos, sin pecarnos, a la ley jurídica fundamental que regula el ritmo de los intereses particulares, dentro del tono y la armonía de la vida colectiva y sus exigencias.

IV

La manera de situar el problema por parte de Savigny y sus inconvenientes.

No toda ley debe considerarse dictada únicamente para aplicarla en el porvenir, hay algunas por cuyo propósito social y fin previsto, serían ineficaces o por lo menos de insuficiente eficacia, al no declararlas de efecto retroactivo.

Si un régimen político sustituyendo al anterior declara prohibida la propiedad de los particulares sobre los inmuebles situados en la República, ¿podrán los antiguos propietarios que adquirieron bienes raíces de manera legítima, alegar la condición de derechos adquiridos para conservarlos? El precepto quedaría entonces como no dictado, o a lo menos resuelto para un futuro más o menos lejano. Y esto en caso de aceptarse en forma restringida el significado de aquel derecho: para sólo las condiciones actuales de la facultad jurídica, pero no para sus naturales efectos. Cosa todavía muy discutible dentro del sistema de la retroactividad. Al comprender los derechos adquiridos en toda su plenitud y la integridad de sus consecuencias, los peligros serían todavía mayores.

La misma antigua jurisprudencia francesa, la más apegada al principio de la no retroactividad, contempló siempre la excepción de las leyes relativas al derecho público. Y refiriéndonos a Savigny, ya hemos visto como distingue

dos categorías de leyes, unas retroactivas y otras que no lo son, a causa de su objeto: las segundas por cuanto sólo se refieren a la forma de adquirir los derechos, y, aquéllas porque han tenido por propósito suprimir una institución o modificarla en su naturaleza.

En posición opuesta a la de investigar el fin perseguido por cada precepto en la vida social, Borneman quiere se induzca únicamente de la voluntad legislativa sobre la extensión de eficacia en el tiempo de la ley, cuáles quiere mantengan el atributo de su irretroactividad y cuáles no; hay leyes dictadas con calidad de duración ilimitada, cuyo efecto por lo mismo puede prolongarse al pasado, siendo otras de duración limitada y excluidas de la retroactividad. No hay aquí regla para el legislador y sí sólo su exclusiva decisión.

Con toda evidencia, los preceptos correspondientes al derecho público prevalecen sobre los anteriores desde el momento de comenzar a regir, quedando desde ese instante sin valor, cuánto en la regla distinta precedente habría tenido legitimidad. Así, sustraídas a la potestad de un funcionario determinadas facultades o poderes, no le será permitido alegar la ley del tiempo de su posesión en el cargo para seguir ejerciéndolos. Y lo que decimos de las potestades se aplican a los nuevos deberes, obligatorios desde el momento en que se los prescribe. Respecto de ciertas gestiones administrativas se ha hecho aplicación de ese criterio, quizá excediéndose del espíritu que informa nuestro actual

sistema legislativo; pues se ha declarado por la Corte Suprema de Justicia del país, que con sólo variar en el presupuesto del Estado la cantidad asignada para el pago de cierta pensión de arrendamiento contratada antes legalmente por el Gobierno, el contrato quedaba modificado en esa parte; hay pues el efecto retroactivo del acto del legislador, mudando un compromiso contractual sin la intervención de las dos partes.

Pero no son de pertenencia exclusiva de las leyes de derecho público o que organizan los poderes del Estado, esas calidades de retroactividad; hay además otros muchos preceptos para cuya perfecta realización social se los ha de dotar de los mismos atributos, y entre ellos los de nuestro supuesto anterior, cuando se ha decidido prohibir entre al patrimonio de los particulares determinada especie de bienes.

Hay quienes pretenden descubrir en la teoría de Savigny sobre la retroactividad de las leyes o su irretroactividad, el origen de la ya mencionada opinión, de antigua fecha, que al separar los preceptos en dos grupos a propósito de los efectos que estudiamos, los califica relacionándolos con su pertenencia al derecho público o al derecho privado. Sin entrar a desvanecer o confirmar este criterio y sea cual fuere la verdad de semejante afirmación, (1) debemos reconocer desde luego que el sabio romanista superó en

(1) Puede verse en el tomo anterior este aspecto de los razonamientos de Sarigny, cuando estudiamos la teoría del orden público.

gran manera, gracias a adecuados análisis, las precedentes enseñanzas sobre la materia; sobre todo al inquirir para clasificar adecuadamente cualquier regla, cuál fue el fin o resultado que se propuso con ella el legislador. Sin embargo, es necesario declarar que son insuficientes los resultados a los cuales llega, para darnos mandamientos prácticos y aprovechables en las diferentes circunstancias en que le sea indispensable al juez o intérprete acudir a la doctrina.

Los conceptos mismos quedan indefinidos y fluctuantes en gran parte dentro de semejante teoría. ¿Cómo encontrar un criterio suficientemente firme, por ejemplo, para afirmar que una ley se propone de modo exclusivo reglar la manera de adquirir derechos para los particulares y cuándo va a modificar en su naturaleza la respectiva institución? ¿El desvanecimiento de ciertos derechos, con frecuencia, no se debe haberse establecido o defender otro u otros sistemas de arreglo social? Supongamos que una rigurosa y extrema idea de defensa de la propiedad particular para mantenerla firmemente establecida, hiciera se declare sin lugar a prescripción toda clase de derechos o determinada especie de bienes. ¿Deberá declararse entonces sin valor o desaparecidos los derechos cuyo dominio nos pertenece por haberlos adquirido antes por la prescripción?

Ante todo hace falta calificar los propósitos de la ley, en el criterio del Profesor alemán. Y dentro del ejemplo cuyo análisis hacemos: al declarar imprescriptibles todos o algunos dere-

chos, ¿se destruye o modifica una institución, o sólo se refiere el precepto al modo de adquirirlas, negando una de las antiguas formas reconocidas? En gran medida la manera de calificar dependerá del concepto que sustentemos bajo aquella designación de instituciones: o nos referimos únicamente a las fundamentales —en el sentido en el cual queda explicado precedentemente— (1); o le damos un alcance mucho más extenso y general, cual es el de todo organismo, fundación o régimen de derecho establecido por obra del legislador, para arreglar un cierto orden de relaciones jurídicas.

Empleando el término con el segundo de los significados descritos, habríamos de calificar el objeto de la ley supuesta: como dirigida a suprimir la institución, si declara todo derecho imprescriptible; o a modificarla en su naturaleza, si sólo excluye de esa forma de adquirir algunos derechos o bienes determinados. Con semejante calificación debiera declararse al precepto retroactivo, y dentro de la lógica de la doctrina comentada, habrían de desvanecerse los derechos obtenidos por tal medio, con eficacia contraproducente respecto de aquella seguridad y firmeza del dominio, perseguidas.

Mas al aplicarse de manera exclusiva el nombre de institución a aquellas fundamentales y básicas en el vivir social de una cultura —en las sociedades políticas de nuestros tiempos, su-

(1) Véase el tomo segundo de esta obra.

pongamos, la familia monógama y el dominio particular dentro del derecho privado; y en calidad de tendencia o ensayo, la organización obrera— encontraríamos que la facultad adquisitiva por prescripción, no significa sino una forma o manera de adquirir la propiedad trasmitiéndola de un patrimonio a otro, y en tal caso la irretroactividad debiera ser la regla.

No se ha preocupado de hacer en esos términos el análisis Savigny, penetrando en tan sustancial diferencia. De ahí el impresionarnos su doctrina como llena de vacíos y de excepciones, a cuya rectificación se procedía a cada instante por obra del propio iniciador o de sus continuadores.

Deducidos de manera directa de los motivos ya explicados, brota en nosotros este otro reconocimiento: tampoco los derechos adquiridos se constituyen a perpetuidad e inmutables, por más que subsistan las instituciones sobre las cuales se mantienen y su sentido general. Deferida una herencia, el legislador puede gravar con mayores o menores cargas a los copartícipes, los cuales estarán obligados a someterse a todos esos cambios mientras no lleven a efecto la partición. Declarado el derecho de cierta clase de hijos para exigir a sus respectivos padres alimentos congruos, si después del auto o resolución que los concedió, viene el precepto que limite sus derechos a sólo los alimentos necesarios, cabe pedirse con semejante argumento la modificatoria del fallo pronunciado.

Claro que si en el sistema preconizado por Savigny el criterio legislativo tiene una importancia indudable para calificar la naturaleza del precepto que sustenta, pero el concepto formulado por el autor, es al mismo tiempo guía poderosa que informará el pensamiento legislativo o lo ha de suplir cuando no ha sido expresado; pues se preocupa del significado intrínseco del mandato para el respectivo arreglo social, que no se somete jamás al mero capricho o decisión momentánea de las autoridades de un Estado, según lo han mantenido algunas teorías, y entre ellas la debida a Borneman. Deben existir siempre algunas reglas para la conducta racional del respectivo legislador, y desde luego las nacidas de la naturaleza del acto regulado; y por eso, decir que la retroactividad o no de la ley, se ha de resolver por la decisión expresa o tácita de quien legisla, es inhibirse de resolver problema tan capital.

Los excesos a que condujo en la práctica la rigurosa y estricta separación de las leyes en dos grupos netos, con su divisa o atributo permanente, se ha querido corregir en nuestros tiempos, declarándolas únicamente de preferencia retroactivas o irretroactivas. Está muy en lo justo Simoncelli, cuando nos dice que el modo de comportamiento de un mismo grupo de leyes o cualquiera de ellas, no puede ser idéntico en presencia de hechos o circunstancias diferentes acaecidos antes de su vigencia. El predominio del interés privado o del público vuel-

ve preponderante (no exclusivo) el carácter de retroactividad o no retroactividad de la norma.

Coherente con esta tendencia es la opinión de la mayoría de los autores, que piensan no se puede dar principios generales sobre la materia, debiéndose atender al exclusivo reconocimiento de datos circunstanciales, que, relacionándose con las condiciones de las respectivas leyes y la naturaleza de las potestades asignadas al sujeto por ellas, sugieran en todo caso la regla de preferencia.

Esta doctrina sin embargo viene amenazada en muchos de sus expositores por graves escollos, pues se tiende a confundir las calidades intrínsecas de los preceptos —de donde procede su retroactividad o no— con el derecho particular garantizado por ellas a los individuos; de ahí el incorporar y hacer que dependa rigurosamente la noción de la no retroactividad de la idea del derecho adquirido. ¿Se ha llegado a establecer de modo definitivo un derecho? Pues desde entonces su eficacia es incommovible, nos dirán, y no hay precepto alguno capaz de desvirtuarlo. ¿O se trata puramente de ciertas facultades o espectativas, o de actos de mera tolerancia de la ley? En tal caso el nuevo mandamiento legislativo tiene pleno poder para destruirlo. De ahí el frecuente afanarse de los expositores por señalar la noción de los derechos adquiridos como indispensable antecedente a que se fije cuando cabe la retroactividad.

V

El derecho social como antecedente de la retroactividad de las leyes, y la importancia de los problemas planteados en esta materia por el reconocimiento del estado civil personal y los derechos que confiere.

No estoy de acuerdo con el último planteamiento recordado. No se trata de una sola cuestión a discutirse, con aspecto doble o múltiple, sino de dos problemas, aun cuando cada uno de ellos se encuentre con el otro íntimamente enlazado y con efectivas interdependencias. Existan o no derechos adquiridos por los particulares, algunas leyes retrotraen en sus efectos, y si encuentran a su paso semejantes derechos, los destruyen.

Retornemos a uno de los ejemplos insinuados en una de las páginas precedentes, para buscar por él y en él las convenientes aplicaciones. Por compra hecha al dueño legítimo con todos los requisitos de la ley vigente e inscrita en la Oficina del Registrador de la Propiedad, me pertenece un fundo —el derecho adquirido es indudable—; pero viene con posterioridad otro sistema legislativo por el cual se prohíbe la propiedad privada de esa clase de bienes, y me veré desprovisto de mi derecho por legítimo que hubiere sido y por fuertemente establecido que se lo suponga. En sentido contrario, leyes que en general retrotraen pueden

mantener ciertos preceptos como inconvencibles dentro del antiguo sistema a pesar de los cambios actuales, respecto de aquellos negocios surgidos durante su vigencia. Así, siendo las leyes que arreglan los procedimientos retroactivas por naturaleza y debiendo aplicarse por tanto no sólo a las acciones nacidas de contratos que en la actualidad se celebran sino también a aquellos que lo hicieron bajo la vigencia de precepto anterior, o suponiendo de modo más preciso esa divergencia entre el instante de nacida la acción y cuando se la emplea, manteniéndose sin embargo entre otras pocas excepciones, la prevalencia de las leyes antiguas para señalar la prueba suficiente del contrato.

Y junto a la posición correspondiente al intérprete para juzgar del mandato legislativo, aparece la exigencia de saberse que se entenderá por adquisición de derechos y por meras expectativas. Quien adquiere hoy el dominio de algunos bienes, de los cuales podrá disponer libremente por acto entre vivos o por testamento, según lo hallamos redactado en el precepto legislativo actual; ¿igual lo conservará cuando distinta ley lo limite o someta a determinados requisitos o trabas no cumplidas por el propietario? Creo que no.

Por lo expuesto se comprende como la teoría está lógicamente obligada a tratar por separado de una y otra cuestión. Mas ¿por qué datos o reconocimientos habremos de guiarnos para encontrar el justo punto de referencia en materias tan complicadas?

Dirigido el pensamiento por lo pronto al aspecto planteado por las calidades intrínsecas y espíritu animador de la ley, y limitándonos a sólo las de derecho civil o privado; veamos si puede servirnos de contrastación suficiente aquella cuyo empleo hicimos a propósito del orden público y que la formulamos con el sentido de un derecho social frente a otro de carácter predominantemente individual.

Emprendiendo un análisis que penetre en grado bastante dentro de la naturaleza de los preceptos que corresponden al derecho social, cabe hallarse manteniendo la común nota específica del fin u objeto colectivo: reglas que inmediatamente dicen relación al sujeto particular dotado de las propias calidades jurídicas, y otras a la economía social o también al orden y la armonía en la existencia del grupo. Entre las primeras podemos recordar las relativas al estado civil de las personas: pertenece al derecho social y no al particular sus mandatos, por cuanto se preocupan de organizar los elementos de vida colectiva representando el interés de ordenar cada población dentro de su Estado; pero ejerciéndose esa actividad administrativa sobre sujetos capaces por sí de tener derechos, se reconocen límites mayores o menores a la plenitud de iniciativa del legislador en la materia. Pertenecen a la segunda categoría, ya el mutuo arreglo y relación entre el patrimonio individual y el de la comunidad, como cuando se aumenta o disminuye el uno con perjuicio o para beneficiar al otro; o se pretende una nueva

ética social en el arreglo de las relaciones particulares, al prohibir supongamos la contratación de sus servicios a los trabajadores por un tiempo más largo que un cierto número de años, o con un trabajo mayor que el número de horas determinado en la semana por la ley o con un salario inferior al mínimo mandado. Veamos cuáles serían las consecuencias de la nueva ley dictada dentro de cada uno de los tres aspectos consignados.

Estudiamos ya el estado civil de las personas en su significado jurídico individual y su importancia en la disciplina de las fuerzas colectivas; y desde entonces lo vimos adscrito, constituyendo una unidad civil con el sujeto, siendo su investidura o máscara como decían los romanos; investidura a la cual corresponde en lo jurídico el otorgamiento de derechos e imposición de cargas. Las más importantes y generales consecuencias en la vida de las personas se determinan sometiéndose a tal estado, incluso el de formar parte de una sociedad política determinada, ser ciudadano de una patria.

Probablemente del reconocimiento de las anteriores verdades y de las graves consecuencias originadas en ellas para los procesos del derecho, se ha impuesto esta declaratoria: el estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, permanecerá aun cuando dicha ley deje de regir (Nº 2º del Art. 7º de nuestro Código Civil). Pero agrega el legislador ecuatoriano: los derechos y obligaciones

que procedan de ese estado civil se regirán por la ley nueva, ora constituyan nuevos derechos y obligaciones, o modifiquen o deroguen los antiguos.

Encuentro aceptables las reglas de nuestro código, siempre que se las completen y expliquen con determinadas especificaciones, como me prometo hacerlo muy pronto; más reconozco que no toda la jurisprudencia y la teoría están de acuerdo en la materia, y, por el contrario, que una valiosa y fuerte tendencia se presenta opuesta a esa manera de reglamentar.

Laurent, considerando que respecto a los problemas del estado civil el interés particularmente afectado es el público y no el individual, asigna a las leyes que le rijen fuerza absoluta de retroactividad. Y al argumentar en la materia bajo el punto de vista del sujeto a quien afectan tales cambios, también cree justificarlos con el especioso razonamiento, de no modificar en nada su patrimonio, desde que no puede decirse, alega, que el estado civil forme parte de ningún patrimonio por no constituir un objeto negociable.

Menos riguroso y general, pero sin duda más arbitrario es el sistema mantenido por Duvergier, cuando separa a los hechos que influye en el estado civil de la persona según su voluntariedad o independencia del querer particular, para declarar a los primeros exentos de cualquier efecto retroactivo de la ley nueva y sí sometidos a ellos los demás. Con objeto de fijar el sentido de la doctrina, talvez debiera compren-

derse en el primer grupo los designados en la técnica del derecho con el nombre de actos jurídicos, y en el segundo los hechos y circunstancias accidentales de donde se deducen por la ley algunas consecuencias para el estado de las personas. De todos modos, no encuentro el fundamento suficiente para semejante distinción. En último término el resultado para el sujeto procede siempre de la ley, la cual actúa sobre hechos voluntarios o no, para conferirlos ésta o la otra consecuencia; o mejor que hablar de hechos voluntarios o no voluntarios, debemos decir dispuestos o no por el individuo para el resultado que se obtiene. Del matrimonio nace la calidad de cónyuges legítimos para quienes lo contrajeron, por la libre decisión de ellos para poner los medios convenientes con tal objeto; y también del matrimonio nace la condición de legítimos atribuidos a los hijos concebidos en él, por más que los progenitores no hayan pensado en semejante evento superviniente o los haya contrariado, siendo sobre todo imposible presumir la voluntad del niño que nace con aquel estado civil. No veo suficiente motivo para conservar la indicada legitimidad respecto de los esposos durante la vigencia de otro régimen, si se la niega a los hijos.

Ricci relaciona fundamentalmente el asunto con el aspecto de los intereses en juego, y, considerando al estado y capacidad de las personas como afectos al interés público y no al particular, formula la plena eficacia de la ley nueva sobre la anterior. No hay real conflicto de dere-

chos, afirma, y sí únicamente de intereses. Mas el autor encuentra necesario dar importantes explicaciones en lo relativo a los límites dentro de los cuales se ha de entender preferente la ley nueva sobre la antigua, desde el instante de su promulgación; sólo lo será, declara, en cuanto su aceptación no produzca efectos retroactivos. El matrimonio legítimo contraído en conformidad a la ley anterior continúa siéndolo aun cuando la nueva exija otros requisitos, la paternidad legítima se conservará a pesar de todo cambio posterior en el precepto al cual se debe la legitimidad. Y para resolver en cualquier caso analiza, si hubo verdadera adquisición de derechos o sólo posibilidad o esperanza de adquirirlos.

La doctrina mantenida por Ricci llega así, me parece, por sucesivos atemperamientos a los mismos principios del Art. 7 del Código Civil ecuatoriano, sobre el estado civil de las personas. También aquí la regla del N° 1° mantiene el principio generalísimo así redactado: "Las leyes que establecieren para la adquisición de un estado civil condiciones diferentes de las que prescribía una ley anterior, prevalecerán sobre ésta desde la fecha en que comiencen a regir". Habrá de tenerse muy en cuenta que no parece obstar este precepto, a la ya recordada regla del N° 2, donde se declaraba definitivamente adquirido un estado civil aun cuando varíen después los mandamientos sobre su constitución.

Pero no es rigurosamente exacto decir que el estado civil se conserva una vez adquirido,

sean cuales fueren las modificaciones legislativas posteriores; pues hay algunas capaces de afectarlo fundamentalmente, esto sobre todo en el caso de desconocerse o rechazar en adelante su propia existencia o razón de ser. Si se dispone que en lo sucesivo no se distinga entre hijos legítimos y naturales, o se suprime la especificación de esta clase de hijos llamándolos sin distinción a cuantos nacieren fuera del matrimonio ilegítimos, o ya no se reconose la existencia de hijos sacrílegos ¿conservarán no obstante semejantes calidades desaparecidas quienes las tenían con anterioridad? Me parece que no.

El estado civil no tiene los caracteres de cualquier otro bien o derecho del individuo, es particularmente valioso y de consecuencias incomparables: nacido en el presente, abarca un futuro extensísimo y no rara vez toda la vida del individuo, en una serie continua y eslabonada de consecuencias. Romper esta serie es causar graves daños al sujeto y sin gran beneficio para la respectiva sociedad, no afectada de modo fundamental porque unos cuantos individuos hayan adquirido cierta situación jurídica por medios distintos de los prescritos en la actualidad. Otra cosa sucede cuando motivos de necesidad pública evidente, exigen un mandamiento general para grupos de personas cuyas calidades de derecho hace falta modificar; se suprime, supongamos, la calidad de ciudadano conferida a los nacionales extranjeros como premio a servicios prestados.

También estoy conforme en reconocer, que la regla de la no retroactividad no debe aplicarse a las prescripciones relativas a los derechos asignados a cada estado civil ni a las obligaciones nacidas del mismo. Para semejantes aspectos del derecho, la nueva ley prevalece sobre la anterior desde el momento de comenzar a regir; y esto aun cuando hubiere existido reconocimiento previo y hasta resolución judicial que adjudique o declare. Si viene una ley y quita al hijo natural el derecho de pedir alimentos a su padre y a éste la obligación de prestarlos, por más que el juez le hubiere condenado en adelante no podrá exigírselos.

He ahí el derecho social influyendo en forma diferente para los efectos de la retroactividad, según el carácter u objeto de los derechos adquiridos, en conexión con los fines colectivos atribuidos a ellos. Si la existencia del respectivo estado civil queda derogada, nadie puede fundar en él facultad ninguna; si subsiste pero se le organiza en otra forma y se le dota diferentemente, sólo las nuevas facultades podrán ejercitarse en adelante.

En sentido contrario, las prescripciones de la restitución *in integrum*, tienen, de modo manifiesto y directo, por objeto el interés particular y la ética de las relaciones individuales; pues significan protección acordada a determinadas personas en razón de las condiciones subjetivas en que se encuentran. No se trata inmediatamente de la organización social, si bien en definitiva todo reglamento debe tender a causar la

armonía en la vida de sus componentes dentro de cada sociedad. Y no obstante aparecer con carácter privado el asunto, habrá de considerarse retroactiva la ley que lo restringe o amplía. Significa la prevalencia de los conceptos éticos dentro de cada grupo.

El derecho social y el particular nos conducen a consecuencias semejantes en orden a la materia cuyo estudio hacemos, pero inquiramos algo más en lo relativo al aspecto patrimonial.

Hay circunstancias en las cuales los derechos adquiridos prevalecen sobre los arreglos económicos de los patrimonios particulares, aun cuando los respectivos mandamientos se relacionen con la seguridad y firmeza en el arreglo de la vida social, en tanto que otras circunstancias de género semejante imponen la retroactividad. Volvamos a la materia ya empleada como ejemplo, la de la prescripción. Si bien las cosas que por una nueva ley se declaran en lo absoluto imprescindibles, no pueden ganarse bajo su imperio por semejante medio aun cuando se hubiera principiado a poseerlas bajo aquella que lo permitía; pero a las ya adquiridas de esa manera habrá de reconocerse y garantizarlos. En tanto que si se saca del comercio ciertos objetos comprendidos antes en el patrimonio ordinario de los particulares, aun cuando estos lo hayan adquirido legal y definitivamente antes de la vigencia de la nueva regla, no podrán continuar ejerciendo su dominio en ellos. En uno y otro caso sin embargo puede estar interesado el

derecho social, como cuando se excluye del comercio los objetos del culto religioso.

VI

La categoría que se atribuye al precepto dentro de los fines del Estado influyen en su calidad retroactiva o no, pero no es determinante.

En vista de las varias aplicaciones señaladas en el párrafo precedente y de las observaciones hechas a propósito de ellas, nos es posible afirmar que seríamos defraudados en nuestro intento, si quisiéramos clasificar las leyes civiles en retroactivas e irretroactivas, atendiendo únicamente a su calidad de pertenecer al derecho social o al verdadero derecho particular. Sin embargo, no es posible negarnos a reconocer que el propósito social buscado al dictar un precepto, deberá influir de manera decidida en conferirle o quitarle el carácter de retroactivo.

Cuando el interés social y no la mera conveniencia de los particulares demandan nuevas fórmulas legislativas —nos atrevemos a afirmar— los derechos anteriormente adquiridos no subsisten en cuanto puedan atacar o dificultar el objeto cuya inmediata consecución social pretende la regla. Si el suelo del Estado debe socializarse, nadie tiene facultad para conservar dominio sobre ninguna parte de él; mas si la antigua forma de adquirir se cree insuficiente y se manda otra u otras, lo adquirido ya, vá-

lido es, pero no tendrá valor, si no se ha completado el proceso de adquisición antes de la vigencia de la última ley.

Próximo se encuentra nuestro reconocimiento al espíritu que informa el Art. 5 del código argentino, en capítulo anterior comentado; si bien en ese artículo hay que tomar el significado del orden público no en idéntico sentido del descrito por nosotros, o mejor, con alcance diferente. (1) Quizá nosotros nos permitiríamos redactar la regla en los siguientes términos: ningún derecho adquirido por el individuo puede contrariar el orden social que el legislador quiere mantener.

Como al estudiar el concepto del orden público y sus resultados dentro de la organización social, me fue dable decir existen ocasiones en las cuales semejante orden quedaría violado por la aplicación de distintos mandamientos a los negocios particulares ocurridos, mientras en otros casos no sufriendo aquel orden verdadera violación, se apreciaba sin embargo que las leyes concurrentes lo desconocían. También a causa de los problemas de la retroactividad de la ley nos es fácil descubrir: que el reconocimiento del antiguo derecho es a veces incompatible con el nuevo sistema social adoptado, mientras parece en otras representar la supervivencia parcial de instituciones desaparecidas, pudiendo vincularse sin esfuerzo

(1) Consúltese al tomo anterior de esta obra.

a algún aspecto de la vida jurídica actual y permanecer a su amparo; y existe en fin una tercera forma en la cual sin modificarse el aspecto jurídico en su contenido esencial, viene condicionándose por otros postulados del derecho o por el concurso de otras circunstancias. De estas tres posibilidades reconocidas en la materia: la primera impone la retroactividad del mandato nuevo —nada debe impedir se produzca el fin social buscado por el legislador— mas la segunda y la tercera pueden tolerar la subsistencia de aquellos derechos que ya los obtuvo el individuo de modo legítimo, en conformidad al antiguo precepto.

Por medio de los análisis que preceden, nos hemos hallado en situación de demostrar como, por la propia naturaleza, cabe distinguir entre aquellas leyes para cuya significación práctica y en vista de su eficacia será preciso atribuírlas la retroactividad, y aquellas otras no comprendidas en semejante exigencia. Pero aquí termina la concurrencia o identidad jurídica de ambas especies, pues las categorías a las cuales pertenecen cabe que sean muy diversas, según queda expresado. Y no es sólo eso, sino que además la clasificación no incluye de modo necesario la idéntica condición de cualquier negocio o asunto regido por mandamientos de ese orden, por el contrario, con alguna frecuencia se presentan derechos o situaciones jurídicas que correspondiendo a determinado grupo de preceptos o cayendo dentro de su esfera de influencia, excepcionalmente se

separan de las calidades genéricas para mantener mejor el objeto o fin que representan. Los reconocimientos y datos comprendidos en el párrafo subsiguiente, nos permitirán esclarecer semejantes afirmaciones.

VII

Los esfuerzos hechos por los jurisconsultos con el intento de definir el derecho adquirido, separándolo de las meras expectativas y de las facultades atribuidas al sujeto.

A propósito de los problemas que se plantean en la práctica al tratarse de la retroactividad de las leyes, no es bastante haberlas separado según que para su eficacia exijan o no su virtualidad efectiva respecto de acciones o sucesos perfectos antes de su vigencia; hace falta particularmente para cada aplicación a los sucesos ocurridos y a las situaciones que se desprenden de modo inmediato de ellos, contemplarlos en la integridad de sus antecedentes y consecuencias, con el objeto de saber cuando la aplicación de la ley nueva tiene un significado retroactivo, o sea, excede a sus condicionantes en el tiempo.

Al reconocimiento teórico y general, por parte del legislador y del juez, de no deberse aplicar de modo retroactivo los preceptos correspondientes al asunto discutido, sigue inmediatamente en el pensamiento de quien debe

aplicarlos este interrogante capital: ¿A que resultados o consecuencias de derecho —en el desarrollo del vivir jurídico— deberán aplicarse como reglas de legalidad los mandamientos de la antigua ley en lugar de la nueva, conservando íntegra la irretroactividad de ésta pero sin nada quitarle de la fuerza actual que le pertenece? La jurisprudencia ha respondido de ordinario: corresponde aplicarlas a aquellas consecuencias calificables con el nombre de derechos adquiridos. Mas ¿cuándo existe un derecho adquirido o cuál es la noción que con propiedad corresponde a este término?.

Hace más de un siglo (año de 1.826) señaló Blondeau la necesidad de distinguir, a causa de sus consecuencias, dos géneros de atributos jurídicos en el sujeto: los derechos adquiridos y las meras expectativas. Pero aun cuando adoptada y mantenida esta clasificación por la mayoría de los expositores del derecho y por ciertas legislaciones (1), no se ha llegado todavía a fijar de manera precisa los caracteres determinantes de uno y otro concepto, y mucho menos convertirse en claro sistema de práctica aplicación; y todo eso, pese al formidable esfuerzo realizado por conseguirlo. En las últimas épocas se ha acudido a un término más, con el objeto de salvar determinadas situacio-

(1) Las meras expectativas no constituyen derecho, declara el No. 6 del Art. 7º del C. C. ecuatoriano. Pero si nos da un ejemplo de expectativa un tanto discutible, no la define, como no lo hace tampoco en lo relativo a los derechos adquiridos.

nes intermedias y completar la doctrina, habiéndose de las denominadas facultades jurídicas.

Se comprenderá la importancia atribuída por la doctrina a esta parte de la investigación, desde el momento de pensarse que el título de derecho adquirido, después de todas las consecuencias de orden interno que el análisis pueda señalarnos, comporta una calidad más: la de influir en las relaciones internacionales y su sistema válido de derechos, como veremos en el próximo capítulo.

Los modos de definir los diferentes conceptos que se mantienen sobre la noción del derecho adquirido, pueden quizá agruparse en cierto número de tendencias, cuyo significado me permito calificar en la siguiente forma:

A).—La menos científica y de escaso valor real, que de acuerdo con la opinión de Chabot nos ha de decir: "Son derechos adquiridos los conferidos definitiva e irrevocablemente antes del hecho, el acto o la ley que quiere oponerse para impedir el íntegro goce de tales derechos" Con esos determinantes específicos nada hemos adelantado respecto a la nota diferencial que nos permita distinguir el derecho adquirido de las meras expectativas o de las facultades jurídicas pertenecientes al sujeto, y no hace sino ampliar el mismo concepto vago en las dos palabras contenido.

En efecto ¿cuándo hemos de decir que un derecho está definitiva e irrevocablemente conferido? Cuando se lo pueda calificar con el nombre cuya noción investigamos, tendrán que responder los autores pertenecientes a esta tendencia; y entonces, ninguno de los calificantes es capaz de ser explicación del otro. Con todo, pronto habremos de ver que ciertas definiciones del mayor valor en este orden de los conocimientos, tienen sus puntos de contacto con la transcrita de Chabot, induciéndonos a creer que hay algo de fundamental en ella o encierra a lo menos promesas fecundas en desarrollos.

Duverguier vuelve sobre el concepto de la definición que comentamos, y en algún sentido lo completa o a lo menos lo aclara; llamando derechos adquiridos a aquellos que pueden ejercitarse actualmente y a los cuales el poder público debe protección contra cualquier ataque procedente de terceros. Entonces, toda facultad o cualquier poder contenido abstractamente en la capacidad de obrar se hallaría en ese caso. El menor púber tiene en la actualidad y dentro del régimen estatuido por nuestro código, facultad de hacer testamento, y si alguien pretende impedirle, le corresponde acudir a las respectivas Autoridades públicas en solicitud de amparo de semejante atribución. ¿Diremos por lo mismo que la facultad de testar es un derecho adquirido por el menor púber aún antes de ejercitado por él? Creo no sería aceptada la consecuencia ni por lo mismo Duverguier,

demostrándose por tal razón lo inadecuado de su manera de definir.

B).—Se comprende en este grupo a aquella tendencia a considerar el derecho adquirido como un enriquecimiento o aporte económico sobrevenido a nuestro patrimonio, y cuyo aumento es susceptible de valoración efectiva. Explicase desde luego entonces el respeto de que se le rodea, por la tradicional tutela o resguardo del legítimo derecho de propiedad. En este sentido se expresa Merlin. Laurent se halla impresionado de seguro por el mismo criterio, cuando al razonar a propósito del estado de las personas y su capacidad civil, afirma la retroactividad de las leyes que los afectan: por no tratarse de algo que hubiera entrado ya en nuestro patrimonio ni ser objetos sobre los cuales se pudiera contratar.

Y ha aceptado Murlon bajo el título de derechos adquiridos, a aquellos que habiendo entrado en nuestro patrimonio no pueden sernos arrebatados por nadie; ora se presenten como puros y simples, ora como sometidos a una condición. Aparece aquí una discrepancia entre los jurisconsultos, muy digna de anotarse: mientras para Murlon el derecho concedido condicionalmente es derecho actual cuyo ejercicio está en suspenso; Duverguier opone el plazo a la condición, por cuanto en el primer caso hay un derecho desde el instante de constituirlo y no en el segundo; no obstante que en esta última circunstancia, cumplida la condición se retrotrae el asunto jurídico al tiempo de

su establecimiento y se lo regula por la ley entonces vigente.

Si se analiza detenidamente el contenido de esta tendencia, habremos de encontrar entre los jurisconsultos adictos a ella por lo menos dos afirmaciones en lo absoluto falsas.

Desde el primer momento nos toca declarar, que en el patrimonio de las personas no se ha de incluir exclusivamente aquellas posibilidades suyas de apreciación monetaria y sobre las cuales le sea posible contratar o disponer, sino mil otras circunstancias personales que, sin tener un valor monetario en sí mismas, influyen incluso en el crédito y posición económica del sujeto, ya de modo directo, ya de manera indirecta; como pudimos explicar en el tomo primero de este tratado. Mas, considerado el patrimonio en los términos que lo hacen los jurisconsultos a quienes refutamos en este instante, tendríamos que descontar una serie de calidades de derecho de importancia inequívoca y que merecen la protección decidida del legislador desde el momento de establecerse y de modo continuo, por más que varíe el propio concepto sobre la manera de establecerlas. Así, el hijo legalmente legitimado conservará la calidad de tal, aun cuando la ley posterior exija nuevos requisitos no cumplidos; el matrimonio llevado a cabo conforme a una ley no se invalidará porque después se formulen nuevas causas de impedimento, en que podrían estar incluidos los cónyuges.

C).—Corresponde a la tercera tendencia la opinión de quienes deducen la calidad de adquirido para un derecho, de la circunstancia de haberse producido el hecho en que toma su origen, dentro de las condiciones previstas y protegidas en ese momento por la respectiva ley.

Esta tendencia debe subdividirse en varios subgrupos que, manteniendo posiciones próximas, representan grados diferentes de integración del sistema o de profundidad del análisis.

a).—Savigny con la fuerza de convicción por él acostumbrada, nos habla de que la idea del derecho adquirido es correlativa: 1º A una cosa que es materia u objeto de adquisición; 2º A una persona a la cual esta adquisición se refiere; y, 3º A una ley que consagra la legitimidad de las relaciones establecidas entre el objeto adquirido y la persona adquirente.

De las enseñanzas del sabio jurisconsulto alemán podía proceder una serie inmensa de perspectivas jurídicas, y de hecho parece haber procedido las más valiosas teorías modernas sobre la materia. El resultado pleno no se produjo en Savigny, por limitaciones puestas por el mismo autor a la íntegra resolución de los problemas. No desvinculó perfectamente la noción de derecho adquirido de la idea de patrimonio económico —en el sentido criticado por nosotros— y únicamente se refirió —al hablar de los hechos productores del derecho— a aquellos ocasionados por decisión de la voluntad del agente para resultados previstos por él, o sea los que en la técnica actual del derecho se

denominan actos jurídicos. Queda por lo mismo fuera del campo de la contemplación un amplísimo conjunto de derechos adquiridos.

b).—Gabba rectifica las dos limitaciones que hemos criticado en Savigny, defendiendo eso sí en lo sustancial y con grande empeño la doctrina del jurisconsulto alemán. La idea de patrimonio a la cual Gabba se refiere parece ser, con no mucha diferencia, la extensa idea que nosotros hemos sustentado sobre la materia; esto es, el conjunto de posibilidades jurídicas atribuidas a la persona. ¿Y el hecho productor de los derechos? Cualquiera circunstancia o motivo que les de efectividad: ya consista ello en hechos o actos personales, o a una especie de investidura de atributos conferidos directamente por el legislador en vista de las circunstancias del sujeto. Mas, las indicadas circunstancias califican derechos adquiridos, únicamente cuando se adscriben a nuestro patrimonio para formar parte de él: cuando el hijo nace legítimo dentro de una familia o se lo considera legalmente ciudadano de determinado país; cuando se ha contratado la adquisición de un mueble; o bien si se trata de garantías legislativas conferidas a los ciudadanos en vista de ciertas condiciones individuales y la calidad que les corresponde dentro de la respectiva sociedad civil y política: como al tratarse del menor impúber, del demente y de cuantos requieren un guardador para la buena marcha de la administración de los propios asuntos. Entre tanto, las facultades o atributos legales —capacidad legal— que

significan el supuesto para la adquisición de los derechos y la posibilidad de ejercitarlos, o las meras expectativas o esperanzas de obtener un derecho aún no conseguido por falta de ciertos elementos objetivos requeridos por la ley vigente, se someten, desde el momento de dictarse la nueva prescripción, a esta última, desvaneciéndose o modificándose a medida de ella.

Me parece encontrar en las enseñanzas de Gabba un esquema o iniciación de las ideas en torno de las cuales giran, en nuestros tiempos, la mayor parte de los sistemas relacionados con la materia de nuestro actual estudio: el derecho adquirido como el resultado último de la perfección jurídica del proceso prescrito por la ley en vigor; esto es, la plenitud obtenida dentro del derecho actual a que se halla sometido quien obra o a quien se lo atribuye. Quizá nos sea permitido incluir dentro de esta tendencia a determinados autores de pasados tiempos, por más que vacilamos al hacerlo, por ciertos elementos de criterio inconexos que en éstos se encuentran.

Demolombe contesta a la pregunta de ¿qué es el derecho adquirido? declarando: es aquel bien y debidamente hecho nuestro, con el cual nos hallamos investidos, de que nos hemos apropiado y que un tercero no podría arrebatarnos; por cuanto el hecho cuya consumación se produjo bajo el imperio de una antigua ley, es el principio generador, la causa eficiente y directa de tal adquisición.

c).—La relación del hecho con el derecho, toma mayor realce en las frases que a continuación copiamos de Baudry—Lacantinerie: “Por derechos adquiridos debemos entender las facultades legales ejercitadas y por meras expectativas las que no se habían ejercitado aún cuando se cambió la legislación. . . . Mientras no hemos utilizado las aptitudes, tenemos un derecho en el sentido de que somos aptos para adquirirlo conforme a la ley; y nuestra aptitud se manifiesta por el acto necesario para utilizarlo. El ejercicio de la facultad legal, por decirlo así, se ha materializado en este acto, traducido exteriormente por él, y constituye el derecho adquirido”. Es, una vez más, la preferencia concedida a la voluntad del sujeto; pero hay al mismo tiempo una conquista teórica alcanzada por el autor, consistiendo ésta en la de precisar el carácter de la coincidencia del hecho con la ley; principio que debemos mantenerlo firmemente y completarlo.

En presencia los expositores de determinados condicionantes jurídicos para la vida del sujeto que, no procediendo de un hecho suyo actual ajustado a la ley o que la viola, es no obstante efectiva potestad de la persona y no mera expectativa —la mayor edad del individuo, supongamos—; se han visto en la necesidad de crear un término medio entre el derecho adquirido y la expectativa, apareciendo entonces el

concepto de facultades, cuya condición ante la ley nueva era necesario precisarla.

Ricci describe la diferencia entre derecho adquirido y facultad, teniendo en cuenta que el primero procede de un título particular del sujeto a quien corresponde y la facultad de un título genérico o común, esto es la ley.

El título particular es el que vosotros os dais o atribuíis mediante una acción decidida con el fin de adquirir derechos, o efectuada sin ese propósito pero a la que el precepto vigente confiere tal eficacia; y se denominan facultades, a los poderes que atribuye la ley a la situación que vosotros teneis en relación con otros sujetos u objetos, aún cuando nada hagais hoy para constituirlos o aprovecharlos. Por ser propietarios de un suelo teneis facultad de edificar sobre él, pero si antes de edificar una ordenanza municipal os lo prohíbe o sólo os concede con nuevas y mayores limitaciones, no podreis reclamar contra aquella ordenanza bajo el pretexto de haber adquirido un derecho.

El pensamiento recordado del autor italiano ha sido repetido casi de modo textual por el Profesor Valverde y Valverde en su Tratado de Derecho Civil Español, al diferenciar el derecho adquirido, "que es en suma el derecho definitivo y perfecto al reunir las condiciones que el derecho exige para su validez", de la facultad. Sólo que Valverde parece dar mayor valor que Ricci a la intervención de la voluntad individual en el establecimiento de los derechos adquiridos, mientras que es atributo concedido por

el legislador la facultad, otorgado de manera espontánea y pudiendo por lo mismo retirarla cuando a bien tenga quien la concedió.

VIII

Determinación del aspecto jurídico designado por nosotros con el nombre de derecho adquirido.

Sin suponer que signifique la fórmula definitiva y única para resolver todos los problemas que se suscitan a propósito de la retroactividad de las leyes, la estricta designación de lo que sea un derecho adquirido —por los motivos apuntados en páginas precedentes— creo sí de grande interés tratar de esclacerlo, especialmente por lo que se refiere al juez llamado a aplicar a los hechos las normas jurídicas.

Y a propósito del propio papel encomendado al legislador: contrastado por las exigencias de la fórmula fundamental —el orden y la armonía sociales— de un lado, y de otro, por la presión humana de la justicia y la equidad en las relaciones entre todos los seres racionales; tenemos que la fijación de las circunstancias en que hay un derecho adquirido o no, determina la amplitud mayor o menor que a sus iniciativas puede corresponderle a medida del proceso jurídico perfecto o sólo en potencia de ser. Si nada suyo tiene hoy el individuo, no hay ninguna razón poderosa para conservar su expectativa a pesar de la mutación del sistema legal. Se presentan,

con todo, cierto conjunto de actos ejecutados ya, determinado proceso en marcha que lleva consigo una pérdida para el individuo en no raras ocasiones.

Eso, dentro del puro derecho interno, que en el orden internacional sube de punto la importancia del reconocimiento, a medida del nuevo título al respecto que mantiene, desvinculado en gran parte de la teoría de los efectos de las legislaciones sucesivas. Me hace falta por eso formular mis puntos de vista relativos a lo que se quiere significar cuando se usa la designación cuyo concepto investigamos; puntos de vista la mayor parte ya insinuados, al hacer la exposición de las diversas teorías sobre la materia.

Considero que debe designarse con el nombre de derechos adquiridos, a todas aquellas situaciones jurídicas personales o reales constituidas por el agotamiento de las condiciones previstas por la ley, para que se fije en un sujeto determinado título de derecho; sea esto por intervención de actos o hechos voluntarios o casuales de quien lo reclama u ostenta, o por haberlo decidido así el legislador. Lo mismo es —en este orden de reconocimientos— que yo adquiera una casa por compra a su legítimo dueño o me la adjudique la ley o el juez, a causa de mi parentesco con la persona difunta a quien perteneció; o bien que por mi trabajo me haya hecho dueño de determinadas riquezas o los azares de la acesión aumente mi caudal. Y todavía más, las adquisiciones obtenidas pueden consistir en bie-

nes capaces de valorarse o en objetos cuyo valor económico no se aprecia con facilidad, ni son transmisibles por voluntad de las personas ni susceptibles de ningún pacto o contrato privado. Tenga o no bienes el hijo emancipado —en las legislaciones donde la emancipación supone capacidad de obrar libremente— habiéndose producido de modo legal, constituye un derecho que puede hacerlo valer el individuo y, en mi concepto, debe inscribirse entre aquellas facultades que la nueva ley se halla obligada a respetar.

Cuando se han agotado los actos preparatorios y la figura jurídica queda perfecta, podemos apreciar en el suceso que la ley regula, su conformidad o no con ella, y en consecuencia aplicar la medida de la legitimidad o no al resultado obtenido. Si hallamos los requisitos de la ley cumplidos, habremos adquirido un derecho (a lo menos de garantía de la posición conquistada por nuestras acciones), pero nula será nuestra actividad, sin efecto o sometida a sanción, si hemos quebrantado las reglas dictadas. Esto cuando el hecho jurídico está concluido; mientras que si alguna o algunas de las acciones preparatorias faltan, habiéndose únicamente comenzado el proceso para su perfeccionamiento, no hay medida posible ni juicio de legalidad oportuno; nos hallamos en presencia entonces de una mera expectativa. Sin embargo, los actos que son preparatorios para un objeto dado, pueden ser acabados en sí con otro título de derecho: los actos posesorios base para

la prescripción, son en su propia sustantividad reconocidos y garantizados por las acciones posesorias; pero son meras expectativas, mientras no se cumpla el tiempo previsto, en lo relativo al dominio.

