



**UNIVERSIDAD LAICA ELOY ALFARO
DE MANABI**



**Centro de Estudios de Postgrado, Investigación,
Relaciones y Cooperación Internacional.
CEPIRCI**

MAESTRIA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

TESIS DE GRADO

**PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADEMICO DE
MAGÍSTER
EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.**

TEMA

**“VALIDEZ DE LAS SENTENCIAS DE DIVORCIO ENTRE NACIONALES
ECUATORIANOS CON MATRIMONIO CELEBRADO EN ECUADOR Y
DOMICILIADO EN EL EXTERIOR, DICTADA POR LOS JUECES O
TRIBUNALES EXTRANJEROS Y SU EFICACIA EN EL DERECHO
INTERNO ECUATORIANO.”**

AUTOR:

AB. DAYTON FRANCISCO FARFAN PINOARGOTE

TUTOR:

DR. DILMER MEZA INTRIAGO Ph. D.

MANTA-MANABI-ECUADOR

2011

APROBACIÓN DEL TUTOR:

En mi calidad de Tutor del trabajo de investigación sobre el Tema de Tesis:

“VALIDEZ DE LAS SENTENCIAS DE DIVORCIO ENTRE NACIONALES ECUATORIANOS CON MATRIMONIO CELEBRADO EN EL ECUADOR Y DOMICILIADO EN EL EXTERIOR, DICTADAS POR LOS JUECES O TRIBUNALES EXTRANJEROS Y SU EFICACIA EN EL DERECHO INTERNO ECUATORIANO.”, elaborado por el maestrante **Dayton Francisco Farfán Pinoargote**, maestrante del Programa de Maestría en Derecho Internacional Privado, considero que este trabajo de investigación reúne los requisitos y meritos suficientes para ser sometido a la evaluación del jurado examinador que los Miembros del Consejo de Postgrado designen.

Manta, junio del 2011

EL TUTOR

DR. DILMER MEZA INTRIAGO. PhD..

CERTIFICACIÓN DE AUTORIA DE TESIS.

El autor: **Ab. Dayton Farfán Pinoargote**, certifica que el presente trabajo de investigación, como la propuesta planteada ha sido realizado íntegramente por quien abajo suscribe.

Razón por la cual asumo la responsabilidad de su originalidad y construcción.

Para constancia firmo la presente certificación.

AUTOR.

**AB. DAYTON FRANCISCO FARFAN PINOARGOTE.
MAESTRANTE**

UNIVERSIDAD LAICA ELOY ALFARO DE MANABI.
CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO,
INVESTIGACIÓN, RELACIONES Y COOPERACIÓN
INTERNACIONAL (CEPIRCI)

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DRECHO
INTERNACIONAL PRIVADO.

Los Honorables Miembros del Tribunal Examinador aprueban el informe de investigación, sobre el Tema:

“VALIDEZ DE LAS SENTENCIAS DE DIVORCIO ENTRE NACIONALES ECUATORIANOS CON MATRIMONIO CELEBRADO EN ECUADOR Y DOMICILIADO EN EL EXTERIOR, DICTADA POR LOS JUECES O TRIBUNALES EXTRANJEROS Y SU EFICACIA EN EL DERECHO INTERNO ECUATORIANO”

Para Constancia firman:

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

MIEMBRO DEL TRIBUNAL

--

MIEMBRO DEL TRIBUNAL

--

MIEMBRO DEL TRIBUNAL

--

DECLARATORIA DE AUTORIA.

Declaro que la presente Tesis, cuyo tema “**VALIDEZ DE LAS SENTENCIAS DE DIVORCIO ENTRE NACIONALES ECUATORIANOS CON MATRIMONIO CELEBRADO EN ECUADOR Y DOMICILIADO EN EL EXTERIOR, DICTADA POR LOS JUECES O TRIBUNALES EXTRANJEROS Y SU EFICACIA EN EL DERECHO INTERNO ECUATORIANO**” es un trabajo investigado y desarrollado en su totalidad por el **Ab. Dayton Francisco Farfán Pinoargote**, bajo mi supervisión académica.