La emancipación voluntaria supone: cierta edad del emancipado, la voluntad del padre de emancipar (expresada con las solemnidades legales) y la aceptación por parte del hijo. Si suponemos que padre e hijo están de acuerdo en la emancipación, pero no se ha otorgado el respectivo instrumento público o no se obtuvo el consentimiento del juez con conocimiento de causa (Art. 262 del C. C. ecuatoriano) y viene nueva ley a imponer mayores requisitos; no podrá alegar el hijo un derecho adquirido para que se exijan respecto de él únicamente las reglas del antiguo precepto. Mas, cuando se fijó su calidad de emancipado de manera firme, creo que ésta debe subsistir no obstante todo cambio legislativo que no entrañe supresión de la facultad de cualquier forma de emancipación.

La duda es muy posible al tratarse de esta materia, entre los autores que mantienen el tercer elemento de la clasificación, la facultad jurídica; pues todo aquello del estado civil de las personas y su capacidad, parece pertenecer al indicado grupo. Sin embargo podemos anotar algunas calidades importantes de donde se proyectará intensa claridad sobre lo ficticio de la distinción proyectada, de ser la facultad mero atributo otorgado por la ley sin concurrencia de actos dispuestos para tal fin.

La calidad de hijo emancipado, volvamos a decirlo, sólo consigue el sujeto por virtud de una conducta arreglada en forma legal para ese resultado. Y ¿no podremos afirmar lo mismo de la mayor parte de los casos de adquisición del estado civil? Dos individuos contraen matrimonio para constituir una familia legítima ¿no nace de ahí la calidad legal de esposos y los deberes y derechos a ella inherentes y los ocasionados por la prole? Ciertamente que puede que no hayan pensado en la contingencia del advenimiento de los hijos ¿pero no es un resultado directo del voluntario acto matrimonial?

Como de la condición de propietario nace para nosotros el derecho de adueñarnos de lo que accede a nuestra propiedad, ya sean los frutos de una finca o el suelo que por aluvión se agrega ella; como del hecho de aceptarse una herencia se desprende y sobrevienen los sucesivos enriquecimientos, incluso los no previstos ni por el testador ni por el heredero; también los padres pudieron no pensar en los hijos que tendrían dentro del matrimonio, pero de ahí procede un estado civil que le conferirá derechos y le impondrá cargas. Esas son las consecuencias naturales del acto primitivo cuya condición jurídica discurrirémos pocas líneas después.

No creo necesaria la distinción de facultades jurídicas como título especial y particular en el derecho de las personas. A todo derecho adquirido vienen adscritas ciertas facultades, y también se las concede a cualquiera condición o estado de las personas. La distinción necesaria

mas bien aparece cuando discurremos acerca de la capacidad legal y la capacidad de obrar, o, con la técnica de nuestra legislación, entre estado civil y capacidad; reconociendo que la segunda es semejante a una condición suspensiva para el ejercicio actual de los atributos conferidos por el estado civil, o mejor, apareciendo con el aspecto de expectativa de derecho la capacidad legal y como derecho adquirido la capacidad de obrar. El no haberlo comprendido así ha ocasionado las prolijas disputas en torno a la mayor edad y su permanencia, entre otros aspectos jurídicos de las personas. ¿Cambiadas las condiciones para adquirirla —aumentada la edad, supongamos— se pierde la situación conseguida? ¿el mayor de edad volverá a ser menor por tal motivo? Los autores lógicos con su tendencia a distinguir la facultad de los otros aspectos jurídicos, consideran que sí; pero quienes se preocupan más que de la trabazón de la doctrina de la importancia práctica del asunto, rompen con la lógica del sistema para mantener, según lo hizo Ricci, la no retroactividad de la ley para calificar la mayor edad.

Fundamentos en que se mantiene el respeto a los derechos adquiridos y la extensión de sus consecuencias.

En vista de los antecedentes señalados, tratemos de justificar los fundamentos del respeto a

los derechos adquiridos y la amplitud en la cual corresponde reconocerlos.

Cada ley es la medida de los actos regulados por ella y rige sus consecuencias, he repetido más de una vez; pero la garantía de los actos ajustados a su reglamento sólo ocurre cuando éstos están concluídos en su proceso formulador del derecho y no cuando se hallan en vías de realización, cuando el indicado proceso está en trámite; lo cual exige para su plenitud muchas veces numerosas y largas escenas en las que debe participar el sujeto, ocasionando la falta de cualquiera de ellas la ineficacia de la sanción protectora o a lo menos en el grado que al perfecto derecho corresponde.

Mas los derechos adquiridos contienen un título jurídico para el individuo y además derechos y facultades inherentes a él: si adquiero por compra el dominio de un objeto de lícito comercio, me constituyo en su dueño; pero de este mismo dominio proceden múltiples facultades de uso, goce y abuso dentro de las actuales normas legislativas. Y en orden al objeto de nuestra contemplación, esto es de la magnitud de los efectos de las leyes nuevas, hemos de apreciar: que el título jurídico se conserva mientras el legislador no rechace la posibilidad de esa clase de realidades de derecho: seré dueño de la cosa en tanto que no se declare a tales objetos excluídos de cualquier patrimonio individual, sea cual fuere la forma de transmisión del dominio que posteriormente se prescriba y aún cuando fuere con calidad de única. Pero las potesta-

des que confiere aquel título jurídico serán siempre las señaladas por la última ley: el empleo que de mi propiedad puedo hacer, la posibilidad de incrementarla por accesión, el derecho de darla en arrendamiento o la obligación de cultivarla directamente; todo ello se somete al nuevo reglamento, se haya estado en uso o no de conformidad con la antigua práctica permitida. Y reflexiónese que por mi dominio obtuve todas esas posibilidades que, actualizadas en virtud de mis acciones, me han conferido derechos.

Por el hecho de reconocer con las formalidades legales en el instante del reconocimiento, y notificado el acto y aceptado por el hijo no legítimo, el padre que lo hace adquiere la calidad de padre natural de tal hijo, y la adquiere para siempre, mientras se mantenga esa calidad en la legislación. Pero las consecuencias jurídicas que de ahí se originan, los derechos y obligaciones que a la paternidad natural corresponden, serán en cada instante los designados por la regla vigente.

Un análisis completo y conveniente del proceso jurídico no deberá olvidar que hay otros aspectos del problema muy dignos de tomarse en cuenta, y entre ellos, el de que agotados los momentos que dieron realidad y perfecta eficacia al derecho subjetivo, comienza éste una vida de realización: no sólo en cuanto goza el particular de los inmediatos rendimientos de tal derecho, sino en cuanto pueden sumarse y venir a acceder a él en el tiempo nuevas potesta-

des y beneficios; los coherederos de una fortuna se harán dueños de los acrecimientos que le sobrevengan conforme a la ley. Y pueden citarse una multitud de casos semejantes.

¿Cuál es la situación de la nueva ley con relación a esas adquisiciones posteriores a la constitución efectiva de los derechos adquiridos? ¿Será preciso regularlas por los preceptos vigentes al tiempo de aparecer las nuevas formas, o será lo conveniente y jurídico apreciarlas teniendo a la vista los de la fecha del establecimiento de la causa fundamental u originaria de donde emanan? Es necesario aquilatar con la debida nota específica las situaciones para decidir la conducta. Algunas consecuencias parecen desprenderse tan inmediata y directamente del hecho inicial, estaban en algún sentido inscritas en él como momentos sucesivos de su normal desarrollo, y no exigían para aparecer hecho o acto alguno de las personas a quienes se las atribuye; que parecen legitimadas y calificadas por su origen, como su justo e inequívoco desenvolvimiento en el tiempo. Mientras en otros casos nos hallamos ante verdaderas y puras expectativas, representadas por eventos que pueden presentarse para dar origen a los respectivos derechos, exigiendo con frecuencia acciones ejecutadas por parte del titular.

Adquirido un patrimonio hereditario, por testamento o abintestado, adquiero al mismo tiempo todos sus enriquecimientos sucesivos, ya provengan de pleitos ganados u otros aportes ocurridos en el patrimonio del difunto. Aquí, más

aún que en los contratos condicionales, podemos decir lo que afirman de éstos gran número de jurisconsultos: el derecho existe y sólo su ejercicio está en suspenso hasta el instante de intervenir determinado requisito, conocido o desconocido, que trabaja para su efectiva plenitud: el derecho no nace del referido requisito, pero éste le pone en acción. Impresiona por sus calificantes estrictamente contrarios la siguiente circunstancia: si es cierto que al adquirir hoy una propiedad urbana, adquiero con ella, en conformidad a la ley vigente en este instante, el derecho de elevar mi construcción a cualquier altura; no me es dable alegar este atributo de propietario cuando nueva ley lo limite o restrinja antes de ejecutada la construcción, pues tal acción era necesaria para actualizar el derecho en potencia.

Sintetizando e insistiendo sobre mis opiniones a propósito de los graves problemas de la retroactividad de las leyes y el respeto debido a los derechos adquiridos, mantengo las siguientes posiciones jurídicas en la materia:

Precisa que haya ciertas reglas de lógica en el derecho y de justicia intrínseca que rija la conducta legislativa y presida sus decisiones; entre ellas, la que más inmediatamente se presenta a nuestra consideración ahora, es la necesidad de garantizar los actos particulares cumplidos de acuerdo con los preceptos vigen-

tes. Se me debe excusar la insistencia en materia tan delicada como la presente, pues la fórmula que repito me parece sustancial como medio de fijeza para las ideas: la regla legal que es medida del acto, sustenta un principio de organización social objetivo, el cual una vez cumplido, produce determinados beneficios particulares, subjetivos, garantizados por los propios poderes públicos. Previenen y sancionan, prescriben una conducta y determinan sus legítimas consecuencias. Y constitúyese semejante garantía para los individuos, de la conducta arreglada, en prenda de confianza y de seguridad de sus acciones para el sujeto.

Mas, cualquier derecho particular es respetable únicamente en la medida o proporción que no dañe a la prosperidad o buena marcha sociales pretendidas en cada reglamento de conducta. ¿Y cuándo diremos que tales efectos dañosos van a producirse? Indicios muy importantes son —si bien no los únicos— los señalados por Savigny: si la ley se propone derogar una institución o cambiar sus elementos fundamentales, en la parte que derogue o cambie prevalece inmediatamente sobre todo otro precepto anterior, y es también retroactiva en sus efectos, siempre que sea indispensable para el objeto que inmediatamente se propuso el legislador, entiéndase bien, el objeto social. Los derechos adquiridos nada valen frente a las exigencias de una correcta marcha colectiva.

En los términos anteriores queda determinado el deber legislativo, y del Poder judicial en

parte. Pero, reconocido por el juez que una regla legal no debe retrotraerse ¿a qué consecuencias de los actos pasados las aplicará? Sólo a los derechos que tuvieron su plenitud de realización —no de efectos— bajo la vigencia del precepto anterior, y a las consecuencias en el tiempo que directa o inmediatamente proceden de ellos sin las exigencias de nuevas acciones cumplidas por el individuo. Pero no sólo porque estos preceptos teóricos resultan en la práctica bastante indeterminados, sino porque, además, como todo teorema jurídico, mantiene cierta rigidez incompatible con la vida, la iniciativa judicial tiene que ser amplísima para calificar convenientemente y limitar lo excesivo de las consecuencias nacidas de la doctrina; por ejemplo, alguna protección compatible con las exigencias del derecho debiera otorgarse incluso al proceso jurídico no concluído, porque quien dirigía su conducta hacia un objetivo previsto por la ley y mediante los trámites impuestos, no es equitativo que se halle tan desprovisto de cualquiera garantía como quien nada hizo.

Algunos datos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Ecuador, sobre la materia de los derechos adquiridos.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo del Ecuador ha hecho algunas aplicaciones de las

reglas contenidas en los diferentes incisos del Art. 7 del C. C., y entre ellas las siguientes:

En el juicio Pérez-Villavicencio declaró: que no cabía la resolución del contrato de venta de un terreno, por no haberse pagado parte de su precio, a causa de no constar en él el pacto de la ley comisoraria exigido por el Código de Partidas vigente al tiempo del negocio; aun cuando posteriormente había entrado a regir el código civil que acepta distinto sistema. Las leyes españolas vigentes al tiempo del contrato —afirma esta sentencia— lo rigen no sólo en cuanto a su validez sino en todos sus efectos (Gaceta Judicial 1ª serie N° 43).

Ese mismo respeto a las leyes vigentes al tiempo del negocio que, según la expresión usada por nuestro código, se entienden incorporados en el mismo contrato, se descubre en la sentencia dictada en la causa del Banco Hipotecario contra Francisco Montalvo, en la cual éste se exceptuó alegando prescripción de la acción por haber transcurrido cinco años, que era el tiempo señalado por el nuevo código de comercio para los negocios en cuenta corriente. La sentencia negó la prescripción, por cuanto ella había sido dictada para aplicar a los negocios especialmente arreglados por el nuevo cuerpo de leyes bajo el título de contratos de cuenta corriente, nueva forma jurídica de creación reciente parece entender el Tribunal. De los fundamentos alegados en las sentencias de 1ª y 3ª instancia (aquéllos aceptados expresamente en ésta) se desprende que la Corte Su-

prema se excede quizá en el alcance atribuído a la regla 20 del ya mencionado Art. 7, considerando también la acción para reclamar en juicio incluídas entre las pertenecientes al contrato (G. J. 1ª serie N° 34).

En fin, en el juicio Castillo-Escalante se declara: que la prueba que ha de rendirse para justificar un estado civil, será la mandada al tiempo de adquirir dicho estado, y sólo la forma de comprobación se somete a la nueva ley. (G. J. 2ª serie N° 24).



Facultad de Jurisprudencia
DECANATO



CAPITULO VIGESIMO SEGUNDO

EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL ORDEN INTERNACIONAL

Diferencia en el orden internacional entre el reconocimiento de la legislación válida para el negocio jurídico y la aceptación y garantía de los derechos adquiridos.— Aspectos equivalentes y caracteres diferenciales de los problemas planteados por el respeto a los derechos adquiridos, en el orden interno y en el internacional.— Cuando se habla en el campo internacional de ese respeto, no se plantea de ordinario la sustitución para el asunto de varios sistemas de derecho sucesivos.— La distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas pierde una parte no escasa de su importancia en nuestra materia.— Las sentencias extranjeras, su reconocimiento y la fuerza de eficacia que conviene conferirles.— Los medios coercitivos que pueden emplearse para su cumplimiento.— Los derechos adquiridos ocasionados en contratos privados, cuando un condicionante extranjero los califica.

I

Diferencia en el orden internacional entre el reconocimiento de la legislación válida para el negocio jurídico y la aceptación y garantía de los derechos adquiridos.

La concurrencia mental de algunos determinantes teóricos, puede explicar ese carácter de doble aspecto de un solo contenido jurídico, con que designa un importante grupo de expositores la materia de la no retroactividad de la ley y las reglas de preferencia entre derechos varios aplicables en el orden internacional: llamándola a la primera, límites de la ley en el tiempo, y a las reglas internacionales calificándolas de límites de la ley en el espacio. Pero, ni el sabio iniciador de la doctrina —Savigny— ni mucho menos sus continuadores, se afanaron por penetrar en las verdaderas entrañas del asunto, para extraer los elementos específicos que demuestran y animan sus resultados divergentes, mediante el análisis de los elementos de contacto y las causas de diferencia. Nosotros nos vamos a permitir presentar algunas indicaciones al respecto.

Creo necesario comenzar el estudio procurando se demarque el respectivo relieve de dos de las fundamentales partes en que se divide el Derecho Civil Internacional, aquilatando su significado, proceso y objeto, con vista a los fines que los corresponde cumplir. Y son esos teoremas jurídicos: el de la preferencia entre varias leyes concurrentes y el de respeto a los derechos adquiridos, en el campo internacional.

— — —

Si todo derecho adquirido representa en definitiva cierto acrecimiento justo que sobrevie-

ne al patrimonio jurídico del sujeto, y cuyo contenido, aun cuando no siempre se pueda apreciar en dinero ni sea susceptible de transacciones en el mercado de valores, es sin embargo efectivo reconocimiento de posibilidades para la persona; naturalmente habremos de descubrir también en el campo de las transformaciones internacionales ocurridas para el individuo a medida que éste se halla en contacto con las legislaciones distintas, planteando otra vez el problema ante la jurisprudencia, del respeto a aquellos derechos, o la posibilidad ética y la conveniencia de dar dentro de cada territorio a la respectiva ley que los garantiza, efectos plenos y absolutos en relación a los hechos y situaciones originados bajo el imperio de preceptos no nacionales.

No se hace difícil para la teoría demostrar como esta materia se diferencia en su contenido esencial y sus consecuencias, de aquella otra que pretende elegir entre varios mandamientos concurrentes, aquél cuya preferencia es oportuna para la legitimidad del respectivo negocio. Aquí se prevee sólo la posibilidad de un acto en que concurra algún elemento extranjero, o se haya iniciado o esté en marcha pero sin haber llegado todavía a constituir un derecho firmemente establecido; se reconoce y se declara la ley que corresponde aplicar. Mientras es consustancial del derecho adquirido la terminación del proceso de su establecimiento y la firmeza de la conquista hecha, de acuerdo con lo razonado en el capítulo precedente. En la práctica,

no obstante, se los ve influírse en tal forma y grado, que se hallan muchas veces en trance de confundirse.

Su contenido lógico es el de una sucesión de aspectos jurídicos relacionados como antecedente y consecuencia, y cuya formulación suficiente puede hacérsela quizá en estos términos: a) Ante todo es necesario investigar si las respectivas acciones humanas o los accidentes ocurridos, se produjeron de la manera o dentro de las prescripciones que debían regularlos, o concurriendo las circunstancias previstas. Semejante investigación comenzará por fijar cuál es la regla del respectivo sometimiento racional de la correspondiente materia jurídica, en el instante del cual se arranca la consecuencia que se juzga o el procedimiento en trámite. b) Descubierta la legitimidad de todo lo hecho, su estricto ajustamiento a los preceptos que lo regían y la terminación del proceso que lo da estabilidad, habremos de decir que un derecho se ha adquirido; y, c) La facultad de esa manera incluída en un patrimonio y que puede estar regida por principios de derecho disconformes con los vigentes en nuestro país, vuelve a juzgarse en su eficacia, para ver si debemos reconocerla o no.

Cabe, en efecto, reconocerse que legalmente se procedió cuando hubo de ejecutarse el acto en juzgamiento, se contrajo un compromiso o se arregló la conducta con las formalidades y requisitos mandados por el legislador competente, según el criterio internacional mantenido

para cada uno de esos negocios jurídicos; y sin embargo privarle al titular de los derechos correspondientes o de las garantías necesarias en el país en el cual pretende hacerlos efectivos, reclamarlos y aprovechar de ellos, y hasta prohibiendo en adelante el legítimo ejercicio de sus resultados o consecuencias.

Contraer varios matrimonios simultáneos es legítimo en el pueblo donde se los permite y tratándose de los propios súbditos, correspondiendo reconocer semejante legalidad no sólo a las autoridades de la respectiva patria sino a nuestros propios jueces ecuatorianos, si a éstos se les pide tal declaratoria; pero en nuestro territorio no sólo no se permitirá celebrar más de uno o casarse a quien está ligado por anterior vínculo, sino también continuar viviendo al mismo tiempo con dos o varias de sus esposas. La facultad y el ejercicio de esa facultad, la expectativa y el derecho, aparecen aquí sin especiales caracteres de diferencia en el aspecto de eficacia en el extranjero, pero sí formulando la legitimidad del acto o su ilegitimidad; y vemos todavía que del acto reconocido legítimo, caben ciertas consecuencias respetables, tal la condición de los hijos habidos de esos matrimonios: si se contrajeron en forma válida los hijos son legítimos, pero si aquí en el Ecuador se contrajeron, son ilegítimos.

Por lo dicho, la ley competente no está llamada a cumplirse siempre; se la puede suspender en sus efectos cuando contraría al orden público territorial. Y lo mismo tenemos que de-

cir en cuanto a los derechos que se pretenden ejercitar en pueblo extranjero: se los respetará y han de garantizarse en cuanto no perjudiquen a aquel orden.

Mas, aquí viene un interrogante de la mayor trascendencia dentro del Derecho Civil Internacional, cuya respuesta será diversa, según los fundamentos teóricos que se mantengan. La pregunta es esta: ¿Cuál es el fundamento por cuya virtud se obligan las soberanías de Estados diferentes a aceptar y proteger las consecuencias de los derechos adquiridos y dentro de qué medida lo harán? Mi respuesta, que se aparta de toda consideración política por los motivos aducidos en momento oportuno, va a continuación.

Si es válido el principio básico que he mantenido como fundamento de la ciencia en estudio y cuyo enunciado lo hice en estos términos: su objeto es el reconocimiento en todas las legislaciones y para todos los hombres, de la facultad de ejercitar sus actividades naturales en donde quiera, con resultados jurídicos de permanencia, habremos de deducir que un mínimo de lógica en los principios y de justicia en los procedimientos, deben imponer a las distintas soberanías que, no solamente acepten los hechos como sucedidos y válidamente ejecutados, sino además las consecuencias legítimas y naturales que procediendo de ellos se den en territorios diversos, siempre que no vayan a perjudicar a la correcta marcha social o al orden público respectivos. Es, como se ve, el mismo

principio de la medida conveniente del acto ejecutado o que se juzga.

Tenemos por consiguiente que, si bien deben considerarse legítimos los actos ejecutados por el extranjero o la condición adquirida por él, cuando han concurrido determinadas circunstancias de hecho y de derecho; en nuestro país no se los permitirá ni se ha de reconocer, si contrarían al orden público territorial. Eso no obstante, las consecuencias de aquellos actos o condición reconocidos legítimos, si no perturban al indicado orden, se permitirán aquí en calidad de derechos adquiridos.

Cabe también que facultándose algunos actos peculiares a organizaciones sociales extranjeras, para ejercitarlas se los restrinja en una o más de sus consecuencias.

Aspectos equivalentes y caracteres diferenciales de los problemas planteados por el respeto a los derechos adquiridos, en el orden interno y en el internacional.

En presencia de los razonamientos señalados en el párrafo precedente, nos es dable afirmar que, aún a través de múltiples rectificaciones y diferencias, hay ciertos elementos comunes de juicio para el reconocimiento y aceptación de los derechos adquiridos, ora se mire en la pura disciplina social de la legisla-

ción interna o se contemple en el campo de su reconocimiento internacional.

Y aparece desde luego como el común fundamento de mayor fuerza y realce, ese del sentido intrínseco de la justicia obligatoria para el legislador, que manda aceptar para todo hombre la legitimidad de las acciones ejecutadas conforme a las reglas que las regían, en virtud de su naturaleza y de las circunstancias concurrentes. Y la eficacia de semejante reconocimiento teórico se traduce en la protección de los efectos legales de tales hechos.

Mas, esclarezco el criterio y fijo mi posición: no debe concebirse como el objeto perseguido el de garantizar mediante el poder público de otro Estado la soberana potestad de pueblo distinto, en calidad de reconocimiento y protección de la conducta legislada para sus propios fines sociales; sino el mantenimiento para el sujeto particular de la estabilidad de la situación jurídica legítimamente conseguida. Por eso, si bien los actos, contratos y facultades conferidos por el derecho extranjero se aceptan y protegen —con determinadas condiciones— en la mayoría de los pueblos civilizados, a las sanciones y las penas se las declara estrictamente territoriales; y esto, lo mismo al tratarse de la materia civil que en lo relativo a la penal. Y se demuestra una vez más la coincidencia entre el problema internacional y el civil interno, pues en éste también prevalece entre las leyes concurrentes que señalan sanciones por falta de cumplimiento de los compromisos contraídos, la

nueva sobre la antigua (2º inciso del N° 20 del Art. 7 del C. C.).

Mas conviene pensar que los fundamentos de las equivalentes resoluciones, en uno y otro caso son diversos: en el especto interno prevalecen los sentimientos de justicia, en lo internacional la calidad de derecho —el carácter de sanción como papel reservado a la autoridad—

La prisión por deudas no podría aplicarse en nuestro territorio como resultado de una sentencia ejecutoriada, por más que en el lugar donde se pronunció lleve consigo esa consecuencia. Ni siquiera se aceptará —en las mismas condiciones— la hipoteca legal causada por un fallo extraterritorial o las medidas coercitivas de cualquier naturaleza no acostumbradas en nuestro suelo para el objeto.

Se justifica más que nunca, con las nuevas consideraciones aportadas, el criterio mantenido por nosotros —apartándonos de la opinión formalista de quienes creyeron deber fundamentar el principio de la no retroactividad de la ley en sólo el respeto a los derechos adquiridos, relacionados éstos a su vez con el cumplimiento de no sé qué pacto de mutua obediencia y respeto entre el ciudadano y el representante de la autoridad— sobre la base de la virtud intrínseca del precepto legislativo en calidad de regla competente y justa. No es que el poder público se halle ligado por virtud de una promesa ni haya pacto alguno entre el ciudadano y el gobernante; únicamente el deber moral de equidad en los mandamientos legislativos y el

sentido natural del precepto como regla de conducta que mira al porvenir, plantean en beneficio del sujeto la eficacia jurídica del proceder arreglado y legítimo. Toda ley, como lo dijo Montesquieu, representa una relación, o según lo hemos mantenido nosotros, es medida de las acciones humanas del hombre en sociedad.

Hay numerosas circunstancias en las que el negocio jurídico de orden internacional se ve regido de manera sucesiva por sistemas diversos de leyes, o por grupos distintos o por un solo precepto de nuevo alcance y valor; planteándose en esos casos el problema de la preferencia o más bien de su conveniente eficacia. Se aprecia con facilidad lo dicho en las categorías que a continuación van.

El cambio de nacionalidad de las personas afectando a su estado civil, puede llevar consigo gran número de condicionantes nuevos respecto a la capacidad del sujeto y a los derechos que le pertenecen. La sustitución de una soberanía por otra en un suelo, como en los casos de anexión, habrá de determinar la naturaleza del dominio sobre los inmuebles situados en él, surgiendo la necesidad de preferencia de la ley que lo calificará respecto del dueño anterior a dicho cambio. El transporte de una República a otra de muebles de nuestra pertenencia, determinan a veces mudanzas al tratar de calificarlos. Y caben todavía los procedimientos humanos que comenzados en un país tengan su remate y perfección en otro; o que se trate de re-

lacionar antecedentes con consecuencias, sujetos a leyes de varias soberanías.

El conjunto de los supuestos anteriores representa casos de leyes que vienen a sustituirse en el respectivo asunto, y cuya eficacia debe ser contrastada de acuerdo con la doctrina que se acepte respecto a los derechos adquiridos en el orden legislativo interno de cada pueblo. Pues, si bien no todo puede reducirse a puros problemas internos (por los cambios ocurridos) la integridad de su contenido tiene los mismos elementos fundamentales de juicio. Nos hallamos en presencia, en cualquier caso, de reglamentos o disciplinas de derecho que se suceden a propósito de determinados negocios y tratan de sustituirse; siendo deber del jurista aquilatar en qué proporciones, circunstancias y grados cabe semejante sustitución, dentro de la permanencia conveniente de la vida del derecho para el sujeto particular y para las finalidades colectivas.

Con ser las posibilidades anotadas muy extensas, no son todas, y aún podemos decir que no pertenecen de manera específica al propio campo del Derecho Civil Internacional, si bien coinciden en algunas de sus posibilidades. Aquellas específicas circunstancias aparecen, cuando sin cambio de legislación aplicable, se mide la virtualidad del derecho adquirido por su posible tolerancia bajo el régimen de soberanía nacional distinta: no se sustituyen leyes para calificar el derecho. Este punto se volverá a tratar poco después.

Al considerar frente a frente el problema interno y el internacional en la materia que exponemos, desde el primer momento se nos impone esta fundamental consideración: en el orden internacional aparecen dos soberanías en concurrencia, mientras en la derogación interna de la ley, no hay sino un solo poder público que cambia d edecisión. Pero si se diferencian, también coinciden en ciertos elementos lógicos determinantes de la regla.

Con frecuencia se presenta ante el criterio del legislador de un mismo Estado nuevas orientaciones jurídico-políticas o una idea más clara y distinta de las necesidades del arreglo social, y entonces ciertos preceptos vienen a sustituirse a los anteriores y los modifican o completan. En el campo internacional, el diverso arreglo jurídico del Estado entre las diferentes naciones, ya en cuanto a sus bases fundamentales, ya únicamente en lo relativo a alguno o algunos de los puntos reglamentados, ha conducido a los pueblos a promulgar preceptos distintos. En ambos casos el sujeto de derechos se halla en presencia de doble sistema reglamentario entre los cuales será preciso elegir.

El principio común que mantengo de manera inmediata y con su carácter de generalidad que exigirá algunas especificaciones posteriores es, para los dos órdenes, el siguiente: en ambas circunstancias hay que dejar a salvo los intereses particulares establecidos ya de manera legítima, que puedan respetarse sin menoscabo del

fin social perseguido por el legislador, en el lugar donde tal respeto se pretende o reclama.

Señalados quedan los fundamentos equivalentes o idénticos, que hacen pensar también en grupos jurídicos de distribuciones similares: preceptos que mantienen fundamentalmente orientaciones u organismos diversos, o meras medidas reglamentarias distintas. Pero anotado eso, hace falta analizar cómo se modifican en sus consecuencias. Mas el orden lógico nos exige comenzar fundamentando el respeto internacional de los derechos adquiridos, para estudiar luego sus modalidades frente a los problemas de naturaleza interna.

Cuando se habla en el campo internacional de ese respeto, no se plantea de ordinario la sustitución para el asunto de varios sistemas de derecho sucesivos.

Por el mero condicionante extrínseco de cambiar un negocio su posición frente a ciertos derechos nacionales, dejando de vincularse total y exclusivamente a uno para atribuir alguna ingerencia a otro u otros, bien a causa de su actualidad territorial o el lugar de sus efectos o consecuencias, dentro de la presente comunidad jurídica de los Estados; creo que no puede aceptarse el instantáneo y completo cambio de la legislación aplicable. Y esto, ya se encuentre de-

finitivamente terminado el proceso de su establecimiento o se halle únicamente en vías de constituirse el respectivo derecho y se lo deba considerar como una expectativa.

Y semejante amplitud otorgada en el orden internacional al sistema jurídico precedente sobre las posteriores modalidades ocurridas, nos revela importantes diferencias en cuanto a la calidad, objeto y fin del respeto a los derechos adquiridos dentro de nuestra ciencia y en orden a la legislación interna de cada país y sus modificaciones; pudiéndonos sólo explicar por su distinto contenido, revelado en lo internacional por qué se desvanece en gran parte la idea de sustituir legislaciones sucesivas, mantenida en los problemas internos.

Como nos es sabido, el Derecho Civil Internacional se preocupa sobre todo de fijar el sistema legal competente para el asunto que se juzga; y una vez obtenido, por él se miden sus consecuencias y resultados, o si el derecho ha nacido para el sujeto que reclama. De ordinario, la ley, medida del acto o hecho extranjero, está vigente hoy en la respectiva patria y a ella nos atenemos para decidir respecto a su legalidad; sin presentarse por tanto el conflicto de dos o varias medidas discordantes, que veíamos en el capítulo precedente. Y en los casos que existen estas discrepancias, no son por voluntades sucesivas procedentes de la misma soberanía sino por la concurrencia de dos soberanías, cada una con ciertos títulos para intervenir en el asunto.

Veamos el proceso menos incómodo o más próximo a lo conveniente, para determinar en todo caso y en torno a cualquier asunto, cuál es el adecuado sistema legislativo o la regla aplicable.

Como lo hemos dicho en los comienzos del presente capítulo: para resolver un problema en el que interviene algún elemento extranjero y ver en consecuencia si se ha constituido el derecho reclamado, le corresponde al juez investigar ante todo qué ley debió regirlo dada su naturaleza y saber luego si se ha cumplido con ella. Semejante procedimiento significa: estudio y elección entre las leyes concurrentes, y reconocimiento de haberse agotado los indispensables momentos para su plena eficacia jurídica. Esto implica varios contenidos de derecho, como vamos a explicar en seguida.

A propósito de la investigación fundamental y la primera que se exige del Tribunal llamado a juzgar en materias propias de nuestra ciencia, esto es el sistema de preceptos al cual debió someterse el negocio o cada una de sus partes, nos es preciso distinguir estos hechos: como los límites en el tiempo fraccionando en dos una vida de derecho, sustituye para el sujeto interesado un dominio legislativo por otro, ¿habremos de comprobar igual resultado en nuestro propio campo de exploración a propósito de los derechos extranjeros ya adquiridos? Y segundo, ¿la ley reconocida con el carácter de oportuna ha de regir puramente el establecimiento del derecho o también además sus con-

secuencias? Recordemos algunos problemas correspondientes al Derecho Civil Internacional, procurando investigar respecto de ellos y en los diversos aspectos discurridos, las reglas que les pertenecen y que esclarecerán en gran manera el significado de la teoría mantenida.

Mediante los datos apuntados en el tomo primero de esta obra nos es posible hacer las siguientes afirmaciones, sin necesidad de analizarlas todas para su comprobación. Perteneciendo al gran campo regido por el estatuto personal la declaración de legitimidad o ilegitimidad de un matrimonio contraído por extranjeros, será la ley nacional o la del domicilio—según el sistema adoptado en el país del juzgamiento sobre esta materia internacional—la que determine si se lo contrajo válidamente o no. La situación de las cosas que fueren materia de algún negocio entre particulares, fijará la calidad jurídica de las mismas y los derechos reales que puedan ejercitarse sobre ellas: ya como permanente precepto, cuando exista para los respectivos bienes la estabilidad como atributo de su naturaleza, según pasa con los inmuebles u otros objetos que la ley considera tales por su destino; o ya cambiando de continuo, a medida de su situación actual, según sucede con los muebles. Así, para saber si hubo o no legítima transmisión del dominio de una finca o cuáles derechos puede ejercitar el propietario sobre ella, acudiremos siempre a la ley territorial de la situación del inmueble. Pero si pretendemos resolver cualquiera de esos puntos re-

lacionándolos con objetos muebles ¿cuál será la regla que nos corresponda adoptar? ¿Podremos, por ejemplo, mantener en un país que no lo acepta, el principio francés de que la posesión equivale a título, para muebles actualmente situados en este suelo pero que comenzamos a poseer en territorio de Francia? Pero viene aquí a insinuarse un nuevo problema complicando el contenido del mero reconocimiento de la ley competente; pues hará falta saber respecto al último interrogante, si hubo o no una posesión legítimamente constituída, formulándose desde luego, otro de los problemas que habrá de resolver el juez.

Una vez señalado el régimen legal de los asuntos que pueden ser materia de controversia, va a ser preciso verlos desarrollarse sintiendo la influencia de distinto medio legislativo.

Un matrimonio extranjero contraído de modo legítimo viene a establecerse en el Ecuador y reclama aquí, de acuerdo con las leyes de su patria pero en contravención a las nuestras, que se declaren legitimados por el matrimonio posterior de los padres a aquellos hijos que no hubieren podido serlo tratándose de ecuatorianos, por haber procedido de unión adúltera (Art. 198 del C. C.); o son los propios hijos quienes reclaman, ateniéndose a lo dispuesto en la legislación que rige la familia, que se obligue a los padres a conferirlos la calidad de hijos naturales, cuando según nuestro derecho es este acto de exclusiva voluntad paterna; suponiendo en uno y otro de los casos presenta-

dos, que el hecho o hechos de donde emanen los derechos reclamados se hayan producido en el extranjero y aquí sólo van a calificarse sus consecuencias. Desde el primer momento me decidí porque el Tribunal ateniéndose a la ley competente para regir la familia, está en el caso de prestar eficacia legal a los indicados hechos, menos en las consecuencias que puedan dañar al orden público.

Fijémonos bien que se ha situado el problema con precisión dentro de lo que pudiera denominarse con el calificativo de derechos adquiridos: la calidad de esposos respecto de los padres y la condición adquirida por los hijos fuera de nuestro suelo (1), de donde emanen derechos y deberes entre las personas vinculadas por semejantes lazos.

Siendo, como es, una realidad la comunidad internacional (2), el reconocimiento y aceptación en todos los pueblos cultos de los derechos constituídos de modo legítimo, es jurídicamente necesario y naturalmente lógico; pues su legalidad los protege y mantiene, de la misma manera

(1) Nos fue dable explicar en el capítulo precedente, por qué no creíamos indispensable distinguir respecto a sus efectos los derechos adquiridos de las facultades personales.

(2) En el tomo primero de la presente obra creímos necesario indicar los diversos sentidos que podían atribuirse a la noción de comunidad internacional, y vimos entonces que, en calidad de fundamento para nuestra ciencia adquiriría particular interés esa comunidad de cultura mantenida por las legislaciones modernas, a través de ciertas diferencias de detalle. En esa virtud y en presencia de fines concebidos iguales, nada existe que se oponga a la eficacia internacional del derecho subjetivo, en los casos mantenidos por nosotros.

y por el mismo motivo que se calcula el valor de una conducta actual en vista de la ley que la rige. Mas en ningún caso se permitirá su ejercicio en daño de los intereses sociales, o como hemos dicho pocas líneas antes, del orden público; esto es, en cuanto sean un obstáculo para el vivir normal y correcto del respectivo Estado.

En realidad, para los últimos reconocimientos señalados, no interviene un cambio notable en el criterio director del mantenimiento de la eficacia legal, respecto de lo dicho en el capítulo precedente a propósito de los efectos de las nuevas leyes que se sustituyen dentro de la misma soberanía. El motivo es equivalente si bien el proceso es distinto o, quizá mejor, el origen tiene modalidades diversas. También allí nos hemos visto en el caso de sostener, contra la más fuerte jurisprudencia antigua, que no importa que a un derecho se lo pueda considerar adquirido para prohibir su ejercicio dentro de un nuevo régimen, si de tal ejercicio se desprendera la falta de cumplimiento del propósito social que tuvo en mientes el legislador al dictar la última ley.

Pero si el cambio no es notable en sus efectos, según lo hemos dicho, para la eficacia actual del derecho pretendido, lo es en cuanto a su contenido teórico general; o quizá sea conveniente más bien, decir que hay elementos comunes y elementos distintos en la teoría que se formula en torno de uno y otro; trastornándose en algunos extremos en el orden internacional las calidades de los derechos adquiridos

del concepto del derecho interno, según queda ya indicado precedentemente, pero que vale insistir aquí por sus aplicaciones para la virtualidad que se debe reconocer en nuestra ciencia a las meras expectativas.

El legislador a quien le corresponde permitir o negar dentro de su territorio el ejercicio de una facultad o poder jurídico de origen extranjero, no va a revisar lo legítimamente hecho o a comprobar por sus normas legislativas la legalidad de la conducta o de la acción, condicionándola diferentemente en relación con su criterio; sino que midiéndole por su propia medida —la del país a cuyas reglas le toca sujetarse— en ocasiones tendrá que suspender el ejercicio de algunos o todos sus efectos dentro del suelo sometido a su jurisdicción, en defensa de la propia permanencia social o de la moralidad pública.

Sean cuales fueren los resultados producidos sobre los derechos precedentes, por las resoluciones legislativa o del juez, de orden internacional; se ve inmediatamente que no se trata de retroactividad alguna de ley cualquiera nacional, para aplicar a hechos anteriores o producidos en otra nación.

Sin embargo, hay casos en los cuales no existe mera suspensión de una calidad de derecho en el individuo sino atributos nuevos conferidos a él, de donde pueden deducirse pérdidas personales o para sujetos vinculados con tales personas. La jurisprudencia francesa ha mantenido insistentemente, que el muerto civil en

conformidad a las leyes de la propia patria, readquiere todos sus derechos tan luego como pisa el territorio de Francia. Hay aquí aumento de posibilidades jurídicas, de un lado, y pérdidas para quienes podían aprovecharse de la condición que se ha desvanecido. Mas, semejante asunto, si bien enlazado con el que estudiamos en este instante, expresa su conveniente posición jurídica cuando se trata de las facultades del legislador territorial para conceder derechos a los extranjeros.

Y si nos referimos al valor del estatuto real para fijar derechos, podemos relacionar los supuestos a las siguientes circunstancias: o el inmueble pertenece en la actualidad al Estado en donde se reclama el reconocimiento del dominio o de determinados derechos reales de que el sujeto se cree acreedor, o se plantea y discute el asunto en distinto territorio para deducir determinadas consecuencias o potestades del dueño o el poseedor. Mas en un y otro caso y para que la decisión judicial no solamente sea justa sino que resulte además eficaz, nos será preciso tener en cuenta desde luego a la ley del lugar de la situación: a) sea cual fuere el territorio donde se hayan ejecutado los actos necesarios para adquirirlos, por ejemplo el lugar de la venta, si esta transfiere el dominio como lo dispone la legislación francesa; b) donde quiera que se pretenda disponer de ellos, así sería si en el Ecuador se contratara el usufructo de un fundo situado en España; y, c) sea cual fuere el juez que va a fallar sobre la materia discutida,

suponiendo distintos a veces la situación del objeto, el lugar del contrato o la adquisición y el país en el cual se discute el problema. He ahí la constitución del derecho discutido, que se aprecia y mide por la ley vigente en el territorio de la situación, sin que concurra regla ninguna distinta a pretender influir. Claro que en ocasiones puede complicarse el asunto requiriendo la decisión del precepto nacional preferible entre dos sucesivamente dictados, pero es este un elemento diverso que concurrirá o no sin variar el contenido internacional. No existe materia de competencia entre reglas de distintos Estados en el último evento contemplado, sino este interrogante para el Juez: si han variado las reglas de la legislación competente desde el momento de adquirir el derecho hasta el instante de juzgarlo ¿cuál de ellas determinará la legalidad buscada? Es este fenómeno interno de jurisprudencia, insisto, agregado al internacional.

Si se ha cumplido con las pertinentes reglas, hase adquirido el dominio o el respectivo derecho real y con todas las posibilidades garantizadas por la ley que lo adjudica al dueño, esas posibilidades y no otras o mayores, aun cuando a tal título de derecho corresponda en el lugar del reconocimiento otros atributos. Se ve de esta manera como el ejercicio del derecho tampoco en semejante caso plantea sustitución alguna de un precepto por otro, ni retroactividad de la *lex fori* respecto de derechos nacidos fuera de su influencia. Lo que si hay es que, aun

cuando el título del derecho no hubiera podido aceptarse aquí, sus consecuencias aceptables, si se han adquirido de modo legítimo donde se podía, serán respetados por el juez del nuevo suelo.

Supongamos adquiridas por prescripción en el extranjero, cosas que en país nuestro no son susceptibles de esa especie de adquisición pero que pueden permanecer en el patrimonio de los particulares; pues bien, aun cuando aquí no ha podido obtenerse el dominio de esa manera, constituido en el competente lugar, recibirá entre nosotros el reconocimiento de su eficacia como propiedad establecida en el correspondiente patrimonio.

Cuando se plantea, sin lugar a duda, el problema de la retroactividad o no de la ley en el orden internacional, es cuando se trata de la sustitución de una soberanía por otra en el suelo de situación del respectivo inmueble; sea a causa de cesiones territoriales, de conquista de un territorio ajeno, de ocupación más o menos transitoria u otras circunstancias semejantes. Tratar entonces de la ley aplicable es materia sumamente grave, donde al lado del punto individual del respeto a los derechos adquiridos aparece el aspecto político sugiriendo las convenientes decisiones. Sin embargo, en el presente caso no se insinúan leyes de distintos Estados en concurrencia actual, con su nota específica de vigencia al mismo tiempo en diferentes pueblos, que es el calificante internacional; sino de regímenes diversos en la sucesión del tiem-

po, por las varias soberanías a que se ha visto sometido el negocio.

Todavía más que de principios es asunto de política éste. Se opta en ocasiones por declarar vigente el antiguo derecho por tiempo mayor o menor, especialmente cuando sólo se trata de una ocupación provisional, sugiriendo el cambio en la medida de lo indispensable para fines administrativos. O se lo deja vigente hasta poder sustituir todos los aspectos de la vida jurídica nueva por las legislación oportuna; por este medio decidiéronse las colonias americanas independizadas de la madre Patria y constituidas en Estados libres: lo aún no regulado se someterá a la antigua legislación española.

La naturaleza específica del asunto califica en el último caso peculiaridades propias que le asignan particular fisonomía, con consecuencias de las más importantes. El nuevo Estado en las circunstancias previstas, adopta y sanciona por positivos actos de decisión soberana un sistema legal de procedencia extranjera, pero haciendo suyo el mandato; como bien se puede adoptar en su totalidad un Código vigente en otro pueblo, para el nuestro, mas discutiéndolo y dictándose según se hace con cualquiera otra ley. Las consecuencias entonces son bien notables en sus resultados diversos. Si al sustituirse en el interior de un pueblo la vigencia de nuevos preceptos a las anteriores reglas que se derogan, permanecen únicamente los derechos adquiridos midiéndose su eficacia, el valor o contenido de su cumplimiento por las nuevas

leyes; en la materia de nuestro ejemplo, tanto la realidad del derecho como la extensión de los atributos que confiere, se regulan por las leyes nacidas de la antigua soberanía. En este aspecto la teoría coincide con la neta fórmula internacional, y lo dicho porque en uno y otro caso no hay sustitución de prescripciones sino mantenimiento de las mismas.