Dejo constancia de que una vez aprobado el informe final y realizada la sustentación de este trabajo de investigación, doy por cumplida mi labor como Tutor de la presente Tesis.

Manta, Junio del 2011.

**DR. DILMER MEZA INTRIAGO. Ph. D.
TUTOR DE TESIS**

RESPONSABILIDAD EN EL INFORME FINAL

Los resultados y conclusiones obtenidas en este trabajo de investigación son de nuestra estricta responsabilidad y tienen el respaldo del derecho de los autores reconocidos en la bibliografía correspondiente.

Dr. Dilmer Meza Intriago Ph. D...
TUTOR DE TESIS

Ab. Dayton Farfán Pinoargote
MAESTRANTE

DEDICATORIA:

Este trabajo de investigación se lo dedico a mis Padres Nilo y Lituania, a mis hijos, Emily y Nilo, a mis hermanos, Nilo y Lili, a mis sobrinas, a mi abuelita Vicenta por ser parte de mi vida.

AGRADECIMIENTO:

A MIS PADRES por haberme dado el apoyo para iniciar y concluir con éxito esta maestría en Derecho Internacional Privado.

A MAGNO INTRIAGO MEJIA, mi amigo y compadre, por ser la persona quien despertó en mí, la necesidad de aprender con profundidad la materia de Derecho Internacional Privado.

AL Dr. DILMER MEZA INTRIAGO, Director del presente trabajo de investigación, quien con sus conocimientos y experiencia me pudo guiar para concluir exitosamente la tesis.

**UNIVERSIDAD LAICA ELOY ALFARO
DE MANABI
CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO, INVESTIGACIÓN,
RELACIONES Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL.
CEPIRCI**

“VALIDEZ DE LAS SENTENCIAS DE DIVORCIO ENTRE NACIONALES ECUATORIANOS CON MATRIMONIO CELEBRADO EN ECUADOR Y DOMICILIADO EN EL EXTERIOR, DICTADA POR LOS JUECES O TRIBUNALES EXTRANJEROS Y SU EFICACIA EN EL DERECHO INTERNO ECUATORIANO.”

AUTOR: Ab. Dayton Francisco Farfán Pinoargote

TUTOR: Dr. Dilmer Meza Intriago. Ph. D.

FECHA: Junio del 2011

RESUMEN:

El Estado ecuatoriano está en la obligación de velar por los derechos de los ecuatorianos que se encuentran fuera del país, esto como producto de la migración hacia países receptores de migrantes. Este fenómeno ha conllevado cambios en todos los aspectos, siendo uno de los casos que nos compete la relación civil entre connacionales que se han casado en el Ecuador y por diversos motivos se separan, ante lo cual queda por tener claro la validez de las sentencias de divorcio cuando están domiciliados en el exterior.

Con las disoluciones de los núcleos matrimoniales en juzgados y tribunales extranjeros, tiene efectos en la legislación nacional interna, ante lo cual se debe elaborar y aplicar reformas en la legislación interna con la ejecución de las sentencias de divorcio.

En este sentido, el Estado ecuatoriano se limita a ejecutar estas sentencias a través de los juzgados de administración de justicia de forma espontánea, en el caso de las sentencias en la provincia de Manabí han sido realizados en base a criterios personales de los Jueces, lo cual es un adaptamiento forzoso con criterio legalista.

Descriptor de tesis: Validez de las sentencias, divorcio, exterior, migración, migrantes, connacionales.

**UNIVERSIDAD LAICA ELOY ALFARO
DE MANABI
CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO, INVESTIGACIÓN,
RELACIONES Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL.
CEPIRCI**

“VALIDEZ DE LAS SENTENCIAS DE DIVORCIO ENTRE NACIONALES ECUATORIANOS CON MATRIMONIO CELEBRADO EN ECUADOR Y DOMICILIADO EN EL EXTERIOR, DICTADA POR LOS JUECES O TRIBUNALES EXTRANJEROS Y SU EFICACIA EN EL DERECHO INTERNO ECUATORIANO.”

AUTOR: Ab. Dayton Francisco Farfán Pinoargote

TUTOR: Dr. Dilmer Meza Intriago. Ph. D.

FECHA: Junio del 2011

SUMMARY:

The Ecuadorian State is obliged to ensure the rights of Ecuadorians who are outside the country, which as a result of migration to countries of migrant receptares. This phenomenon has led to changes in all aspects, with one case that concerns us civil relationship between nationals who have married in Ecuador and are separated for various reasons, to which is to be clear about the validity of the statements divorce when they are domiciled abroad.

With the dissolution of double nuclei in foreign courts, has effects on domestic legislation, to which must develop and implement reforms in the domestic legislation with the enforcement of judgments of divorce.

In this sense, the Ecuadorian State is limited to run these sentences by the courts of justice spontaneously, in the case of judgments in the Manabi province have been made based on personal criteria of the Judges, as which is forced through legal adaptations.

Thesis Descriptors: Validity of the judgments, divorce, exterior, migration, migrant countrymen.

CAPITULO I

1. EL PROBLEMA

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN

1.1.1. MACRO

A través de las diferentes investigaciones se ha podido establecer que el Derecho Internacional Privado surge con la aparición del hombre mismo, es decir, en la época grupos de hombres deambulaban en forma errantes y nómadas, estos intercambiaban con otros grupos de individuos a través del trueque objetos o alimentos que necesitaban, empero esta disciplina jurídica se fortalece cuando se va desarrollando en la edad antigua el comercio principalmente marítimo entre personas de diferentes ciudades - estados.

En la actualidad uno de los aspectos que se pueden apreciar en el mundo globalizado en que vivimos, es precisamente la facilidad con que se establecen relaciones jurídicas entre personas que provienen de distintos países.

Este fenómeno se comprueba con solo ver el volumen que han alcanzado los negocios transnacionales, los viajes al exterior o los matrimonios con extranjeros.

1.1. 2. MESO

La comunidad internacional en los últimos tiempos, con el afán de proteger los derechos individuales y colectivos del hombre a través de organizaciones como la ONU, la OEA, han establecidos normas, las cuales se caracterizan por impulsar y consolidar jurídicamente los Derechos de las personas.

En un Estado de Derecho como el que se vive en el Ecuador, se hace indispensable el goce efectivo de los derechos consagrados en la Constitución y en convenios internacionales ratificados ya sea en forma bilateral o multilateral con otros Estados.

Debido a la globalización existente en el mundo, esto ha hecho que las personas se movilizan entre fronteras, aumentando las relaciones entre connacionales de diferentes Estados, esto se puede tomar como referencia a negocios, matrimonios, entre otros. Sin embargo, hay un punto relevante que dentro de los países en desarrollo, como es el caso del Ecuador, el flujo migratorio, ha aumentado en las últimas décadas, debido principalmente a la situación económica, lo que ha dado como resultado que muchas familias se hayan separado, viendo en la necesidad de divorciarse los padres.

1.1. 3. MICRO

Este es el enfoque del trabajo del investigador, en relación como jurídicamente se podría viabilizar dicha institución jurídica como es el divorcio, sin llegar a violentar el orden público interno e internacional, como es el caso de la problemática planteada, en base a las investigaciones previamente realizadas por el maestrante.

La Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, dentro del proceso de excelencia académica tiene como propósito, a más de elevar el nivel académico de los profesionales que buscan un título de Cuarto Nivel, tiene otra meta, la cual es ampliar el conocimiento en la respectiva área del maestrante. Esto se logra mediante la implementación de una investigación seria, real y efectiva de la problemática que afecta a la sociedad internacional.