Involucrado el aspecto político en el de la pura ciencia, fue materia de vehemente discusión en el Ecuador, hace poco más de un año, (1) el problema de la nacionalidad y el momento en el cual se fija semejante condición o aspecto del estado civil en la persona, y si se puede mudar a medida de los cambios legislativos sobre la materia. El problema en esencia es de calidad interna y se refiere a posibles modificaciones en la personalidad del ciudadano por causa de cambios legislativos. Sostuve y sigo creyendo que las peculiaridades con las cuales se ha obtenido la nacionalidad de origen se fijan en el momento de nacimiento y permanecen mientras dura la primitiva nacionalidad; los derechos correspondientes a semejante estado sí, serán siempre las de última vigencia. Sin corresponder al estatuto real el último problema recordado, lo tratamos aquí para ir fijando los diversos matices del arreglo jurídico que de una u otra manera se conexionan con problemas internacionales.

(1) La referencia es el tiempo en que se escribieron estas líneas.

De los tres grupos o campos de contemplación señalados precedentemente por nosotros, es de manera singular el tercero el que se halla regido por leyes sucesivas e inconstantes; porque siendo los muebles con facilidad transportables y si el estatuto real a ellos aplicable debe ser el de la situación, mudando ésta habría de saberse si cambian todas las leyes referentes a tales bienes.

La propia condición jurídica del objeto es materia de diverso reglamento en los distintos países, comenzando por la manera misma de denominarlos. ¿Deben considerarse como inmuebles a causa de su destino aun cuando en realidad puedan trasladarse de un lugar a otro las maquinarias de una fábrica montada o los implementos agrícolas destinados a la finca donde en la actualidad se hallan? Si, para ciertas legislaciones; no, si nos atenemos a otras. Y entonces, en un momento dado, puede volverse de lo más difícil reconocer si se ha transmitido el dominio de los bienes de modo válido por el solo consentimiento de las partes o si era preciso la concurrencia de algunos otros requisitos.

En mi parecer, debemos comenzar investigando si debe considerarse como inmueble o como propiedad mobiliaria la de los mencionados objetos, pero esto al tiempo en que se supone efectuada la adquisición; debiéndose regir el calificativo adecuado por la ley de la situación de las cosas en el indicado momento. Y una vez resuelto este primer punto, el mismo sistema legislativo nos indicará si se ha transmi-

tido o no la propiedad. El derecho quedará así fijado en un sujeto, habrá derecho adquirido; pero ahora, al revés de lo que sucedía con el estatuto personal o con la permanencia transitoria en un suelo de leyes emanadas de distinta soberanía y que momentáneamente se las adopta, el ejercicio habrá de someterse a los preceptos del lugar de su situación actual. La falta de estabilidad en los determinantes del derecho, de donde emana lo fluctuante de la situación de los muebles, confiriéndoles una constante mudanza en el orden internacional, hace que sólo se aprecie en ellos como definitivos los derechos adquiridos, con semejante valor y alcance de los sucesos del mismo orden en la vida jurídica interna.

Nosotros pusimos como ejemplo provisional, en lo relativo a los derechos sobre bienes muebles, la investigación de si al poseedor se lo ha de reputar dueño en otro país de aquel en el cual se admite tal presunción, cuando en ese territorio se encuentra el objeto sobre el que se la va hacer valer. Es mi parecer que, en semejante caso, propiamente no se puede reclamar tal presunción con carácter de derecho adquirido, correspondiendo en consecuencia y en esa calidad, a quien lo obtuvo en el país de la situación del mueble al tiempo de apropiarse de él. Nos hallamos tan sólo ante un sistema de garantías acordadas para el conveniente mantenimiento del orden social y el crédito público, correspondiéndole, por lo tanto, calificativos en lo absoluto territoriales y propios de la soberanía.

nía que las dicta. Otra cosa es la posesión en sí como origen de facultades personales, pues mientras ésta corresponde al derecho sustantivo y atribuye facultades, aquellas son de orden adjetivo sobre todo, de ficción judicial para mantener momentáneamente situaciones inestables. En este sentido queda precisado el valor del indicado ejemplo.

IV

La distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas pierde una parte no escasa de su importancia en nuestra materia.

De los datos apuntados en las precedentes páginas se desprende: 1º Que en la mayoría de los casos en los que un individuo solicita en país extranjero el goce de un derecho o el ejercicio de una facultad a causa de actos legítimamente ejecutados en la propia patria, lo que reclama y ha de ser materia de decisión judicial, es el reconocimiento de la aplicabilidad de la ley del Estado al cual el sujeto pertenece, por considerarla competente para regir el asunto a causa de las condiciones del mismo. En estricto sentido exige para sí la aceptación de leyes excepcionales en el sistema interno de reglamento, por ser particulares las circunstancias del individuo a quien se aplican, pues se trata de súbdito extranjero.

Y en semejantes términos planteado el problema, se ve cómo no se trata de sustituir un

sistema legislativo por otro ni una medida de conducta legal por medida diferente, sino de fijar la regla de competencia. No hay, como al tratarse de los derechos adquiridos en el sentido descrito en el capítulo anterior, ruptura, terminación de un proceso legal para sustituirlo por otro, dejando a salvo en el negocio particular aquella parte de lo legítimamente establecido, que pueda perdurar sin grave daño de los fines sociales perseguidos; hay, por el contrario, la defensa de su continuidad a pesar de determinados cambios operados sobre el sujeto.

En ningún sentido puede hablarse aquí, insistimos, de un pacto de mutua garantía entre el soberano y el súbdito —ni siquiera bajo la ficción corriente en la jurisprudencia, del sometimiento voluntario del individuo a las autoridades territoriales y sus normas, contrariado por el rechazo corriente en los pueblos cultos de los actos ejecutados en fraude de la propia ley, por más que estén de acuerdo con las reglas internas y hasta las internacionales aceptadas en el país—; tampoco tienen el significado de pactos tácitos entre soberanos de diferentes Estados —cuya afirmación condujo por caminos indirectos a los mismos resultados teóricos del precedente enunciado— a causa de los motivos cuyo razonamiento hemos hecho en otro lugar. (1) El fundamento efectivo es el de

(1) Debe consultarse en el tomo primero de esta obra, mi rechazo de la tesis del respeto a las soberanías extranjeras como fundamento de la ciencia en estudio.

mantener los principios de equidad para la arreglada conducta del sujeto. El individuo habrá de cumplir con el estatuto propio del negocio para pretender la legitimidad de lo hecho, pero una vez cumplido con ese requisito sus consecuencias se hallan garantizadas internacionalmente, eso sí con el límite permanente de no contrariar al orden público respectivo. Y esto, por más que el motivo u origen del derecho, del cual las consecuencias actuales se derivan, se funde en principios jurídicos inconciliables con los del país en donde se reclama.

2º Según queda insinuado, la determinación de la competencia legislativa para el negocio, involucra no rara vez el reconocimiento y aceptación de sus causas o antecedentes jurídicos, que son con frecuencia los motivos en el tiempo de las actuales calidades, o sea de donde éstas emanan o se deducen; aquellos como derechos adquiridos y éstos como su continuación en el tiempo.

3º Por los antecedentes que quedan explicados, se comprende que, con rarísimas excepciones, dentro de nuestra ciencia, el problema de los derechos adquiridos no lleva consigo el de la retroactividad o irretroactividad de las leyes, sino el de las consecuencias de los actos ejecutados. No correspondiendo a la garantía nacional de estabilidad del derecho, se ve el motivo en el cual se funda la mayor libertad de los tribunales nacionales al referirse a este orden de actividades internacionales y su juzgamiento;

los dictados de la equidad son más libres en su juego de influencias.

Ya lo he afirmado, pero creo que no sea excesiva la insistencia sobre la materia, dada su importancia, que para producir los efectos indicados hace falta que el derecho se hubiera constituido o se constituya actualmente de manera legítima. Lo cual equivale en lo internacional a decir que se haya sometido la conducta a los preceptos del correspondiente estatuto, pues de otra manera sus consecuencias en lógica natural no serán internacionalmente reconocidas, pues habrá de constatarse la falta de coincidencia del acto con el precepto o preceptos que lo rigen, y esto por más que la *lex fori* de modo indebido hubiera impuesto distinto procedimiento o el Tribunal hubiera conferido validez a lo hecho dentro de su jurisdicción con la indicada irregularidad. Vemos pues, por fuerza de estrictos principios, que en las circunstancias indicadas el reconocimiento interno de un derecho no lleva consigo eficacia internacional.

Supongamos que para burlar el mandamiento correspondiente, en vigencia dentro de su patria, el individuo se ausenta de ella y procede en ajeno territorio de acuerdo con la ley territorial. Caben en esas circunstancias varias hipótesis: el precepto del lugar es el conveniente según los principios de nuestro derecho o no lo es; y en el segundo supuesto, la *lex fori* contrariando a los principios de la ciencia mantiene la validez o se somete a sus dictámenes. En cualquier caso y sólo en vista del calificativo común de ha-

berse hecho en fraude de la ley, descontando los motivos antes señalados, se rechazará en los demás Estados el derecho obtenido de semejante manera. Procediendo en sentido contrario, el mutuo respeto entre los pueblos desaparecería. (1)

La teoría en general mantiene el sentido de mis afirmaciones, pues no solamente rechaza lo proscrito dentro del lugar del acto, sino también lo legítimo ahí pero en contravención de los principios del derecho civil internacional; pues entonces la eficacia mandada se limitará al suelo donde las autoridades del respectivo Estado ejercen jurisdicción; mas al litigarse sobre el asunto en cualquier otro lugar, deberá declararse no cumplidos los principios que podrían fundamentar tales derechos.

En las prácticas aplicaciones de los principios mantenidos por nuestra ciencia, es visible que la distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas, no representa ni puede representar la trascendental riqueza de contenido que hemos encontrado se atribuye por la jurisprudencia al tratarse de los problemas del derecho civil interno, por no implicar necesariamente en el caso internacional la sustitución de dos principios legislativos que sirvan de medida a un derecho establecido. Sin embargo, conse-

(1) He ahí uno de los pocos momentos del manifiesto intervenir de la política en nuestros teoremas internacionales, induciendo a veces a soluciones contrarias a las de ordinaria aceptación.

cuencias muy dignas de tenerse en cuenta proceden de diferenciar aquellos aspectos jurídicos.

El empleo de cierto número de ejemplos puede servirnos, más que todos los esfuerzos de razonamiento, para apreciar y esclarecer las diferencias más importantes en cuanto a sus efectos, entre expectativas de derecho y derechos adquiridos, dentro del estudio que nos corresponde.

Dos personas de nacionalidad francesa, una de las cuales estuvo ligada por votos monásticos cuando tuvieron un hijo en Francia, se trasladan a un país donde está prohibida la legitimación de los hijos sacrílegos y en este nuevo suelo contraen matrimonio, por relajación de los votos que lo impedían a uno de ellos o por otra causa aceptable aquí a consecuencia de este acto legítimo —el casamiento— ¿se podrá legitimar de acuerdo con la ley nacional al mencionado hijo? Creo que los jueces del lugar donde no se permita semejante legitimación negarán el reclamo por considerarlo en pugna con el orden público territorial. Criterio que yo lo conceptúo en exceso riguroso, pues a mi parecer el asunto debiera ser resuelto por la legislación del lugar donde la familia va a tener su asiento permanente o van a causarse los permanentes resultados sociales y particulares. Mantenido cualquiera de los dos sistemas, ya sea el rigurosamente territorial y de ética un tanto minuciosa, o el amplio y tolerante de la eficacia, la verdad es que no se trata de discutir entonces sino sobre sí el cumplimiento de la ley que rige la materia va a causar daño en el orden pú-

blico del lugar donde se reclama dar por constituido ese derecho, que antes no existió y hoy se lo reclama fundándose en los principios que rigen al estatuto personal.

Otra cosa sería cuando legitimado el niño en la propia República francesa, viene y en nuestro país reclama alimentos u otros auxilios de sus padres, fundándose en semejante calidad. Entonces nos encontraremos ante un hecho perfecto ya, del cual se deducen ciertas consecuencias: la legitimidad del hijo se ha establecido de la manera mandada, la ley que hubo de calificarla tuvo su plenitud fuera de nuestro territorio y el hijo es legítimo, y como a tal le corresponden estas o las otras facultades. El derecho adquirido será la legitimación, y aun cuando aquí hubiéramos rechazado el establecimiento, se lo acepta en calidad de cosa consumada; y en seguida, las facultades correspondientes a semejante estado personal se desprenderán, habrán de emanar del aceptado antecedente, y serán constituidas por él aun cuando se conviertan en actuales en el nuevo suelo. En otros términos: las calidades y atributos debidos al estado civil pueden hallarse adscritos a él como meras expectativas que se desarrollarán en circunstancias diferentes de tiempo y espacio.

Lo que estamos obligados a subrayar en todo caso, para precisar los conceptos y su verdadero alcance, es que en una y otra circunstancia de las previstas, la ley a aplicarse es la nacional francesa sin existir supuesto alguno de sustitución.

ción de preceptos; se trata de suspender sus efectos a veces, pero de nada más.

Hemos señalado de manera general las aproximaciones y diferencias que el jurista puede encontrar en la materia de los derechos adquiridos, cuando se los contempla en una y otra de las ciencias que han sido comparadas; pero parece necesario insistir algo más sobre las consecuencias que se desprenden de esos reconocimientos.

De acuerdo con algunos de los principios mantenidos por nuestro derecho positivo, hemos declarado que, adquirido un derecho, éste permanece aun cuando nuevos preceptos señalen distintas condiciones para adquirirlo; pero el ejercicio de las facultades que otorga y el cuanto de ellas, se regirán por la ley posterior. Es el campo de la aplicabilidad interna o de la ley territorial. Demostración de ello hizo el código civil ecuatoriano a propósito del estado de las personas en la regla segunda del Art. 7; y recientemente —hace un año— nuestras Cámaras legislativas al rebajar el tipo de interés que podían contratar los particulares, fijando el máximo en el seis por ciento anual, tipo a que debían someterse no sólo los posteriores contratos sino los de tiempo anterior aun cuando en éstos se hubieran fijado mayor interés; lo cual se opone a la generalísima regla veinte del ya citado Art. 7: en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

En lo internacional se aprecia toda la diferencia de la no sustitución de varios regímenes jurídicos, por cuanto si se da por válidamente establecido un derecho y en consecuencia de ese reconocimiento se determinan las facultades inherentes a él para el sujeto, las tales facultades serán medidas de ordinario por los preceptos del país al cual corresponde regular el respectivo negocio. Y digo de ordinario, por las excepciones que sobre el asunto cabe en virtud de los principios generales y en especial tomada en cuenta la interposición del orden público.

Aplicando las reglas y reconocimientos precedentes, creo con toda firmeza que un hijo ilegítimo de padres rusos tiene derecho para exigir de éstos en el Ecuador los alimentos que le confiere la legislación soviética, en la proporción por ella mandada, no obstante que un nacional ecuatoriano no goce de ese beneficio; que el francés hijo natural de franceses domiciliados en Francia al tiempo de su fallecimiento, puede exigir en nuestro territorio se le reconozca su concurrencia con sus hermanos legítimos franceses en el haber hereditario.

Hasta aquí bajo el supuesto de no existir el derecho para quien lo solicita, de acuerdo con las leyes del lugar donde se pide; ¿y si suponemos el problema planteado ante la divergencia de dos países que aceptan el título del derecho pero lo distribuyen en distintas proporciones? Sea el caso de un hijo natural argentino cuyo derecho va ha discutirse en el Perú: si la causa de suceder es la ley argentina, el cuanto lo de-

terminará ésta; señalándole el juez en consecuencia la cuarta parte de lo que le hubiera correspondido al ser hijo legítimo y no la quinta parte de los bienes hereditarios dispuestos por la *lex fori*.

El motivo de las diferencias mantenidas no exige grandes razonamientos para justificarlo, sino apreciación exacta de la situación del negocio frente a la regla que lo mide y legaliza. Se funda pues en la propia naturaleza jurídica que representa: el aspecto del vivir interno o nacional, y el internacional o de consecuencias extraterritoriales.

Al reglamentar la vida interna de un pueblo, el propio legislador que estableció determinadas situaciones jurídicas para sus componentes actuales —personas o cosas— y que creyó necesario o conveniente rodearles de determinados atributos o facultades para que se den en su plenitud los fines sociales previstos, más tarde encuentra esas dotaciones insuficientes o excesivas, o prefiere distintos atributos para la indicada eficacia o buen arreglo jurídico. Parece entonces natural, fluye de las propias atribuciones legislativas, que el nuevo régimen establecido sea obligatorio para todos cuantos se hallen en la condición prevista, háyase fijado esta precedentemente o se la fije en lo posterior; y esto, hasta por el mantenimiento de los principios de orden y generalidad de los preceptos, sin que deba extremarse según lo hicieron quienes fundándose en el nuevo arreglo social pretendido, proclamaron la retroactividad de las

leyes sobre capacidad de obrar, de tal manera que el mayor de edad pasaba a ser menor por el cambio de sistema.

En la materia propia de nuestra ciencia se ha de resolver en vista de postulados distintos dispuestos para caracterizarla. Las formas sociales o políticas reglamentadas por la ley, que se creen convenientes en determinado Estado, se hallan rechazadas por inconvenientes en otro o se las modifica. En ocasiones aquellas variantes o prohibiciones tocan a la esencia de la institución cuyo aspecto parcial es expresaba en la materia del reglamento, pero en la generalidad de los casos no toca ni afecta sino a lo superficial o propiamente a la forma de su practicidad. Si sucede lo primero, dentro del egoísmo legislativo que todavía vivimos y el fanatismo por el propio derecho, casi siempre se rechazará la fórmula extranjera; mas en presencia del segundo supuesto, dada la ley del negocio, si la aplica en todos sus extremos, pues ninguna soberanía puede atribuírse tutela o facultad de revisión sobre lo mandado por otra, en uso de sus legítimas facultades. (1)

Insistiendo sobre la última idea descrita, (que me parece de muy capital contenido, porque de

(1) Véase en la página 263 del tomo segundo de esta obra, los ensayos de interpretación de las diferencias que en los sistemas legislativos aparecen, sobre las instituciones Jurídicas mantenidas por cada una de ellas; separando las oposiciones directas de las indirectas, y las fundamentales de las que no lo son. Me anima la esperanza de que un conveniente estudio de ellas servirá para dar otra orientación al estudio de algunos problemas básicos del Derecho Civil Internacional.

ahí pueden desprenderse algunas innovaciones para las opiniones corrientes en la materia cuyo esclarecimiento pretendemos) me permito pensar que aquella misma independencia legislativa reclamada por los Estados y su poder soberano, de arreglo de los propios elementos de subsistencia en la forma que les parezca más conveniente, debe inclinarnos a reconocer también las instituciones de diverso sentido que las nuestras y aceptarlas como fundamento de derechos cuando la naturaleza del negocio lo imponga, mientras no procedan perjuicios efectivos para las instituciones nacionales. Ya algo de esto exigió en la práctica la necesidad, como al reconocerse ciertos derechos originados en la poligamia en país que la rechaza, pero la teoría no se ha atrevido a formular todavía principios generales.

Mas, cualquiera que fuere la extensión con la cual se han aceptado las reglas discutidas, el juez desde el momento de encontrar que las consecuencias permanentes de un proceso jurídico van a producirse en determinado territorio, se ve inducido a aplicar la ley vigente en éste, por expresar un interés particularmente relacionado con él. No rara vez por eso, se está viviendo en la jurisdicción de un magistrado y con anuencia de éste y hasta declarada por él, en calidad de regla de excepción, la ley de un pueblo distinto y según el significado vigente en éste. Eso sí, el arreglo social de otro Estado y su defensa, les incumbe muy indirectamente a nuestros magistrados; y si bien el derecho que rige a las na-

ciones le impedirá atentar contra semejante arreglo, no le corresponde sancionar ni protegerle. Unicamente en el principio de justicia es donde se halla la causa de la aplicación de las leyes extranjeras y el respeto de los derechos adquiridos por los particulares.

V

Las sentencias extranjeras, su reconocimiento y la fuerza de eficacia que conviene conferirles.

La forma más determinada y fija de definir los derechos concretos que a cualquier sujeto corresponde, le pertenece al juez en todo litigio sometido a su jurisdicción, quien lo hace en virtud del papel al cual está llamado como intérprete de la justicia que da a cada uno lo que le corresponde. Mide y califica las facultades particulares preexistentes, antes que conferir nada o nada atribuir, excepto en limitados casos de adjudicación que crea potestades particulares: así, cuando se declara adquirido por prescripción el dominio, o se distribuyen los bienes hereditarios, o se confiere la propiedad de los objetos rematados al mejor postor o se aprueba una transacción que da un título de propiedad a quien no lo tenía.

En la clase de fuerza o poder de que ordinariamente se encuentra investido el juez, encuéntrase la misión diferente en lo fundamental, con la atribuida al legislador, quien legisla, crea y

establece, quien juzga, reconoce y declara su juicio. Diferencia fundamental cuyo desconocimiento frecuente se descubre entre los partidarios del derecho natural clásico.

Ahora, el reconocimiento por parte del juez de los derechos pertenecientes a los particulares, significa en esencia un juicio, y expresa criterio de relación entre la cosa en sí y el atributo que se la quiere aplicar; y en lo jurídico, entre el hecho o acto del hombre y la ley que lo califica. De los antecedentes de hecho y en presencia de la razón legal, nacen estas consecuencias de derecho, dirán los tribunales.

Las consecuencias deducidas por el juez, o sean las declaratorias de la sentencia, puedan presentarse con los caracteres de verdaderas o demuestran ser erróneas. Para rectificar en la medida de lo posible este segundo extremo se han establecido las instancias, donde se revisan por criterios personales distintos la integridad del proceso y se dictan nuevos fallos. Pero no siendo razonable aceptar una permanente y eterna inseguridad en cuanto a los derechos disputados, se ha impuesto a los litigantes ciertos límites de discusión para sus pretensiones, prohibiendo después de ellos que se reabra el juicio. Así, por no haberse reclamado a tiempo contra un fallo injusto (o que lo conceptúa tal la parte) o por haberse agotado los recursos concedidos por el legislador, queda firme y definitivo lo resuelto. Cuando ocurren estas circunstancias, dice la jurisprudencia, que el fallo pasó en autoridad de cosa juzgada; cuyo significado en la

técnica jurídica equivale a decir, que representa la verdad legal en el asunto, a la que deben atenerse los litigantes, aun cuando con posterioridad se hubiere comprobado el error contenido ahí: ya mediante una ley posterior interpretativa que reconozca distinto sentido a la regla del conferido por el magistrado, ya por haberlo aseverado así la sentencia de casación; o por cuanto nuevas pruebas han venido a demostrar la falsedad de los hechos o circunstancias apreciadas antes como ciertas.

La sentencia ha quedado inconvencible, pese a cualquiera prueba en contra de sus supuestos. (1) Es de esa manera como la presunción legal de la verdad de un fallo, puede consagrar errores cuyo respeto se impone a las partes litigantes y a sus sucesores en el derecho. Ni la misma interpretación auténtica del precepto es capaz de atacar lo resuelto en última instancia. Por eso los mismos legisladores que mandan tener como incorporada a la ley primitiva la que la interpreta, exceptúan los efectos de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada.

De la calidad señalada para la sentencia firme proceden ciertos derechos correspondientes a quienes la obtuvieron a su favor, y ante todo una excepción que la harán valer cuantas veces se pretenda reabrir la discusión sobre el mismo asunto ya resuelto, que se designa asimismo con el nombre de excepción de cosa juzgada.

(1) Esta regla no se aplica a las sentencias en causas criminales.

Claro que para poder surtir efecto ese sistema de defensa, hará falta que los dos juicios intentados reúnan determinados requisitos de identidad subjetiva y objetiva.

La materia del análisis, contenido y efectos de la cosa juzgada pertenece sobre todo a la ciencia de los procedimientos judiciales, materia llena de un interés muy alto también para nosotros desde luego; pero que no nos corresponde abordarla en su complejidad interna por el momento, por cuanto nos conduciría muy lejos en los detalles de su exposición, y porque no es de inmediata y directa incumbencia para el Derecho Civil Internacional, el cual puede dar por suficientemente fundamentado el hecho y sólo mantener las consecuencias que le corresponden.

Doy por sentada la existencia de un fallo definitivo en cierto país, según las reglas vigentes en él y con las consecuencias mandadas por el propio legislador, y me propongo investigar la eficacia que él tendría en la comunidad de las naciones y el modo de reclamarlo.

El fallo definitivo extranjero puede servir ante los tribunales de otro país en las siguientes circunstancias y objetos: a) o como prueba de sucesos ocurridos; o, b) en calidad de obstáculo legal que opongo a la acción interpuesta por alguien contra mi derecho; o, c) para pedir la ejecución de lo resuelto en él por el tribunal que lo dictó en calidad de título de derecho incontrovertible. Contemplemos con las peculia-

ridades propias de nuestra ciencia esos diferentes aspectos.

Calidad de la sentencia, a).—En su carácter de prueba, se acostumbra decir, la sentencia extranjera tiene el mismo valor que cualquier otro instrumento auténtico y está sometido a las mismas condiciones internacionales que éste, o sea a las contenidas en la fórmula *locus regit actum*. Sin embargo, hay una diferencia importante: al tratarse de la sentencia no existe facultad de preferir entre diferentes reglas que rijan sus formalidades externas: la *lex fori* es insustituible. Por tanto se hace preciso comprobar que el fallo haya sido dictado por la persona competente en el lugar donde se lo dictó y con las formalidades obligatorias para semejante magistrado. Entiéndase bien, esta primera regla de competencia netamente territorial, es en lo absoluto distinta y no cabe confundirla con la competencia internacional de los tribunales calificada por la naturaleza del negocio; el segundo problema lo resuelven los principios internacionales, en tanto que el otro es puramente interno.

De la misma manera que una escritura pública otorgada en el Ecuador de acuerdo con las leyes ecuatorianas debe hacerse precisamente ante un escribano, sin cuyo requisito no tendrá valor alguno en ningún país como no lo tiene en el nuestro; también las sentencias civiles dictadas en la República que quieran presentarse como pruebas de derechos en otra nación, deberán estar de acuerdo con los pre-

ceptos consignados en nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial. Y el diferente carácter anotado consiste en que, mientras para la escritura que va a surtir efecto fuera del territorio en donde se la otorga, puede convenirse con el otro contratante el someterla a la común ley nacional o la del lugar en el cual se encuentran los bienes, los procedimientos para la validez de la sentencia son unos solos, los del lugar de ésta. Y tal consecuencia surge por el rigor con que se mantiene en los pueblos modernos el principio formulado en nuestro Código de Enjuiciamientos Civiles, diciendo: la jurisdicción (o sea el poder de administrar justicia) nace de la ley.

Y en cuanto a las formalidades externas, aquí como en cualquier otro documento, son los modos exteriores de expresión mandados en el respectivo lugar. Así, toda sentencia de nuestros magistrados deberán llevar la fecha y hora en que fue expedida, los motivos o fundamentos de la decisión, la fórmula de haberse expedido en nombre de la República y por autoridad de la Ley, lo que manda o decide y la firma completa del juez.

La calidad de la fuerza probatoria de la sentencia discurrida en este momento, es la de haberse en realidad expedido, reconociendo tales o cuales antecedentes de hecho y de derecho de que emanan éstas o las otras consecuencias para las partes en el litigio. Es materia de otra investigación, que vamos a intentarla muy pronto, saber si prueba además la definitiva adqui-

sición del derecho para quien obtuvo tal declaración.

Calidades de la sentencia, b) y c).—¿Las sentencias extranjeras podrán servir en distinto Estado de título firme e incontrovertible de los derechos declarados por ellas, de manera de constituir la excepción de cosa juzgada para quien las obtuvo en su favor si se pretende incoar nuevo juicio sobre la misma materia? Y con su valor distinto aun cuando concurrente ¿podrá valerse del fallo firme extranjero para reclamarse en nuestro territorio la ejecución de lo dispuesto o resuelto en él?; ¿y por los medios coercitivos reconocidos en cuál de los dos países? Trato conjuntamente estos varios aspectos del problema por los importantes puntos de contacto que mantienen y la íntima relación de sus fundamentos.

Mientras consideremos como unidades políticas aisladas a los Estados, cada uno con propia y agresiva soberanía, o si los conceptuamos unidos únicamente por lazos de interés o cortesía, no nos será fácil descubrir razones de suficiente fuerza para transportar la eficacia del derecho declarado y demás actuaciones judiciales de un pueblo a otro.

Impresionados por el rigor de los principios que rigen la antigua idea de libertad de las soberanías, nada existe capaz de justificar la pretensión de solicitar de los magistrados de un Estado que, reconociendo la validez de los fallos dictados en otro lugar, procedan en virtud de un deber judicial a su ejecución o cumpli-

miento. Por eso que los civilistas de mayor prestigio, sobre todos entre los alejados un tanto de nuestros tiempos, parecen considerar como acto de mera tolerancia o disposición benévola del tribunal, esta de dar eficacia a los indicados fallos, y cumpliendo con cierto número y calidad de requisitos muy expuestos a volver nugatorio el buen deseo.

Nada aparece con caracteres más estrictamente nacionales para la política tradicionalista que el ejercicio de la jurisdicción: decir el derecho. Y surge con manifestaciones un tanto más impresionantes al tratarse de la calidad de la cosa juzgada, cuanto hemos tenido ocasión de señalar que aún se halla en el trance de consagrar verdaderas injusticias en mérito de la permanencia y seguridad de las relaciones humanas en la respectiva sociedad. Manteniendo semejante criterio y ante el rigor dicho de las relaciones internacionales, claro está que lo único posible sería la revisión del fallo como lo han preferido no pocos autores; pero esto, ni la práctica lo acepta ni los principios pueden autorizarlo. Veamos pues sobre que motivos podría fundamentarse distinta regla.

Salta a la vista lo inútil de buscar en la pura relación entre los Estados y su política internacional, la explicación suficiente para consagrar en todo pueblo el respeto a las sentencias legítimamente dictadas en cualquiera de ellos.

La facultad de juzgar y hacer que se cumpla lo resuelto no proviene del derecho de gentes,

hubo ya de afirmarlo Merlin, pues toma su fuerza o virtud del respectivo derecho civil, el cual por su definición no puede transmitir el imperio que va adscrito a sus mandatos de un Estado a otro. La jurisdicción de las autoridades competentes se limita al territorio dentro del cual fueron designadas para ejercerlo; más allá de sus fronteras las decisiones tomadas pierden en lo absoluto eficacia.

Con una u otra argumentación, más o menos próxima o alejada a la de Merlin, llegan a consecuencias equivalentes notabilísimos expositores sobre todo del derecho antiguo, según lo he afirmado poco antes. Los menos rigurosos entre esos jurisconsultos —mientras permanecen lógicos con sus razonamientos— se atreven a aconsejar el cumplimiento de las sentencias extranjeras previa la revisión de fondo de las mismas, esto es, mediante nueva sentencia dictada por la correspondiente jurisdicción territorial. Lo cual equivale a desvanecer cualquiera idea de respeto y de cumplimiento de los fallos extranjeros; a lo sumo su contenido servirá como elemento de juicio y a los antecedentes del proceso se los mirará por deferencia como bien practicados. No hay por otra parte ninguna distinta posibilidad lógica, planteado el problema en los términos tradicionales de respeto a los poderes soberanos.

De seguro a distintas consecuencias nos conducirá la nueva constatación de nuestras afirmaciones sobre el fundamento de la comunidad internacional entre los pueblos, origen de la

ciencia del Derecho Civil Internacional, mantenida sobre la base de orientaciones legislativas iguales, en razón de participar los Estados como factores de la misma cultura en propósitos equivalentes. Y junto a tales coincidencias, la necesidad fundamental jurídica de mantener la justicia para todos los hombres, que se expresa con el reconocimiento y protección de las facultades y derechos legítimamente adquiridos por cada uno de ellos.

Procede del primer reconocimiento, más que la tolerancia y cortesía limando las asperezas de soberanías rivales, la ética en las relaciones de quienes contribuyendo a un común destino se sienten ligados por deberes mutuos y un concepto de fines humanos de valor equivalente. Semejantes reconocimientos envuelven con frecuencia este otro: el modelo ideal del fin jurídico perseguido es el mismo —con cortas diferencias— y sólo las posibilidades de realizarlo se diversifican. Y nace de las exigencias de la justicia (base de cualquier derecho racional) la garantía a los particulares de aquellas facultades o atributos que de modo legales ha sido otorgados o reconocidos. Y con vista de estos antecedentes, nos toca ahora elegir de entre las varias fórmulas propuestas, para hacer judicialmente efectivos los derechos declarados por fallos que se hubieren pronunciado en el extranjero. Razonemos la oportuna preferencia.

Las antiguas legislaciones de Europa, nos ha

dicho Manresa y Navarro, (1) declaraban la absoluta independencia de las naciones en esta materia. Por eso en España, antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, para reclamar la ejecución judicial de un derecho ya declarado por sentencia firme en otro país, hacía falta entablar nuevo proceso en la Península y obtener la resolución conveniente a consecuencia del respectivo juicio. Sólo se explica tal procedimiento en una vida aislada, un tanto agreste y llena de sospechas y dudas entre los Estados; pero no ante la amplia comprensión de los mutuos deberes de respeto y cooperación jurídica que se reclama en nuestros tiempos. Puede llegar este sistema a desconocer las propias bases sustanciales del procedimiento, como las reglas de competencia por las personas, por la materia y otras.

Menos riguroso en algunos aspectos que el precedente, pero no menos criticable, es el sistema por el cual se acepta la sentencia extranjera pero mediante una revisión del fondo del asunto; o sea una nueva sentencia llamada a definir el derecho de las partes y conferirlo a quien según el criterio del nuevo magistrado le corresponda. En estricto sentido, seguir este procedimiento es tomar al juez o tribunal extranjero como mero juez de instrucción del proceso y dar por bien hechas las investigaciones practicadas por él; sería un auxiliar excepcional del

(1) Véase el tratado de este autor sobre el derecho procesal español.

magistrado para investigar los antecedentes. También aquí es manifiesto el egoísmo o recelo entre poderes públicos de diferentes pueblos y la importancia que se atribuye a la facultad de administrar justicia; pero el modo de actuar es ilógico en todos sus puntos.

La actividad judicial que termina con el juzgamiento, no es únicamente yuxtaposición de hechos, que al fin y al cabo se los aquilatará en el correspondiente fallo; es de continuo acto de apreciación del juez, aún en los países donde se halla más restringido esta clase de criterio; y es de manera constante, durante el proceso de aplicación de leyes: ya para organizarlo, ya para resolver una multitud de incidentes que se promueven a diario. De todo eso se compone el criterio de quien juzga y pesa en sus decisiones, el mero y frío estudio del proceso no tendrá jamás la fuerza y claridad del convencimiento formado lenta y diariamente. Sobre todo es esto más impresionante al tratarse de procesos sobre derechos reales, que requieren conocimiento del lugar donde se halla situada la cosa. De otro lado, con frecuencia, el derecho cuyo cumplimiento se pide ha sido juzgado ya en el lugar que lógicamente correspondía por la naturaleza del negocio. Entonces ¿no es evidente que la razón más apta para juzgar es la del magistrado que lo hizo?

La tercera manera de apreciar el valor de los fallos extranjeros, consiste en no preocuparse del derecho declarado sino puramente de la forma y circunstancias como se lo declaró, revi-

sando la forma y no el fondo, según se acostumbra decir; y en consecuencia de esta única revisión, reconociéndola válida o no en los efectos que le corresponde. De esta manera se confiere plena y razonable eficacia a los actos legítimos de autoridades extranjeras que obraron dentro de los justos límites de su función, y se respeta y mantiene el derecho adquirido por los particulares mediante legítimo título.

El acto judicial no es sino complemento del legislativo, para determinar lo atribuido por éste cuando está oscuro o se halla disputado; y así como aceptamos ley extranjera en los casos ya analizados, debemos admitir extranjero fallo que dé fuerza y virtud actual al derecho. Tanto más cuanto siguiendo las reglas de competencia, habremos de constatar de ordinario que el juicio fué expresado por quien estuvo más apto para hacerlo.

Si decimos que en el tercer sistema, cuya preferencia queda razonada, la revisión es puramente de forma, no queremos significar con ello estrictamente que el magistrado a quien se pide tener como válido el fallo, sólo está en el caso de fijarse en las solemnidades exteriores de expedición, de legalización o de presentación ante el tribunal; queremos sólo manifestar que no va a entrar a discutir el problema jurídico materia del debate y del juicio, ni a pronunciarse sobre él, sino que, reconocido la legalidad de lo hecho en el extranjero, al haberse cumplido con las circunstancias de tal legalidad, se acepta en algunos o todos sus efectos lo resuelto. Hay, eso sí,

problemas intrínsecos para el propio valor internacional de la resolución, que no podrá por menos de entrar a conocer el juez: tal la competencia también de orden internacional del magistrado que la dictó.

Efectivamente, el primer reconocimiento que se impone y sobre el cual habrá de pronunciarse el juez del lugar donde se pide reconocer su eficacia, es el de la legitimidad del fallo dictado en vista de las facultades del tribunal que lo expidió. Semejante problema de competencia, para nuestra materia toma doble aspecto: o se ha seguido el juicio ante los magistrados a quienes correspondía esa clase de asuntos por disposición de las leyes que rigen el funcionamiento de los jueces en el país del juzgamiento, o se ha apartado de sus reglas. Corresponde con propiedad este punto a la legislación interna y debiera constar en la copia autenticada de la sentencia. Si quien aparece juzgando no era juez para el asunto, no hay motivo ninguno para respetar su decisión, ni existió derecho adquirido de ninguna clase por parte de los particulares.

También le corresponde inquirir y reconocer la competencia internacional del juez de cuya sentencia se trata, pues no todo juicio puede seguirse en donde quiera; hay algunos por cuya vinculación con determinado suelo es lógico considerarse que debe seguirse en él, tal los juicios de deslinde, las acciones posesorias o de obra nueva.

Tanto el uno como el otro punto son de previo pronunciamiento para el magistrado, para luego consentir o no en la validez de la sentencia extranjera y aceptar o desechar el nuevo juicio propuesto o la excepción de cosa juzgada. Sólo que mientras en el un caso se resolverá por las leyes del país de la sentencia, en el otro se atenderá exclusivamente a la *lex fori* del nuevo tribunal.

Se precisará el punto de vista internacional con un ejemplo. En la mayor parte de las legislaciones de los pueblos, de la misma manera que en la nuestra, se prescribe que no se ejecuten las sentencias extranjeras en el territorio nacional si ellas no han versado sobre acciones personales. Lo que demuestra que convienen en considerar como la sola jurisdicción competente para resolver sobre derechos reales, la del lugar de la situación de los bienes. Por tanto, un juicio reivindicatorio sobre bienes situados en el Ecuador debe tramitarse aquí y aquí sentenciarse, sin que ningún fallo extranjero que resolviera este asunto pueda cumplirse en nuestro territorio.

No estoy de acuerdo en aceptar la regla descrita con la amplitud señalada, pues hay derechos reales que no se vinculan a una situación fija; pero sí reconozco que a veces expresa una indudable exigencia de razón.

El Código de Bustamante, que es la ley para nuestra República después de su ratificación definitiva por el Senado del Ecuador en 1932, ha señalado ciertas reglas de competencia in-

ternacionla para los Tribunales de los Estados, siendo algunas de la mayor importancia.

La primera regla del cap. I del tit. 2º del Lib. tercero, dice: Art. 318: Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario.

La sumisión no será posible para las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si lo prohíbe la ley de la situación.

Es interesante el predominio concedido a la autonomía de las voluntades particulares, aún para las acciones reales o mixtas relativas a objetos muebles. Pero hay más todavía, se insinúa la posibilidad electiva respecto de estas últimas acciones, incluso tratándose de inmuebles, a menos de prohibirlo la ley de la situación de ellos. Al egoísmo de las soberanías agresivas se trata de sustituir la mutua cooperación y respeto entre los Estados, y al reselo de todos contra todos, la confianza en la justicia y rectitud en los procedimientos de las respectivas autoridades de los países. De ahí la facultad reconocida a los particulares de acudir según el interés o el pacto habido entre ellos, a cualquiera jurisdicción de los pueblos contratantes para que decida sobre los derechos discutidos, seguros de que tal decisión será acatada en los otros Estados

regidos por el mismo Código Internacional, donde podrá exigirse el cumplimiento. Es el sistema jurídico interno de la voluntaria sumisión, transportado al campo propio de nuestra ciencia.

Vienen en seguida en el Código Bustamante las verdaderas reglas de competencia, formuladas, teniendo en mientes los principios generales adoptados en las leyes de procedimiento de la mayoría de los pueblos; pero viciadas en el orden internacional de su eficacia por el afán de conciliar susceptibilidades nacionales: por eso no se dictan reglas de perfecto carácter imperativo, sino bajo la reserva de que la legislación interna no disponga otra cosa, al tratarse de problemas de índole extranjera.

Ventajosamente para el Ecuador, en el último aspecto indicado las dificultades no son muy graves, por cuanto la única regla de competencia internacional prescrita en nuestros Códigos, es la que se desprende del contenido del Art. 506 del C. de E. C., cuando prohíbe aceptar en nuestro suelo la ejecución de sentencias que no hayan recaído sobre acciones personales. Hay pues una situación clara, aunque anticientífica o inconveniente. Por otra parte, nuestras reglas internas de competencia siguen en general la misma corriente inspiradora del Código de Bustamante.

Pero no es este el momento de hacer las convenientes aplicaciones de la teoría, sino sólo de señalar las grandes líneas de ésta. Sin embargo, desde este instante afirmamos que, por contrariar a los verdaderos principios in-

ternacionales, no estará obligado el juez de ningún lugar, excepto el del mismo país, a cumplir una sentencia dictada en Francia contra un extranjero —aun cuando el juez de este territorio la hubiera dictado de acuerdo con la *lex fori* que permite citar ante los tribunales franceses a cualquiera que hubiere contratado con un francés— si se trata de acciones personales y el extranjero se halla domiciliado en otra nación, sin que hubiere sumisión tácita para el asunto. La invalidez internacional de la sentencia es evidente, porque la República francesa con el propósito de favorecer a los propios súbditos, no ha vacilado en quebrantar los justos principios de protección a los litigantes de origen extranjero en su derecho a ser demandado ante sus propios jueces. (1)

Tenemos por consiguiente que la primera investigación del juez requerida en nuestra materia, es la de saber si se dictó la sentencia por la jurisdicción competente en el orden internacional.

La sentencia extranjera pudiendo dar mérito para la excepción de cosa juzgada respecto de la persona a cuyo favor se dictó, cabe que no tenga fuerza ejecutoria o sea que no lleve en sí

(1) El sistema francés ha sido exactamente aceptado en los códigos americanos de los Estados, pero es lo raro en cambio que varios tratados internacionales lo hayan reconocido.

la eficacia de cumplimiento, o puede cumplir ambos objetos.

No siempre que se reconoce la legitimidad de una sentencia y su carácter de definitiva para el asunto planteado, se pone a disposición de las partes la fuerza pública necesaria para su cumplimiento.

No son ejecutables: a) Unas, a causa de su propia naturaleza, ya porque como sucede en el orden interno el fallo no implica ninguna actividad o trámite para su eficacia, como cuando se concreta a rechazar una acción dirigida contra el actual poseedor de bienes muebles por quien no tenía ningún derecho para reclamarlos; o porque el cumplimiento tiene necesariamente que practicarse en territorio distinto del lugar en donde se lo pide: tal sería la devolución de un inmueble ocupado por quien no tenía derecho; los medios coercitivos habrán de practicarse sólo en el territorio de la situación; o, b) Por cuanto se cree en un Estado que cumplir los fallos extranjeros, aún los legítimamente dictados por esos tribunales, es contravenir a la soberanía territorial del lugar donde se pide tal cumplimiento, a veces como conducta general, otras para un cierto número de casos.

No es rara esa dualidad de efectos que a primera vista nos parece contradictoria: aceptándose la calidad de cosa juzgada para no permitir nuevo litigio, se rechaza el cumplimiento de la sentencia. De modo que el derecho queda en la situación más rara imaginable: no cabe

discutirse sobre él, porque ya se lo atribuyó de modo válido a un sujeto, pero éste no puede pedir se le ponga en posesión.

Para mí, y dados los antecedentes que me he visto en el caso de aceptar —cumplidas con las reglas de competencia internacional y habiéndose constatado que la resolución la dictó autoridad legítima en actos de su competencia— teóricamente el fallo es ejecutable en todas partes, siempre que de ahí no procedan graves perjuicios para el territorio donde va a efectuarse ese cumplimiento.

El derecho de juzgar no se ejercita sino mediante la comparación de las circunstancias alegadas con la ley que las rige; mas para el objeto de cumplir esta función cada Estado organiza un sistema y gerarquía de funcionarios que la lleven a cabo, dotándoles además de la facultad de mando o poder sobre la fuerza pública para eficacia de lo dispuesto o declarado.

Comprendidos en los anteriores términos la facultad de juzgar y su complemento de hacer que se ejecute lo juzgado, en calidad de poder inherente a la soberanía de las naciones, no puede ser sino territorial; pero cumplidos de manera legítima, confieren un título de derecho al particular a cuyo favor se pronunció la resolución. Y así convertida en derecho de los litigantes la sentencia u otorgado al sujeto mediante apremio determinados bienes, éste podrá hacer valer la decisión judicial aún más allá de los límites jurisdiccionales del tribunal que la expidió. No de otra manera como el derecho

legislado tiene eficacia reconocida más allá de los límites territoriales del país para el cual se promulgó la ley.

Los motivos de distribución de la competencia para los juicios, significa sobre todo garantía de acierto y facilidad de acceso y defensa respecto de los litigantes. Lo primero implica fácil conocimiento de los hechos y apreciación conveniente del derecho; uno y otro condicionados por el lugar del suceso o el país de origen del derecho aplicable al negocio juzgado. Lo segundo se consigue: ya permitiendo a las partes hacer valer todos los medios de prueba de que dispongan en manifestación de sus derechos, ya proporcionando al juez las mayores posibilidades para situar justamente el problema, aquilataando del modo más inmediato los hechos y circunstancias que se alegan. Para que tenga todos los medios de defensa a su alcance el demandado, se considera de ordinario juez competente aquel de su domicilio; para facilidad de constatar los hechos constitutivos de los derechos, en la mayoría de los casos, las acciones reales se ventilarán ante el juez de la situación de los bienes.

Si volvemos a reflexionar sobre los precedentes aspectos contemplados, veremos de nuevo aparecer la situación intermedia señalada a las leyes sobre el procedimiento, entre el derecho público y el particular: el primero dándonos las ramas y gerarquías judiciales, el poder de las magistraturas para actuar y los trámites y procedimientos impuestos a su conducta; el de-

recho privado prevaleciendo en cuanto al ejercicio o no de la acción, a la clase de pruebas de que pueden servirse las partes y a los derechos que confieren a los particulares. En lo internacional y bajo el aspecto del estudio que hacemos en este momento, son lo principal los derechos que a los particulares se confieren, sin dejar de tener grande importancia y participación el aspecto propiamente público de la función jurisdiccional. Esto se ve palpable en ciertos auxilios prestados por los tribunales de un país accediendo a las requisitorias de jueces extranjeros, por ejemplo para practicar algunas pruebas o investigaciones.

Como he venido sosteniendo en las páginas inmediatamente anteriores, cuando se pide por los interesados el cumplimiento de una sentencia extranjera, lo que se está alegando respecto de ella, es que ha constituido un derecho cuya eficacia se pretende hacer valer. No es a título de acto jurisdiccional que se lo reclama, sino como prueba del derecho constituido en determinado sujeto. Claro está que en ningún caso habrá de tolerarse que el mantenimiento del derecho pretendido por los particulares perjudique a los legítimos intereses del país donde se los pide; por eso, otra de las condiciones para que sean ejecutables las sentencias extranjeras, es la de que no contravengan al orden ni al derecho público del respectivo Estado (Nº 3 del Art. 423 del código Bustamante). Y este mismo significado deba atribuírse a la incorrectísima redacción del inciso (a) Nº 2 del ya mencionado

Art. 506 del C. de E. C. del Ecuador, donde se lee: que las sentencias extranjeras se ejecutarán en el territorio de la República si, a falta de tratados reúnen las siguientes condiciones: (a) Que ellas no contravengan a ninguna ley ni, por consiguiente, al derecho público ecuatoriano. Literalmente significaría que cuanto se opone a una ley nuestra, se opone por el mismo hecho al derecho público ecuatoriano, pero es este demasiado rigorismo interpretativo.

Un secreto y continuo sentimiento de desconfianza que no han podido hasta ahora rechazar en sus relaciones los Estados, ha hecho que se consigne de manera explícita la condición de que las partes hayan sido citadas a juicio por sí o por medio de sus legítimos representantes. Principio general y justo mantenido por la jurisprudencia universal, pero que por lo mismo debía suponerse cumplido de acuerdo con la *lex fori* en el lugar de la tramitación del juicio.

La sentencia cuyo cumplimiento se pide debe haber pasado en autoridad de cosa juzgada, o sea, debe tener la calidad de firme o definitiva; que si hay recurso pendiente no se la podrá cumplir.

La mayor parte de los otros requisitos que de ordinario se exigen, pertenecen a la forma de dictarse la sentencia o a la manera de presentarla al tribunal que la va a cumplir.

Las formalidades externas de la sentencia las dicta el respectivo legislador para su suelo y sólo ahí son obligatorias. Significa un momento de la conducta o procedimiento del juez

que debe ceñirse con estrictez a las leyes procesales, las que en este respecto son de derecho público e insustituibles en cada territorio por lo mismo. En otro sentido pero concurrente, afecta a la forma el tan conocido principio del *locus regit actum*.

Por equivalentes motivos, mas opuestos en las circunstancias de aplicación, la manera de presentación del fallo al juez a quien se pide lo ejecute, —si traducido o no, o cuál debe ser el suficiente certificado de autenticidad— se regirá por la ley territorial del Tribunal del cumplimiento. Corresponde a este último orden de investigaciones y se regirá por sus principios, la declaración relativa a si debe pedir la ejecución de la sentencia él o los magistrados extranjeros que la dictaron, o basta la pura solicitud del interesado.

Las legislaciones tienen de ordinario preceptos sobre el magistrado a quien toca cumplir lo resuelto en el fallo definitivo; y así la nuestra manda, que sea el juez de primera instancia el competente para tal objeto. Para la ejecución de sentencias extranjeras el magistrado competente, será el que señale la ley nacional de éste.

Tenemos, por lo expresado en las líneas precedentes que el juez, aún en el caso de hallarse obligado a cumplir las resoluciones extranjeras sin el juzgamiento de su contenido esencial, o sea, sin revisión del fondo del asunto, debe resolver previamente puntos de derecho de la mayor importancia. El *exequatur* se expedirá por consiguiente, luego de reconocido que se cum-

plieron con todos los requisitos jurídicos indispensables, no sólo para la ejecutividad del título sino además para reclamarlo en derecho.

VI

Los medios coercitivos que pueden emplearse para su cumplimiento.

Pero reconocido por el magistrado competente que debe ejecutarse un fallo extranjero ¿cuáles serán los procedimientos oportunos para llevarlo a la práctica, o sea, cuáles medidas coercitivas podrán emplearse para compeler al vencido a cumplir lo resuelto? ¿Las permitidas en el país donde se pronunció la sentencia o las de aquél en el cual se pretende su eficacia?

Toda función de autoridad pública está regida en sus procedimientos dentro de los pueblos actuales, por leyes que perteneciendo también al derecho público del Estado, son necesariamente territoriales. Es la conducta del hombre-autoridad no del sujeto particular, y en consecuencia tienen su origen, razón y motivo en el estatuto que lo designa tal y le impone un papel social a cumplir. El poder o fuerza de imperio otorgado al juez para disponer los medios coercitivos convenientes en cada caso y exigir el auxilio de la fuerza pública con tal objeto, lo confiere el soberano que le inviste con semejante autoridad y merced únicamente a la participación del ejercicio de la soberanía por el poder

judicial, cuya distribución entre sus órganos y el modo de cumplir se afianza y permanece con ese mismo carácter. De ahí que lo mismo cuando se cumple un exhorto venido del extranjero para practicarse una citación, efectuarse una prueba y otros actos correspondientes a la organización del proceso, que cuando se pide la ejecución de un fallo, habrá de recurrirse a la autoridad encargada de ello en el territorio, quien practicará lo pedido sometiendo-se a sus propias leyes de procedimiento.

No pasa lo mismo al tratarse de la prueba suficiente y del valor que se debe prestarse a la presentada en un proceso por actos válidamente efectuados en otra nación. Ciertamente que la prueba es parte del proceso y al tribunal que conoce del juicio le toca tramitarla de ordinario, pero es necesario separar con toda delicadeza la prueba en sí, del modo de producirla en juicio: lo uno es sobre todo de interés individual y lo otro es procedimiento judicial propiamente dicho. Cabe cierta manera de derecho adquirido en las posibilidades de probar un contrato, como si la prueba estuviera incorporado a él, pero la manera de practicarla en el juicio es de naturaleza judicial. Por eso el Art. 7 del C. C. en su N° 21 dispone: Los actos y contratos válidamente celebrados según una ley, podrán probarse bajo el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para justificarlos; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará sujeta a la ley vigente al tiempo en que se rindiere. Si bien este precepto sólo consulta situaciones de or-

den interno, regla equivalente debe adoptarse tratándose de la materia que discutimos.

Cualquiera intromisión de autoridad extraña en nuestro suelo, pugna con el deber de defensa de la soberanía territorial, y el empleo de medios no autorizados en un suelo viene a atacar casi siempre el derecho vigente en él. La cooperación entre los pueblos no solamente es conveniente sino sobre todo justa y necesaria. Y por ser cooperación, es esfuerzo puesto en común para alcanzar determinados fines, mas cada Estado lo cumplirá en la medida de sus posibilidades y con sus propios medios.

De modo que la ejecución de la sentencia debe pedirse en el lugar en donde se la llevará a cabo y según las fórmulas prevenidas ahí por el legislador territorial, y una vez pedida en forma, el respectivo juez constatando la concurrencia de las circunstancias cuya descripción hemos hecho, dictará el exequatur y ordenará al demandado el cumplimiento de las obligaciones reconocidas o que proponga las excepciones que le asistan. Luego de este mandamiento, se seguirán los procedimientos usuales: se tomarán las providencias y se dictarán las medidas compulsivas dispuestas por el legislador del país, respecto de las sentencias dictadas en el propio suelo.

Es de sumo interés por consagrar en algunos de sus puntos la teoría que venimos desarrollando, una sentencia de nuestro Tribunal Supremo de época ya bastante antigua (Véase la S. 1ª N° 46 de la G. J., de mayo de 1933). Es-

te fallo mantiene los siguientes principios: a) Que las sentencias extranjeras como cualquier otro de deprecatorio venido en forma, debe ser cumplido en el Ecuador; pues dice la resolución: el Art. 196 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (213 en la edición vigente) es general cuando manda cumplirse en la República todo deprecatorio librado por juez extranjero conformándose a los tratados preexistentes o a los principios del Derecho Internacional. Se ha de tener en cuenta que esta sentencia se pronunció antes de haberse incorporado al Código de Enjuiciamientos Civiles el Art. 506, cuyo contenido viene a reforzar no a contradecir la indicada apreciación del fallo. I, b) es el segundo principio, **mantenido**, que comenzada la ejecución en otra República no puede pedirse en el Ecuador el cumplimiento de ciertas medidas coercitivas, pues les toca a nuestros Tribunales declarar obligatoria o no la sentencia, para ordenar en el primer caso las medidas compulsivas oportunas. De acuerdo esta última parte del fallo de nuestro Tribunal Supremo con las enseñanzas de Fiore. Con verdadero acierto ha rechazado la jurisprudencia ecuatoriana la revisión del fondo del asunto, para conceder o negar la ejecución.

VII

Los derechos adquiridos ocasionados en contratos privados, cuando un condicionante extranjero los califica.

En torno a las ideas que sugiere el reconocimiento de los derechos establecidos en virtud de convenios o contratos de los particulares, es oportuno tener siempre a la vista las reglas del N° 20 del Art. 7 del C. C. ecuatoriano; pues si bien éstas se refieren a problemas de índole interna exclusivamente, son de hecho valiosísimas referencias para las materias incluidas en nuestra investigación actual. Por otra parte, venimos manteniendo la calidad de contraprueba de nuestra ciencia, para la total ciencia del derecho privado.

Declaran las mencionadas reglas: 1° Un principio de carácter general, en donde se sustenta, que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. 2° Sólo se exceptúan del principio, para tomar valor retroactivo: a) Las leyes sobre el modo de reclamar en juicio los efectos propios de los contratos; y, b) Las que señalan penas a su incumplimiento.

Se explica el precepto general, porque de ordinario se rigen los contratos por aquella especie de leyes que se denominan interpretativas o supletorias, o sea, dispuestas para completar o esclarecer el pensamiento de las partes en cuanto al contenido del negocio, pero en ningún caso para contrariarlo o modificarlo. Comprendida así la relación: ¿cómo suponer que los contratantes pensarán ni pudieran referirse, directa o indirectamente, a mandamientos legislativos que no existían, sobre todo si los nuevos no

expresan la mera traducción de costumbres precedentes?

Pero a más del campo abandonado a las decisiones privadas de los contratantes, existen no raros antecedentes que se imponen y obligan a la voluntad de los particulares, en este mismo aspecto del más libre proceder jurídico. Y no sólo en cuanto a las penas aplicables al incumplimiento —que la forma de reclamar en juicio, es materia de derecho procesal y no pertenece al mero derecho privado— sino a otros varios aspectos de la relación, los individuos están ligados imperativamente: el tanto del interés máximo que se pactará, el tiempo y número de horas de servicio de los trabajadores, el salario mínimo y otras condiciones semejantes. Encuentro por esos motivos que son insuficientes las dos excepciones contempladas por nuestro legislador, ocasionándose de ahí que las Autoridades públicas se hallen con frecuencia en trance de traspasar el principio general, cuando intereses de un orden superior a los particulares se interponen.

Con propósito equivalente y en acatamiento a la justicia que lo reclama, el N° 21 del mismo Art. 7, manda que las pruebas que se han de aceptar en juicio sean las reconocidas al tiempo del contrato y no las que se prescriben por preceptos posteriores; y que sólo las formas de producirlas en el proceso se rijan por la ley posterior.

He ahí las consecuencias internas de los cambios legislativos en las materias apuntadas.

Mas, interesados nosotros en descubrir las justas prácticas internacionales, a propósito de estos mismos derechos adquiridos por causa de contratos legítimos, necesitamos señalarlo en su oportuno paralelismo. Y entonces nos atrevemos a decir, respetando los principios enunciados, se entenderán incorporados en los contratos de condición extranjera, los mandamientos legislativos vigentes en el país a cuya soberanía se halla sometido el negocio. Con las excepciones —para su realización— que el orden público y las buenas costumbres del Estado donde se reclaman, impongan.

La previsión de los medios de prueba que harán falta para demostrar la existencia del convenio y las obligaciones contraídas por su virtud, es una de las partes sustanciales de los mismos, y que la mínima prudencia impondrá sean tenidos muy en cuenta al contratar. La seguridad y buen orden en los compromisos exigirá pues, que los medios mandados o reconocidos al tiempo del contrato sean los únicos válidos, aun cuando cambie en lo posterior la legislación sobre el asunto. Y esto, por mucho que el valor de las pruebas no esté al arbitrio de la decisión privada, y que por el contrario se la imponga a veces de modo obligatorio, por su conexión con los intereses generales y el crédito público. Una vez más a la lógica jurídica se sobrepone la lógica de las realidades vivientes.

De la naturaleza del asunto había de desprenderse que, en el orden internacional, la ley llamada a regir la calidad de la prueba, es aqué-

lla a que se hallaba sometido el negocio, por causa de las circunstancias que le rodean. De ordinario corresponderá a la ley común del domicilio de los contratantes, y en su falta la de la nacionalidad común, y sólo en último extremo la del domicilio del deudor. Mas viene aquí la influencia del *locus regit actum* a modificar en parte el principio, sugiriendo la preponderancia de sus efectos. Pero en ningún caso deberemos pedir a la *lex fori* decida el asunto en oposición a las otras.

Entre los países latino-americanos se han celebrado numerosos e importantes tratados para reglamentar la materia.

El tratado de Lima sobre Derecho Internacional Privado (en 1.878), declara de modo terminante, en la última parte de su Art. 31 —apareciendo acaso un tanto excesivo por el valor de los términos que emplea—: que la prueba relativa a los actos jurídicos ocurridos fuera del país se arreglará a la ley del lugar de semejantes actos. La palabra *arreglará* ¿puede decirse que corresponde no sólo a su eficacia para demostrar la realidad de lo hecho, o sea su fuerza probatoria, sino además a la manera de hacerla valer en juicio? Me parece que no. El segundo extremo, relacionándose con el procedimiento, se rige por la *lex fori*. Es generalísimo el precepto contenido en el Art. 30 de la misma convención, relativo al procedimiento, que sigue las leyes del país del tribunal.

Alcance distinto que el de Lima tiene el tratado de Montevideo (de 1.889) el cual en su

Art. 2 inciso primero dispone: las pruebas se admitirán y apreciarán, según la ley a que estuvo sujeto el acto jurídico, materia del proceso. Este artículo fue textualmente copiado en la Convención de Caracas (1.911) en la que habiendo participado también el Ecuador y hallándose ratificado por la República, es Ley en este territorio.

Al exceso de territorialidad que pareció adjudicar al acto jurídico el pacto de los Estados americanos en Lima, cabe oponerse la más estricta correspondencia en las relaciones de los actos con la ley —a medida de su naturaleza y el régimen legal que les corresponde— de los pactos de Montevideo y Caracas.

El Código Bustamante, con su Art. 399, vuelve a mantener la preferencia del lugar del acto para fijar el sistema legal respecto a la prueba. No creo que el principio *locus regit actum* pueda dar motivo para semejante preferencia en todo caso, aun cuando en muchas circunstancias si lo da. Y afirmo esto por la propia calidad del principio, que lo demostré, de excepción y no obligatorio para los contratantes.

Los tratados de Montevideo y de Caracas en el segundo inciso del artículo que comentamos, y el Art. 399 del código Bustamante en su parte final, exceptúan de la regla, los medios de prueba que no autoriza la ley del lugar del juicio. Si los tomáramos en su significado textual, nos hallaríamos con que las reglas del *locus regit actum* del un caso, o la del lugar a que está sometido el negocio, en el otro, han si-

do sustituidos en definitiva por la *lex fori*, pues sólo sus medios de prueba serían los apreciados. Así, seguido en el Ecuador un juicio por el pago de mil libras esterlinas, que se contrajo en el lugar donde se permitía la prueba testifical para justificarlo ¿deberán rechazar la deposición de testigos nuestros jueces, de acuerdo con lo mandado aquí para negocios de carácter interno?

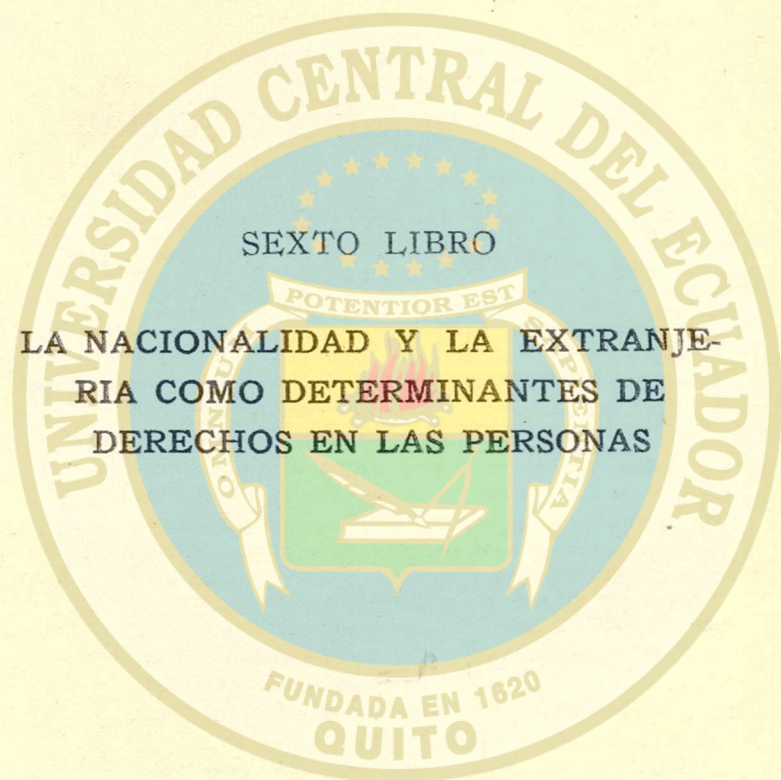
Yo creo que debe interpretarse el precepto en el sentido de rechazar aquellas formas o maneras de prueba totalmente prohibidas o que se desconocen en lo absoluto, y no puramente las que se rechazan en relación con un asunto o materia, valiendo para otro u otros. Por eso no se permitirá la investigación de la paternidad en el lugar donde se halla prohibida, ni siquiera respecto de los extranjeros.

Todavía menos conforme me hallo con el mandamiento del Art. 401 del ya citado Código Bustamante, donde se lee: la apreciación de la prueba depende de la ley del juzgador. La plenitud o no de la prueba, su perfección, en muchísimos casos es una secuela del acto.



Facultad de Jurisprudencia
DECANATC





SEXTO LIBRO

LA NACIONALIDAD Y LA EXTRANJE-
RIA COMO DETERMINANTES DE
DERECHOS EN LAS PERSONAS



CAPITULO VIGESIMO TERCERO

LA NACIONALIDAD DE ORIGEN RESPECTO DE LOS INDIVIDUOS: SU SIGNIFICADO JURIDICO

Noción técnica que corresponde dentro de nuestra ciencia a la palabra nacionalidad.— Los términos nacionalidad y ciudadanía tienen un significado teórico distinto cada uno pero correlativos entre sí: sus verdaderas categorías jurídicas.— La manera como se establece la ciudadanía de origen de los individuos según los preceptos legislativos de los diferentes pueblos: los sistemas del jus sanguinis y el jus soli. Fundamentos y antecedentes de cada uno de éstos.— Actuales prácticas legislativas sobre la materia; sus especies.— Los deberes y derechos inherentes a la calidad de ciudadano de un Estado, ¿se los debe mantener vigentes o es conveniente anular toda diferencia, a lo menos en cuanto a la participación de los derechos?— ¿Es jurídica y puede permanecer la situación de personas sin nacionalidad, heimathlosen, o que posean simultáneamente varias? ¿Cómo debe determinarse la situación ante el derecho de los hombres sin patria o a quienes varias patrias los reclaman?— Epoca en que se fijó la nacionalidad de origen de las personas.

I

Noción técnica que corresponde dentro de nuestra ciencia a la palabra nacionalidad.

Para que exista un problema de Derecho Civil Internacional, hemos repetido en diferentes ocasiones, hace falta que alguno de los elementos del proceso jurídico tenga un origen extranjero o se halle sometido a alguna ley de soberanía extraña a la del territorio donde se lo pretende juzgar o donde sus efectos permanentes se darán; y entre el conjunto de semejantes elementos les toca una figura de realce y de primer término a los sujetos de la relación, o sea, a las personas interesadas en ella. De ahí el haber adquirido importancia incomparable en el estudio de la materia nuestra, el reconocimiento de la nacionalidad que deba atribuírse a la parte o partes en el negocio. Cuestión que Despagnet ha calificado de prejudicial. (1)

Mas, la nacionalidad se presenta con bastante frecuencia como problema sustancial y definido en sí mismo, no sólo para la teoría sino para la práctica de los tribunales; pues significa una posición jurídica que lleva consigo la adjudicación de determinados derechos para aquellos a quienes se les reconoce tal calidad. Pero es también verdad que en otras numerosas

(1) Despagnet, Précis de Droit International Privé.

circunstancias, se inicia su investigación sólo como el antecedente indispensable para solucionar teoremas a veces muy complicados a propósito de la legislación obligatoria o protectora de los particulares. He aquí los dos campos primordiales de aplicación de tal conocimiento.

La doctrina comienza por discutir el mismo contenido del nombre, interesándose en hallar la definición adecuada y el alcance propio que le corresponde; eso sí, sin ponerse de acuerdo hasta el presente en ninguno de sus aspectos, debido, de seguro, al inmenso campo de influencias en donde puede ingerirse por su significado mental la designación.

Vemos con frecuencia a la palabra nacionalidad implicar un concepto estrictamente político o perteneciente al derecho público, como al aplicarla a ciertas constituciones de Estados que representan, por unidad de integración humana, entidades nacionales. (1) Materia ésta extraña a nuestras investigaciones del momento, en mérito de los motivos expresados con frecuencia en el curso del presente tratado. Mas en otras circunstancias significa política también, pero política vinculada de modo riguroso a la condición personal de los agentes particulares en el vivir social, para calificar su puesto y su conducta dentro del Estado. O, en fin, es

(1) Sobre el valor de los términos nacionalidad o Nación relacionados con el concepto de sociedad política o Estado, consúltase el segundo volumen del tomo primero de mi Sociología General.

mero significado de una situación de hecho aplicable a personas y cosas: lo nacional frente a lo extranjero.

Descontada como queda la primera de las nociones anunciadas, nos restan sin embargo muchas modalidades correspondientes a las otras dos, de donde se originarán dudas muy graves en toda la trayectoria de la exposición de éstas.

No son raros los autores, ni de los menos calificados, que incluyen en el Derecho Internacional Público esto del contenido de la nacionalidad de las personas, mientras en criterios opuestos se sustenta con vigor su incorporación al Privado. (1)

Sin duda alguna el legislador que determina las condiciones bajo las cuales los particulares adquieren o conservan una nacionalidad, se está preocupando de manera inmediata de uno de los factores más importantes de su existencia;

(1) Nos es dable recordar —comprobando lo dicho en el texto— la última edición de la obra de Franz von Liszt *Derecho Internacional Público* (ed. española 1.929, alemana 1.925) y la segunda de aquella que con el mismo título ha publicado el Profesor Th. Niemeyer. Este último autor nos ha afirmado además, que el concepto de nacionalidad o ciudadanía tiene ante la Historia y la Ciencia puramente una base de derecho político, añadiendo que es una transformación de la palabra súbdito, debida al hecho de haberse sustituido la idea de dominio territorial por la consideración del individuo en calidad de miembro del Estado. Llama así mismo la atención a su verdadera naturaleza de derecho interno, el insigne internacionalista cubano señor Sánchez de Bustamante (*Derecho Internacional Privado* t. I), si bien declara en seguida que se acostumbra tratar de la nacionalidad en el Internacional Privado, por la importante serie de aplicaciones que corresponden.

y es bien sabido que al determinar tales factores y al organizarlos, viene efectuando actos de política, o en otros términos, referentes al vivir jurídico del Estado: materia de Derecho Público Interno. Pero va unido a este propósito, y en cierto sentido le concierne, más aún lo rebasa, otro objeto no menos importante: el de fijar la condición de las personas avaluando los derechos que les corresponde, o, como lo hemos dicho en otro lugar, constituyendo uno de los aspectos o contingente para el estado civil del sujeto.

Recaba entonces el interés privado todo el valor legal de su eficacia, correspondiendo al derecho civil reconocerlo y estatuirlo. Mas como la condición de las personas califica su calidad internacional con un papel jurídico distinto a cumplir, vese por qué incluirá entre sus problemas el Derecho Civil Internacional el que aquí tratamos.

A causa del calificativo de lo nacional como opuesto a lo extranjero, se ha venido hablando de la nacionalidad no sólo de las personas sino también de las cosas; y se ha empleado en pro y en contra, arsenal abundantísimo de razones: porque mientras algunos autores consideran indispensable inscribir dentro de la noción que analizamos no sólo la calidad de las personas sino también de los bienes o de determinado grupo de ellos por lo menos, como los aeroplanos y los buques, pretenden muchísimos otros que no cabe tal designación para calificar distintos

atributos que los exclusivamente pertenecientes a las personas. (1)

Pero no es eso sólo, tampoco se encuentran de acuerdo los expositores sobre si únicamente a las personas individuales corresponde la condición de derecho que se llama la nacionalidad o si además les pertenece a las personas denominadas jurídicas.

Como fatal corolario de semejante dispersión de conceptos, la inmensa variedad de definiciones lanzadas.

La más sencilla y por su misma sencillez adoptada con mayor frecuencia, es la que se expresa en los siguientes términos de la nacionalidad: es el vínculo jurídico que une la persona a un Estado determinado. (2)

(1) Entre los partidarios más decididos de la aplicación del concepto de la nacionalidad a otras entidades que las personas físicas, podemos contar a Diena, en su Tratado de Derecho Comercial Internacional y a Weiss, Tratado de Derecho Internacional Privado. La nacionalidad de los buques y de las aeronaves, tiene otro valor intrínseco y significado que el que aquí tratamos de esclarecer; se los califica sobre todo con el objeto de inquirir su condición para fines del derecho público, por ejemplo para saber si constituyen o no una parte del territorio del Estado en alta mar o en los espacios aéreos.

(2) Entre los numerosísimos autores que se han acogido al modo de definir recordado en el texto, quiero referirme a dos americanos que lo han hecho en obras de reciente fecha; a don José Joaquín Caicedo y Castillo en su Derecho Internacional Privado y al señor Víctor N. Romero del Prado en la suya, Ciudadanía y Naturalización. La diferencia entre uno y otro se encuentra, en el uso de las palabras persona o individuo, Estado o Nación; diferencia que puede revestir muy grande interés en un análisis y ajuilatación sucinta y detenida de la materia. A propósito de las dos últimas designaciones, el señor Romero del Prado ha hecho notar con justicia, que es solo el Estado la personalidad jurídica internacional capaz de conferir a los particulares las calidades de derecho que estudiamos.

Weiss meditando sobre la exigencia de conferir cierta nacionalidad, además de a las personas particulares, a algunas sociedades, a los caminos de hierro en ocasiones, a un curso de agua, a un navío etc., modifica, o mejor, completa la definición recordada con un término más; definiendo por consiguiente el concepto de la siguiente manera: "el vínculo que liga una persona o cosa a una nación determinada". (1)

Me parece que los conceptos transcritos están bastante lejos, no sólo de una verdadera definición del asunto sino también de una exacta explicación. En efecto, eso del vínculo que liga —aún con el aditamento de ser vínculo de derecho— no expresa ni por asomos su diferencia específica respecto de cualquier otro sometimiento: unión de deberes mutuos o pacto que relacione a los particulares con el Estado; comprendidas aún las condiciones de aquellas personas de eventual y transitoria permanencia en el suelo sometido a determinadas jurisdicción o soberanía, pues entre éstas, incluso las más favorecidas, por lo menos se hallan ligadas por leyes de policía y los deberes que ellas comportan, siendo así mismo protegidas por sus sanciones. Y no se agota ahí la eficacia ligante de los mandatos de autoridad; puede referirse además a los extranjeros ausentes que tienen negocios en nuestro país: supongamos las reglas para so-

(1) Weiss, ob. cit.

lucionar las deudas, los preceptos sobre incautación de giros, los mandamientos sobre el máximo de interés y otros semejantes. Entonces ¿qué se ha explicado mediante la definición dicha? De seguro, nada.

Concebida la nacionalidad, según quedó señalado por nosotros en el primer volumen de esta obra, (1) como uno de los elementos constitutivos del pleno estado civil de las personas, o a la manera de una de las sucesivas modalidades del derecho que fijan en último análisis la entidad jurídica del sujeto; se ve que, emanando de ahí determinados derechos y ciertas obligaciones, le corresponde además una manera de continuidad, de permanencia, que matiza y valora los particulares atributos que en el transcurso de su existencia puede corresponder a la persona. Por lo dicho, la definición debía contener a lo menos un concepto más, el de esta permanencia en el tiempo de aquel vínculo, no obstante los cambios personales en el espacio. Además, no creo necesario limitar el concepto de su aplicación al individuo-hombre, pues también las personas jurídicas se encuentran investidas de cierta forma de estado civil.

Por nuestra parte nos permitiríamos formular este pensamiento de la nacionalidad: es una investidura de derecho que contribuyendo a establecer la personalidad jurídica particular, vincula a las personas de manera permanente a

(1) Véase el capítulo décimo.

la soberanía de determinado Estado y las confiere el privilegio de ser protegidas por él, no obstante sus cambios de situación en el espacio.

Según puede notarse de manera inmediata, nosotros hemos retenido el segundo de los tres conceptos señalados para la noción específica de la nacionalidad en el sentido de las investigaciones que hacemos, de modo que al emplearla sin otro calificativo, deberá entenderse con ese limitado alcance; sin quedar desconocido por eso que las diferentes realidades de la vida social son susceptibles de designación como nacionales o extranjeras, con el carácter de pertenencia. Cábeme también señalar que se ha incluido en la fórmula mantenida, tanto el aspecto personal del sujeto como el interés del Estado y la mutua influencia entre ellos.

Hemos llegado a las conclusiones que preceden, en vista particularmente de la idea de la nacionalidad calificadora del hombre en sí y como miembro de una sociedad política que le atribuirá derechos y le exigirá deberes. Pero hay otro aspecto digno de contemplarse, que hemos sustentado desde el principio: y es el de la nacionalidad de las personas de derecho privado como antecedente o asunto de previo pronunciamiento judicial, para deducir las convenientes consecuencias sobre el sistema legislativo a aplicarse, en el negocio fundamental o problema de fondo para el fallo, en mérito a la indicada circunstancia.

Y esta segunda forma o momento de la investigación toma muy singular relieve e importancia, bajo múltiples planos o puntos de vista coherentes con la multiforme actividad jurídica: pues no solamente va a determinarse, a causa del resultado obtenido, la ley nacional vigente para las partes en cuanto dice relación a su estatuto personal (sobre todo cuantas veces se da preferencia con ese carácter a la ley nacional); sino previo a este juicio todavía, en gran número de problemas sometidos a juzgamiento, para saber si estamos en presencia de negocios internacionales o de puro orden interno, que es de manera propia el aspecto de lo prejudicial en este campo, pudiendo en algunos casos determinar incluso la jurisdicción del juez o tribunal a quien toca conocer el pleito.

Los términos nacionalidad y ciudadanía tienen un significado teórico distinto cada uno pero correlativos entre sí: sus verdaderas categorías jurídicas.

No es raro confundir en la práctica legislativa los términos nacionalidad y ciudadanía en un común concepto, empleando por lo mismo ambas designaciones indistintamente para fijar la condición personal de los súbditos de un país frente a los extranjeros, domiciliados o residentes

en el territorio sujeto a su soberanía. (1) En contraposición a ello la teoría se ha cuidado de ordinario mucho en tratar de distinguirlas, si bien no fijando de manera clara y precisa sus verdaderos atributos de derecho.

En ocasiones se habla de una y otra condición del sujeto, calificándolas de ciudadanía activa y pasiva, cuyas características o signos mentales elaboran los efectivos atributos que se confieren por virtud de la una y de la otra, dándonos la nota propia de relación en calidad de antecedente y consecuencia, entre la nacionalidad, ciudadanía pasiva, y la activa forma de ser ciudadano.

En efecto, la ciudadanía es la facultad actual de ejercitar personalmente aquellos derechos que se originan para el individuo en el reconocimiento de la patria que le pertenece. Antes hubo la potencia, la aptitud de llegar a ser elector supongamos, para el nacional; hoy, cumplidos los demás requisitos, se presenta pleno el atributo, se ejerce o no. Cada cual es súbdito de un Estado y en esa virtud viene a corresponderle el conjunto de potestades reservadas por éste a sus ciudadanos y una situación jurídica

(1) Los expositores argentinos han discutido vivamente sobre si se ha apreciado o no alguna diferencia en la legislación de su país, acerca de los términos nacionalidad y ciudadanía, llegando a concluir la mayor parte de ellos que se los emplea como sinónimos. También el Art. 6º de la Constitución del Uruguay (1917) coincide en la misma confusión, pues ahí se declara que son ciudadanos naturales o legales de la República oriental los que reúnen ciertos requisitos de nacimiento o adopción. Es lo que en otras legislaciones se designa como nacionalidad de origen y naturalización.

particular en su condición de persona, no afectada esta última calidad sino en parte por los determinantes de la ciudadanía.

Los derechos inscritos y originados para el sujeto en su mera condición nacional y de que se hallan privados los extranjeros, son sobre todo los de orden político, y ciertos derechos públicos y privados de ordinario próximos o afectos a la política también. (1) De los dos componentes mentales o aspectos de juicio correspondientes a la nacionalidad, es sólo el primero el que califica derechos particulares para la persona y no el relativo a su régimen legal, el que ha de tratarse a propósito de la nacionalidad y de la ciudadanía.

Dentro del indicado campo de apreciación ¿cuáles son las calidades de consecuencias jurídicas, que corresponden a las dos circunstancias del derecho señaladas y calificadas? Ya se han indicado: la nacionalidad confiere la potencia, la aptitud; (2) la ciudadanía determina el ejercicio. Aparece por lo mismo la una con el aspecto atribuido a la capacidad jurídica, debiendo considerarse la otra equivalente a la capacidad de obrar; según la exposición hecha so-

(1) Es de ese orden el derecho de dirigir una publicación periódica, prohibido en Colombia a los extranjeros.

(2) En su Art. 151 dice la Constitución que garantiza a los habitantes del Ecuador principalmente (y viene la enumeración de semejantes garantías). Quiso decir nuestra Carta Fundamental a los nacionales, pues respecto de los extranjeros existe el Art. 152, donde se los reconoce las mismas garantías —excepto la libertad de sufragio y la admisión a las funciones y empleos públicos,— de modo general.

bre estas dos capacidades en el volumen primero de esta obra, al referirnos al estado civil de las personas. Tomaría sus sugerencias seguramente de un pensamiento próximo al descrito, la redacción que hallamos en la Ley de Ciudadanía de la República argentina expedida en 1857, cuando en su Art. 1º declara: los argentinos desde el punto de vista del goce y ejercicio de los derechos políticos se distinguen en simples argentinos y ciudadanos. Es que es un frecuente hecho científico, que aún antes de ilustrarse en debida forma la teoría sobre un punto cualquiera, ha sido precedida por casos de aplicación en los que se halla latente el pensamiento director. (1)

Pero antes de inquirir nada sobre la clase de derechos reservados a los nacionales y el fundamento en que es posible apoyar determinada cada una de esas reservas, intentemos una explicación general sobre la conveniente dotación diversa de derechos, en su mera condición de título de exigencia, para ciudadanos y extranjeros, sin un ataque demasiado injustificable al principio fundamental democrático del rechazo de los privilegios entre los hombres.

Tratándose, en consecuencia, de buscar el título, razón u origen del reconocimiento de pa-

(1) Para ser elector se requiere ser ciudadano en ejercicio, declara el Art. 18 de la Constitución ecuatoriana. Debe explicarse aquí la expresión ciudadanía en ejercicio, si bien la ciudadanía es goce actual de los derechos reservados a los nacionales; porque tal goce puede perderse o suspenderse, sin afectar no obstante a la nacionalidad cuya pérdida se vincula a otros motivos.

trimonios diversos de derechos para las distintas categorías de habitantes de un mismo suelo, siempre a caza de ficciones, los jurisconsultos para dar a sus conceptos una figura jurídica de tradicional arraigo dentro del derecho civil, se ha nresuelto por ver en la condición nacional del sujeto, un verdadero contrato sinagmático mediante el cual se crean deberes y obligaciones entre el Estado y sus súbditos, libre y espontáneamente convenido por ambos. Para ese pacto, se dice, la expresión de las dos voluntades se halla constituida en esta forma: por el lado de los Poderes Públicos, en virtud de las leyes que reglamentan las condiciones en las cuales las personas deben ser consideradas como nacionales del país sometido a su soberanía; y por el lado de los particulares, bastando una aceptación pasiva, cuya forma sería el mero hecho de situarse o conservar la antigua situación reglada como originante de la nacionalidad, sin protesta ninguna ni manifestación de querer cambiar de calidad. Y al aceptar el hecho se presume aceptadas todas las consecuencias de derecho.

Es en parte el mantenimiento de la idea del pacto social, por cuyo medio se conserva la ficción de las libertades personales y la autodeterminación de los hombres, mezclado al afán de hallar en el derecho civil de profundas raíces romanas y de secular virtud, una enmarcación exacta para este contenido singular de las relaciones de derecho.

Pero fijándose también en los específicos ca-

lificantes legales de semejante género de contratos y en las lógicas consecuencias atribuidas a ellos, gran número de expositores han refutado victoriosamente la idea que comentamos a propósito de la nacionalidad. En efecto, en un notable número de circunstancias, la voluntad de los particulares marcados con esa marca, no asoma por ninguna parte, ni siquiera de manera tácita o indirecta, mucho menos como debiera exigirse para tal convenio, con expresión clara y manifiesta. Ante el derecho, el niño no tiene voluntad, no puede querer de modo razonable y que le obligue; y sin embargo, desde que nace tiene una nacionalidad y determinados derechos anexos a ella. Pero se dirá acaso: si no le es dable expresar su voluntad por sí mismo las legislaciones aceptan que se lo haga, para muchos eventos de la vida, por medio de legítimo representante. Mas ¿cuál sería el legítimo representante al tratarse de hijos de padres desconocidos a quienes no se los ha provisto de un guardador?

Por otra parte, si el contrato es sinalagmático, se argumenta, y creador de mutuas prestaciones, es inaceptable que desaparezca nunca por decisión de uno solo de los contratantes, como sucede en los numerosos casos en que el Estado se ve en trance de abandonar a sus ciudadanos y en los más numerosos aún en que uno o muchos nacionales han decidido por su espontáneo querer abandonando la antigua patria adquirir otra.

Dentro de los caracteres de la presente discu-

ción, es sugestivo constatar que las mismas circunstancias sirven para que se argumenten por las dos tendencias rivales en pro de sus tesis. Frente a los razonamientos transcritos para descontar la idea de contrato, se hallan estos o parecidos argumentos: siendo como es el de la nacionalidad un contrato sinalagmático fundado en la concurrencia de voluntades, desapareciendo una de ellas ha desaparecido la base para su subsistencia. (1)

Dentro de lo fundamental ficticio y aparente de los métodos actuales de interpretar el derecho, una y otra apreciación de las últimas indicadas, encuentran razones más o menos lógicas para mantener su tendencia, sin poderse afirmar desde luego cuál ha superado a la otra en este aspecto; pues si en un sentido triunfa el argumento jurídico de que los contratos legalmente celebrados no se invalidan sino por el consentimiento de ambas partes, se puede alegar una especie de consentimiento tácito cuando uno de los contratantes no se opone al querer del otro y, en algún sentido, más bien lo regula y facilita, como al legislar el Estado sobre los requisitos necesarios para la pérdida de la nacionalidad y la adquisición de distinta pa-

(1) El modo de razonamiento descrito en el texto se encuentra en Caicedo y Castillo ob. cit. Alcorta defiende la idea del contrato sinalagmático; mientras en contraposición lo han rechazado autores como Despagnet, Audinet, el argentino Zevallos, el respetado Maestro cubano Sánchez de Bustamante; para solo referirnos a unos pocos. Por desgracia no han sabido los impugnadores hallar una fórmula neta de derecho para el caso.

tria. (1) De esa manera el ficticio motivo que creó la situación jurídica concurre para desvanecerla.

Pero todo ello es apariencia y verbalismo en torno de las formas no del contenido intrínseco. Creemos de nuestro deber intervenir con toda decisión y sumándonos a los esfuerzos de cuántos se empeñan en conseguir que la ciencia del derecho sea una disciplina de realidades y no de meras construcciones metafísicas, para limitar en lo posible lo ficticio e incongruente para la vida, de su contenido. En el presente caso y con el indicado objeto, nos parece que bastará insistir en nuestra concepción de la nacionalidad con el valor de calidad impuesta a las personas por las circunstancias sociales que las rodean, o en otros términos, en el carácter de condicionante o constitutivo del estado civil. No caeremos entonces en la extravagancia de considerar al niño que acaba de nacer pactando con el Estado las condiciones de su sometimiento, y aceptando de parte de éste y exigiéndole ciertos deberes de protección. Se nos presentará por el contrario, como en la realidad es, sometido a un sistema legislativo de derechos y deberes que gravitan sobre él y le imponen una conducta.

La nacionalidad, lo mismo que los demás elementos constitutivos del estado civil de las per-

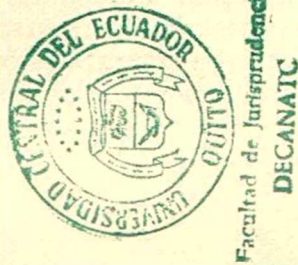
(1) Para los ecuatorianos basta el hecho de naturalizarse en otro Estado, para perder inmediatamente su anterior nacionalidad. (Véase el décimo artículo constitucional en su número primero).

sonas, procede de la concurrencia en el sujeto de cierto número de determinantes previstos por el legislador para conferirle una calidad dentro del Estado, a la que van anexas las funciones correspondientes. Cada situación personal dentro del organismo político, hemos repetido con muchísima frecuencia, significa el calificante del papel que se ha de cumplir, y a ese propósito se atribuye al sujeto a quien corresponden los medios indispensables, en calidad de atributos jurídicos, al tiempo de señalarle los deberes. La integridad de la persona ante el derecho, se constituye por esa superposición de determinantes cuyas sucesivas infraestructuras llevan consigo un nombre particular y un género de relaciones, no siempre exigibles hoy, pero siempre en potencia de serlo.

Mas, si nos representamos a la sociedad política con la calidad de organismo establecido por virtud de la concurrencia e interacción de fuerzas psico-físicas, y no hallándose ligada necesariamente en su existencia a determinado grupo de personas con su carácter de individuos sino a colectividades que le forjan y mantienen; la condición de miembro de una patria no es ni debe ser eterna e inmutable aun cuando varíen las circunstancias del vivir particular, antes corresponde atender a las modalidades sufridas y que se reflejan en la voluntad del ciudadano. De ahí la facultad de cambiar de patria cumplidos que fueren los requisitos señalados.

Y en justa lógica, el último reconocimiento es tanto más aceptable, cuanto ni siquiera modifi-

ca en lo substancial el proceso de subsistencia acordado a los otros elementos del estado civil; pues en todos ellos se ve, que si bien la ley de su funcionamiento es imperativa, la voluntad interviene con notable eficacia en las mutaciones y no rara vez en los hechos que lo constituyen. Por mi querer soy soltero, casado o permanezco viudo, más nacen de ahí deberes y derechos —para con el Estado y para con otros individuos vinculados a mí— gran parte de los cuales yo no elijo y pesan sobre mi persona, incluso a pesar mío. Respecto a mi nacionalidad intervengo yo en los mismos términos: se me otorga a veces sin que yo pida ni elija —como no elijo el nacer de estos o los otros padres, hijo legítimo o ilegítimo— otras mediante la concurrencia del propio querer y decisión; es la primera la nacionalidad de origen, la segunda la de elección. Luego, ya establecido este aspecto de mi vida, soy componente de una patria con los deberes que esto impone y sin poder sustraerme a ellos; gozando en compensación de algunos derechos, con frecuencia también obligatorios. Una parte de estos deberes y derechos los ejercita el hombre en todo momento, pero la parte principal, la que se funda y origina por excelencia en la condición descrita, sólo se ejercita cuando el nacional ha llegado a ser ciudadano.



III

Las maneras como se establece la ciudadanía de origen de los individuos según los preceptos legislativos de los diferentes pueblos: los sistemas del *ius sanguinis* y el *ius soli*. Fundamentos y antecedentes de cada uno de éstos.