1.2. ANALISIS CRÍTICO

El neoliberalismo, atroz explotación capitalista esa macabra manera de considerar que todo se puede vender y convertir en producto del mercado, está haciendo que las personas que viven en países del Sur, se conviertan en manos de obra barata allá donde migran, principalmente a los países del norte, a los que consideran ricos.

Las migraciones constituyen la mayor manifestación de la crisis política, social y económica de América Latina y este fenómeno está asociado al modelo económico neoliberal que disparó la pobreza, creó cinturones de miseria urbanos y una estampida rural en busca de opciones de supervivencia.

En América Latina se ha pasado de la pobreza al empobrecimiento. El continente latinoamericano, no es pobre sino empobrecido a causa de los modelos políticos, económicos y por la lacra de la corrupción. Lo mismo ocurre en Centroamérica y el Caribe. Por ejemplo, el Salvador presenta la mayor disminución de la desigualdad y la brecha entre ricos y pobres sigue creciendo. Le siguen en este orden: Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua y República Dominicana (CEPAL)¹.

Se pueden citar como consecuencias de las migraciones los siguientes puntos:

1. En los países de origen: descomposición de las familias; violación de los derechos de niños, adolescentes y jóvenes; desplazamiento de mano de obra joven; expulsión de talentos; problemas psicológicos, psicosomáticos y sociales en niños, adolescentes y jóvenes, formación de nuevos núcleos familiares, etc. A veces los beneficios que deberían suponer las remesas, más bien se convierten en plata de bolsillo, ostentaciones y fiestas más que en inversión y utilización productiva, cayendo en un círculo vicioso porque la plata va a parar a las multinacionales de los países ricos. Si nuestros compatriotas salieron del país en búsqueda de oportunidades para mejorar la calidad de vida de sus familias, no es menos cierto que en muchos casos, crearon una familia paralela en destino y se olvidaron de que la familia de aquí sigue soñando con su retorno y las remesas y el desencanto llega al colmo cuando la madre de familia recibe por correo un acta de divorcio que violenta todos los derechos humanos.
2. En los países de destino: el mayor problema es la emigración irregular, donde el emigrante no es tratado como persona con derechos sino como sinónimo de delincuente. Es necesario que en el país de acogida haya una legislación clara para evitar deportaciones, racismo y xenofobia. Urgen convenios bilaterales para la reunificación familiar y un largo entre otros de cuestiones que incomodan a los países receptores, entre otras, legislación laboral clara donde los emigrantes tengan los mismos derechos laborales que los nacionales; regularizaciones periódicas para no crear el estigma de considerar al migrante como infractor de leyes ya que su clandestinidad le convierte en sinónimo de delincuente.

¹ La emigración: de la esperanza al desencanto. <http://www.rimhuch.org/index.php?option>

Los flujos migratorios de las últimas décadas han hecho que miles de ecuatorianos, por situación económica hayan tenido que buscar domicilio fuera de nuestras fronteras, dicha migración, ha perjudicado en cierto modo al núcleo familiar, en algunos casos el padre o la madre de familia se han tenido que separar en busca de mejores condiciones de vida para sus seres queridos. En otros casos, padre y madre de familia que residen en el extranjero, por diversos motivos terminan su relación conyugal con la consecuente separación, por lo tanto me he visto en la necesidad de analizar de manera crítica y reflexiva, las causas y efectos que originaron este problema.