A causa de las modalidades descritas en el párrafo precedente y los cambios de situación que pueden sobrevenir al individuo, se ha convenido en distinguir en la práctica dos formas o clases de nacionalidad: la denominada de origen y la ocurrida por actos, hechos o circunstancias posteriores al nacimiento, procedan o no de la voluntad de la persona a quien afecta el cambio. El antiguo derecho español las llamaba respectivamente: por naturaleza y por connaturalización.

La denominación, por naturaleza, ha sido abandonada en la mayoría de los países modernos —la Carta Fundamental de la República española reciente, sí la mantiene—; contra la palabra naturalización comienza a hacerse importante campaña, reclamando se emplee la de nacionalización, según lo ha efectuado la Constitución chilena de 1925, pero en general los pueblos la mantienen. Y el concepto inscrito en la connaturalización, si bien con menos rigurosas exigencias, parece subsistir en España bajo la fórmula jurídica de la vecindad para

adquirir la nacionalidad española de acuerdo con el N° 4 del Art. 23 constitucional, reglamentado por la ley promulgada el 8 de enero de 1932. (1)

Dos sistemas se han seguido en las legislaciones para determinar la nacionalidad de los individuos por razón de su origen, en calidad de sistemas fundamentales y diversamente practicados, mezclándolos, superponiéndolos o manteniendo una u otra preferencia; me refiero o al hecho de llamarlos nacionales a cuantos nacen dentro del territorio del Estado sin atender a los lazos de la filiación (denominado *jus soli*), o a deducirla de manera inmediata y directa, de la descendencia y comunidad de sangre entre los hijos y sus padres (llamándolo *jus sanguinis*).

De las dos formas señaladas para la nacionalidad de origen como institución jurídica, la segunda parece ser la más antigua.

La razón del parentesco y la unidad espiritual y religiosa que en él se arraiga y por él se mantiene, unido a esa especie de materializa-

(1) El significado de la connaturalización parece ser el de unión, apego, intimidad con un suelo con el que no nos liga el origen pero sí la permanencia y otros motivos de afecto o interés, suficientemente fuertes y continuos para crear en nosotros esta segunda naturaleza. La Recopilación de las leyes de indias señala la manera de adquirirse en América la connaturalización, con residencia de veinte años y otros requisitos. La Constitución española declara españoles entre otros, a quienes hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la República. Y la ley que reglamenta esta obtención de vecindad, la declara aún por el mero hecho de permanecer en territorio de España por diez años.

ción figurada en el derecho por el dominio, uniendo al romano a Roma aproximaba a los romanos entre sí; de ahí la calidad de ciudadano originado en la descendencia. Posteriormente el criterio cambia por la intervención en la historia del elemento germano. En otra ocasión hube de señalar que el verdadero y fuerte vínculo entre los bárbaros conquistadores del Imperio, fue el de la vecindad (1); de ahí debía proceder la nacionalidad de los hombres en razón del lugar de su nacimiento, pero como el suelo para los primitivos germanos no era estable y sólo se vinculaban entre sí por el compañerismo, llegó a establecerse la calidad de miembro de cada agrupación por el hecho de ser recibido en la tribu. Por eso el resultado que ha sorprendido a no pocos autores, de que sea extranjero para el germano todo el no afiliado, cualquiera que hubiere sido su origen. (2) Así mismo señalé en trabajo precedente, lo completamente débil de los lazos del parentesco entre aquellos guerreros, que se rompían por su mera decisión.

El feudalismo consagra una especie de sometimiento material, físico, del hombre al soberano territorial. El vasallaje en muchos sentidos simula una relación próxima a la del dominio

(1) Al relatar en el segundo volumen del tomo primero de mi Sociología General las costumbres de los germanos, pude insistir en lo poco firmes que eran entre ellos los lazos de parentesco y el valor que debía darse a las instituciones de la vecindad.

(2) Consúltese el Derecho Internacional Privado de Weiss.

privado; y así, el dueño del suelo como era propietario de los frutos de sus árboles, de las crías de sus ganados, era también el señor de los humanos seres nacidos en sus dominios. Esto lo sintió muy a fondo el redactor de las Siete Partidas, cuando en la VIª de ellas, título XXIV Ley II hubo de declarar: "Diez maneras pusieron los sabios antiguos de naturaleza. La primera e la mejor es la que han los Omes a su señor natural: porque también ellos como aquellos de cuyo linaje decienden, nacieron o fueron raygados, e son en la tierra onde es el señor". La preferencia manifiesta es hacia lo que hoy llamamos el *jus soli*, si bien no pura y simple, si nos atenemos a la regla transcrita; además el legislador español no se contentó con su sola virtud, sino que dió eficacia efectiva al *jus sanguinis* en determinadas circunstancias. Mucho más rigurosas en el mantenimiento del *jus soli* fueron las otras legislaciones europeas anteriores a la Revolución francesa.

Las costumbres en las colonias castellanas se relacionaban con los caracteres legislativos de la época, pero además con las circunstancias de la enorme inmigración extranjera: por eso el *jus soli* obtiene preponderancia aquí.

En este campo de las aplicaciones del derecho, los pueblos modernos se encuentran en discrepancia. De los dos sistemas fundamentales o se acepta el uno u el otro, o se mezclan y combinan en variadas dosis. Y hay más, con el universalismo que tan profundas huellas va dejando en todo el pensamiento contemporáneo, se

empieza a pensar en una patria sentimentalmente elegida y a la que motivos de índole moral nos une. Pronto esclareceremos el sentido de esta última afirmación.

Si comparamos el *jus soli* con el *jus sanguinis* ¿cuál de los dos puede reivindicar para sí mayores motivos de preferencia?

Las argumentaciones en pro y en contra del uno y del otro sistema, han sido expuestas con grandísima frecuencia y con mucho empeño por los tratadistas sobre la materia; mas tales expositores coinciden en un fundamento común, que es como el molde o punto de referencia al cual acuden en demostración del grado de su legitimidad: consiste semejante fundamento en la interpretación de la probable voluntad del sujeto. No es extraño a su pensamiento tampoco, en determinada medida, el de inquirir cierta unión o vínculo espiritual del individuo con la patria que se le quiere conferir; pero también esto con el mismo propósito del probable querer.

De ahí que el ataque y la defensa se encarnicen sobre el grado de ficción que cada uno de los supuestos lleva consigo, para determinar la probable voluntad del sujeto interesado.

Quien nace en un suelo de modo eventual, por circunstancias de puro accidente —como sería si sus padres se encuentran de tránsito por un territorio para ellos extraño— ¿podrá decirse que de modo deliberado o de manera sentimental preferiría esta patria a que nada le une sobre la de sus padres a donde todas sus

tradiciones y vínculos de familia e intereses le llaman? Es forzar en extremo el supuesto, argumentan con grande verdad. Y contemplando aspectos opuestos los partidarios del *jus soli* atacan a sus adversarios: si un hijo de extranjeros domiciliados en nuestra República, nace aquí, donde sus padres ejercitan sus actividades y negocios, donde han adquirido relaciones de todo género y permanecerán de modo indefinido; ¿habremos de suponer que desconocería la gravedad de estas circunstancias para preferir voluntariamente la nacionalidad de sus padres por un ficticio sentimentalismo familiar? Lo infundado de la hipótesis salta a la vista.

Se puede afirmar desde luego lo inaceptable del uno y otro sistema al aplicarse de manera absoluta. Pero no es sólo eso, debemos criticar la referencia al supuesto de la intervención de la voluntad, sobre todo para el establecimiento de la nacionalidad de origen ya que no para su conservación. Ya he dicho que no es conveniente ni correcto hablar de la nacionalidad de las personas como establecida siempre por decisión de éstas, sino en muchos casos, y siempre al tratarse de la nacionalidad por nacimiento, de una imposición de calidades jurídicas, con o contra el propio querer. Pero claro está, el Estado que se atribuye ciertos súbditos lo hará tomando en cuenta algunas circunstancias que lo favorezcan y no de manera arbitraria; por ellas se probarán que los súbditos están unidos a la respectiva sociedad política por lazos efectivos de afecto y de aproximación espiritual, o, en

último extremo, a lo menos, por la convergencia de sus intereses y la protección que reciben, de manera continua y eficaz sobre sus personas. Es el agregado de naturaleza psico-física a la que nos hemos referido antes.

El único juez llamado a constatar la suficiente firmeza del vínculo, es el legislador territorial; por eso, si él se decide por el *jus sanguinis* o por el *jus soli*, nada puede objetarse a la legalidad de lo hecho; pero puede y debe inquirirse la nacionalidad de la regla, tanto más cuanto los pueblos no viven aislados sino en estricta interdependencia y lo resuelto por uno afectará a los demás. Siendo la irrestricta libertad humana puro postulado metafísico, el Estado al imponer provisionalmente una nacionalidad, discernirá lo suyo y lo ajeno en virtud de la concurrencia de varias circunstancias que vayan aceptando y fortaleciendo más aún la firmeza del vínculo a que nos hemos referido. Por este otro método se vuelve a condenar los sistemas rígidos, absolutos, y se preconiza la exigencia del concurso de varios elementos, según el procedimiento adoptado hoy por no pocos legisladores. Y quedan todavía para rectificar los errores probables, la facultad otorgada a los particulares de elegir entre varias patrias en ciertas condiciones.

He anunciado que existe en los pueblos modernos una tendencia a forjar nuevas formas de vinculación patriótica, en las cuales triunfe el aspecto espiritual de la proximidad humana, una especie de intimidad de cultura o conver-

gencia de fines y aspiraciones. Esta ha sido una inquietud muy antigua en la América, que se ha traducido algunas veces en reconocimientos legislativos de la confraternidad de nuestras Repúblicas; así, en varias ocasiones los pueblos centroamericanos declararon como nacionales de todos ellos, a los súbditos de cualquiera de sus poblaciones. Y por la Constitución vigente en Guatemala, se reputan naturalizados a los hispanoamericanos por el solo hecho de domiciliarse, a menos de hacer expresa reserva de la propia patria. Esto, si bien significa una solidaridad interamericana, tiene sus peligros mientras no se vuelvan más reales los sentimientos de unión entre estos pueblos; por eso acepto la objeción del profesor Matos a esta especie de imposición de una naturalización no pedida. (1)

En la Ciudad Vaticana es sobre todo el carácter de la función que se desempeña y la voluntad papal; las que determinan la nacionalidad, unidas al hecho de la residencia. En efecto, la Ley sobre el Derecho de ciudadanía en su Art. 1, coloca en primer término de los ciudadanos, a los cardenales que tienen su residencia en la ciudad misma o en Roma. Y el sexto artículo priva de la ciudadanía, a cuantos pierden su residencia dentro de la ciudad.

En esos avances de tendencia universalista de los sentimientos de unidad y cooperación

(1) Profesor José Matos, Curso de Derecho Internacional Privado.

humanos, expresa Rusia de una manera muy clara la idea de una patria espiritual, para todos los hombres del mundo que se sienten atraídos por sus tendencias. Sin romper del todo con los antiguos moldes de la nacionalidad, aunque sí modificándolos, establece junto a esa material forma de constitución una ciudadanía espiritual, para todos los trabajadores que no explotan el trabajo ajeno. La Carta de establecimiento de la República soviética en el inciso segundo del Art. 11 declara que: habiéndose fundado su organismo en la solidaridad de los trabajadores de todas las naciones, se concedían los derechos políticos a los individuos extranjeros de la clase obrera que trabajen en el territorio ruso y a los campesinos que no vivan del trabajo de otro. Esta regla se amplía y completa con el decreto del Comité Central Ejecutivo de 29 de octubre de 1924. Lo interesante en este decreto es la presunción de nacionalidad de cuantos se encuentran en el territorio mientras no se compruebe su condición de extranjero, que facilitaría acaso soluciones prácticas a propósito de los graves problemas de los hombres sin patria.

Algo de este reconocimiento de lazos morales y de intereses efectivos en la marcha del Estado, hay en la concepción del derecho de intervenir en los problemas de política seccional, otorgados en algunos pueblos a los domiciliados en el respectivo municipio; según se lo practica en la República Argentina, aún a trueque de violentar el sistema constitucional, se-

gún se afirma por algunos autores. (1) Quizá coincida con los motivos de esta tendencia, la tolerancia simultánea de varias patrias adoptada por algunos legisladores, según habremos de señalar poco después.

IV

Actuales prácticas legislativas sobre la materia, sus especies.

Se ha ponderado con bastante frecuencia una doble corriente de ideas contrapuestas entre los legisladores de Europa y América, sobre el sistema elegido para atribuir nacionalidad a los individuos. Sin duda hay mucho de esa discrepancia teórica, pero es necesario no excedernos en cuanto a la afirmación que corresponda, si no queremos ser desmentidos por la realidad.

Los pueblos americanos desde los comienzos de su independencia demostraron de modo marcado preferir el *jus soli*, si bien no menospreciaron —especialmente en las épocas más próximas a nosotros— los contingentes que podían proporcionarles el *jus sanguinis*; antes podemos decir que su conducta expresa esa modalidad que denominamos de las legislaciones ávidas. Por el contrario los pueblos europeos, a partir de las discusiones habidas a pro-

(1) Romero del Prado ob. cit.

pósito de la incorporación de esta materia en el Código de Napoleón, demuestran una notable preferencia por el *ius sanguinis*, con concesiones mayores o menores, sobre todo en los últimos tiempos, al *ius soli*.

Para la indicada preferencia por parte de los pueblos americanos se ha intentado dos clases de explicaciones: la una de orden histórico y tradicional, la otra de carácter político.

Mientras se asentaba como una verdad, por el ilustre Profesor argentino Zevallos y sus continuadores, la inmediata y directa descendencia metropolitana de las legislaciones de la América libertada sobre la materia, (1) hay quienes opinan que constituyó una reacción el sistema adoptado; (2) y entre tanto con menor vehemencia y mayor acierto, se reconoce la influencia del sistema español, pero no con carac-

(1) Contra Estanislao Zevallos (La Nacionalidad) que sostiene la exclusiva influencia del sistema tradicional español, ha argumentado con vigorosos razonamientos y citas muy oportunas el señor Moreno Quintana (Sistema Internacional Americano) para concluir que las formas mantenidas por las Siete Partidas tuvo su lógica influencia sobre los caracteres que toma en hispanoamérica, pero que no se las puede confundir y quizá ni siquiera equiparar. Es interesante anotar que en las leyes de Indias se distinguieron tres situaciones para los nacionales americanos (que lo eran al mismo tiempo de la Madre Patria): los naturales hijos de padres regnicolas (incluyéndolos a los castellanos y leoneses), los naturales hijos de padres alienígenas (descendencia extranjera) y los connaturalizados (extranjeros que habían cumplido la residencia y otras condiciones)

(2) Alejandro Alvarez, Derecho Nacional Americano, declara de manera terminante que al preferir el *ius soli* han adoptado un principio verdadero en sí y conforme a sus necesidades políticas y sociales, pero que es contrario al principio de la antigua legislación española.

teres absolutos. (1) Las tres maneras de concebir tienen a su favor la autoridad de notables expositores.

El otro motivo parece expresar una más verdadera y eficaz influencia en el pensamiento legislativo. Los pueblos americanos, poco poblados y sujetos a una poderosa corriente inmigratoria de extranjeros que hallaban en las riquezas naturales del suelo fácil empleo para su capital y trabajo, habríanse encontrado desprovistos de uno de los más importantes elementos de su subsistencia, una población nacional, si todos los hijos de extranjeros nacidos en el suelo debieran ser considerados nacionales de la patria de sus padres, deduciéndose de ahí graves perjuicios para el cumplimiento de los deberes que a los ciudadanos corresponden. Por eso la marcada preferencia por el *jus soli*, que vincula y ata con el lazo de la nacionalidad a cuantos nacen dentro del territorio del Estado. Las mismas circunstancias emigratorias descritas, representaron intereses opuestos para los pueblos de Europa, de donde procede el mayor contingente inmigratorio, pues se hallaban ante el peligro de un abandono cada vez mayor del elemento humano que iba a buscar en nuevas tierras mayores beneficios y donde establecer sus hogares; de ahí el interés de mantener unida la descendencia por el lazo de la sangre, fundamento del *jus sanguinis*.

(1) Moreno Quintana, ob. cit.

Como sucede de ordinario, las exigencias de la política han hecho que se descuide, no rara vez, los preceptos de la ciencia y de la razón; de ahí las extremas consecuencias deducidas por ambos sistemas y que dieron materia a tan vivos y justos ataques como los ya mencionados.

Hay un dato bien característico respecto de la importancia que adquiere en el pensamiento de los legisladores americanos la determinación de la nacionalidad de las personas, y consiste ello, en que casi todos estos Estados consideran su establecimiento como algo perteneciente al Derecho Público y que debe inscribirse por lo mismo en las respectivas Constituciones; mientras en los países europeos su regulación se efectúa de continuo por medio de leyes ordinarias. (1)

Los procedimientos legislativos empleados en esta materia, quizá sea del caso agrupar en

(1) Sin embargo de lo dicho en el texto, no todas las Constituciones europeas omiten tratar de la materia, sobre todo las más recientes, la determinan en alguno o algunos de sus rasgos esenciales, si bien la reglamentación de detalle abandonan a la respectiva ley particular. Una de las más preocupadas en este sentido es la española. La Carta Fundamental de Turquía mantiene el *jus sanguinis* (1924); la de Polonia de 1921 revisada en 1926, reconoce aún más rigurosamente el mismo principio del parentesco; lo mismo podemos decir de la Constitución finlandesa (1919). Hay varias otras que tratan también de puntos conexos con la nacionalidad. No obstante eso, en calidad de característica de los Estados latino-americanos al respecto, recordaremos las frases del gran internacionalista Alejandro Alvarez, quien afirma que en estos pueblos las leyes sobre nacionalidad, no son sólo de orden público y constitucional, sino de vitalidad nacional. (En la obra ya citada).

la siguiente forma: a) Aquellos en los cuales predomina el *jus soli*; b) Los que han dado preferencia al *jus sanguinis*; c) Los que combinan de manera más o menos correcta los dos sistemas; y, d) Las legislaciones ávidas por aumentar sus contingentes personales, sean cuales fueren los derechos reclamados sobre ellos por las demás naciones.

a) Es difícil hallar en nuestros tiempos legislaciones que hayan conservado la efectiva y firme prevalencia del *jus soli* —mucho menos sus exclusivas reglas— ni siquiera en la misma América hispana, cuya tradición en la vida independiente podía creerse que la dirigiría hacia ese resultado; pues no nos es dable considerar pertenecientes a semejante orientación a muchas de las constituciones que, aceptando en su primera regla la nacionalidad de todos los nacidos en el suelo sujeto a su soberanía, declaran a continuación, como lo hallamos en la ecuatoriana, que también son ecuatorianos por nacimiento: los que habiendo nacido en el extranjero de padre o madre ecuatoriano de nacimiento, vinieren a residir en la República o expresaren su voluntad de ser ecuatorianos. Semejante clase de legislaciones se aproximan más bien al cuarto grupo, aquellas ávidas de aumentar el contingente de sus nacionales. La que con mayor derecho podemos incorporar a este primer grupo es la Argentina, que ha conservado con más viva insistencia sus tradiciones al respecto; quizá también la Constitución brasileira con su Art. 69 donde se mantiene que es brasileiro

el nacido en el Brasil, aun cuando fuere de padres extranjeros, con tal que éstos no estén al servicio de su nación.

b) Mayor vitalidad expresa en las realidades políticas de nuestros días la variedad comprendida en el segundo grupo, pues son algunas las legislaciones que mantienen con visible preferencia el *ius sanguinis*. Véase, entre otros, el Art. 4 de la Constitución finlandesa, donde se declara que la nacionalidad pertenece de derecho a toda persona nacida de padres finlandeses —sin determinación de lugar— y a la mujer de nacionalidad extranjera por el hecho de contraer matrimonio con un nacional. De igual sentido es el Art. 88 de la Carta Fundamental de Polonia, sin referirse, eso sí, a las consecuencias del matrimonio. La de Turquía declara turcos a los nacidos dentro o fuera de su territorio de padres turcos; mas aquí aparece cierta manera de tolerancia del sistema opuesto, concediendo de modo provisional la nacionalidad a los nacidos en su suelo de padres extranjeros si habitan ahí, debiendo a su mayor edad optar por esta patria. También por el decreto del Comité Ejecutivo de los Soviets ya mencionado, se confiere una importancia preponderante a las relaciones de sangre, unidas al hecho de la residencia de los padres o de uno de ellos dentro de la República; faltando este último requisito, queda a opción de los padres. Como la ley Rusa, el Art. 23 de la Constitución española, declara español al hijo de padre o madre nacional nacido dentro o fuera del Estado, pero sin

más condición; reconoce el derecho de opción a los hijos de extranjeros para adquirir la nacionalidad en España. En fin, puede sumarse a los anteriores el régimen declarado por el legislador mejicano, en cuyo Art. 30 párrafo 1º constitucional, se dispone sean mejicanos por su origen: los hijos de padres nacionales, hayan nacido dentro o fuera del propio territorio, siempre que en el último caso sus padres hubieran sido mejicanos por nacimiento.

c) El país modelo y tipo del *jus sanguinis*, y del cual tomaron su régimen probablemente los otros pueblos europeos. Francia, en su última legislación sobre nacionalidad ha hecho tantas y tales concesiones al *jus soli*, que creo poderle colocar en esta tercera categoría. (1) La Constitución Colombiana no demuestra marcada preferencia por ninguno de los dos sistemas y a ambos los acepta y combina. Y así, se los declara nacionales colombianos por nacimiento a los nacidos en territorio de la República de padre o madre nacional por nacimiento, o que siendo hijos de extranjeros se hallen sus padres domiciliados en Colombia; y los hijos de padre o madre colombiano nacidos en el extranjero y luego domiciliados en la República. En Chile son chilenos: los nacidos en su suelo, con excepción de aquellos cuyos padres se ha-

(1) La nueva Ley francesa sobre nacionalidad es la dictada en 1927 y que ha sido comentada en el Suplemento de la última edición de la obra de Weiss *Manuel de Droit International Privé*.

llaban al servicio de su patria o eran meramente transeúntes, y los hijos de padre o madre chileno que vinieran a avecindarse en Chile.

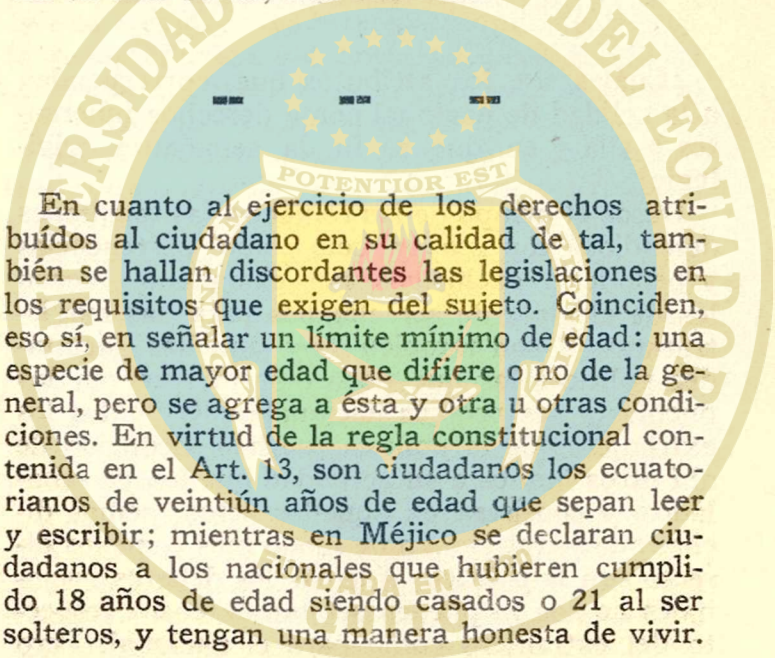
d) Llamo legislaciones ávidas las que a todo trance quieren incorporar a su nacionalidad a cuantos por una u otra circunstancia tienen algo que ver con ella: tal la venezolana (Art. 28 de la Constitución de 1.925), declarando venezolanos por nacimiento a cuantos hubieren nacido en el territorio de Venezuela y a los hijos de padres venezolanos, aun cuando su nacimiento se hubiera efectuado en el extranjero; tales las reglas uruguayas del Art. 7º de la Ley constitucional; tal nuestra Carta Fundamental con sus Arts. 7º y 8º. Los tres pueblos tienen equivalentes mandatos. (1)

Es fácil verse por los datos aportados, que ya no existe esa doble corriente inconciliable sobre los regímenes adoptados en el punto que estudiamos, entre Europa y América; y es digna de subrayarse la preferencia adquirida en los últimos años en este Continente, del jus sanguinis sobre el jus soli; al tiempo que también

(1) Nuestra Constitución impone la ecuatorianidad: a) A todo nacido en el territorio de la República, sin excepción (aún cuando es mi parecer que la jurisprudencia debe declarar, por reciprocidad, que no se hallan en ese caso los hijos de extranjeros que se encuentren en actual servicio de su patria o deportados políticos); b) A los nacidos en el exterior de padre o madre ecuatorianos, si alguno de ellos se hallaba en actual servicio de la República o emigrado por causas políticas; y c) Los nacidos fuera de la patria, también de padre o madre ecuatorianos de nacimiento, si vienen a residir en la República o expresan su voluntad de ser ecuatorianos.

los pueblos europeos modifican sus rigores precedentes. (1)

Principian además a intervenir nuevos elementos como determinantes de la patria para el sujeto, tales como el hecho del domicilio, la residencia continua y la nacionalidad de origen de los padres. Así las motivaciones se convierten en más serias, más efectivas.



En cuanto al ejercicio de los derechos atribuidos al ciudadano en su calidad de tal, también se hallan discordantes las legislaciones en los requisitos que exigen del sujeto. Coinciden, eso sí, en señalar un límite mínimo de edad: una especie de mayor edad que difiere o no de la general, pero se agrega a ésta y otra u otras condiciones. En virtud de la regla constitucional contenida en el Art. 13, son ciudadanos los ecuatorianos de veintiún años de edad que sepan leer y escribir; mientras en Méjico se declaran ciudadanos a los nacionales que hubieren cumplido 18 años de edad siendo casados o 21 al ser solteros, y tengan una manera honesta de vivir.

(1) Además de los casos citados en el texto y de otros varios, prevalece el jus sanguinis, en las legislaciones de Cuba (Consúltase el Derecho Internacional Privado del señor Sánchez de Bustamante) del Salvador y Costa Rica (Véase Matos ob. cit.)

V

Los deberes y derechos inherentes a la calidad de ciudadano de un Estado, ¿se los debe mantener vigentes o es conveniente anular toda diferencia, a lo menos en cuanto a la participación de los derechos?

¿Cuáles son los atributos que corresponden a la calidad de nacional como derechos inherentes a ella y en que se funda semejante privilegio?

Desde el tiempo de los romanos, las facultades defendidas con mayor celo como pertenencias y beneficios exclusivos del ciudadano, fueron los de elegir y de ser elegidos para las magistraturas. Y son también hoy aquellas facultades políticas las que de ordinario reservan los pueblos a sus propios nacionales. Excluidos los extranjeros de la política, se han deducido de ahí otros límites a su actividad que los ya señalados, y consisten en aquellos actos, hemos dicho, que se relacionan de modo más o menos directo con la política. Además los deberes nacionales no son ni pueden ser tan extensos respecto del extranjero como para el nacional. Pero por ahora, más que el reconocimiento circunstancial y preciso de la doble condicionalidad jurídica entre los habitantes de un país, nos interesa descubrir los fundamentos racionales que la aconsejan, si es que los hay.

El vigoroso sentimiento moderno de racionalizar las relaciones de los particulares con el gobierno, dándoles fundamento de hecho más que puramente teóricos, ha tocado también en este aspecto de la teoría jurídica, calificando el interés de los habitantes de cada país en la marcha correcta y próspera de las instituciones del mismo. El hombre que ejerce sus actividades en una República se interesa infinitamente más en la marcha de sus asuntos políticos, se afirma con justicia, que el nacional cuya vida se hace en otro suelo, sobre todo si no conserva bienes en su patria. El extranjero, industrial o comerciante, con un hogar doméstico en nuestra República ¿no estará pendiente de la marcha administrativa, económica, de gobierno y policial? En efecto: la paz, la prosperidad, el bienestar, o el desorden, la intranquilidad y la injusticia, le afectan como a cualquiera de los demás, y en cierto respecto más a fondo. Se deduce, en consecuencia, que hay mayores motivos para conferir derechos políticos a semejantes extranjeros que a muchos súbditos.

Como medida de transacción entre una y otra tendencia se ha tolerado en ciertos pueblos modernos, la participación en el gobierno seccional de los extranjeros domiciliados, pudiendo contribuir con su voto a las elecciones municipales y ser designados miembros de las mismas Municipalidades. Pero no da fin con eso la tendencia, quiere rebasar esos límites penetrando de lleno en la vida del Estado.

Con vista de semejantes exigencias y ante el

sinnúmero de conflictos nacidos de la manera de aplicar los distintos Estados el principio de la nacionalidad, se han formulado algunas teorías y se han hecho determinados ensayos, tendientes a disminuir por lo menos las dificultades. Veamos si lo consiguen y si son justos en los postulados que suponen.

Entre las teorías más importantes para el objeto, podemos indicar dos de origen americano: la de Estanislao Zevallos y la del doctor Garay, ambos internacionalistas argentinos.

Zevallos ha formulado una doctrina sugestiva en muchos aspectos, la cual consiste en reconocer que al extranjero que hubiere permanecido en el territorio del Estado por el término de tres años, le basta inscribirse en el registro electoral correspondiente, para perder la antigua nacionalidad y adquirir la nueva. De esta manera se simplificaría en mucho el complicado sistema actual de la nacionalidad de los particulares y se conseguiría acaso auténtica e inmediata expresión de la voluntad, tan apetecida por quienes fundan la calidad de súbdito en el querer de las personas; pero se originarían a no dudarlo otros muchísimo y más graves inconvenientes. Aspiro como el que más a la facilidad conferida a los particulares para cambiar de patria, pero esta voluntad debe ser seria y bien meditada, y no con el exclusivo objeto de perjudicar al Estado a quien se deben determinados servicios. Con el sistema de Zevallos el individuo cada tres años podría, mudando de residencia, mudar de nacionalidad. Si el

lazo no es eterno e inmutable, debe ser lo suficientemente sólido para no permitir semejantes caprichos, y debe vincularse a algo real y objetivo.

El doctor Juan Carlos Garay asienta su doctrina sobre una primera base fundamental, la de que existen diferencias jurídicas sustanciales entre la nacionalidad y la ciudadanía, pudiendo por lo mismo permanecer la una sin la otra o la ciudadanía de un país junto con la nacionalidad de otro, para el sujeto. Lo uno es un hecho, nos afirma, producto de las circunstancias en que no interviene para nada nuestra voluntad. Nacemos donde la suerte lo decide y en las condiciones respecto de las cuales nada podemos hacer para impedirlos: por lo mismo su duración y pérdida no puede quedar a nuestro arbitrio, y debemos permanecer nacionales del propio Estado hasta la muerte. No sucede cosa igual con la ciudadanía: ni pertenece a todos los seres humanos —los menores y otras personas en determinados casos no la tienen— ni es del caso imponerse contra la propia decisión. Se vincula con el domicilio de las personas y éstas lo eligen como a bien tienen y lo cambian a su querer.

El doctor Garay quiere que la atribución de los derechos políticos —en que consiste la ciudadanía— se conceda a cualquier extranjero por el mero hecho de haber residido en el mismo país durante cinco años, sin ningún acto previo por su parte y sin arrancarle tampoco su antigua nacionalidad. Así el nacional de un Es-

tado sería ciudadano de otro pueblo o sucesivamente de dos o varios países donde haya residido cinco años, quedando inmutable no obstante su nacionalidad.

Ya hemos demostrado que la nacionalidad, si procede de la concurrencia de determinados hechos, constituye por obra de la ley que les da ciertas consecuencias, una situación de derecho; y que la ciudadanía no significaba sino la realización, el goce de los derechos atribuidos por la nacionalidad. Muy pocas líneas después volveremos sobre este punto que hoy sólo lo enunciamos para indicar lo infundado de la base señalada por el Dr. Garay a sus enseñanzas.

La práctica al reaccionar contra el sistema restrictivo de los derechos políticos para los extranjeros, ha tomado varias direcciones: ya manteniendo —según lo indicado antes— la participación en el gobierno seccional, a la manera como se acostumbra en la Argentina; ya haciendo accesible a los nacionales de determinados países las facultades de orden político, según lo ocurrido con frecuencia en los pueblos centroamericanos, los unos respecto de los otros; o bien ofreciendo sus posibilidades a ciertas categorías o grupos de personas, en la forma expresada por el gobierno soviético para los trabajadores que no explotan el trabajo ajeno; o, en fin, practicando un sistema lo más próximo posible al pensamiento de Garay, cuyo contenido es el de adjudicar más de una nacionalidad al mismo sujeto. Este aspecto consulta la Constitución española en su Art. 24, donde al

principio general de la pérdida de la patria por naturalizarse en otro Estado se agregan algunas excepciones. Se dice en efecto: que los nacionales de Portugal y los países hispanoamericanos que residen en España, pueden adquirir la nacionalidad española sin perder la suya propia, si así lo solicitan y su patria concede la reciprocidad; de igual manera, los españoles sin dejar de serlo tienen facultad de nacionalizarse en los indicados países, siempre que la legislación de éstos lo faculte y aún sin reciprocidad. Ya la ley alemana de 1.913 consultó la autorización para nacionalizarse en otro Estado sin perder el carácter de alemán.

Lo que no me explico muy bien son los motivos determinantes de la excepción contenida en el Art. 10 de la Constitución de Lituania (1.928); donde después de afirmarse que nadie puede ser a la vez lituano y nacional de otro Estado, se exceptúan sin embargo los casos en que el lituano ha adquirido ciudadanía en un pueblo americano con los requisitos fijados por la ley respectiva.

Por mi parte no estoy de acuerdo con esas concesiones excepcionales, sino otorgándolas con suma precaución.

Vuelvo sobre los caracteres jurídicos de la nacionalidad, y repito que ella es para la persona determinante de un papel social que se le ha impuesto, con los deberes inherentes a él, o más simplemente, es uno de los calificantes de la personalidad y de su estado civil. Ahora bien, sólo a determinada categoría de individuos se

le exige tales o cuales servicios y obligaciones, y en compensación de ellos o para facilitar su cumplimiento, se les señala estas o las otras facultades y derechos.

Los deberes de defensa de la patria y los de servir cargos honoríficos en ocasiones muy gravosos, sólo puede exigirse de los propios nacionales. Los cargos de confianza de que a veces depende la seguridad de la nación, se hallan a cubierto de riesgos si los desempeña un ciudadano. En la lucha con frecuencia rabiosa entre los pueblos sería incalificable imprudencia entregar los destinos de la guerra o la seguridad del Estado en manos de extranjeros, que podrían incluso pertenecer al país rival. Existe, por lo mismo, cierto número de deberes y derechos adscritos, comprendidos en la misión que a los propios nacionales se los impone y que no cabe reconocer para los extranjeros.

Las obligaciones y facultades inherentes a la nacionalidad se hacen exigibles a una persona o por parte de ella, únicamente cumplidos cierto número de requisitos: los de edad, de conocimientos, etc., y es esto lo que se ha llamado la ciudadanía activa o el ejercicio de los derechos de la nacionalidad. Lo uno es la causa o motivo, lo otro expresa la actualidad de la exigencia; sin la nacionalidad la ciudadanía no sabría a que atribuírse, como sin la paternidad no caben obligaciones para con los hijos. De ahí que el doctor Garay no está en lo justo al tratar de atribuírlas a las personas de modo separado. Y no es este un sistema de privilegios mantenidos

para un grupo de habitantes en el territorio y negado a otro, es la natural consecuencia del papel atribuído. Privilegios sí hay en raras circunstancias, como al mandar la ley sean preferidos en determinados negocios o empleos a los ciudadanos sobre los extranjeros, o en cuanto a la adjudicación de subsidios o auxilios por el Gobierno. Fórmulas equitativas estas últimas, según tendremos ocasión de razonar cuando tratemos de la concesión de derechos a los extranjeros.

Por otra parte, y también en contra de la doctrina Garay, el de la nacionalidad no es problema de Derecho Civil Internacional únicamente en cuanto califica derechos diversos para ciudadanos y extranjeros; sino sobre todo para fijar la ley aplicable al negocio jurídico en muchos casos que se rigen por el estatuto personal. ¿Cómo elegir entonces ante la dualidad supuesta de una nacionalidad y otra ciudadanía?

VI

¿Es jurídica y puede permanecer la situación de personas sin nacionalidad, heimathlosen, o que posean simultáneamente varias? ¿Cómo debe determinarse la situación ante el derecho de los hombres sin patria o a quienes varias patrias los reclaman?

De los opuestos sistemas adoptados en las naciones para conferir la calidad de súbditos

suyos a los particulares y aún del mero choque de idénticos sistemas tomados en su expresión absoluta, proceden múltiples dificultades e incongruencias y hasta verdaderos conflictos difíciles de resolver. Por semejantes causas, un individuo puede llegar a no tener nacionalidad o hallarse dotado de varias. ¿Qué hacer en esos casos?

Supongamos la situación de hijos de ecuatorianos nacidos en Cuba, si sus padres no se hallan en actual servicio de nuestra República ni son emigrados políticos; tienen ahí un hijo y siguen desarrollando sus negocios sin tomar respeto de la nacionalidad del descendiente ninguna providencia. Por las circunstancias dichas y en vista de nuestros artículos constitucionales al respecto, no puede ser tomado como ecuatoriano; tampoco es súbdito de Cuba mientras no llegue a su mayor edad y declara optar por esta nacionalidad; es pues un heimatlosen, o sea hombre desprovisto de patria. Y recuérdese que no vamos sólo a calcular si goza o no de los derechos políticos, sino a saber si se halla o no sometido a las leyes ecuatorianas en lo referente a su estado civil y sus derechos y obligaciones de familia.

Procede la indicada condición en otros casos de motivos políticos, por los cuales arrancando a un individuo su antigua patria no se le confiere ninguna otra, o se originan en sanciones acordadas para algunos delitos. Rusia, a raíz de la revolución, hubo de desnacionalizar a muchísimos de sus súbditos; y hoy mismo, vigente el

decreto tantas veces citado sobre la nacionalidad, son causas de pérdida de esa calidad, entre otras: el haber abandonado el territorio ruso y no volver a pesar de orden expresa del gobierno y el haberse decretado la deportación por mandamiento judicial. Como de ordinario en estos casos el Estado a donde emigran esta clase de personas no les atribuye su nacionalidad, quedan en la condición de personas sin patria (1).

Es esta una de las gravísimas cuestiones en cuya solución se han empeñado los internacionalistas desde hace larga fecha, pero que en los últimos años ha despertado el lirismo de ciertos jurisconsultos, los cuales mantienen esta posición teórica: si existen hombres que no sienten la necesidad de la protección de determinado Estado, no hay motivo para imponerlos a la fuerza una nacionalidad que ni la reclaman y quizá ni la quieren. ¿Se podrá regularizar en esa forma la condición de hombres sin patria? Debe tenerse en cuenta que no se trata de la mera protección reclamada o de derechos renunciabiles para el individuo; consiste también en un conjunto de deberes y derechos imperativamente impuestos, según sabemos, y sobre todo, en muchos casos, de fijar el estatuto personal del sujeto.

(1) Las providencias a las que acudió la Sociedad de las Naciones en beneficio de los emigrados rusos, no iba sino a satisfacer uno, quizá el menor, de los aspectos implicados en los derechos de la nacionalidad: la protección de los súbditos, confiriéndolos una especie de garantía internacional.

El otro peligro de la falta de arreglo entre las Naciones para determinar la condición de súbditos de cada una de ellas sin daño para las otras, se halla expresado por la doble o múltiple nacionalidad.

Cualquier hijo de padres mejicanos nacido en el territorio del Ecuador, es mejicano si se atiende a aquella legislación y es ecuatoriano si se atiende a la nuestra. ¿Cómo entonces fijar los deberes impuestos por la nacionalidad, sobre todo si son exigencias contradictorias? ¿y cómo establecer el estatuto personal respectivo? Supongamos el caso de conflicto armado entre los dos países ¿a cuál de las dos patrias está obligado a servir? ¿Los derechos y deberes de familia qué legislación los determinará?

Se puede decir que siendo más grave que el precedentemente estudiado este segundo evento, la existencia de hombres con varias nacionalidades es mucho más frecuente que la de los desprovistos de ella; y esto por las mismas condiciones legislativas antes señaladas. Si los calificativos correspondientes al *jus soli* y los del *jus sanguinis* recaen sobre la misma persona, exigiendo cada una la preferencia de la nacionalidad que atribuye, podemos encontrarnos ante la preferencia de dos o varias patrias, pues cada Estado es soberano cuando regula esta materia y ninguno está en el caso de supeditarse al otro. Además, aún coincidiendo los sistemas cabe el conflicto: si el Ecuador y Chile declara nacionales suyos a los nacidos fuera de sus respectivos territorios de padre o madre de la corres-

pondiente nacionalidad, ¿si el padre es chileno y la madre es ecuatoriana, a qué patria pertenece el hijo?

Vemos por consiguiente a las personas por razón de su origen o por causas supervinientes excluidas de toda nacionalidad en ocasiones, y en otras reclamadas por dos o más Estados; de ahí nacen consecuencias de derecho de la mayor importancia.

La pérdida o falta de una patria no debe llevar consigo para el individuo el desligamiento de todos los deberes a aquella condición anexos, como tampoco el privarlo de los caracteres que incluye el estatuto personal; lo primero sería un privilegio injustificable, lo segundo ponerle al individuo fuera de la ley, por motivos con frecuencia extraños a actos voluntarios suyos. ¿Cómo evitar los dos inconvenientes? Con ese propósito se ha pretendido sustituir una especie de nacionalidad adoptiva a la natural, y siendo la condición que más próxima se encuentra a ella la del domicilio, por su medio se ha procurado solucionar las dificultades que se puedan. Por esta fórmula se han resuelto las legislaciones de varios pueblos, siguiendo ciertas doctrinas importantes.

Expresamente lo dice el Código Civil brasileiro: quien no tiene nacionalidad debe ser considerado como nacional del Estado donde fijó su domicilio. Menos extensas en el alcance jurídico de la declaración pero más previsivas para las múltiples circunstancias de la vida, son

las reglas del Art. 20 de la ley de introducción al Código Civil alemán y el 8º del japonés: el primero dispone que a los sin patria se les aplique la ley de su último país, y si no puede conocerse éste, el de su domicilio y a su falta la de la residencia. El japonés acoge sólo los dos últimos mandatos.

Tratándose de varias nacionalidades concurrentes para el mismo sujeto, las dificultades se vuelven a veces insubsanables.

Quedaron descritos algunos casos de doble nacionalidad mantenidos por ciertas legislaciones: ya con propósitos de potencia guerrera, según es frecuente atribuírla a la ley Delbrück, alemana; ya a causa de un afán de acercamiento y unión entre los pueblos de determinada tendencia, raza o condición, como es el caso estricto del Art. 24 de la Constitución española. ¿Pero qué hará el ciudadano con doble patria si se presenta una guerra internacional entre los dos Estados que le confiere su propia ciudadanía? ¿A cuál defender? ¿contra quien luchar? Y si se pretende la calificación de la mayor edad del sujeto y los dos países la han fijado de manera diversa o hay entre ellos discrepancia del sistema internacional preferido para el estatuto de las personas ¿cómo se resolverá entonces la duda? Véase como esa supuesta generosidad de las naciones en atribuir varias nacionalidades a los individuos, puede ser origen de múltiples conflictos entre ellas. En otro momento

volveremos sobre la materia y trataremos de buscar las soluciones posibles. (1)

VII

Epoca en que se fija la nacionalidad de origen de las personas.

Un problema que relacionándose con la política fue materia de viva y apasionada discusión hace muy poco tiempo en el Ecuador, fue el de la nacionalidad del Presidente electo de la República. Fuera de los otros aspectos contemplados en la discusión, se inquirió el relativo a la ley por la cual debía fijarse la nacionalidad de origen, cuando durante la existencia del sujeto se hubieren dictado varias y sucesivas reglas al respecto.

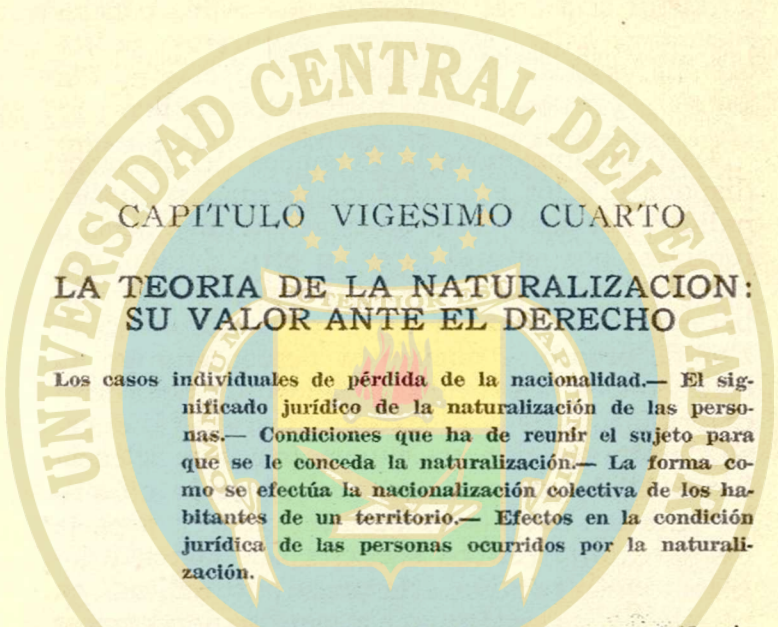
Sin creer con el doctor Garay que la nacionalidad la adquiere el individuo de una vez y para siempre al tiempo de su nacimiento, creo sí que la nacionalidad de origen se fija cuando la persona nace, según las reglas vigentes y que le afectan al tiempo de su nacimiento.

(1) Nuestra legislación rechaza en lo absoluto y en forma insistente la posibilidad de hombres con varias patrias; por eso quien se naturaliza en otro Estado pierde la calidad de ecuatoriano (Art. 10 de la Constitución) y los que solicitan su naturalización en el Ecuador, deben probar que pierden por este hecho la antigua nacionalidad (inciso tercero del Art. 63 de la Ley de Extranjería). Pero no se conforma con esta sola prueba nuestro legislador, reclama además del concesionario el juramento de romper cualquier vínculo político que aún le una a otra nación (Art. 68 de la Ley de Extranjería).

Esta como las demás circunstancias del estado civil se reglan por la ley en vigor al tiempo de su constitución, en cuanto al hecho de hacerlo adquirido o no; y por la ley actual, en cuanto a sus efectos. Es en muchos aspectos el derecho que se adquiere la situación social y política que se consigue, y en ese sentido y con ese valor debe ser respetado. Pero puede perderse por actos del individuo, o por su decisión o a causa de circunstancias extrañas a él.



Facultad de Jurisprudencia
DECANATC



CAPÍTULO VIGESIMO CUARTO

LA TEORIA DE LA NATURALIZACION: SU VALOR ANTE EL DERECHO

Los casos individuales de pérdida de la nacionalidad.— El significado jurídico de la naturalización de las personas.— Condiciones que ha de reunir el sujeto para que se le conceda la naturalización.— La forma como se efectúa la nacionalización colectiva de los habitantes de un territorio.— Efectos en la condición jurídica de las personas ocurridos por la naturalización.

La condición jurídica de las personas deducida de su nacionalidad puede modificarse de varias maneras: o porque se pierde a veces una patria, o porque se consigue en ocasiones otra o mediante ciertos requisitos se recobra la nacionalidad perdida. Estas variantes influyen poderosamente en el sentido del desarrollo del derecho personal para el sujeto que las sufre. Vamos a tratar con brevedad de cada una de ellas.

I

Los casos individuales de pérdida de la nacionalidad.

La Constitución de la República del Ecuador dispone que los ecuatorianos pierdan su nacionalidad por cualquiera de estas circunstancias o motivos: por naturalizarse en otro Estado, por entrar al servicio de nación enemiga o por habérselos cancelado la carta de naturalización. Por de pronto se encuentra descontada en la enumeración la pérdida en calidad de pena para determinados delitos (excepto, claro está, el caso de alta traición ya enunciada) y se silencia la posibilidad de una desnacionalización colectiva para los habitantes de una comarca o parte del territorio. Ambos silencios son justos y lógicos: en lo relativo a la pena por delitos, en mérito de las razones que pronto expondremos; y en cuanto a la desnacionalización colectiva, porque constituyendo un hecho de naturaleza extraordinaria y que afecta a la integridad misma de los Estados, no podía ser prevista por el legislador ni menos reglamentada por él.

Comenzando por la pérdida de la nacionalidad ecuatoriana por haberse naturalizado el sujeto en país extranjero, habremos de reconocer que es la consecuencia conveniente del ya enun-

ciado principio de que nadie debe tener más de una patria. En el capítulo anterior creímos conveniente tratar de este principio, y entonces formulamos nuestra preferencia por su mantenimiento sobre una insistente tendencia moderna a desvirtuarlo; los motivos se hallan apuntados allí. Hoy sólo me corresponde declarar que esta pérdida automática que nuestro legislador impone a sus súbditos, es oportuna sobre todo por evitar dificultades que nacen de las múltiples y acumuladas patrias, y es coherente con las reglas de la Ley de extranjería que exige para quien trata de nacionalizarse en nuestro país, su absoluta ruptura con la patria anterior.

También pierde su cualidad de ecuatoriano quien entra a servicio de pueblo enemigo. Esta regla es más generosa y abierta que la de otros muchos Estados, cuyos preceptos se extienden a cuantos aceptan empleos en nación extranjera (sobre todo de orden militar) sin expreso permiso de su gobierno. Semejante generosidad no se halla exenta de graves peligros. Hay un número importante de funciones públicas que, cumplidas por los extranjeros, les ponen en peligro de ser traidores a la propia patria o de abusar de la confianza del país que los emplea; sobre todo las del servicio militar y las políticas. Se ha llegado en este orden de ideas hasta a temerse que el ejercicio de algunas profesiones en otra Nación causen perjuicios a la patria; me parece hay un exceso de precauciones en este sentido. Los cargos para los cuales se

emplea con mucha frecuencia a los extranjeros son los consulares. (1)

La desnacionalización como pena se aplica con mucha frecuencia a los delitos políticos, aun cuando también hay casos de delitos comunes sancionados con ella. La venganza y la represalia por lo mismo es muy común al aplicarla, y hay entonces quebrantamiento de la justicia, que sólo lo repararán los eventos de una lucha favorable que deshaciendo lo precedente vuelva a los vencidos vencedores y a los jueces en malechores y proscritos. Por otra parte, de la desnacionalización como pena se desprenden consecuencias muy desfavorables, no sólo para el individuo sino para las colectividades donde el individuo actúa, pues ellas se hallan empeñadas en dar a cada sujeto su lugar jurídico conveniente, pero no es posible esperar que adopten y acojan como ciudadano suyo a quien ha sido expulsado de otra sociedad política como criminal. Así el hombre se convierte en heimathlosen. Nuestra Ley de extranjería niega, con bastante razón, que se los naturalice a los declarados judicialmente o reputados fuera de la República, autores de crimen o delito (2)

Asimismo deja de ser ecuatoriano aquel a quien se ha cancelado la carta de naturaliza-

(1) En verdad, los peligros más graves del empleo de súbditos extranjeros están de parte del país que los emplea y no de la patria a que ellos pertenecen, hasta es, con mucha frecuencia, los medios de que se sirven los pueblos imperialistas para controlar a los débiles.

(2) Art. 66 inciso 2o. de la Ley de extranjería.

ción. De seguro se refiere este precepto constitucional al caso reglamentado por el Art. 67 de la Ley de Extranjería, donde se dispone sea nula de pleno derecho la naturalización que fraudulentamente se hubiere obtenido por el extranjero con violación de la ley.

La cancelación viene pues condicionada por estas dos circunstancias: fraude por parte del extranjero para obtener se lo naturalice y violación de la ley. Principiando por la segunda que es la fundamental: ¿cuál ley debe ser violada para producirse el efecto descrito? De seguro Pero existiendo esa violación, estamos no ante se refiere el mandamiento a la ley ecuatoriana. una nacionalidad que se pierde sino ante una nacionalidad que no se ha adquirido, por eso con mucho fundamento declara nula de pleno derecho nuestro legislador. El requisito del fraude me parece desde entonces sin influencia. No hay ninguna otra regla en el capítulo de la naturalización que permita referirse al asunto.

¿Pero si se ha cumplido con nuestra ley, mas no con la de la antigua patria del naturalizado, antes bien éste lo ha conseguido en fraude de sus propias reglas de derecho? Semejante aspecto del problema no ha sido tomado en cuenta por el legislador ecuatoriano, y sin embargo la teoría insiste mucho sobre su contenido. Hay sujetos que con la única esperanza de evitar cierta clase de obligaciones que impone la propia patria a sus súbditos, reclaman y obtienen la naturalización en otro Estado, hasta que pase la época de ese servicio o el peligro que les ame-

naza, para volver entonces a la antigua patria. Los dos Estados se sienten molestos por tal conducta y ambos acostumbran tomar determinadas medidas: el uno declarando sin valor la naturalización, el otro prohibiendo el reincorporarse a la antigua patria. (1)

En pro y en contra de la anulación de la nacionalidad obtenida en esa forma se viene discutiendo con fervor. Cualquiera que sea el motivo determinante de la conducta ceñida a la ley, debe proceder de ella las consecuencias legales declaradas, mantienen los unos; tanto más, cuanto es difícil probar la idea de fraude en lo hecho. El fraude se desprende de las circunstancias concurrentes, afirman quienes mantienen la tesis de la anulación; como si se naturalizan a raíz de la declaratoria de guerra por parte de la antigua patria o del llamamiento de ésta a sus reservas, y sin que se hubieren forjado vínculos muy fuertes entre el nuevo Estado y quien solicita su naturalización. Ante esa concurrencia de motivos, la moralidad política que debe presidir la vida de los Estados impone el deber de rechazar el fraude, se concluye.

La jurisprudencia conservadora y tradicional claro que estará de continuo con la tesis de la

(1) Tiene un alcance de este género la ley dictada en 1917 en Francia, por la cual se priva a perpetuidad del derecho de adquirir la nacionalidad francesa a aquellos individuos que nacidos en el suelo de Francia pero hijos de extranjeros domiciliados, hubieren ejercido el derecho de optar por la nacionalidad de sus padres con el fin de no defender a la República durante la Gran Guerra.

legalidad formal, no así el verdadero expositor de materias internacionales cuya conducta será la contraria. Yo creo que existe aún una razón de lógica jurídica, fuera de los motivos de política internacional, para declarar sin efecto la nacionalización en las indicadas condiciones; y consiste ésta en aplicar una vez más el principio general: de que los Estados no reconocerán la aparente legitimidad de actos efectuados en fraude de la propia ley; como cuando un sujeto cambia de domicilio para evitar en sus acciones las formalidades obligatorias.

La jurisprudencia argentina se ha interesado además en un problema correlativo, o sea aquel de las personas que se naturalizan en un país con sólo la idea de un beneficio personal inmediato, como el de obtener un cargo público reservado a sólo los ciudadanos. (1)

En algunas legislaciones —por ejemplo la cubana— se coloca entre las causas de pérdida de la nacionalidad el hecho de residir en territorio extranjero por determinado número de años; otras por la manifestada intención de no volver a la propia patria. Este motivo no se halla incorporado en nuestras leyes, más existe sí la regla del Art. 78 de la tantas veces citada Ley de Extranjería, donde se demuestra un rencor inconcebible a los súbditos de la República que cambian de nacionalidad; pues el ecuatoriano nacionalizado en otra patria que vuelve al Ecua-

(1) Consúltese la obra ya citada del Sr. Romero del Prado.

dor, será considerado aquí como nacional para todo aquello que constituye deberes, pero no para hacer valer los derechos, privilegios o excepciones fundadas en su calidad de extranjero o para hacerse pasar por tal.

En fin, no consta de manera explícita en la enumeración del Art. 10 de la Constitución, pero se acepta en nuestro derecho y aún se insinúan en las mismas reglas constitucionales, la pérdida de la nacionalidad por contraer matrimonio la mujer ecuatoriana con un extranjero.

Hay todavía otros casos contemplados por los legisladores de los diferentes países para la pérdida de la patria; he aquí dos ejemplos: el haber prestado juramento de fidelidad a soberanía extranjera y las circunstancias de guerra con la potencia de que fue súbdito en tiempo inmediato anterior el naturalizado. Son providencias administrativas de cierto valor político, para prevenir peligros de espionaje u otros semejantes, pero que comportan numerosos inconvenientes e injusticias. No así el mandato de nuestro derecho, prohibiendo la naturalización de los súbditos del pueblo con el cual el Ecuador estuviera en guerra (1).

La desnacionalización también puede presentarse como un acontecimiento público para los pobladores de una comarca, y debido a la mar-

(1) Art. 66 inciso primero de la Ley de Extranjería.

cha de la política de relación entre los Estados: tal sucede en los casos de pérdida de la independencia de los pueblos, o a causa de la cesión de territorios nacionales o conquista de ellos, y también cuando una colonia se constituye en Estado libre.

Cuando un Estado desaparece del concierto de las naciones, casi siempre otro u otros le suceden en todas sus pertenencias —suelo y población— pues es rarísimo en la historia el caso de dispersión de las gentes pobladoras estables por varios siglos en el mismo territorio. No es dudoso que los hombres en lugar de permanecer bajo nueva soberanía puedan abandonar el suelo y marcharse a distintas comarcas, pero de ordinario no lo hacen; y entonces, perdida la antigua patria vienen a ser súbditos de otra.

También en las cesiones de territorios —voluntarias o forzadas— van incluidas las de los respectivos pobladores. Pero considerada la notable influencia que la voluntad de la persona tiene (o se acostumbra por lo menos atribuírla) para establecer la propia nacionalidad, y además, por un sentimiento humanitario o de respeto al hombre, por el cual no se creen los Gobiernos autorizados a disponer de su elemento humano en los mismos términos que lo hacen con los objetos de su patrimonio; se acostumbra conceder a aquellos el derecho de elección, pero rodeando su efectividad de tales trabas y condiciones, que se torna de lo más difícil en la práctica: por ejemplo, se exige el cambio de residencia y domicilio a quien pretende optar por la an-

terior nacionalidad, o se le exige abandonar los bienes que le pertenecen, por su situación en el suelo cedido. Por otro lado, la prudencia política vuelve casi siempre indispensables tales trabas. (De esta materia volveremos a tratar poco después, cuando nos refiramos a la nacionalización colectiva).

Las colonias al constituirse en patrias independientes se hallan ante este problema: ¿Cuál debe ser la conducta del nuevo Gobierno respecto de sus connacionales que eran al tiempo de la separación naturales de la Madre Patria por haber nacido ahí, si bien habitan el suelo independizado y conservan en él sus intereses? La Constitución de la Gran Colombia expedida en 1821, en el N° 2 del Art. 4° disponía que sean también colombianos los que estando radicados en la República al tiempo de la transformación política, permanezcan fieles a la causa de la independencia. Y la primera Constitución del Ecuador al separarse de las otras Repúblicas bolivarianas (1830) dice que son ecuatorianos los nacidos en los otros Estados de Colombia, pero avecindados en el Ecuador y los militares al servicio de la República al declarar ésta su independencia. El tratado de París relativo al establecimiento del Estado cubano y la Constitución de la Isla libre declararon que los nacidos en España y residentes en Cuba podían, permaneciendo aquí, optar únicamente por la conservación de la nacionalidad española si lo declaraban así en el Registro correspondien-

te dentro del término de un año; de otra manera, permanecían cubanos.

Pero es excepcionalísima entre todas las condiciones del mismo género, la creada por el Pacto de la Sociedad de Naciones que estableció los mandatos internacionales, pues en su virtud, los ciudadanos del país sometido al mandato parecen quedarse sin patria. Han perdido la antigua nacionalidad, la del Estado que fué desposeído, sin adquirir ninguna otra; ya que no existe un Estado constituido todavía en ese territorio y el mandatario no lo ha incorporado tampoco a su vivir político. ¿Serán ciudadanos de la Sociedad de las Naciones? No puede considerárseles tales, pues ella agrupa pueblos no individuos, y además les falta otras calidades importantes al efecto. (1)

El significado jurídico de la naturalización de las personas.

La nacionalización no significa siempre el cambio de una nacionalidad por otra, pues cabe adjudicarla a quien antes no tuvo ninguna, según se hizo por disposición del N° 5° del

(1) La pérdida de la ciudadanía tiene un carácter en lo absoluto distinto que el correspondiente a la de la nacionalidad, y se vincula con intereses nacionales protegidos dentro del Estado. Asunto de legislación territorial y de derecho interno para el ciudadano, a nuestra ciencia no le corresponde estudiar.

Art. 6º de la Constitución de Cuba, respecto de los africanos que hubieran sido antes de la transformación esclavos en la Isla, y como sucede siempre con los apátridas a quienes se confiere una nacionalidad. Tampoco se puede señalar como condicionante necesario para que se produzca, la intervención voluntaria de quien va a adquirir esa patria, pues existe la nacionalización semi-voluntaria, la provisional y la necesaria; como cuando los hijos se nacionalizan al mismo tiempo que sus padres y por la pura decisión de éstos, o los habitantes de una comarca anexionada a cierto Estado toman provisional o definitivamente la nacionalidad del anexante.

Lo que hay en la nacionalización es el hecho por el cual adquiere una persona la calidad de súbdito del país que no es el de su origen.

Si analizamos el resultado obtenido encontraremos, que son dos los intereses concurrentes a propósito de la nacionalización de las personas: el del sujeto a quien se le va a conceder una patria, y el del Estado que acepta a ese súbdito y lo declara tal con las consecuencias de protección y auxilio que corresponden.

Más que en ningún otro aspecto de la materia tratada en el presente libro, es aquí donde las notas características de los contratos tienen sus equivalentes: aparece como esas convenciones de fórmulas generales, tan en uso en el comercio —sobre todo al tratarse de los negocios de transporte— donde uno de los contratantes lanza al público una especie de pliego de condi-

ciones o prospectos señalando la forma y casos en los que prestará sus servicios; y se entiende que quienes acuden a él en demanda de tales servicios, aceptan los compromisos predeterminados sin necesidad de declaración expresa.

No siempre esa especie de convenio que nacionaliza al sujeto, es tan espontáneo y libre por ambas partes, pues pudimos indicar casos de imposición a los particulares. De lo que no cabe duda sí, es de la existencia de las dos partes afectadas por el negocio: el Estado y los individuos. Ahora bien, de las dos posiciones personales desde las que se puede contemplar el asunto, ha sido preferida ya la una ya la otra por los autores que se preocuparon de definir la nacionalidad, dejando una de ellas a veces sólo insinuada o con evidente descuido.

Si consultamos a Weiss nos encontraremos con que la naturalización es, en su concepto, "un acto soberano y discrecional de la Autoridad Pública, por el cual una persona adquiere, a su pedido, la cualidad de nacional o ciudadano que aquella representa". He ahí puesta de relieve la actividad de los poderes públicos quedando casi en la sombra la parte de derecho relativa a los particulares que solicitan cambiar de patria. Entre tanto, es la pura actividad y decisión del sujeto a quien va atribuírse la impresionante, para el distinguido jurisconsulto brasileiro Rodrigo Octavio, cuyo concepto de la naturalización es éste: "el modo por el cual el extranjero puede adquirir la calidad de ciuda-

dano de un Estado que no es el de su nacimiento". (1)

Es muy común entre los autores europeos el insistir sobre las calidades de espontáneo, gratuito y discrecional del acto por cuya virtud el Estado concede su nacionalidad a una persona cualquiera que la solicita. (2) Concebido con esos caracteres el negocio ¿podrá alguien reclamar contra una decisión que niegue la solicitud no obstante haberse cumplido por el peticionario con todos los requisitos mandados? No ha dejado de discutirse con interés el punto, alegándose en favor de la facultad de apelar, el que este derecho corresponde a los fundamentales del hombre y a nadie se le puede privar de él sin motivo legal; mientras los contradictores argumentan, que sólo el juicio de las autoridades políticas designadas para conceder, es el llamado, en defensa de los intereses públicos, a decidir si se la otorga o no a una persona determinada. En la República francesa, considerándolo en su significado de acto administrativo, se le adjudica los recursos contenciosos correspondientes a tales actos.

En verdad, si sólo discutimos dentro de los modelos dados por el derecho civil, cumplidos los requisitos previstos para que un efecto se produzca, debe éste producirse.

(1) Weiss ob. cit.— Rodrigo Octavio, Derecho del Extranjero en el Brasil.

(2) Además de la opinión de Weiss ya citada, pueden consultarse, entre otras, las de Surville et Artuys, Foignet, Pillet et Niboyet.

Pero hace falta contemplar la materia en la integridad de su complejo jurídico, representando a la vez derechos individuales y públicos, en consonancia con el arreglo colectivo de las energías personales. Entonces habremos de decir: es verdad que en todo instante y circunstancia le corresponde al individuo la facultad de elegir patria, pero en legítima defensa propia, y de sus instituciones y de la moralidad social, le toca al Estado seleccionar los factores de su subsistencia, sobre todo si estos son de naturaleza personal, que representan valores y fuerzas de primer orden. Sería pues, no sólo contrario a los más altos derechos de cualquiera colectividad, sino perjudicial para cumplir con sus deberes de orden y armonía, que se le impongan contingentes ciudadanos rechazados por las condiciones en que se desenvuelve su vida, por el mero hecho de haber cumplido con los requisitos externos previstos por la ley. Bien está que el Estado soporte sus propios ciudadanos peligrosos o indeseables, pero no se le puede obligar a que agrave sus males nacionales con gente venida de fuera.

De los antecedentes que quedan reconocidos se desprenden las siguientes consecuencias: a) Que ningún pueblo puede prohibir a sus súbditos cambiar de patria cuando a bien lo tengan. Lo único que se exige a veces es el cumplimiento previo de ciertos deberes anexos a la nacionalidad, y que se haya manifestado de manera clara y formal el propósito; y, b) Aun cuando el nuevo Estado tiene pleno poder para acep-

tar o rechazar, por medio de las autoridades competentes, la solicitud de naturalización, no debe hacerlo de manera caprichosa y egoísta sino por causales y motivos dignos de pesar en un criterio sereno. Entre las formalidades prescritas por algunos pueblos para la nacionalización, está la renuncia de todo lazo político con el Estado que se abandona.

Es contrario al primero de los reconocimientos señalados, cierto número de trabas o dificultades más o menos invencibles que algunos países acostumbran oponer a que se les desliguen sus propios súbditos; pero bien pueden mantenerse todas aquellas precauciones dispuestas para establecer de manera clara la voluntad firme y reflexiva del ciudadano de cambiar de patria, y que no procede en mero fraude de sus obligaciones o para eludir responsabilidades. En este último aspecto es muy razonable la regla del Art. 79 de nuestra Ley de Extranjería, donde se mantiene que nadie se halla facultado para alegar contra una extradición pedida, porque se naturalizó en el Ecuador; así como es digna de todo reproche la del Art. 78, que persigue con su rencor a los ecuatorianos que obtuvieron de manera legal nacionalidad extranjera.

Insisto sobre mi plena aceptación del principio de que a nadie debe imponerse una nacionalidad que rechace, y por lo tanto nunca estará demás repetir que hace falta se confiera el máximo de facilidades para el cumplimiento de la voluntad individual en este sentido. La

sociedad política se constituye sobre todo por lazos espirituales entre los hombres, y sólo subsidiaria y desgraciadamente por vínculos físicos de una común habitación.

III

Condiciones que ha de reunir el sujeto para que se le conceda la naturalización.

Adquieren los individuos una nacionalización de ordinario, por solicitud suya tramitada ante la autoridad competente, conformándose a la ley y mediante resolución favorable de dicha autoridad. Debemos en consecuencia considerar: a) El sujeto a cual le corresponde solicitar; b) La autoridad ante quien hará la solicitud; y, c) Los antecedentes que serán necesario probar o cumplir para obtener la naturalización.

De una manera general se considera que sólo corresponde el derecho de pedir, personalmente a los individuos que llegaron a la mayor edad. Se conceptúa este sentimiento de nacionalidad, tan íntimo, tan privativo del sujeto a quien se la atribuye. Con todo, hay circunstancias en las cuales se la concede a una persona facultad para representar a otras y obligarlas en el resultado que estudiamos. Antes vimos al jus sanguinis servirse de las relaciones de familia para señalar por el parentesco la nacionalidad de origen: el hijo, se argumentaba, debe sentirse na-

turalmente vinculado con la nacionalidad de sus padres. La nacionalización de la familia en la cabeza del padre y por decesión de éste, tiene otro significado y alcance.

El argumento más fuerte que se aduce en favor de esa nacionalización conjunta, son las necesidades de unión y coherencia jurídica entre los miembros de la familia. Tal pensamiento, si bien hoy atacado con vehemencia en la teoría y en la práctica, tiene sin embargo importantes razones en su favor, sobre todo si se contempla el caso de la vigencia de un solo estatuto para el arreglo de los mutuos deberes y derechos entre los parientes. Impuesto por semejante idea ha nacido el criterio del cambio de nacionalidad de la mujer que ha contraído matrimonio con un extranjero, y las sucesivas mutaciones que sufren ésta y los hijos menores cuando el jefe de familia resuelve mudar de patria.

Con varios criterios y con perspectivas diversas, se ha venido discutiendo la consecuencia señalada a las relaciones familiares: ya como hecho que crea ipso facto una situación de derecho, ya mediante intervención de voluntad expresa u otro acto al que se confiere la consecuencia dicha. Basta el contraer matrimonio, se ha pensado a veces, para que se deduzca de ahí la pérdida de su antigua patria para la mujer que sigue la del marido. Mas, sucedió en ocasiones, que habiendo perdido por su propia ley la antigua nacionalidad, el país de su marido no le otorgaba la naturalización. Para evitar con-

secuencia tan grave, muchos Estados como el nuestro, han decidido que sólo pierda la esposa su antigua calidad nacional si el del esposo le acepta entre sus súbditos a causa del matrimonio.

Pero el principio en si mismo se viene combatiendo con vigor en nuestros tiempos, mantenido sobre todo por las reivindicaciones feministas y de igualación entre los sexos. Si cada vez se amplía el número de las legislaciones que conceden igualdad de derechos a los dos esposos, incluso en el orden político y en la administración de la sociedad de bienes entre ellos ¿por qué ha de permanecer semejante especie de inferioridad sólo en lo tocante a este punto? No se trata a mi modo de ver de un efectivo caso de inferior condición, sino de la unidad en la familia tan deseable para un correcto comportamiento de derecho en cuanto a sus mutuas relaciones. Así como en el arreglo familiar dentro del Estado soviético corresponde a los cónyuges señalar quien será el jefe, de la misma manera podría decidirse por mutuo acuerdo quien conferirá la nacionalidad a la familia.

Desde mucho antes se ha venido discutiendo otro aspecto del asunto de la nacionalidad familiar. ¿Si el padre de familia se naturaliza en otro Estado, esta naturalización afecta a la esposa y a los demás miembros? Unos están por la afirmativa: los hijos menores y la mujer del naturalizado adquieren con él la nueva patria; otros creen que hace falta la personal aquiescencia de ellos. También las legislaciones se hallan

disconformes en este punto: pues mientras se declara por algunas, como la nuestra, que en la persona del marido quedan naturalizados su mujer y sus hijos menores, distinto sistema mantienen otras.

La expresión fundamental de esa nacionalización conjunta, aparece manifiestamente como exigencia jurídica de la unidad familiar, antes que con el carácter que en el derecho tiene la representación del padre a las personas que bajo su dependencia están; y esto, confiésenlo o no los autores que han discutido la materia. De ahí la casi unanimidad del rechazo de esta facultad para tutores y curadores respecto de su pupilo. No se interpreta, en consecuencia, la posible voluntad, real o legal, del sujeto, sino otros accidentes.

El otro elemento de práctica para la naturalización, es el de la autoridad a quien se la ha de solicitar o quien puede conferir.

Para algunos, en vista de la importancia de la materia, ésta debe llevarse y tramitarse ante la autoridad que de manera más directa representa la voluntad colectiva, o sea el poder legislativo. El influjo romano, fortalecido por cierto número de consideraciones teóricas y prácticas, ha dado origen a esta regla de procedimiento. En efecto, en Roma la adjudicación de la ciudadanía era un acto de enorme trascen-

dencia reservado a los representantes del pueblo revestidos de mayor poder. Y hoy se dice como entonces: incorporar nuevos ciudadanos a una República es asunto muy grave y del que pueden desprenderse consecuencias enormes para la vida del Estado. Esta facultad en manos del ejecutivo, tan asequible a influencias y compromisos, se convierte en efectivo peligro; mientras las Cámaras legislativas, por su composición misma, se encuentran más a salvo.

Quienes argumentan en opuesto sentido, han encontrado dentro del propio aspecto formal del derecho, base para sus razonamientos. No tratándose como no se trata de un asunto de interés general sino particular, no procede dictarse leyes para su efectividad, bastan los propios actos administrativos abandonados en los países al ejecutivo.

Son disconformes también las legislaciones sobre este punto: mientras unas la atribuyen al poder legislativo, otras la abandonan al ejecutivo, sin faltar aquellas que dan ingerencia a ambos, según la clase de nacionalización que se pretenda. Bélgica es un ejemplo del primer sistema; nuestra Ley de Extranjería en sus Arts. 62 y siguientes mantiene el segundo; y en Italia se ha contemplado la posibilidad de tres clases de naturalización: la mínima y la media que le corresponde al Rey otorgar, mientras la máxima no puede proceder sino de un acto del Parlamento.

Para que nada falte a la variedad de los criterios en este problema, se comienza a susten-

tar que, siendo verdadero reconocimiento de derecho para las personas que legítimamente solicitan la naturalización, la autoridad llamada por su propio papel a decidir es la judicial.

Prefiero considerarlo, según lo hace la jurisprudencia francesa, como acto administrativo de incumbencia ejecutiva.

No basta la mera voluntad de las personas para cambiar de patria, se prescriben de ordinario cierto número de condiciones que debe reunir el sujeto. Vamos a enunciar las más frecuentes.

Me propongo escribir una obra de aplicación de los principios que he venido fundamentando en la presente, y entonces será oportuno tratar con ciertos detalles de los aspectos diversos que la materia comporta; no me toca, entre tanto, insistir sino en aquella fundamental filosofía que dará a las instituciones su justa posición y relieve. Por eso de los requisitos para la naturalización que voy a indicar, sólo respecto de unos pocos haremos breves comentarios.

Deberá concurrir en el interesado: a) La pérdida de la anterior nacionalidad; b) la residencia o domicilio por un término fijado en la ley, dentro del territorio del Estado que va a conceder la nacionalización; c) la buena conducta anterior de la persona que pretende ser nacionalizada; d) el no proceder en fraude de su an-

tiguo derecho nacional; e) la declaración previa del propósito de nacionalizarse; y, f) el juramento de fidelidad.

De la primera condición ya se han expresado los motivos que la originaron. Manifiestan las otras, sobre todo, precauciones para comprobar que hubo por parte del interesado una decisión sincera y efectivamente sentida, de afiliarse permanentemente a una patria donde hallaría mejor expresión sus intereses o afectos.

Sólo la nacionalidad que se conoce puede dearse. Ese vínculo espiritual y profundo que las modernas legislaciones suponen en el hombre para con su patria, no se alcanza sino a la larga, han pensado ellas, por eso la exigencia de residir en el suelo por determinado tiempo anterior a la solicitud de naturalización. Tal sentimiento se supone forjado de antemano en determinadas condiciones. Por eso, mientras, en la generalidad de los casos, exige nuestra Constitución la residencia de un año para cambiar de patria, para los indolatinos —siguiendo una corriente muy general en América— no fija tiempo de residencia.

Contraria a la anterior suposición sería desde luego, el que alguien con el exclusivo objeto de no prestar a su patria los servicios a que se halla obligado, cambie su nacionalidad. Y no sólo eso, también es contrario a cierta solidaridad que deben mantener los Estados, esto de favorecer la conducta incorrecta de sus súbditos en mengua de los intereses públicos. La misma lógica que prohíbe en general los actos

efectuados en fraude de la ley, aunque sometidos al principio internacional justo que les correspondía, debe hacerse valer también en el presente caso. No desconozco que contra esta tesis se han levantado numerosas objeciones, sobre todo de los juristas profesionales tan acostumbrados a dar preferencia a la forma sobre el fondo. Ellos mantienen que si alguien, cumpliendo con las prescripciones mandadas, ejecuta un acto legal, debe conferirse a éste las consecuencias atribuídas por el legislador. Yo sustento la preferencia del fin perseguido sobre los condicionantes exteriores de la acción. Por eso el fraude de la antigua ley del naturalizado, comprobado de manera suficiente, debe dejar sin efecto la naturalización.

Ese mismo pensamiento de unión, proximidad, lazo que se fortalece a diario, es el que ha decidido, tanto a exigir el juramento de fidelidad como el avecindamiento o domicilio del naturalizado en el país que le acoge. (1) Esta idea del asiento de la persona es tan poderosa en algunas legislaciones, que arrancan a sus propios súbditos la nacionalidad cuando abandonan el suelo patrio por determinado número de años. En Cuba basta que el naturalizado vuelva a residir en su antigua patria por cinco años continuos para que deje de ser cubano.

(1) Véase el No. 2 del Art. 9 de la Constitución ecuatoriana y el Art. 68 de la Ley de Extranjería.

Concurriendo los requisitos señalados en la ley para la naturalización ¿ésta necesariamente se ha de producir, sin que las autoridades respectivas del país puedan negarla? He aquí una nueva materia de discusión y discrepancia entre los autores.

Cumplidos los requisitos de la ley, los efectos por ella previstos debe necesariamente producirse, piensan unos; mientras aprecian otros, que las autoridades territoriales deben aquilatar para cada caso la oportunidad o no de conceder la naturalización solicitada. Estos se fundan sobre todo en la calidad de don o gratuito beneficio que quieren atribuírle, aquellos en los abstractos principios de la generalidad de la ley y sus externos condicionantes.

La jurisprudencia francesa califica al acto como preteneciente al derecho administrativo, y le dota en consecuencia de los recursos propios de esa rama jurídica. Lo contencioso administrativo se supone entonces de rigor, debiendo intervenir el Consejo de Estado como tribunal de apelación, o mejor, de última instancia.

Bajo el aspecto estrictamente jurídico el acto administrativo de que se trata en la naturalización, tiene una fisonomía bien singular y característica. En efecto, siendo un acto condicionado por los reglamentos legislativos correspondientes, interviene al mismo tiempo la libre

apreciación de la autoridad a quien se le atribuye cierta especie de criterio judicial. Este sentido quizá tiene el certificado —que puede ser confidencial— que elevará junto con la solicitud el Gobernador de la Provincia, de que habla el Art. 65 de nuestra Ley de Extranjería. (1)

Y considerado el carácter social y político de la naturalización, no sería razonable imponer a ningún Estado acepte gente perturbadora en el interior de su vida, porque se haya cumplido con los requisitos externos. Y esto tanto más, cuanto se viene criticando con acritud la exigencia de la buena conducta anterior.

Sin embargo, la intervención del Consejo de Estado, si no estrictamente jurídica, sería de la más alta importancia para evitar caprichosas y antojadizas resoluciones ejecutivas.

IV

La forma como se efectúa la nacionalización colectiva de los habitantes de un territorio.

A consecuencia de situaciones políticas de violencia, ordinariamente, o por otros motivos,

(1) Acaso el supuesto del texto parezca contrariar a la forma imperativa empleada por el Art. 68 de la Ley de extranjería cuando manda que: si el solicitante llenara las exigencias constitucionales, se le expedirá la carta de naturalización. Su aspecto imperativo me parece puramente formal y en clara contradicción con los otros artículos de la misma ley, que imponen condiciones que no se hallan en la Carta Fundamental.

hemos recordado ya que ciertos Estados o secciones territoriales de los mismos cambian de soberanía. Para demostrarlo están los casos de cesión o venta del suelo nacional, la anexión, la incorporación o la conquista. Pero sea que un Estado a otro se agregue o que aquél se fraccione para incrementar éste, va envuelto en el cambio de la soberanía territorial el de la soberanía personal, o en otros términos: al suelo anexionado acompaña la anexión de sus pobladores, pues la una sin la otra resultaría infructuosa y hasta, acaso, incomprensible. (1)

Mas, ya lo anunciamos también, que el Estado que dispone de su propio territorio no se cree autorizado para proceder con la misma libertad respecto de sus pobladores: a nadie se le puede imponer nacionalidad que rechace. ¿Cuál será el procedimiento entonces, para que sin atropellar el derecho de los particulares la nueva nación no quede en condiciones imposibles para su vida? La práctica ha sido, otorgar provisionalmente a los hombres vinculados con el suelo anexionado la nueva patria, permitiéndoles, eso sí, optar por su antigua nacionalidad.

Pero ¿a quienes se atribuye provisionalmente esa patria? Existen varios criterios sobre el

(1) Las declaraciones como las de nuestra Constitución en su Art. 5 sobre la indivisibilidad e inalienabilidad del territorio del Estado, tienen la importancia de meras aspiraciones que ante la gravedad de los conflictos políticos pierden toda eficacia. El Art. 2 de la Carta Fundamental venezolana (1.925) es aún más insistente en el rechazo de toda cesión, traspaso, arrendamiento o enajenación a potencia extranjera, ni siquiera por tiempo limitado.

asunto. A veces se ha preferido declararlo para todos los nacionales del antiguo Estado que residen en el territorio del cambio de soberanía; y a veces a los que pertenecen al respectivo suelo por nacimiento, sea cual fuere el lugar de su residencia o domicilio actual. Los que no quedan cortos en esta materia, a fin de no dejar a ningún individuo fuera de este beneficio, nacionalizan a cuantos se hallan en la una o la otra condición; y quienes quieren favorecer al antiguo Estado, exigen la concurrencia de ambas circunstancias en cada sujeto. Yo prefiero este último sistema, porque limita en lo posible el carácter impositivo de la naturalización.

Hemos dicho que conserva el individuo la facultad de optar por la antigua patria. Mas semejante derecho aparece en muchos casos puramente formal, a causa de las otras exigencias que concurren: el abandono del suelo o de los bienes situados en él. Y esto dentro de un plazo muy corto, con frecuencia no mayor de un año.

Una vez más queda demostrado que la nacionalidad de las personas no es el efecto inmediato y directo de su querer.

Efectos en la condición jurídica de las personas ocurridos por la naturalización.

Corresponde atribuir a la naturalización todas aquellas consecuencias que se desprenden

de modo inmediato del propio carácter del acto, y aquellas otras que conviene adjudicarle para su plena, equitativa y correcta efectividad jurídica.

Ante todo, la naturalización hace perder su antigua patria a quienes han adquirido la nueva: a veces ipso facto, otras mediante la concurrencia de alguna o algunas circunstancias. Las dos posibilidades contempla nuestra Ley de Extranjería en el inciso tercero del Art. 63, mandando que el solicitante compruebe (mediante ley autenticada suficientemente) que por el hecho de adquirir otra nacionalidad pierde la precedente, o renuncie su antigua patria de modo expreso si tal condición exige la ley de ésta. Y la Constitución en su Art. 10 N° 1°, según he dicho, priva de la nacionalidad ecuatoriana a quien se naturaliza en otro Estado. No menos firme y quizá más extensa es la regla del Art. 3 de la Carta Fundamental de Checoslovaquia, donde se declara que su ciudadanía es incompatible con la nacionalidad en otro pueblo cualquiera.

Mas, recordamos con anterioridad las formas de una tendencia moderna traducida en ciertas reglas legislativas, que permite en determinados casos la doble o múltiple nacionalidad. Desde la denominada ley Delbrück para Alemania (1.913), hasta los preceptos de la novísima Constitución española, la materia sale del puro campo especulativo para convertirse en práctica empleada.

No dudo en manifestar mi preferencia por el sistema tradicional, a causa de un sinnúmero de consecuencias internacionales que del proceder contrario resultarían, particularmente si se acepta como estatuto personal el de la patria del sujeto, pero aún sin esta circunstancia en las mil modalidades que toma el derecho por la mera calidad nacional de la persona.

La aspiración muy noble y conveniente de conferir a determinado número de extranjeros, en vista de sus particulares condiciones de arraigo en el país, mayores posibilidades de derecho que las acostumbradas de ordinario para los demás, se puede alcanzar por otros medios que lleven consigo menores peligros. Claro está que el otorgamiento de derechos se ha de efectuar dentro de los límites de las conveniencias nacionales e internacionales dignos de respeto, evitando los peligros para la seguridad del otorgante y sin daño para los deberes que en justicia reclama la patria correspondiente, de acuerdo todo con los razonamientos que haremos en el capítulo siguiente.

Los medios que han acostumbrado los Estados para el efecto que se ha dicho, ya los practicó Francia al distinguir entre extranjeros domiciliados en virtud de una autorización procedente de los poderes públicos y los que no lo estaban, concediendo a aquellos facultades que no tenían éstos. Más explícita quizá es esa calidad en uso en el Imperio británico, que confiere a ciertos extranjeros una situación intermedia entre los derechos reservados a

los súbditos ingleses y los concedidos a extraños. (1) Existieron en Hamburgo las llamadas cartas de burguesía, facultando al extranjero ejercer el comercio. Con frecuencia los Estados Centroamericanos concedieron mutuamente a sus ciudadanos el goce de idénticos derechos de un territorio a otro. En fin, completa y supera esta tendencia el ofrecimiento de los mismos derechos, de cualquier clase que ellos sean, a todos los hombres de determinada condición, según lo ha hecho Rusia respecto de todos los trabajadores que no explotan el trabajo ajeno. No deja de tener sus peligros este último sistema y conviene estar prevenidos contra ellos, según razonaremos en el capítulo siguiente.

Así pues, ampliando el concepto de la denización o mejorándole en su contenido, creo nos sería dable llegar al fin propuesto, sin los perjuicios ni las perturbaciones que la múltiple nacionalidad acarrea.

Otro de los efectos de la naturalización, también ya anunciado, es el carácter conjunto para un grupo de personas, que ella tiene. En la persona del padre de familia quedan naturalizados su mujer y sus hijos menores, dispone el Art. 71 de nuestra ley. He dicho ya los motivos de mi preferencia de este sistema sobre el netamente individual de otras legislaciones como la turca, la portuguesa, y no creo conveniente insistir.

(1) Consúltase Westlake, Derecho Internacional Privado, sobre la denización.

La naturalización, creando deberes de sometimiento del ciudadano a la nueva patria y sus autoridades, dotándole de la protección particular de éste gobierno y exigiéndole los servicios que de su condición de nacional proceden, le resta de ordinario al mismo tiempo todas estas circunstancias, en cuanto ellas se refieren al Estado del cual se separan y apartan. Con todo, hay calidades excepcionales en este sentido en algunos pueblos. Quedó calificado en páginas anteriores de inaceptable el contenido del Art. 78 de la ley de extranjería, que manifestaba cierto rencor o despecho de la República contra quienes rompían sus vínculos políticos para con ella, declarando que al volver a su suelo serán tomados como nacionales para las cargas y como extranjeros para los beneficios. Cosa semejante se observa en la Argentina. (1)

Considerada la nacionalidad, de acuerdo con su naturaleza, como uno de los elementos constitutivos del estado civil de las personas, sus efectos no pueden ser retroactivos, de modo general, sino en los casos y con los requisitos que el cambio de leyes en el interior de los pueblos es capaz de afectar a tal estado. Por eso, la condición personal de casado, viudo, padre o hijo legítimo etc., continúa —si la nueva patria reconoce estas calidades— hasta que se pierdan por actos posteriores a los que se confiere ese resultado. La mayor edad adquirida confor-

(1) Véase en la obra ya citada del Sr. Romero del Prado.

me a su legislación precedente, permanece por más que otras condiciones exijan los preceptos de la nueva a que se halla sometido. Nuestra Ley de Extranjería quizá se excede en este aspecto, cuando en su Art. 79 desconoce el derecho de alegar la nacionalización para que se deseche la extradición solicitada por delito anterior; aún que talvez esto esté de acuerdo con la regla del inciso segundo del Art. 66 copiado anteriormente.



Facultad de Jurisprudencia
DECANATC



CAPITULO VIGESIMO QUINTO

DE LOS DERECHOS QUE DEBEN CON- CEDERSE A LOS EXTRANJEROS, DE LOS QUE SE LES PUEDE CONCEDER Y DE LAS CAUSAS DE SU LIMITACION Y SUSPENSION

El concepto de igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros, si bien se venía preparando dentro de la legislación romana, debe considerarse como efectiva conquista de nuestros tiempos.— Los sistemas seguidos en las legislaciones actuales sobre los derechos que corresponden a los súbditos de los otros Estados y significado que debe atribuirse a la palabra goce, en la concesión de ellos.— El estatuto personal es, de ordinario, el llamado a fijar la medida y el límite de las facultades correspondientes a las personas, en su pura calidad de miembros de una sociedad determinada. ¿Cuáles son las consecuencias que de ahí proceden?— Las garantías constitucionales, por su propia naturaleza, se aplican en su mayor parte indistintamente a nacionales y extranjeros. Casos de excepción y fundamento de ellos.— Las excepciones más características a la universalidad de las garantías constitucionales, sus motivos.— Las limitaciones generales y las particulares al derecho migratorio. La emigración, la inmigra-

ción y la colonización.— Restricciones que acostumbran imponer los gobiernos a los súbditos de otra soberanía, en la facultad de permanecer dentro del territorio nacional: el estado de guerra, la extradición y la expulsión. Formalidades que debe cumplirse para la extradición y para la expulsión.— Los auxilios prestados por los Estados a los particulares y la participación en ellos de los extranjeros.

I

El concepto de igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros, si bien se venía preparando dentro de la legislación romana, debe considerarse como efectiva conquista de nuestros tiempos.

A la xenofobia, que fue la condición más común y característica de los pueblos antiguos —especialmente en los grandes imperios orientales y países regidos por regímenes teocráticos— constituida por una amalgama de inquietud, aversión y temor; ha sucedido en los tiempos modernos, de parte de las poblaciones nacionales, cuando no una franca y decidida preferencia por los hombres de otro país —según sucede de ordinario en los Estados indolatinos— cierta benévola y tolerante acogida.

Es el paso del aislamiento rencoroso, que desconoce o mal aprecia a los hombres de patria distinta y los beneficios de la comunidad humana, nutriendo un egoísmo vanidoso y violento que hacía a los israelitas llamar impuros a todos los otros pueblos, y a los griegos denominar

bárbaros a cuantos no participaban de su cultura, por un aquilatamiento más cierto de aquella comunidad que mantiene intereses y necesidades equivalentes entre los hombres, y la interdependencia económica y moral entre todos los habitantes del planeta, cada vez puesta en mayor evidencia en nuestros tiempos.

Pero no siguen el ritmo sincrónico y estricto de esos cambios en el pensamiento de los pueblos, las legislaciones de los mismos; a veces los fomentan e impulsan, otras los retardan e impiden.

Las necesidades del comercio y la navegación vuelven a los Faraones tolerantes y hasta protectores de las ricas colonias fenicias a las que conceden cierto número de derechos, y bajo la influencia griega llegan los Tolomeos a favorecer el establecimiento en su suelo de verdaderas ciudades extranjeras. A Psamético se debe la instalación de esa especie de factoría helena que se llamó Naucratis y que posteriormente hubo de prosperar y extenderse. En estos centros de cultura extraña, no sólo se practicaban costumbres distintas sino principios jurídicos diferentes para los no nativos del suelo.