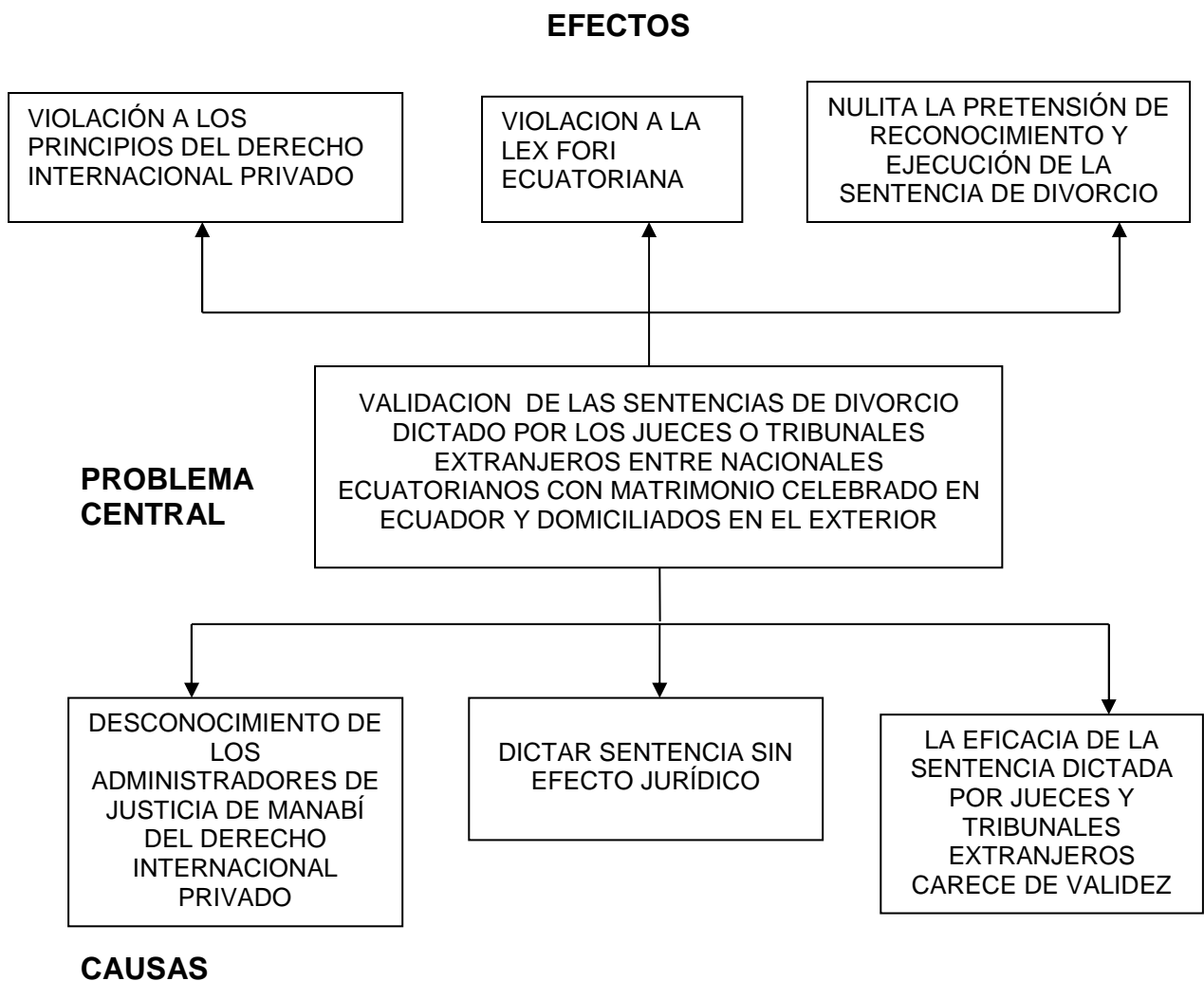
La terminación de la relación conyugal de migrantes, en ámbito legal conlleva que el divorcio lo realizan ante los jueces o tribunales en el lugar que se residen, conciudadanos que al no ser abogados y mucho menos especialista en Derecho Internacional desconocen si esa sentencia dictada por jueces o tribunales extranjeros pueden hacerla valida en nuestro país, toda vez que al haberse casado en territorio ecuatoriano el divorcio se legaliza con la marginación en el acta de matrimonio constante en el registro civil como lo establece el Código Civil ecuatoriano.