En medio de las rivalidades a veces sangrientas de las diversas ciudades griegas, se va infiltrando con lentitud pero de continuo el sentimiento de la unidad de cultura y una proximidad de parentesco por la misma causa. Mas que a la comunidad en la lucha y la venganza que ocasionó la destrucción de Troya y el establecimiento de la liga aquea, son a los grandes con-

cursos de los juegos olímpicos a los que se debe atribuir la forjación de ese sentimiento. Entonces, mediante pactos entre diferentes ciudades, llegan a conferirse mutuamente derechos a los ciudadanos, entre las varias poblaciones helenas. La condición de isótelos llega en ocasiones a confundir en la igualdad de los derechos civiles a los extranjeros con los propios súbditos, incluso para comparecer en juicio sin la asistencia del Proxene; y cuando no se otorgaba en su plenitud las facultades jurídicas, por lo menos las obtenían en mucho mayores proporciones a las de aquellos extranjeros denominados metecos, quienes sin embargo estaban dotados de poderes de derecho de los que en lo absoluto hallábanse desprovistos los bárbaros (los no partícipes de la cultura helena). Lo único que venía moderando el rigor de la situación del extraño, al no existir tratados internacionales al respecto, era la institución originariamente privada en los pueblos antiguos, de la hospitalidad.

Atenas creó también un magistrado especial cuya jurisdicción se ejercía sobre los metecos, o sea la gente extranjera que se hallaba establecida en la ciudad por permiso de las autoridades públicas y cumpliendo determinadas formalidades ante el Areópago.

Se ve aparecer en tan antigua fecha, lo que en los modernos sistemas designamos con la expresión de la reciprocidad diplomática y que lo sustentan países de tan avanzada cultura como el francés.

No menos que la de los otros pueblos, la legislación primitiva romana fue exclusivista: el derecho quiritario, sólo para el ciudadano. Grupo de hombres dispuestos a la lucha y al predominio, y asentado en tierras que circundaban gentes enemigas fué natural que confundieran en un solo término o denominación las calidades de extranjero y de enemigo; negándoles en consecuencia todos los derechos, sean de orden político o privado. Más tarde, la necesidad de la defensa, hace surgir pactos de iguales entre pueblos vecinos, que traspasando el puro aspecto de guerra y alianza, estatúan sobre los derechos de los ciudadanos.

De esos pactos y de la importancia que de continuo toma la hospitalidad, a través de un sinnúmero de modalidades históricas que no es del caso recordarlas se constituyen, primero una especie de clientela para los extranjeros y más tarde la aceptación del denominado *jus gentium*: o sea aquel derecho que una naturaleza común ha impuesto entre todos los hombres o que se acostumbra en la mayoría de los pueblos, según la idea expresada por Justiniano.

Al tribunal de los recuperadores, y sobre todo a los edictos de los pretores creados para los extranjeros, se debió el grande impulso dado a la adjudicación a éstos, de derechos. Pero no debemos reconocerlos ese único mérito; nos toca declarar con Shom que también se debe atribuir a su estudio penetrante y certero del derecho de gentes el progreso alcanzado por el civil; superando el aspecto externo del formulismo qui-

ritario por el interno de la equidad y el valor de la decisión de los interesados en el negocio jurídico. (1)

En vista de los últimos resultados que alcanza el derecho para los peregrinos en la legislación romana, ha podido expresarse Foignet, que los extranjeros en Roma gozaban de la integridad de los derechos privados: ya a título de derecho civil, para los favorecidos por él, como cierta especie de latinos, ya por aplicación del *jus gentium*. Pero no debemos engañarnos: también en la ciudad imperial, al lado de los peregrinos —extranjeros pertenecientes a pueblos con los que la Ciudad mantenía relaciones amistosas y, en las últimas épocas, de supremacía y protección— se hallaban los enemigos o bárbaros que, al no ser empleados en calidad de letes, se los excluía de toda especie de derecho. Pero no nos toca sorprendernos por eso, todavía influye en la jurisprudencia moderna criterio similar. ¿No hemos recordado como Savigny quería no se concedan derechos a los ciudadanos de los Estados con los cuales el nuestro no conserva relaciones de amistad? ¿No hemos visto semejante conducta practicada en muchísimos casos durante las guerras internacionales para con los súbditos enemigos, cuando menos suspendiéndoles el goce de todas o algunas facultades, como las de reclamar sus créditos en juicio? ¿Y no ha llegado recientemente la

(1) Rodolfo Sohm, Instituciones del Derecho Privado Romano.

pasión y ceguera de algunos jurisconsultos a pretender que el derecho soviético sea inaceptable para los súbditos rusos en el extranjero, y que se vuelva a la legislación de la Rusia de los Zares cuando sea del caso la aplicación internacional de las leyes de ese país?

No es pues una innovación absoluta debida a los germanos, la de aquel principio que mandaba juzgar a cada hombre por las leyes propias de su grupo, las leyes de origen; si bien es cierto que el criterio latino por obra de los conquistadores toma nuevas bases y mayor fuerza de expresión.

Es extraño a nuestro propósito de hoy seguir la evolución de los derechos de los extranjeros, con las tan importantes modalidades que toman en los diversos pueblos y épocas por multitud de circunstancias. Nos basta apenas insinuar sus cambios, para aquilatar el valor y sentido de las costumbres actuales.

El propósito universalista que parece haber sido la meta dominante hacia donde tendían los afanes de la política y el derecho romanos, sufrió un brusco y definitivo corte por obra de la invasión triunfante, en cuyos troqueles de cultura iba a modelarse una civilización nueva. Ciertamente que más tarde inquirió en los precedentes latinos la jurisprudencia, los modelos para las prácticas que debían adoptarse; mas, olvidaron que los condicionantes —reales de la legislación en el tecnicismo de Huber— por cuyo medio había de vivirse en la actualidad, eran fundamentalmente distintos.

En política, en Roma pretendía el imperio universal, con sometimiento de todos los hombres del mundo a sus decisiones y a sus normas; y los reglamentos del derecho privado interno se mantenía en un rudo individualismo y bajo condiciones sociales muy distantes de las nuestras, con el reconocimiento y consagración de la esclavitud. Los más ambiciosos gobernantes de nuestros tiempos, no sueñan ya en una efectiva política de dominio sobre los varios pueblos del planeta, sino a lo sumo en una política de influencia; y aún semejante forma velada y débil de imperialismo, ven las naciones de mayor poderío desvanecerse, no sólo por la rivalidad de otros grandes Estados, sino por la defensa viva y permanente de los amenazados. Contra el individualismo en el derecho hoy combaten todas las fuerzas humanas, lo mismo las de reacción que las de avanzada; y la esclavitud es un crimen universal, perseguido por todas las naciones.

He aquí como las discrepancias entre el derecho romano legislado o mantenido en la mayor parte del globo y los intereses vitales en el mismo, aparecen en toda su magnitud. De aquí también que el concepto de la universalidad del derecho que hoy se reclama, no pueda compararse con el que se pretendió con las innovaciones de Caracalla: pues éste quiso que el derecho romano regule las condiciones de todos los habitantes permanentes y libres del Imperio, quedando fuera de él únicamente los esclavos; hoy no se pide que la legislación de ningún pueblo

se imponga a los súbditos de otro, sino a cada uno su propia regla de conducta reconocida como legítima en todas partes.

II

Los sistemas seguidos en las legislaciones actuales sobre los derechos que corresponden a los súbditos de los otros Estados, y significado que debe atribuirse a la palabra *goce*, en la concesión de ellos.

El egoísta y dominador sistema feudal fué mucho más duro que el romano y que los propios de los bárbaros, al tratarse de los hombres no nacidos en el suelo. Y este término de no regnícolas, era mucho más extenso que cualquier concepto moderno de extranjería, porque se relacionaba de modo inmediato con los límites del señorío; y a medida del sinnúmero de señoríos en que se dividía cada reino, la condición de extraño al suelo se volvía innumerable.

De la vinculación inmediata y directa de cuanto existía en un lugar con el señor feudal del mismo, que era vasallaje y sumisión, de un lado, y dominio o propiedad del otro, procedió el derecho de albinagio, tan lleno de gravámenes e injusticias para el no regnícola. Cuyas expresiones más frecuentes fueron: el *jus detractus*, el *chavage*, el derecho de *formariage* y la *aubana* propiamente dicha o *mañería*.

Los autores españoles que pudieron jactarse de la suave tolerancia del derecho peninsular

para los extranjeros, donde se desconoció —dicen ellos— los graves abusos del albinagio y los hombres de otros países fueron vistos con amistad; no podrían decir lo mismo, de seguro, del trato dispuesto por los Reyes de España en sus colonias.

No dudamos en reconocer e insistir en que, como en todos los campos de la jurisprudencia, es en el nuestro el estudio del derecho romano el que va a vitalizarlo y darle forma moderna. A los posglosadores y estatutarios debemos ya el establecimiento de esta ciencia en algunas de sus fundamentales bases; y tan fundamentales, que algunas subsisten aún.

Esas investigaciones, de un lado, y las nuevas fórmulas jurídicas que aparecen concurrentemente con el establecimiento en Europa de los grandes Estados, modifican de modo lento pero valioso el sistema jurídico aplicable al extranjero. Mas la transformación sustancial hubo de retardarse, hasta la famosa declaración de la igualdad de todos los hombres lanzada al mundo por la revolución francesa.

Si bien tan magnífica iniciativa fue echada a perder en el Código de Napoleón, quedó sembrada la semilla, que fructificaría en adelante.

Hoy, como dije al comenzar, la condición del extranjero en los pueblos del mundo no está amenazada por el odio de los nacionales; por el contrario, hay de continuo una amplia aceptación llena de simpatía, menos cuando las diferencias de raza aparta a los hombres entre sí. No todas las legislaciones sin embargo han sa-

bido traducir en sus preceptos esa benevolencia humana, aun cuando algunas sí lo han hecho.

Puede decirse que en la realización de esta última tendencia se han distinguido las legislaciones de Latinoamérica, desde la Constitución argentina y el Código Civil de Chile, hasta las más modernas tendencias y resoluciones de los Estados.

Existen hoy los siguientes sistemas legislativos en el mundo, sobre la materia que estudiamos: a) El de quienes conceden de manera general y amplia el goce de todos los derechos civiles a los extranjeros, sea cual fuere su nacionalidad y condición. Comprendidos entre esos derechos están los denominados públicos, que también se llaman garantías constitucionales, a lo menos en una parte importante de ellos, y, exceptuándose los de carácter político o conexos con tal carácter. La Constitución argentina desde muy antiguo ha incorporado entre sus preceptos el de la igualdad de ciudadanos y extranjeros, llegándose en la práctica a permitirles cierta intervención en la política local. Bolivia en su Constitución de 1.923, modificó el sistema de la reciprocidad diplomática que constaba en el Código Civil, tomando del francés; mediante el Art. 19 donde se declara: todo hombre goza en Bolivia de los derechos civiles. Nuestro Código Civil, desde su primera edición, viene manteniendo esta misma doctrina en toda su magnífica amplitud, la de que la ley no reconoce diferencia alguna en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla

este Código, entre nacionales y extranjeros. Mas los comentaristas apegados al mero sonido de las palabras en la ley, han creído deber deducir de ahí, que el Código nuestro rige indistintamente para todos los hombres dentro de propio suelo. (1)

Debemos meditar con detenimiento en el significado que ha de darse a la expresión goce de los derechos, usada por las legislaciones. Gocer no significa, como pudiera creerse de primer intento, disfrute actual, derecho que se ejerce; sino más bien promesa, aptitud, potencia. Por eso dicen los legisladores frecuentemente: los ciudadanos gozan de todos los derechos, o más sencillamente los atribuyen a todo hombre, según es el caso de la Constitución boliviana en el artículo ya recordado por nosotros. Sin embargo, el menor de edad no disfruta en este instante del ejercicio personal de todas sus facultades, y ni aún está dotado de la plenitud que le corresponde al mayor; pero ni siquiera éste tiene en su haber presente todas las posibilidades que el derecho consulta: así, no le será aplicable las reglas del Código de Comercio si no es mercader. Insisto, por lo mismo, en que el goce es potencia y no hecho, y que se amolda a las circunstancias personales del sujeto a quien afectan. Por eso los extranjeros que entre nosotros gozan de los mismos derechos que los ecuatorianos, lo disfrutan a medida de las cir-

(1) Pertenecen a la tendencia indicada además, el Código italiano, el derecho canadiense, el del Brasil y el del Japón.

cunstancias personales y reales que acompañan al negocio en que intervienen, de acuerdo con los principios del Derecho Civil Internacional. (1)

b).—Pueblos hay que conceden participación no sólo en los derechos civiles sino además en los políticos, pero únicamente a cierta clase de personas o a los habitantes de determinados Estados. El más expresivo en este sentido es el derecho ruso, refiriéndose a los trabajadores de todo el universo que se hallan en el territorio de los soviets, mientras no exploten el trabajo ajeno. Ha sido frecuente esa concesión en la historia de los pueblos centroamericanos en sus mutuas relaciones. Y podemos decir que, en último término, a un reconocimiento semejante de derechos se reduce, el mandamiento de la Constitución española sobre la doble nacionalidad de los hispanoamericanos, recordada precedentemente.

c).—A veces los propios derechos civiles se limitan en uno u otro de sus atributos para el extranjero o se los niega. Entre los Estados de la Unión Americana hay diversas disposiciones al respecto: unos reusan del todo la adquisición de inmuebles por el extranjero (Illinua, Alaba-

(1) Sobre la presente materia del significado del goce de los derechos y el modo como se ha interpretado en nuestro país, como también sobre el alcance que corresponde dar a los distintos preceptos que en nuestras leyes existen sobre las facultades concedidas a los extranjeros, debe consultarse los capítulos V y VI de mi Informe acerca de la importancia de ratificar la convención sobre Derecho Internacional Privado, suscrita en la Habana.

ma, Carolina del Norte), otros la subordinan a cierto tiempo de residencia (como en Kentuki) y algunos exigen la declaración de que pretenden llegar a ser ciudadanos del respectivo Estado (según pasa en Nueva York). En Noruega se exige autorización de los poderes públicos para adquirir bienes raíces, en Rumania se niega la posibilidad de esta autorización. (1)

d).—Existe también entre los Estados la que se denomina la reciprocidad legislativa, cuyo contenido es el de la regla que manda otorgar a los súbditos de otra nación, únicamente los derechos que a sus nacionales se acostumbra conferir por las leyes de aquel país. Este es el sistema mantenido por el Art. 11 de la Constitución colombiana, si bien agrega en su última parte: salvo lo que se estipule en los tratados públicos; de lo cual se han valido, notables juriconsultos del país vecino, para pretender una interpretación más próxima a la equidad, con amplia concesión de facultades a los extranjeros. (2)

e).—Acaso es más restringida y egoísta la llamada reciprocidad diplomática, introducida por el Código de Napoleón y adoptada por algunos pueblos después, si bien tiene en la his-

(1) La Constitución de Haití sometida al referéndum el 12 de julio de 1918, por su Art. 5º concede al extranjero residente en Haití derecho de propiedad inmobiliaria, que la pierden por la mera ausencia en el extranjero por cinco años.

(2) También el Art. 33 del C. C. austriaco mantiene esa clase de reciprocidad.

toria, según hemos visto, precedentes muy antiguos. Por este sistema se mantiene que los extranjeros gozan en cada territorio únicamente de los derechos que constan en los respectivos tratados. La jurisprudencia mejor intencionada ha tratado de distinguir —de seguro recordando el derecho romano— los derechos civiles de los derechos naturales, para atribuir a los extranjeros no domiciliados con autorización gubernativa, estos últimos y no los primeros. Y en los mismos casos de reconocer cierta participación a las leyes de otros pueblos, por ejemplo para determinar la condición del estado civil de las personas, se restringe a los casos en los cuales ello no pueda perjudicar a los franceses. Así Valette hubo de sostener que si bien la mayor o menor edad se fijaría por la ley nacional, esto no podría subsistir en los casos en que el desconocimiento del precepto extranjero pudiera dañar al contratante súbdito del país. (1) Doctrina acogida por Demolombe, Dalloz y otros, y refutada victoriosamente por Laurent. (2) Pero esa protección excepcional que perjudica al extranjero, parece ser el más común sentir de jurisconsultos y legisladores, como se comprueba por la imposición de la caución llamada *judicatum salvi*. (3) Hay, por último, en este Estado la doble calidad de derecho para extranjeros domiciliados con autorización del poder com-

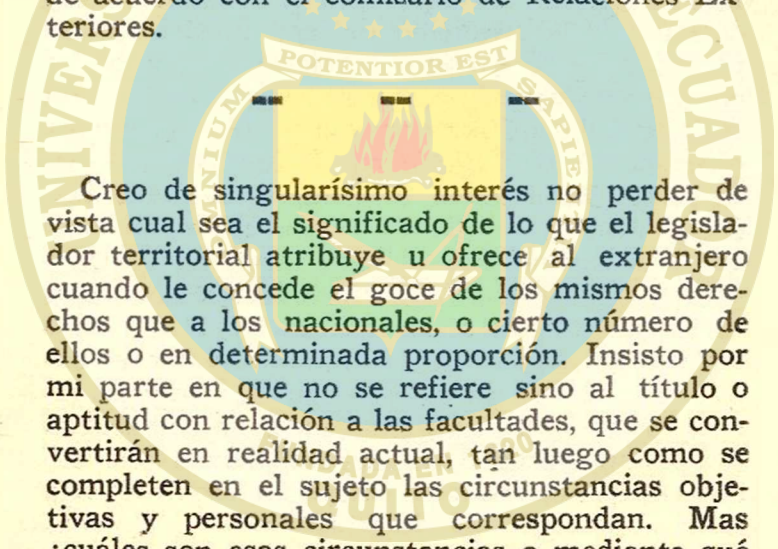
(1) Valette, *Traité sur l'état des personnes*.

(2) F. Laurent, *Principes de Droit Civil*.

(3) Véase mi ya citado informe, en el capítulo X.

petente y la de quienes no han sido autorizados. (1)

f).—En fin, hay un último sistema que consiste en poner en manos de determinadas autoridades públicas cierta facultad de retorsión, o a lo menos de suspender por causas que a ellos les toca aquilatar, el ejercicio de uno o muchos derechos de los no nacionales. Esto se ha mandado en Alemania, por ley que concede al Canciller del Imperio esa atribución; esto se ha dispuesto respecto de las autoridades soviéticas, de acuerdo con el comisario de Relaciones Exteriores.



Creo de singularísimo interés no perder de vista cual sea el significado de lo que el legislador territorial atribuye u ofrece al extranjero cuando le concede el goce de los mismos derechos que a los nacionales, o cierto número de ellos o en determinada proporción. Insisto por mi parte en que no se refiere sino al título o aptitud con relación a las facultades, que se convertirán en realidad actual, tan luego como se completen en el sujeto las circunstancias objetivas y personales que correspondan. Mas ¿cuáles son esas circunstancias o mediante qué

(1) No ha faltado una noble tendencia entre los tratadistas de derecho de Francia, a conceder la integridad de facultades civiles a los extranjeros.

ley se las a de juzgar? Ya lo hemos contestado en el curso de la exposición de nuestra ciencia, y hoy sólo nos resta inquirir la actitud que corresponde a las autoridades territoriales en orden a la libre concesión de potestades jurídicas a quienes no son sus súbditos.

III

El estatuto personal es, de ordinario, el llamado a fijar la medida y el límite de las facultades correspondientes a las personas, en su pura calidad de miembros de una sociedad determinada. ¿Cuáles son las consecuencias que de ahí proceden?

Hemos determinado los deberes que impone la comunidad internacional y el principio de justicia fundamento del derecho, tanto al elegir entre las varias leyes a que puede estar sometido el asunto, cuanto al reconocer y dar eficacia al derecho adquirido de manera legítima en cualquier país; y entonces pudimos discernir el propio papel del llamado estatuto personal, dispuesto para prescribir a cada ciudadano su legítima función dentro de la permanencia del organismo social en el respectivo Estado. Pero las autoridades y funcionarios públicos del suelo en donde se pide aceptar y proteger las condiciones jurídicas subjetivas que fueron adquiridas de acuerdo con las leyes extranjeras ¿no podrán por su parte hacer uso de la más funda-

mental de sus atribuciones, la de conferir derechos a los particulares, por tratarse de súbditos de otra nación?

Para formular los verdaderos aspectos que les corresponde a los problemas que habrán de originarse en la interrogación que precede y ver los elementos lógicos y convenientes de su solución, debemos volver una vez más a los puntos fundamentales de nuestra teoría sobre el derecho, su función social y privada, sus elementos y el modo de apreciarlos.

Dijimos ya como el derecho era el arreglo público de las actividades sociales, que permitía a un grupo humano la propia subsistencia, por la composición y marcha conveniente y ordenada de las fuerzas que en su seno se producían o colaboraban para el propio desenvolvimiento. Pero que semejante fin social predominante y director de las actividades particulares, debía someterse en lo posible a los dictados de la justicia y la equidad: ya en cuanto va a regular la exigencia e imponer deberes, ya en cuanto formula los resultados que de ahí provienen para el sujeto.

Y aceptando que el derecho sea disciplina de las actividades colectivas para el fin común, claro está que a cada gobierno le corresponde directa e inmediatamente servirse de aquellas que se desenvolverán dentro del respectivo proceso social o sean sus componentes: bien correspondan a la clase de factores personales o bien sea su naturaleza económica. De esa doble condición de las energías sociales ha procedido la diferen-

cia entre estatuto personal y real que, por los caracteres a ellos inherentes, se los reglamenta en forma distinta, pero siempre en la práctica regidos por un supuesto fundamental que califica la territorialidad o no de los mandatos, el del grado de permanencia de los efectos.

El ciudadano, donde quiera que se halle, es el factor más valioso de los que cuenta la respectiva patria: ya como energía personal al servicio de la administración pública, ya como elemento constitutivo de los diferentes grupos o formaciones humanas dentro del Estado, y, ante todo el de la familia, o, en fin, hasta como factor de producción económica al que atienden de continuo los poderes públicos. Estos elementos permanentes de la sociedad política, reciben influencias de la patria o la ejercen sobre ella a cualquiera distancia que se encuentren de su territorio: siguen interviniendo en la marcha de los negocios públicos, o como agentes de sus gobiernos o contribuyendo a crear opinión pública; en su economía, por todas las consecuencias ocasionadas por la emigración de los capitales de particulares que viven en el extranjero y por su falta de intervención para crear la riqueza nacional. Son, por consiguiente, el patrimonio humano al que se acudirá en cualquier momento que se lo necesite.

Si esto es así, sería inexplicable que se trate de juzgar la conducta de los elementos políticos y sociales de un Estado por reglas correspondientes a legislación extraña. Por otra parte, atribuir derechos nuevos, distintos o en diversas

proporciones de los adjudicados por el correspondiente legislador, sería con frecuencia romper el nexo que entre sus partes tienen, no sólo los elementos del grupo humano respectivo, sino la propia armonía interna de cada vida jurídica. Si los suponemos lógicos en sus reglamentos, cada país arreglará las relaciones entre particulares, con antecedentes y consecuencias. Debe suponerse que si al padre se da los usufructos de los bienes del hijo, es compensando los deberes que le impone respecto del mismo; (aun cuando no siempre sea este concepto el motivador). Pero si es distinto el pensamiento en que se inspira el mandato, las consecuencias son también diferentes. Ahora bien, fijando para una parte de la conducta o situación determinado sistema de leyes, y distinta para la otra, la incongruencia de las partes tiene que manifestarse evidente; y esto no es posible permitir ni sería una razonable apreciación de lo que debe ser la benevolencia para el extranjero.

En sentido distinto, no son puramente cadáveres o elementos pasivos los extranjeros dentro del suelo que habitan, sufren y devuelven determinado número de influencias, que corresponden de manera estricta al ordenamiento jurídico y al correspondiente vivir social en el suelo. Toda la existencia del hombre es una serie de actos que lo relaciona con numerosas personas y con actividades ajenas: contrata, obliga y promete. Y, a veces, más que los nacionales contribuyen los extraños a la prosperidad económica del suelo: los turistas enriquecen a los paí-

ses de turismo, y la industria extranjera y su comercio confieren la prosperidad sobre todo en los pueblos jóvenes. Esto no puede ser tampoco desatendido en ningún momento, y dá así mismo el sentido de ciertas necesidades reglamentarias de aplicación a tales personas.

De todo lo dicho se desprende: que la condición personal y los derechos referentes a ella o que se vinculan inmediata y necesariamente con esa calidad —sea como medida de poder para cumplir los deberes sociales, sea como recompensa de la legitimidad de la acción— expresando el papel social que se le atribuye al ciudadano; no pueden estar regidos sino por las leyes del país donde tales efectos habrán de producirse de manera continua. La conducta del individuo relacionada con la marcha de la economía de un país, se habrá de someter en cuanto a esta relación a las reglas que arreglan tal economía; por eso se preferirá la ley del domicilio para fijar los caracteres de los negocios voluntarios y los atributos en este orden, de cuantos contratan en el territorio para efectos territoriales también.

Y al lado de la defensa de la economía se halla para el Estado la defensa de sus intereses morales y la conservación de ciertos altos principios de la ética nacional. Por ello, existiendo algunos derechos que se consideran consustanciales con el carácter de hombre y por encima de cualquier otro criterio distinto, se los atribuye no sólo a los nacionales sino también a los extranjeros, por más que según las reglas de la propia patria se encuentren desprovistos de la

respectiva facultad. Debe entenderse coherente con esta tendencia la de rechazar la muerte civil de los extranjeros en el país que no mantiene esta institución. Hay, además, que de toda actividad ejercitada procede un rastro o estela jurídica de la que no puede desentenderse el gobierno del suelo en donde se produjo. De ahí la intervención limitada, en lo relativo a la conducta humana, aún en materias que no traspase las de la estricta personalidad, como pronto comprobaremos. En este momento nos toca insistir sobre la regla general y su alcance.

Conteniendo el estatuto personal tantos y tales derechos cuales corresponden al papel social que se atribuye al respectivo sujeto, no cabe que se interponga una soberanía no personal, para modificarlo o desnaturalizarlo, pues, desde entonces, en primer lugar, no se cumpliría con el fin propuesto —hacer del individuo elemento colectivo útil en la posición o estado que se le adjudica o reconoce— y habría además una intervención injuriosa del legislador extranjero en asuntos de exclusiva competencia de otra soberanía, revisando lo mandado por ésta.

Ni una benevolencia, ni una mal entendida generosidad, deben variar en las circunstancias ordinarias la regla que manda no atribuir al extranjero otros derechos ni en distinta proporción que aquellos que los corresponden de acuerdo con su estatuto; pues no se trata de atributos concedidos en vista sólo del bien particular, sino de verdaderas reglas de conservación social.

IV

Las garantías constitucionales, por su propia naturaleza, se aplican en su mayor parte indistintamente a nacionales y extranjeros. Casos de excepción y fundamento de ellos.

Hemos señalado como casos de estricta excepción, para constituir el patrimonio jurídico de la persona, aquellos en los que el juicio del legislador territorial es el único llamado a discernir si algunas facultades o poderes corresponden a todos los habitantes; y hemos señalado como en el orden privado esto se relaciona principalmente con ciertas consideraciones de naturaleza ética y la idea de atributos inherentes consustancialmente a la naturaleza humana.

No corresponde de manera estricta a la clasificación de facultades personales excluidas de la libre disposición de los particulares o que imperativamente se les impone, en el tomo segundo de esta obra analizadas; pues a propósito de esa prohibición tenemos que reconocer, que es mucho más extensa y en diversos sentidos distinta de las atribuciones universales que hoy comentamos.

Se pueden renunciar los derechos que sólo miran al interés particular del renunciante y siempre que no se halle prohibida su renuncia, dice el Art. 11 del C. C. ecuatoriano. De donde se desprende: a) Que cuanto dice relación a inte-

reses sociales o políticos está excluido de esa facultad. Por eso nadie puede imponer a otro el permanecer en estado de celibato o impedirle por convenio la función eleccionaria. Contratos de esta clase serían nulos por ilicitud del objeto; b) Que la renuncia no lleve consigo daño para los intereses de terceros. Así los acreedores de una persona pueden tomar providencias contra actos ejecutados por su deudor en fraude de los intereses que ellos representan; y, c) Que cabe prohibirse la renuncia aún de derechos no comprendidos en las categorías precedentes, por múltiples motivos morales, sociales, políticos y hasta de tutela de los propios individuos que renuncian. Por eso el derecho de libre donación de todo el patrimonio de la persona a nadie está permitido, en el Ecuador.

El supuesto nuestro —el de la adjudicación a todos los habitantes del suelo de ciertos derechos— significa un principio de ética colectiva que va a servir de excepción a la regla común que mantenía la necesidad de apreciar el patrimonio jurídico de la persona con sus modalidades, en vista de sólo el estatuto personal y condicionado por él.

Es fácil apreciar entonces la total orientación diversa, en cuanto al objeto perseguido, por uno y otro sistema de preceptos. Mientras al limitar en la práctica del vivir jurídico interno la voluntad de los particulares, en los sentidos descritos, se está pretendiendo la justa organización social de los adecuados elementos para cumplir los fines del Estado; la idea de derechos huma-

nos prevalentes sobre toda otra consideración, se coloca en el aspecto contrario, y manda que cuanto debía abandonarse a las decisiones del estatuto personal por estar vinculado a esta clase de soberanía, sea actualmente regulado por la soberanía territorial. Y lo mismo es que en la propia patria se niegue al individuo las facultades que aquí se atribuyen a todo hombre o se las reglamente u otorgue de manera diversa, pues en todos estos aspectos la regla para medir las en el sujeto será la ley territorial. Si suponemos que existe algún país donde se conserve el carácter de la proscripción de las costumbres romanas, por la cual se arrancaba al ciudadano íntegramente las garantías legales abandonándole en manos de sus enemigos, en nuestro territorio garantizado le será el derecho a la vida y nadie podrá atentar contra ella sin sufrir las sanciones ordinarias. Si en nuestra República las manifestaciones externas del culto están prohibidas, no por eso se las impedirá a los ecuatorianos en lugar donde no exista semejante prohibición. Vemos por tanto prevaleciendo de manera absoluta la ley del lugar, en materias pertenecientes al patrimonio jurídico de la persona: lo mismo al atribuir derechos que al reglamentar la extensión con que se los concede.

Por lo dicho, se ve que no siempre se hallan en oposición los mandatos de la soberanía personal con los de la territorial; pero sea que se contraríen mutuamente, o que coincidan, o que sólo se diferencien en detalles, la regla que fije

el goce y ejercicio actual de las potestades anexas al referido derecho, será la del lugar, como si no cupiera conflicto o elección.

Al conjunto de esos derechos, que universalmente se aplican a los habitantes del suelo, como si se tratara de una especie de derecho natural perteneciente a todos los hombres o de conquistas de cultura universal que a todos debe corresponder, se ha venido denominando con frecuencia, derechos públicos particulares o garantías constitucionales. A veces las constituciones los redactan bajo el título de derechos del hombre.

En verdad, fuera intolerable para nuestras ideas y prácticas jurídicas y éticas, que alguien fundándose en los preceptos de su ley nacional, reclame las facultades que le concede el régimen de esclavitud, sobre un compatriota suyo. Pero no es sólo el ejercicio de esas facultades el prohibido aquí, sino el mismo título del derecho: desde el momento de pisar el suelo ecuatoriano el esclavo es libre —en los límites conferidos por nuestro legislador a la palabra libertad— incluso contra su propio querer o decisión, y contrariando cualquier derecho adquirido. En mérito de esa misma libertad proclamada e impuesta, se negará al extranjero, en los mismos términos que se lo haría con el nacional, el contrato de servicios personales por toda la vida del sirviente, por más que se lo haya convenido en el Estado que lo permitía.

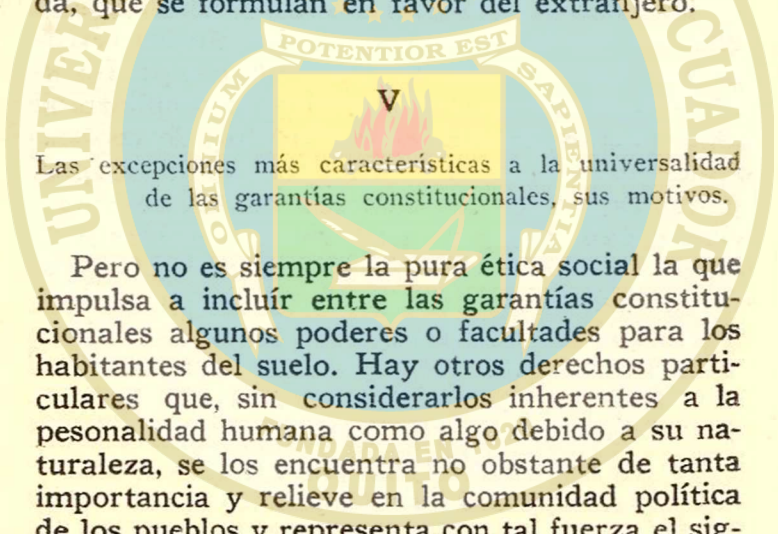
Medítese bien sobre las particularidades apuntadas, que llevan consigo las garantías públicas:

no es, como al tratarse de los demás derechos, que reconociéndolos válidamente establecidos, si se conformaron en su origen con la ley oportuna, se los suspende sólo en el ejercicio, mientras se trate de efectuarlo dentro de nuestro suelo, contrariando las fundamentales exigencias del orden público o las buenas costumbres. Insisto en que, a propósito de esas garantías, el mismo título del derecho queda anulado: por eso la jurisprudencia francesa, al muerto civil de acuerdo con la legislación patria, lo considera como de vida recuperada en el territorio francés con la integridad de las potestades anexas a ella, sin detenerse siquiera en los efectos retroactivos (a lo menos algunos de ellos). Insisto también en que el derecho que aplicamos es el propio nuestro, el interno: por lo cual se miden los efectos por la ley territorial. Semerjantes caracteres diferenciales en las consecuencias, se explican quizá por los ya discernidos fundamentos del Derecho Civil Internacional en la comunidad jurídica de los pueblos. (1)

Hemos señalado la excepción más importante y de fundamentos de mayor fuerza al impe-

(1) Consúltese en el primer tomo de esta obra el doble significado de la comunidad internacional, y cómo tiene caracteres particularmente interesantes la identidad de cultura jurídica entre los pueblos. Y para apreciar todas las modalidades del derecho indicadas en el presente párrafo, téngase en cuenta la teoría aceptada en el tomo segundo sobre el orden público.

rio absoluto del estatuto personal; pero no son las únicas esas excepciones, y además la completa universalidad que la hemos atribuído, debe limitarse un tanto. Quiero decir que, dentro de los respectivos Estados, no hay que atender sólo al hecho de estar incorporados los derechos correspondientes entre las garantías constitucionales; sino que existen otros varios preceptos de valor equivalente y que por lo mismo requieren fórmula jurídica de la misma eficacia. Por otra parte, señalo al limitar esa absoluta generalidad, que hay excepciones a la excepción indicada, que se formulan en favor del extranjero.



Las excepciones más características a la universalidad de las garantías constitucionales, sus motivos.

Pero no es siempre la pura ética social la que impulsa a incluir entre las garantías constitucionales algunos poderes o facultades para los habitantes del suelo. Hay otros derechos particulares que, sin considerarlos inherentes a la personalidad humana como algo debido a su naturaleza, se los encuentra no obstante de tanta importancia y relieve en la comunidad política de los pueblos y representa con tal fuerza el signo de esa comunidad, que no pueden por menos de observarse y reconocerse respecto de los súbditos de todos los países, en las ordinarias circunstancias del vivir de los Estados. Pero los

mismos fundamentos que los diferencian, modifican el grado de su obligatoriedad para el gobierno que debe concederlos.

Y no es eso todo: hay otras circunstancias mucho más alejadas en su modo de influir respecto del extranjero que las que acabo de señalar, comparándolas con los fundamentos sustanciales de las garantías constitucionales. El signo caracterizante llega a ser en ocasiones no solamente diverso sino opuesto; no únicamente no imponiendo, ni siquiera tolerando para los súbditos extraños, sino prohibiendo.

Entre los del primer grupo mencionado en las líneas precedentes, podemos referirnos al derecho para los extranjeros de penetrar en nuestro suelo, y los que de ahí se derivan, tales como el de permanecer y el de transitar por el territorio. Si un convencimiento profundo y justo de la importancia del comercio internacional y las buenas relaciones entre los pueblos los aconsejan y exigen, se relacionan sin embargo en su ejercicio de manera tan evidente y estricta con la conveniente marcha social en el respectivo territorio, que está entre los perfectos atributos del gobierno del lugar el reglamentarlos en todos sus detalles.

Cada soberanía es la única llamada a fijar las condiciones mediante cuyo cumplimiento pueden los particulares gozar de la facultad de penetrar en el suelo donde ella impera, y a qué reglamentos se someterán para permanecer ahí, y para su tránsito por las diversas secciones del territorio. Son éstas, en estricto sentido, medi-

das de policía y de seguridad y se relacionan con el derecho público del Estado.

En realidad, los indicados derechos no se consideran en ningún pueblo con la calidad de inherentes a la condición humana y de que por tanto a nadie se le a de privar de ellos, a la manera de un derecho natural al hombre, como nos fué posible calificar antes. Por ese motivo, no es de estricta y absoluta obligatoriedad el concederlos indistintamente a los ciudadanos de todas las naciones y cualesquiera que fueren las circunstancias en las que se hallen. Es de suma frecuencia en la vida política de los pueblos, que los gobiernos se crean en el caso de tomar mayores precauciones respecto de los extranjeros que las empleadas con los nacionales, en torno a la vigilancia de la autoridad, al tránsito y los pasaportes necesarios, a la permanencia en una localidad, etc.; particularmente en las circunstancias de inquietud y alarma públicas. Pero si bien no cabe la queja del extranjero por ese motivo, deben tomarse esas medidas con las precauciones convenientes para que las exigencias impuestas no vuelvan nulo el ejercicio de aquellos derechos y no se pueda atribuir a verdadera hostilidad contra los hombres de otro país.

Las reglas de prudencia y tino que preceden, no son para los Estados sino meros consejos que los gobernantes los aceptarán o no, sin que proceda de ahí estricta violación de derecho; pues cada Estado es el único juez competente para decidir si acepta o rechaza a determinada

especie de extranjeros dentro del territorio, o los excluye a todos. Es a la soberanía nacional a quien le corresponde vigilar por la seguridad del Estado y la de sus instituciones y sortear los peligros que crea que los amenace; sin que por el cumplimiento de este deber le sea dable reclamar al pueblo a cuyos súbditos se les ha privado del derecho de acceso, de tránsito o de permanencia.

Esta materia pertenece más bien a la técnica de gobierno o a las conveniencias de la política, que a nuestra propia ciencia. El proceder considerado o violento de un pueblo puede acarrearle graves inconvenientes en sus relaciones internacionales, pues podrían considerar los Estados como actos poco amistosos y exigir en consecuencia explicaciones. De la misma manera como abrir las puertas a los súbditos extranjeros, protegerlos y auxiliarlos, expresa una situación de amistad y paz internacional; el rechazo, casi siempre señala hostilidad y prueba circunstancias anormales en las relaciones de los pueblos.

Por lo dicho es injustificable —aun cuando el Estado no violaría ninguna de las reglas actualmente establecidas como obligatorias dentro del Derecho Internacional, a menos de hallarse ligado por un compromiso o pacto— el privar indistintamente a los nacionales de determinado pueblo, del acceso o permanencia en cierto territorio, sin que intervengan motivos excepcionales para imponer tal conducta.

La Constitución del Ecuador ha introducido entre las garantías fundamentales que declara

das de policía y de seguridad y se relacionan con el derecho público del Estado.

En realidad, los indicados derechos no se consideran en ningún pueblo con la calidad de inherentes a la condición humana y de que por tanto a nadie se le a de privar de ellos, a la manera de un derecho natural al hombre, como nos fué posible calificar antes. Por ese motivo, no es de estricta y absoluta obligatoriedad el concederlos indistintamente a los ciudadanos de todas las naciones y cualesquiera que fueren las circunstancias en las que se hallen. Es de suma frecuencia en la vida política de los pueblos, que los gobiernos se crean en el caso de tomar mayores precauciones respecto de los extranjeros que las empleadas con los nacionales, en torno a la vigilancia de la autoridad, al tránsito y los pasaportes necesarios, a la permanencia en una localidad, etc.; particularmente en las circunstancias de inquietud y alarma públicas. Pero si bien no cabe la queja del extranjero por ese motivo, deben tomarse esas medidas con las precauciones convenientes para que las exigencias impuestas no vuelvan nulo el ejercicio de aquellos derechos y no se pueda atribuir a verdadera hostilidad contra los hombres de otro país.

Las reglas de prudencia y tino que preceden, no son para los Estados sino meros consejos que los gobernantes los aceptarán o no, sin que proceda de ahí estricta violación de derecho; pues cada Estado es el único juez competente para decidir si acepta o rechaza a determinada

especie de extranjeros dentro del territorio, o los excluye a todos. Es a la soberanía nacional a quien le corresponde vigilar por la seguridad del Estado y la de sus instituciones y sortear los peligros que crea que los amenace; sin que por el cumplimiento de este deber le sea dable reclamar al pueblo a cuyos súbditos se les ha privado del derecho de acceso, de tránsito o de permanencia.

Esta materia pertenece más bien a la técnica de gobierno o a las conveniencias de la política, que a nuestra propia ciencia. El proceder considerado o violento de un pueblo puede acarrearle graves inconvenientes en sus relaciones internacionales, pues podrían considerar los Estados como actos poco amistosos y exigir en consecuencia explicaciones. De la misma manera como abrir las puertas a los súbditos extranjeros, protegerlos y auxiliarlos, expresa una situación de amistad y paz internacional; el rechazo, casi siempre señala hostilidad y prueba circunstancias anormales en las relaciones de los pueblos.

Por lo dicho es injustificable —aun cuando el Estado no violaría ninguna de las reglas actualmente establecidas como obligatorias dentro del Derecho Internacional, a menos de hallarse ligado por un compromiso o pacto— el privar indistintamente a los nacionales de determinado pueblo, del acceso o permanencia en cierto territorio, sin que intervengan motivos excepcionales para imponer tal conducta.

La Constitución del Ecuador ha introducido entre las garantías fundamentales que declara

el Art. 150, la del número 9; donde se reconoce a los particulares la libertad de permanecer en cualquier lugar de la República, transitar por ella, ausentarse o volver a su territorio, llevando o trayendo sus bienes, con las excepciones y limitaciones determinadas por la ley.

Mas entre estas excepciones, al tratarse de los extranjeros, la que tiene particular importancia en el Ecuador por su generalidad, es la del decreto legislativo de 1.889 contra la inmigración china —reconocido vigente por el Consejo de Estado en el año de 1.931, al contestar a una consulta dirigida por el Poder Ejecutivo—; decreto que prohíbe de la manera más absoluta y terminante toda nueva penetración de chinos en el Ecuador. Fue una onda de contagio contra la raza amarilla que, iniciándose en los Estados Unidos de Norteamérica se propagó por el Continente, quizá debida a las alarmas de ese peligro, teorizadas por escritores europeos; y, también se decía, en calidad de defensa económica de los países amenazados por la concurrencia de braceros chinos que se contentaban con mínimos salarios.

Semejante antipatía contra las nuevas razas que vengan a complicar los problemas etnológicos de los pueblos, quizá se explica respecto de los Estados de la América latina, tan inquietos ante la presencia del doble contingente racial que no han sabido fundirlo en una unidad de cultura, y de donde proceden a diario las más graves dificultades políticas con que tropie-

zan los propósitos gubernativos. (1) Los problemas de la emigración van a ser tratados poco después, y entoncese acaso sea oportuno volver siquiera brevemente sobre esta materia, para determinadas apreciaciones de conjunto o de detalle.

Continuemos por hoy con las excepciones generales que, a la regla de aplicación al extranjero de las garantías constitucionales, se acostumbra hacer en los pueblos, a causa de la naturaleza intrínseca del negocio jurídico al que afectan.

Volvemos a recordar lo que se dijo en el capítulo veintitrés de esta obra, a propósito de la diferencia de derechos entre nacionales y extranjeros. Desde el tiempo de los romanos las facultades con mayor insistencia defendidas como atributos exclusivos del ciudadano, fueron el *jus sufragiui* y el *jus honorum* (los derechos de elegir y de ser elegidos para las magistraturas). Este mismo pensamiento se ha manifestado casi de modo universal en las legislaciones modernas, hasta cuando nuevos criterios políticos han comenzado a modificar las ideas que lo sustentaban.

(1) A propósito de los problemas de la raza y sus consecuencias sociales y políticas, séame permitido recordar hoy, que mantuve en otra ocasión con cierta insistencia de razonamientos y con numerosos datos en comprobación, (Véase el primer volumen de mi *Sociología General* aplicada a las condiciones de América) que si bien no puede hablarse de un modo genérico de unas razas superiores y otras inferiores, lo que sustancialmente califica a cada una de ellas es su modo especial de apreciar la realidad, que crea para su existencia histórica, culturas diversas.

Los extranjeros, por mandato del Art. 152 de nuestra Constitución, gozan de los mismos derechos civiles que los ecuatorianos y de las garantías constitucionales descritas en el Art. 151, con excepción de las de los Nos. 28 y 29. En el primero se declara la libertad de sufragio, y en el segundo la admisión a todo ciudadano en las funciones y empleos públicos sin más condición que las determinadas por la ley.

Los preceptos de la ley de extranjería son mucho más extensos en cuanto a estas prohibiciones, pues llega a negar a los súbditos de otro país el asociarse para tratar de asuntos políticos, ejercer las facultad de petición en estas materias y mezclarse en las elecciones populares o en prepararlas (Art. 19). Toca a la jurisprudencia el inquirir si están vigentes o no esos mandatos, en presencia de que no se excluye en la Constitución a los extranjeros de las garantías de los Nos. 26 y 27 que consultan: el derecho de petición a autoridad competente (de modo general) y el de acusar o denunciar la infracción de la Constitución y leyes. Por el momento no quiero extenderme demasiado en estas materias.

Se han aducido muchísimos motivos en justificación de semejantes restricciones en las facultades de orden político —nosotros hemos coincidido en el resultado a causa del análisis de la naturaleza de la nacionalidad o la extranjería para el sujeto— y entre ellas, las calidades mismas del interés que supone semejante clase de negocios; que no puede ser jamás tan intenso ni continuo para el extranjero como para el

ciudadano. Además también, la seguridad del Estado, los deberes que a los nacionales corresponden y los derechos que en compensación se los debe atribuir.

Dejando a un lado todo aquello de la relación del patrimonio jurídico de la persona y su estado civil, que ya fue materia de estudio para nosotros; queremos insistir sólo en algunas consecuencias que de ahí mismo se desprenden. Y entre todos los demás hay un aspecto que nos impresiona desde luego, para excluir de nuestra política a los súbditos de otra soberanía; y es ello, que los intereses públicos del país al cual pertenece ese súbdito pueden hallarse en colisión con los del Estado en el cual habita o al que sirve. El conflicto ético es entonces muy grave: o traiciona a la propia patria o al pueblo que le emplea. De otro lado, cada vez con mayor firmeza se mantiene un principio moral entre los Estados, incluso en épocas de guerra, que manda no compeler al súbdito del enemigo a trabajar en contra de los intereses de éste. Confluyen así los deberes de los particulares y los legítimos intereses de uno y otro gobierno, a impedir la adjudicación de los derechos políticos a los extranjeros; sobre todo cuando éstos comportan ejercicios de mando y jurisdicción.

Sin embargo, siendo los motivos políticos los de mayor fuerza y más impresionantes, proceden de sus propios fundamentos contra-objeciones y prácticas opuestas, aun cuando con gran frecuencia dentro de límites muy restringidos. Así, se acepta a veces la participación del ex-

tranjero en la política municipal, o en determinadas actividades conexas con la política, o se hace la excepción para cierto grupo de individuos, o los súbditos de alguno o algunos países. De todo esto hemos tratado precedentemente y a esos datos nos remitimos. (1)

Concordante con el mismo sistema de transformaciones, también la idea se expresa por tendencias muy modernas, y de seguro de más sustancial contenido o de perspectivas mayores; y consiste en la pretensión de cambiar el vínculo patriótico que une al ciudadano a cierta sociedad política, constituido en nuestros tiempos todavía por circunstancias fortuitas, por un porvenir en el cual triunfen motivos racionales y conscientes de unión y sometimiento. Esta importancia debe atribuirse a la nacionalización o ciudadanía más o menos informal o automática,

(1) De las diversas formas, discurridas en la teoría y en la práctica para evitar los excesos protectores de la política interna contra toda ingerencia de personas de otra nacionalidad, hemos tratado en el capítulo veintitrés de esta misma obra. Las tendencias panamericanistas sobre todo — pese a las vehementes luchas entre sus Estados — se expresan en facilidades indudables que se otorgan entre sí los pueblos de América para la nacionalización de sus respectivos súbditos. Esto se propuso Méjico en su última Constitución y el mismo fin debemos atribuirle a la nuestra, por más que no haya suficiente claridad en el modo de redactarse el No 5 del Art. 9, donde se lee: que son considerados además ecuatorianos “Los indolatinos, siempre que hubieren fijado su residencia en el territorio de la República y manifestado su voluntad de ser ecuatorianos, en la forma determinada por la ley”. No fija, pues, tiempo de residencia.

propugnada por algunos autores argentinos (1); y de manera positiva y con visión de mayor claridad de su objeto, en los preceptos constitucionales de la Rusia soviética, que reconociendo al país como una República para todos los trabajadores del mundo, concede en su territorio a los extranjeros que no explotan el trabajo ajeno, los mismos derechos que a los nacionales rusos. Pudimos antes apreciar el valor de esta regla dentro de la tendencia, y no hace falta insistir.

Confrontadas las dos tendencias: la de tradicional sentido —como la de nuestra ley de extranjería o las reglas de la legislación colombiana— que aparta celosa al súbdito extraño de cuanto puede significar formas de política interna; y la nueva orientación, cada vez más dispuesta a abrir perspectivas amplísimas —en ocasiones excesivas o inconvenientes— para el extranjero, nos toca inquirir si a algo sustancial corresponden o son meros puntos de vista individuales y un tanto caprichosos.

Creo yo que, dado el sentido razonable actual de la democracia, que no sólo permite sino impone a los particulares interesarse en la política y en los actos de gobierno, debe inscribirse semejante facultad entre las de mayor valía y que corresponden a todos los hombres. En efecto, el interés que despierta para los individuos,

(1) Rememórese lo dicho a propósito de las enseñanzas de Zavallos y Garay en páginas anteriores de este mismo tomo.

justifícase porque va implícito en él la seguridad para sus propias personas o para su patrimonio económico.

Pero no a todos los habitantes de un suelo les afecta en igual grado la marcha de la política interna: ya en cuanto a las personas, ya en lo relativo a los bienes o a los deberes que crea, mantiene o amplía, el extranjero está en muy diversa condición que el nacional. De hecho, el abandonar el territorio para evitar las consecuencias que se temen, es mucho más difícil a los ciudadanos que a quienes no lo son; de derecho, la soberanía personal los acompaña por todas partes: prohibiéndolos, mandándolos o imponiéndolos. A mayores deberes corresponden facultades mayores.

Pero no es sólo eso: ya sabemos que el propio interés de los Estados impone que algunas funciones o cargos estén —para garantía de la seguridad pública— en manos de los propios súbditos. Así mismo los deberes del extranjero para con su país, serían estorbados o se hallarían en peligro, si se le permitiera intervenir en ciertas formas de la política o se le impusiera cargos relativos a ella.

Debe restringirse a convenientes límites la facultad de intervenir en la vida pública de un país para quienes no son sus súbditos, pero no es justo ni razonable privarles de toda participación.

VI

Las limitaciones generales y las particulares al derecho migratorio. La emigración, la inmigración y la colonización.

Si bien las prohibiciones generales de entrar en el territorio de un Estado a todo súbdito extranjero de cualquiera nación, pertenece ya a la historia o a pueblos de tan escasa cultura que no se hallan comprendidos dentro de la comunidad de las naciones civilizadas, y si la prohibición dirigida a determinados individuos es puramente excepcional en las ordinarias circunstancias del vivir de los Estados; hay casos en los cuales vienen a imponerse reglas mucho más extensas: así sucede por ejemplo, al romperse las hostilidades entre un Estado y el país del cual es súbdito quien pretende entrar o permanecer en el territorio de aquél.

Siempre que se reflexiona y analizan los motivos en que se funda la negativa a los súbditos de soberanía extraña de intervenir en nuestros problemas políticos, se inscribe en primer término o se da particular relieve al hecho de que las naturales afecciones que ligan al ciudadano con la propia patria habrían de influir decididamente en su conducta, pudiendo impulsarlos en algunos casos a actos dañosos para el pueblo acogedor donde se encuentran. A tales

acciones hasta se las llega a aureolar de un matiz heroico, muy a propósito para inducir a los hombres a emprenderlas.

En la guerra no hay peligro mayor por parte de los combatientes que el aspecto del espionaje, por las dificultades que lo acompañan y por las precauciones que se toman; pero sería incalificable imprudencia permitir circular libremente entre nosotros gente de apariencia pacífica que recogería datos para su Gobierno. Como medidas de prudencia se ha visto, durante la guerra europea, llegar a cancelarse las cartas de naturalización que habían obtenido antiguos súbditos del enemigo, y parece que en algunos casos fueron muy fundadas y oportunas estas medidas.

Por otro lado, aun cuando la cultura moderna quiere considerar la guerra como lucha entre las fuerzas organizadas de los Estados y de la que deben estar exentos los ciudadanos pacíficos de los mismos, el espontáneo rencor y animadversión entre los particulares no ha sido posible desterrarlo de nuestras costumbres. Por eso el hombre perteneciente a país enemigo, está a diario expuesto a sufrir vejámenes y violencias contra los cuales es muy difícil a la autoridad pública protegerlo.

La costumbre ha hecho, en vista de las causas indicadas, que, declarada la guerra entre los pueblos, se ordene la desocupación del suelo a los súbditos del enemigo, concediéndoles un plazo prudencial para arreglar en lo posible sus asuntos.

Por lo demás, los reglamentos generales de policía en casos de conmoción exterior o interna, que restringen la libertad de tránsito o residencia a los particulares, se aplica con igual extensión a los extranjeros que a los nacionales.

La continua ampliación de la comunidad económica entre los pueblos, plantea hoy con más urgencia que nunca, ciertos problemas del mayor interés a propósito de la inmigración, la emigración y la colonización. (1)

La emigración y la inmigración son dos aspectos de un solo problema, y expresan también los términos más generales que se emplean en la significación del movimiento humano a través de los diferentes países del planeta.

(1) Dentro de la orientación del presente trabajo no nos es permitido estudiar el fenómeno económico de la colaboración mundial, sino bajo el punto de vista del factor hombre, y sólo alguna vez, de rechazo, el factor capital; mas no puedo resistir a la tentación de recordar la nueva face que pretende conferir el capitalismo a esa economía universalista, mediante una amplia organización de todos los pueblos para el mantenimiento del régimen. Hay que sustituir al egoísmo de la antigua política la nueva política de cooperación, proclaman, pero no ya únicamente en el campo administrativo y de represión, sino además en el económico y fiscal. Como expresión culminante de esta tendencia, por la autoridad que representa en el mundo de las finanzas, puede consultarse el informe leído a principios de 1932 por el Presidente del Banco de Liquidaciones Internacionales, y que se ha calificado como una tendencia Internacional Capitalista, en contraposición a la Internacional Comunista.

Para los Estados de donde salen los hombres el problema es de emigración y para aquel que los recibe es inmigratorio. Pero esas designaciones vienen restringiéndose hoy en su amplio sentido, para tomar en la técnica internacional valor limitado: se conoce con el nombre de inmigración el éxodo humano que penetra en un territorio con caracteres un tanto permanentes, mas no para establecerse de manera definitiva.

Si la penetración es momentánea o se está de tránsito en el lugar, esta visita se designa con el nombre de turismo.

Y cuando grupos de personas van a un suelo a establecerse con sus familias o de manera permanente, con la idea de fundar un nuevo hogar sin pérdida de su calidad de ciudadano de la antigua patria; entonces nos hallamos ante el fenómeno político conocido con el nombre de colonización. Y digo que nos hallamos ante un fenómeno político, porque el hecho respectivo se produce de ordinario con intervención o bajo el control a lo menos del correspondiente Gobierno.

Turismo, inmigración y colonización; las tres formas de vivir en nuestro suelo súbditos extranjeros, interesan a los pueblos modernos bajo múltiples aspectos relacionados con el desarrollo interno del Estado.

El turismo es sobre todo fuente de importantes rendimientos económicos y también de intercambio cultural. En su incremento se empeñan los pueblos viejos con la exhibición de sus riquezas históricas, sus ruinas y sus recuerdos;

por su abundancia se afanan los pueblos jóvenes y poco conocidos, con el reclamo de sus riquezas naturales.

Resultados políticos de consecuencia muy superiores se darán a propósito de la inmigración, sobrepasando todavía esas consecuencias al tratarse del establecimiento de colonias extranjeras.

La emigración y la inmigración representan la disputa entre los pueblos, del elemento humano apto para la producción, o sea, de los trabajadores. Los hombres salen de su patria en busca de mejores posibilidades de vida, de trabajo en que emplear sus energías o de mayores salarios. Con frecuencia creen que a más de subvenir a sus necesidades podrán formar un pequeño capital con que volver al propio suelo, donde las dificultades de la vida son mayores. Las colonias son más estables, y se presentan con el aspecto de una inyección de nueva vida que la recibe el país donde se establecen, con miras de incorporarlas más o menos tarde al propio vivir nacional.

Pero si la indicada es la forma civilizada, culta y justa de atraer los pueblos jóvenes hombres y energías que, cooperando para la prosperidad nacional concurre al mejoramiento de los individuos, existe también otra forma de captación, que es la conquista y sometimiento de los débiles por parte de los fuertes, medios que emplea el imperialismo en su afán de dominio. No me refiero a las anexiones políticas o empresas de apropiación de comarcas; sino a esa especie de

control o suprema dirección económica que se abroga un pueblo sobre otro que lo tolera.

Cada una de las indicadas formas de población extraña, requiere particular examen por los poderes públicos del respectivo Estado, a causa de la diversidad de interrogantes que suscitan; pero algunos entre ellos no caen en estricto sentido dentro del dominio de la materia que estudiamos.

Respecto a la emigración de gentes trabajadoras cabe hablarse de beneficios y pérdidas, tanto en lo relativo al pueblo que lo envía como para el que lo recibe. Hay peligros y hay esperanzas, que una inteligencia política debe tratar de reconocerlos y aquilatarlos en lo que valen, procurando evitar los unos y alcanzar las otras.

Cuando el exceso de una población obrera se marcha del suelo congestionado por ella, dejando el campo libre a sólo aquellos trabajadores que pueden hallar fácil empleo a sus actividades, se ha conseguido un beneficio evidente para los interesados directos, pero además para la tranquilidad pública y el bienestar social. Mas, van unidos a semejantes ventajas de la emigración, peligros no menos ciertos. Los atractivos de mejores salarios o vida más fácil puede inducir a un exceso de emigración, cuyos resultados serían, una baja notable en la producción económica del respectivo suelo y dificultades administrativas y políticas de grande alcance. De ahí que se haya tratado en ocasiones de prohibirla o a lo menos de limitarla. Pero ¿tendrán

facultad moral los Gobiernos para proceder a semejantes restricciones?

Hallamos dos derechos en contraposición: el del súbdito para buscar mejores condiciones de existencia y el de los Poderes Públicos para organizar en las mejores formas posibles la marcha de la sociedad que se les ha encomendado. Claro que la preferencia estará del lado de la función pública, pero ésta se ha de limitar a lo estrictamente necesario; le corresponde más bien reglamentar que prohibir de manera general e irrestricta. Se ha de tener principalmente en cuenta que son intereses vitales de la persona humana los que están en juego, y tanto, que con mucha frecuencia, se los garantiza constitucionalmente. Muestra es de una grosera tiranía el obligar a los hombres a morir de miseria en la propia patria, negándoles la posibilidad de toda salida en busca de mayores beneficios económicos y morales.

Más amplios son los derechos del país de inmigración en el sentido de limitarla, pues su Gobierno obligado a vigilar la buena marcha de la vida colectiva, debe evitar en lo posible los peligros que le amenazan, y aún la mera prudencia puede aconsejarle restricciones mayores o menores. Prohibirá la inmigración no deseable y habrá de restringir la de los trabajadores, en la medida de las necesidades del mercado y de la clase de trabajo que se ofrece.

Las limitaciones de naturaleza política a la inmigración —como la dirigida contra la penetración de comunistas— procede de ordinario de

gobiernos pusílanimes y poco comprensivos, o de violentos e intemperantes, que creen poder colocar vallas artificiales a la difusión de las ideas. Así procedieron los reyes de España contra el contagio revolucionario, y nada consiguieron; pero la experiencia parece no ser don común de los gobernantes.

Las restricciones para aceptar obreros en el país, se han relacionado muchas veces con un sistema de protección y control de los intereses sociales vinculados con el régimen de los salarios, de manera que el exceso de concurrencia no venga a reducir a éstos a precios incompatibles con las necesidades de la vida, y también a protegerse contra la desocupación y la mendicidad con el cortejo de sus peligros. Pero así mismo, para los pueblos que reciben la corriente humana, debe haber un límite razonable en su libertad de apreciación de las conveniencias.

La política de los pueblos indoamericanos con frecuencia, más bien que hostil ha sido excesivamente fervorosa por atraer gentes de diverso origen a su suelo poco poblado; en contra tenemos apenas la odiosidad demostrada a los súbditos chinos y en las últimas épocas, el contagio político luchando en contra de determinadas doctrinas. Así pues, en muchos Gobiernos del sur de este Continente, se ha descuidado toda precaución; y más que eso, como medida salvadora se ha acudido al expediente de colonizar sus tierras deshabitadas con hombres del norte de Europa, y a atraer por todos los medios a su alcance los capitales extranjeros. De ahí nacen

las concesiones frecuentemente ruinosas que sobre nuestras fuentes más importantes de riqueza las otorgamos sin una conveniente remuneración ni provecho general; exponiéndonos, por otra parte, a los gravísimos peligros del imperialismo que, so pretexto de defensa de los súbditos extranjeros y sus intereses legítimos en peligro, ejercen control directo y pernicioso sobre las condiciones públicas y privadas entre los Estados que no saben defenderse.

Y todavía hay una nota de política interna más grosera en esto de la colonización, y que se ha venido predicando en nuestros pueblos americanos con un entusiasmo inusitado; me refiero a esa especie de selección o cultivo de historia natural por virtud de la mezcla de razas: vengan nuevos contingentes étnicos del norte sobre todo, se dice, para atemperar nuestros vicios constitucionales y para intentar por el cruzamiento la incorporación de los indígenas a nuestra cultura. No es necesario ni conveniente analizar toda la tosquedad impracticable del referido pensamiento político.

Debemos reconocer que la presente materia jurídica se sitúa en el punto de convergencia del derecho público y del privado, por lo cual se explica el insistente aspecto de política que nos vemos obligados a desarrollar al tratar del asunto; debiéndonos referir con frecuencia a los intereses de orden interno dentro del Estado, como son los de defensa fiscal, por cuyo motivo a veces se limita la emigración o se la grava con un fuerte impuesto que se ha denominado al

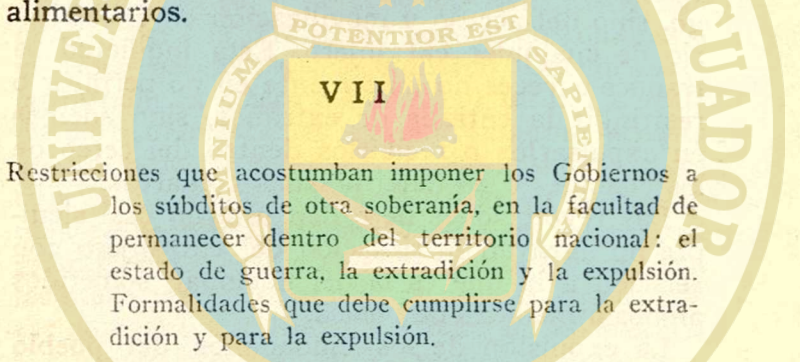
ausentismo, provocando el problema ya debatido en nuestros días, de la doble o múltiple imposición y su legitimidad.

El modo íntimo como se compenetran y entrecruzan los intereses de las naciones en los modernos tiempos, así como la supervigilancia que se abroga y se concede a los Gobiernos sobre los propios súbditos en el extranjero; ha hecho surgir la idea de una amplia colaboración internacional, para satisfacer de la mejor manera todas las necesidades —tanto las públicas como las particulares— en orden al problema migratorio. De ahí, entre otros varios Congresos Internacionales, el muy importante llevado a cabo en Roma en el año de 1924, en el cual después de definir qué debe llamarse emigración, inmigración y colonización, se entró a reglamentar la actividad de los Gobiernos interesados, para evitarse ellos y evitar a sus súbditos cualquier peligro superviniente.

Por eso el propugnar el establecimiento de oficinas gubernamentales de información internacional, que reciban y den todos los datos posibles sobre las condiciones del mercado del trabajo, para ver si cabe o no la emigración de cierta especie de trabajadores o se la debe prohibir, según la demanda o plétora que exista de ellos en el país de inmigración. Además le corresponde al Gobierno organizar la supervigi-

lancia de los contratos de enganche, suprimiendo en lo posible los intermediarios que han venido enriqueciéndose con esta explotación.

Tienen interés los Gobiernos además, en hacer sentir su suprema protección y control de los propios súbditos en el extranjero; de ahí una serie de actos reglamentarios adoptados en la referida Conferencia para el embarco y desembarco de emigrantes, su instalación y la distribución del trabajo que les corresponde. Se adoptó el cumplimiento compulsivo de determinados deberes familiares, mediante la retención de una cuota del salario para remitir a los alimentarios.



Restricciones que acostumbran imponer los Gobiernos a los súbditos de otra soberanía, en la facultad de permanecer dentro del territorio nacional: el estado de guerra, la extradición y la expulsión. Formalidades que debe cumplirse para la extradición y para la expulsión.

El derecho para el súbdito de un Estado de entrar y permanecer en el territorio de otro, lleva en la práctica seguida por los pueblos modernos importantes excepciones, según ha quedado ya señalado, y que se expresan sobre todo por los derechos de los Gobiernos de cerrar las puertas a extraños, de expulsarlos o de conceder la extradición.

Al estado de guerra corresponde el más grave de los casos en que se toman medidas restrictivas contra la inmigración.

Cuando los Estados combaten, todas las fuerzas y posibilidades a su alcance se ponen en juego para el triunfo; y así como la ofensiva de todas ellas se vale, la defensiva contra todas ellas debe hallarse prevenida.

Las medidas de policía son pues numerosísimas, no sólo respecto de los súbditos del enemigo, sino del acceso y movilización en el territorio de cualquier extranjero. Esta inquietud se traduce a veces no únicamente en no permitir o restringir la entrada de extraños, sino además en expulsarlos o recluirlos dentro del cerco de las ciudades o en determinadas comarcas.

Las revoluciones de orden interno casi siempre no agravan la situación del extranjero con relación a la que es la del nacional, sometidos ambos a medidas de policía.

La expulsión de los ciudadanos del pueblo enemigo se hace en masa, concediéndoles un corto tiempo para el arreglo de sus negocios.

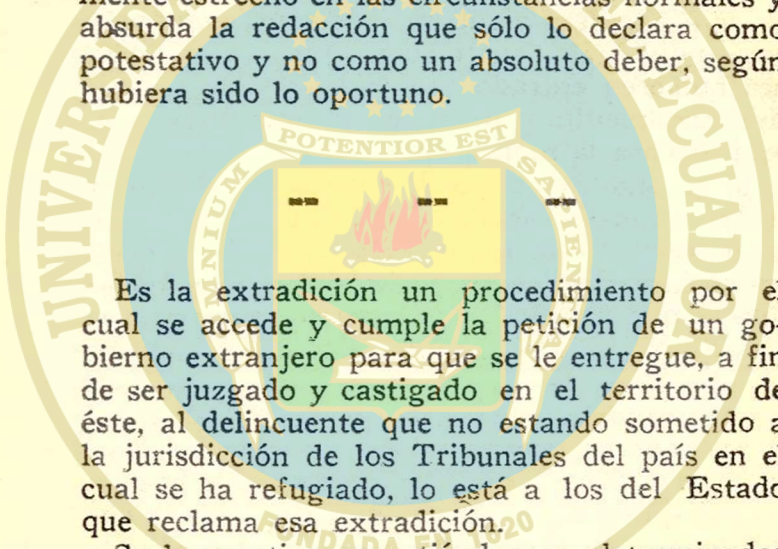
Aún en los pueblos donde se incorpora entre las garantías constitucionales el derecho para el ciudadano de no ser expulsado del suelo nacio-

nal, esta garantía no se aplica o se lo hace menos rigurosamente a quienes no son súbditos del Estado.

En el Ecuador por ejemplo, está reconocido y reglamentado el derecho de expulsar a los extranjeros, pues en la Ley de Extranjería, Extradición y Naturalización, existe el capítulo IV De la expulsión; donde se determinan los casos en los cuales al Gobierno le es facultativo proceder a expulsar a súbditos de otro país. Se lo hará individualmente, dispone, respecto de quienes hubieren entrado con violación del respectivo reglamento, o de aquellos que fueren un peligro para la moral, las buenas costumbres o el orden público, o que hubieren tomado parte en la política ecuatoriana. En el último sentido en particular esta ley es muy exigente y hasta atentoria de los legítimos derechos de los particulares que habitan en nuestro suelo, pues además de prohibirlos tomar parte en motines o guerras civiles —que es lo legítimo— (Art. 11), les niega también derecho de asociarse para tratar de asuntos políticos y terciar en las elecciones y para prepararlas. Ya he insinuado la probabilidad de que estos extremos de la ley se encuentran atenuados en vista de algunas garantías constitucionales aplicables también al extranjero, en cuya virtud se hayan derogado algunos artículos de la ley que comentamos.

Los cargos para la expulsión los recogerán y harán constar las respectivas autoridades de policía, se dispone, para luego elevarlos al Minis-

tro del Interior a quien le corresponde resolver lo conveniente y expedir el respectivo acuerdo. El perjudicado tiene la facultad de presentarse ante este Ministro para desvanecer las imputaciones, pero no puede apelarse de la decisión ministerial. Las autoridades de policía podrán conceder, continúa la ley, un término prudencial que no exceda de diez días para que arregle sus asuntos el extranjero. El plazo me parece excesivamente estrecho en las circunstancias normales y absurda la redacción que sólo lo declara como potestativo y no como un absoluto deber, según hubiera sido lo oportuno.



Es la extradición un procedimiento por el cual se accede y cumple la petición de un gobierno extranjero para que se le entregue, a fin de ser juzgado y castigado en el territorio de éste, al delincuente que no estando sometido a la jurisdicción de los Tribunales del país en el cual se ha refugiado, lo está a los del Estado que reclama esa extradición.

Se la practica sometiéndose a determinados reglamentos, sobre los cuales haremos breves indicaciones poco después.

Es necesario no olvidar que los problemas de la extradición se refieren de manera directa al modo como se conciben en las relaciones internacionales la ciencia y práctica del derecho pe-

nal: ya como teoría de la culpa y su reparación, ya en el sentido de las potestades jurisdiccionales.

Me parece desprendido inmediatamente del grosero concepto clásico del delito como una entidad dotada de cuerpo y espíritu —acto e intención— esa especie de partida de estado civil que le confiere una nacionalidad: la del lugar donde se ha efectuado el hecho o donde se ha producido la supuesta intranquilidad pública nacida de la infracción. Así pues, hay un singularísimo estatuto personal conferido más que al delincuente al delito, que ha dado origen a la práctica que estudiamos.

Si no puedo castigar el delito por no tener en mi territorio su asiento o sus consecuencias inmediatas, parece decir el Gobierno del Estado requerido, me descargo en quien legítimamente puede hacerlo.

Este punto de vista habrá de modificarse, de seguro, a medida que cambien los fundamentos lógicos del derecho penal; reconociendo de la manera más clara y explícita, que su objeto representa la defensa de la vida social amenazada, en grado mayor o menor, según la temibilidad del delincuente, y que la pena es una terapéutica colectiva de adaptación o readaptación individual a las condiciones actuales del vivir en sociedad.

Si el peligro se encuentra en el sujeto delincuente y sus perversiones, y si amenaza a instituciones que son idénticas en los pueblos cultos de una época; todos ellos se hallan interesados

en suprimir semejante causa de inquietud, tanto más, cuanto que las posibilidades de internacionalización del delito son cada vez mayores: o por cuanto se establecen asociaciones de delincuentes diseminados en dos o varios pueblos, o por la facilidad de las comunicaciones que permiten a un delito continuado cometerse en territorios sometidos a varias soberanías. Y no es eso sólo: también se amplían en grandes proporciones las formas de delito que se vienen denominando internacionales, los que, por estar íntimamente unidos a daños que afectan a la humanidad entera en los elementos espirituales o materiales de su civilización, son como si perjudicaran de modo directo a todos o a cualquier pueblo, por lo cual se cree cada uno con jurisdicción bastante para juzgar y castigar; eso pasa con la piratería, la trata de esclavos, la destrucción de cables submarinos, y sobre todo en la actualidad con la trata de blancas y el comercio del opio.

Junto a los delitos internacionales se descubren toda aquella importante serie de infracciones que han convenido en llamar algunos autores, extranacionales; y consisten en los que se llevan a efecto lejos y fuera de toda jurisdicción nacional, por ejemplo en la atmósfera, más allá de los límites atribuidos a los Estados y en aero-naves de propiedad particular.

Todo eso viene despertando una conciencia internacional hacia nuevas formas de lucha contra la delincuencia, en la que participen directa e inmediatamente la integridad de los pueblos,

y no alguno o algunos de ellos afectados de lleno por el daño. Por lo pronto, se contrapone a la internacinalización del delito la desnacionalización de la pena, como lo ha insistido en muchos de sus importantes trabajos el Profesor español Quintiliano Saldaña.

Acaso llegue un momento en que los pueblos se decidan por el Código Penal Universal, ponderado por von Liszt, Garófalo y Saldaña; o por nuevas formas atribuidas al Derecho Penal, sobre que tan sabiamente insiste el Profesor Vespasiano V. Pella, en su admirable obra *La Criminalidad Colectiva de los Estados y el Derecho Penal del Porvenir*; pero mientras allá lleguemos, nos toca comentar las instituciones como en la actualidad son.

La extradición está condicionada por la concurrencia de algunos elementos: ya respecto de la persona que lo pide, ya de aquella a quien se solicita; del sujeto sobre el cual ha de recaer, de la clase de delito por el que se la concede, de la forma en que ha de hacerse la solicitud y de los trámites mediante los cuales se conferirá.

No podemos entrar a detallar todas estas condiciones por la propia naturaleza de esta obra, encargada de esclarecer los fundamentos sin entrar sino raramente en las aplicaciones prácticas, que en ellos tienen su troquel o modelo.

En general puede decirse: a) Que el Estado que puede solicitar es aquel que tiene jurisdicción sobre el asunto, ya porque el delito se cometió en su territorio o recayó sobre objetos de su exclusivo interés: como al tratarse de falsificación de moneda nacional o del sello del Estado. Si varios se encuentran en ese caso, se prefiere a quien primero interpuso el reclamo.

b) La petición se dirige de ordinario de Estado a Estado y no de las autoridades del uno a las del otro: por eso no intervienen las del orden judicial sino las que representan al país en las relaciones internacionales, las administrativas. Con todo, en casos de urgencia solicita un juez al competente del otro territorio ciertos actos precautelatorios, como la detención del criminal provisionalmente, hasta que llegue el pedido en forma, como dice nuestro legislador.

c) En las prácticas generales de los países del mundo, no se concede la extradición de los propios súbditos, de lo cual cabe que se desprenda lo siguiente: que el nacional que cometió un crimen —por espeluznante que sea— fuera de su patria y se refugia en ella, no puede ser juzgado ni castigado: no en la propia patria, por falta de jurisdicción del juez; no por los jueces a quienes corresponde esa jurisdicción, porque no será extraditado.

d) Sólo se la concede respecto de las infracciones graves. En este punto tenemos que hay una importante práctica relativa: 1º A calificar

la acción, exigiéndose a veces, que sea declarada delito tanto en el Estado requirente como en el requerido; y, 2º Determinando la gravedad por la pena que corresponde: lo castigado en uno de los países o en ambos —según el sistema preferido— con pena menor a un cierto límite, no está sujeto a extradición. Pero lo que es particularmente importante, es la negativa casi absoluta de los Estados a extraditar por causa de delitos políticos o conexos con ellos.

e) La manera común de pedir la extradición es por la vía diplomática; y,

f) Han seguido las naciones diversos procedimientos para conceder la extradición: el que confiere al poder judicial la facultad de decidir, según sucede en Inglaterra; (1) el sistema francés de carácter administrativo, que ordena tramitarse el asunto ante el ejecutivo; (2) y el mixto o Belga en el que intervienen ambos poderes.

(1) Si bien en Inglaterra el Poder Judicial concede o no la extradición, a su juicio; al Ejecutivo se ha conferido la facultad de rehusar la ejecución o someterla a algunas condiciones.

(2) Además de la Ley de Extranjería, tenemos numerosos tratados en el Ecuador que arreglan la materia de la extradición. En la Ley de Extranjería el sistema es más rígidamente administrativo que en Francia.

VIII

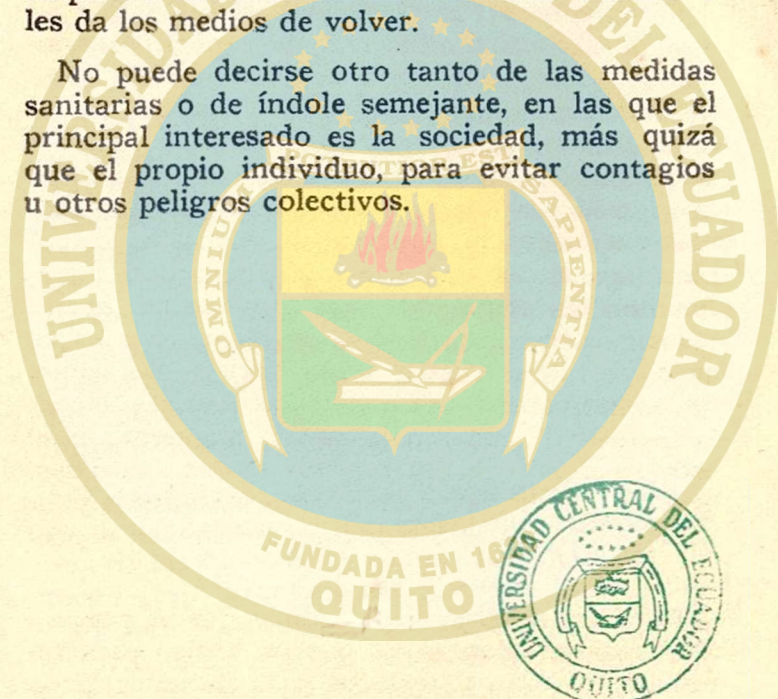
Los auxilios prestados por los Estados a los particulares y la participación en ellos de los extranjeros.

Se aprecia en las legislaciones actuales del mundo una transformación de carácter fundamental, a propósito de aquel humanitario auxilio que se designaba antes con el nombre de beneficencia pública y que representó el papel de la caridad cristiana ejercitada por el Estado laico; para dar origen al sistema más jurídico, más apropiado y razonable de la asistencia pública: que no es sino el reconocimiento de aquellos deberes originados para la sociedad, en los perjuicios que el individuo sufre al vivir en su seno, por fatal consecuencia de la interacción de las actividades públicas y particulares. No es la bondad de corazón la que la mantiene, es el estricto deber de reparar los daños causados, que no pueden atribuirse determinadamente a nadie y que muchos o todos contribuyen a producirlos.

Así comprendidos los auxilios que se prestan a los particulares, se ve que no tienen caracteres tan estrictos cuando se trata de extranjeros como al referirse a los propios nacionales: 1º Porque los daños que soportan aquellos son menos frecuentes y graves, que los que han sufrido, su-

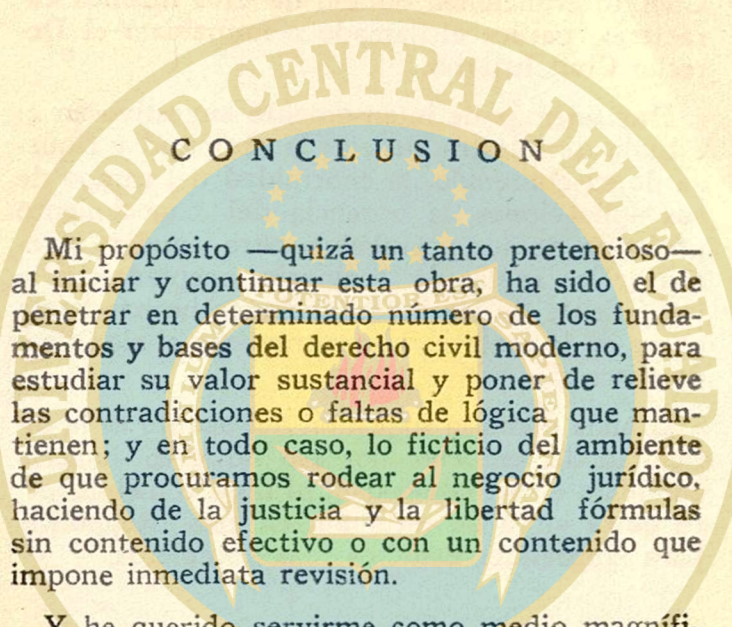
fren y han de sufrir éstos. Les es fácil por otro lado escapar a sus perjuicios abandonando el suelo; 2º Por el indicado motivo, el deber de las reparaciones es mucho menos exigente y directo; y, 3º Porque los extranjeros obtienen el complemento del beneficio, de su patria, la cual por medio de sus agentes consulares, atiende y ampara a sus súbditos en territorio extraño o les da los medios de volver.

No puede decirse otro tanto de las medidas sanitarias o de índole semejante, en las que el principal interesado es la sociedad, más quizá que el propio individuo, para evitar contagios u otros peligros colectivos.



Facultad de Jurisprudencia
DECANATO





CONCLUSION

Mi propósito —quizá un tanto pretencioso— al iniciar y continuar esta obra, ha sido el de penetrar en determinado número de los fundamentos y bases del derecho civil moderno, para estudiar su valor sustancial y poner de relieve las contradicciones o faltas de lógica que mantienen; y en todo caso, lo ficticio del ambiente de que procuramos rodear al negocio jurídico, haciendo de la justicia y la libertad fórmulas sin contenido efectivo o con un contenido que impone inmediata revisión.

Y he querido servirme como medio magnífico de contrastación en todas esas investigaciones, de las fórmulas y valores específicos del Derecho Civil Internacional, por los siguientes motivos: a) Porque creo que en lo más expresivo y viviente de las dos ciencias los fundamentos son los mismos; b) Porque del examen comparativo de las dos experiencias debe proceder vivísima claridad en demostración de lo ficticio de ciertos principios, que dé ocasión o motivo

para tratar de modificarlos; y, c) Porque de la misma manera que el *jus gentium*, por más flexible y humano, sirvió para el progreso y ampliación del derecho en Roma; el Derecho Civil Internacional, dotado de esos mismos caracteres, parece el llamado a humanizar el Derecho Civil Interno.

Hay además de intensamente sugestivo en el estudio de nuestra ciencia: la amplitud y riqueza de su contenido, la enormidad del campo de sus aplicaciones, la urgencia del conocimiento profundo de sus postulados para fundar o rechazar las reglas de ordinario aceptadas, y lo insuficiente de las investigaciones hechas hasta ahora en la materia, a lo menos con el significado descrito.

Grande como la sugestión del asunto es la dificultad del empeño; por eso no creo haberlo cumplido en su integridad, ni mucho menos, pero quizá sirva de estímulo en esta República, para emprender estudios más completos.





LIBRO QUINTO

CAPITULO VIGESIMO PRIMERO

INFLUENCIA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN LA ESFERA INTERNACIONAL

Págs.

El concepto de los derechos adquiridos y las calidades jurídicas que los caracterizan en la legislación interna . .

5

Se plantea el problema como conflicto de varios principios jurídicos en pugna: la justicia conmutativa y la equidad que mandan respetar y garantizar lo legítimamente hecho, por un lado; y las exigencias del progreso social que obligan en ocasiones a sacrificar los intereses particulares, por otro (7).—Discute la teoría la extensión con que se ha de aplicar en la práctica el principio de la no retroactividad (14).—Si bien al poder legislativo no se lo conceptúa omnipotente en las prácticas constitucionales modernas, ni aun para el mero efecto de dictar las leyes, se atribuye a su prudencia, de ordinario, declarar la retroactividad o no de los preceptos (17).—La manera de situar el problema por parte de Savigny y sus inconvenientes (26).—El derecho social como antecedente de la retroactividad de las leyes, y la importancia de los problemas planteados en esta materia por el reconocimiento del estado civil personal y los derechos que confiere (34). — La categoría que se atribuye al precepto dentro de los fines del Estado influye en su calidad re-

Págs.

troactiva o no, pero no es determinante (44).—Los esfuerzos hechos por los jurisconsultos con el intento de definir el derecho adquirido, separándolo de las meras expectativas y de las facultades atribuidas al sujeto (47).—Determinación del aspecto jurídico designado por nosotros con el nombre de derecho adquirido (58).—Fundamentos en que se mantiene el respeto a los derechos adquiridos y la extensión de sus consecuencias (63).—Algunos datos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Ecuador, sobre la materia de los derechos adquiridos (69).

CAPITULO VIGESIMO SEGUNDO

El reconocimiento de los derechos adquiridos en el orden internacional 73

Diferencia en el orden internacional entre el reconocimiento de la legislación válida para el negocio jurídico y la aceptación y garantía de los derechos adquiridos (73).—Aspectos equivalentes y caracteres diferenciales de los problemas planteados por el respeto a los derechos adquiridos, en el orden interno y en el internacional (79).— Cuando se habla en el campo internacional de ese respeto, no se plantea de ordinario la sustitución para el asunto de varios sistemas de derecho sucesivos (85).— La distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas pierde una parte no escasa de su importancia en nuestra materia (100). — Las sentencias extranjeras, su reconocimiento y la fuerza de eficacia que conviene conferirles (112). — Los medios coercitivos que pueden emplearse para su cumplimiento (136).—Los derechos adquiridos ocasionados en contratos privados, cuando un condicionante extranjero los califica (139).

LIBRO SEXTO

LA NACIONALIDAD Y LA EXTRANJERIA
COMO DETERMINANTES DE DERECHOS EN LAS
PERSONAS

CAPITULO VIGESIMO TERCERO

Págs.

La nacionalidad de origen respecto de los individuos:
su significado jurídico 149

Noción técnica que corresponde dentro de nuestra ciencia a la palabra nacionalidad (150).—Los términos nacionalidad y ciudadanía tienen un significado teórico distinto cada uno pero correlativos entre sí: sus verdaderas categorías jurídicas (158).—Las maneras cómo se establecen la ciudadanía de origen de los individuos según los preceptos legislativos de los diferentes pueblos: los sistemas del jus sanguínis y jus soli. Fundamentos y antecedentes de cada uno de éstos (168). — Actuales prácticas legislativas sobre la materia, sus especies (177). — Los deberes y derechos inherentes a la calidad de ciudadano de un Estado ¿se los debe mantener vigentes o es conveniente anular toda diferencia, a lo menos en cuanto a la participación de los derechos? (186). — ¿Es jurídico y puede permanecer la situación de personas sin nacionalidad, heimathlosen, o que posean simultáneamente varias? ¿Cómo debe determinarse la situación ante el derecho de los hombres sin patria o a quienes varias patrias los reclaman? (193).— Epocas en que se fijan la nacionalidad de origen de las personas (199).

CAPITULO VIGESIMO CUARTO

Págs.

La teoría de la Naturalización: Su valor ante el Derecho 201

Los casos individuales de pérdida de la nacionalidad (202). — El significado jurídico de la naturalización de las personas (211).—Condiciones que ha de reunir el sujeto para que se le conceda la naturalización (217).—La forma cómo se efectúa la nacionalización colectiva de los habitantes de un territorio (226).—Efectos en la condición jurídica de las personas ocurridos por la naturalización (228).

CAPITULO VIGESIMO QUINTO

De los derechos que deben concederse a los extranjeros, de los que se les puede conceder y de las causas de su limitación y suspensión 235

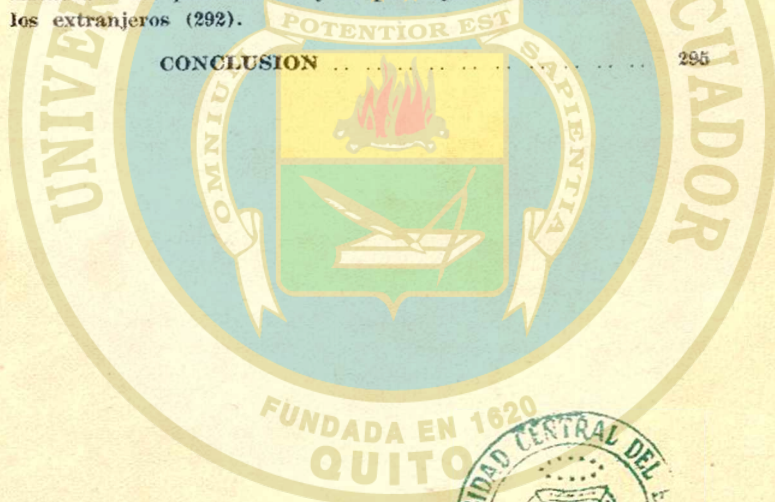
El concepto de igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros, si bien se venía preparando dentro de la legislación romana, debe considerarse como efectiva conquista de nuestros tiempos (236).— Los sistemas seguidos en las legislaciones actuales sobre los derechos que corresponden a los súbditos de los otros Estados, y significados que debe atribuirse a la palabra goce, en la concesión de ellos (243).—El estatuto personal es, de ordinario, el llamado a fijar la medida y el límite de las facultades correspondientes a las personas, en su pura calidad de miembros de una sociedad determinada, ¿cuáles son las consecuencias que de ahí proceden? (251).—Las garantías constitucionales, por su propia naturaleza, se

Págs.

aplican en su mayor parte indistintamente a nacionales y extranjeros. Casos de excepción y fundamento de ellos (257).—Las excepciones más características a la universalidad de las garantías constitucionales, sus motivos (262). — Las limitaciones generales y las particulares al derecho migratorio. La emigración, la inmigración y la colonización (273). — Restricciones que acostumbran imponer los Gobiernos a los súbditos de otra soberanía, en la facultad de permanecer dentro del territorio nacional: el estado de guerra, la extradición y la expulsión. Formalidades que deben cumplirse para la extradición y para la expulsión (283).— Los auxilios prestados por los Estados a los particulares y la participación en ellos de los extranjeros (292).

CONCLUSION

295



Facultad de Jurisprudencia
DECANATC