La situación jurídica que debe resolver el juez ecuatoriano cuando se le plantea en su judicatura un trámite de esta naturaleza, es decir reconocer y ejecutar una sentencia de divorcio entre nacionales ecuatorianos con matrimonio celebrado en Ecuador y domiciliado en el exterior, de antemano debe conocer lo establecido en la Constitución del Ecuador en los artículos 417, 418, 419 en sus numerales 6 y 7, de igual manera el art. 425, 426, 427 y el 428. Así mismo el Código Civil en el artículo 129 Código de Procedimiento Civil en el artículo 414. El Código Sánchez de Bustamante en lo referente “DEL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO” en la Sección I “CONDICIONES JURÍDICAS QUE HAN DE PRECEDER LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO”, y en las convenciones y tratados internacionales ratificados por el Ecuador, acerca del reconocimiento y ejecución de sentencias, por lo general por falta de operativización o desconocimiento caen en aberración jurídica, con lo cual se violentaría nuestra norma interna y leyes internacionales y el Juez si se da cuenta que vulnera las

disposiciones legales vigentes, tiene que inhibirse de seguir conociendo acerca de la demanda sobre la eficacia de esa sentencia.

Por lo hasta aquí planteado se procede a analizar el problema metodológicamente utilizando el árbol del problema.

1.2.1 ARBOL DEL PROBLEMA



1.3. PROGNOSIS

El investigador plantea la prognosis de la siguiente manera:

¿Si no se sigue el procedimiento establecido tanto en instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador y en nuestra propia ley interna respecto a reconocer sentencias de divorcio entre nacionales ecuatorianos con matrimonio celebrado en Ecuador y domiciliado en el exterior, dictada por los jueces o tribunales extranjeros?

Del problema planteado se vislumbra a futuro que de no realizarse un estudio jurídico sobre la validez en el Ecuador de las sentencias de divorcio entre nacionales ecuatorianos con matrimonio celebrado en el Ecuador y domiciliado en el exterior dictada por Jueces o Tribunales donde ellos tienen su domicilio, se mantendrá la sentencia sin ejecución, lo que acarrearía una situación jurídica indefinida en el estado civil, al no volverse a casar los supuestos divorciados, lo que incidiría en conflictos sociales, con individuos doblemente casados, o sin poder volverse a casar, violentando tanto el Derecho Internacional privado como el nacional y la parte social.

Si las personas encargadas de resolver no cumplen con lo manifestado en líneas anteriores, dicha sentencia carecerán de validez jurídica.

1.4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cómo se relaciona la validez de las sentencias de divorcio entre nacionales ecuatorianos con matrimonio celebrado en Ecuador y domiciliado en el exterior, dictada por los jueces o tribunales extranjeros y su reconocimiento en el derecho interno ecuatoriano?

1.5. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

Delimitación Espacial:

La investigación se llevó en la provincia de Manabí, en los Juzgados Civiles de toda la provincia.

Delimitación Temporal

La investigación planteada se realizó en un tiempo estimado de doce meses, terminando en el segundo semestre del 2010.

Objeto de Estudio

Campo

Jurídico

Área

Derecho Internacional Privado

Derecho Civil

Aspectos

Sentencias de divorcio entre nacionales ecuatorianos con matrimonio celebrado en Ecuador y domiciliado en el exterior.

Eficacia en el derecho interno ecuatoriano.

Tema

“Validez de las sentencias de divorcio entre nacionales ecuatorianos con matrimonio celebrado en Ecuador y domiciliado en el exterior, dictada por los jueces o tribunales extranjeros y su eficacia en el derecho interno ecuatoriano”.

1.6. OBJETIVOS

GENERAL

- Determinar la validez de las sentencias de divorcio entre nacionales ecuatorianos con matrimonio celebrado en Ecuador y domiciliado en el exterior, dictadas por los jueces o tribunales extranjeros cumplen con los requisitos determinados en el derecho interno ecuatoriano para su reconocimiento y ejecución.

ESPECÍFICOS

- Cuantificar los casos de sentencias de divorcio dictadas por los jueces o tribunales extranjeros entre nacionales ecuatorianos con matrimonio celebrado en Ecuador y domiciliado en el exterior en los Juzgados Civiles de Manabí.

- Revisar si los operadores de justicia competentes han tramitado, resuelto y ejecutado sentencias de divorcio por los jueces o tribunales extranjeros entre nacionales ecuatorianos con matrimonio celebrado en Ecuador y domiciliados en el exterior.
- Proponer una reforma en el marco jurídico del país a fin de evitar que se violente la legislación interna ecuatoriana.

1.7. JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo de investigación define claramente las dos variables que son los ejes fundamentales de este estudio: la validez de las sentencias de divorcio entre nacionales ecuatorianos con matrimonio celebrado en Ecuador y domiciliados en el exterior dictado por Jueces y Tribunales extranjeros. Verificar si la eficacia es significativa en el derecho interno ecuatoriano para fortalecer el trabajo de los Juzgados y Tribunales que permitan definir el estado civil de divorciados a los ciudadanos que decidieron deshacer su vínculo matrimonial en juzgados y tribunales extranjeros y revertir los resultados en programas de capacitación de jueces y enseñanza universitaria.

El impacto de esta investigación pondrá de manifiesto si la regulación ecuatoriana esta o no contextualizada dentro de la nueva Constitución de la República del Ecuador, el Código de Bustamante y legislación específica ecuatoriana, por cuanto había que analizar si existe o no una ley especial o normas dispersas que estudiar al respecto.

Este trabajo, tiene carácter de originalidad porque no existen antecedentes de alguna investigación parecida sobre el tema.

El estudio investigativo de este tema reviste singular importancia debido a que la migración y retorno de migrantes al país, requiera artilugios apropiados vía planificación para que los bienes de los divorciados sean invertidos y administrados sin dificultad y en forma efectiva.

La factibilidad está dada, porque se cuenta con la predisposición del autor para realizar la presente investigación y con el tiempo requerido para llevarla a su terminación.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

2.1. Antecedentes investigativos

El Estado ecuatoriano debe velar por los derechos de los ecuatorianos en movilidad humana, puesto que este fenómeno causa cambios de estado civil en la situación jurídica personal de las pruebas físicas, fuera de la frontera patria, los cambios en las relaciones personales en la familia detienen con las disoluciones de los núcleos matrimoniales en juzgados y tribunales extranjeros y sus efectos en la legislación nacional interna. Ante lo cual el efecto debe elaborar y ejecutar políticas de asistencia recíproca con los Estados a donde nuestras compatriotas y de extranjeras de nuestro país para elaborar y aplicar reformas en la legislación interna en materia de situación jurídica de los migrantes relacionados con la ejecución de las sentencias de divorcio.

Hasta la actualidad el Estado ecuatoriano se limita a ejecutar estas sentencias a través de los juzgados de administración de justicia en forma espontánea. Este es el caso de las sentencias en la provincia de Manabí en donde en un los registros han sido realizados de conformidad con los criterios personales de los jueces en un adaptamiento forzoso con criterio legalista.

Para que el juzgado ecuatoriano pueda ejecutar las sentencias extranjeras es necesario que realicen estudios de investigación sobre ecuatorianos con sentencias de divorcio en el extranjero sin que se hayan contado los procedimientos de ejecución e indiquen si estos antecedentes sustentan lo expuesto para que luego modifiquen la orientación filosófica de esta investigación.

2.2. Fuentes

Las causas de existencia del Derecho Internacional Privado son la diversidad legislativa y el cosmopolitismo humano. La diversidad legislativa, también denominada *factor jurídico*, consiste en el uso por parte de los Estados de su

soberanía legislativa para crear normas dirigidas a regular la conducta de la población atendiendo a sus necesidades e intereses. El cosmopolitismo humano o *factor sociológico*, se relaciona con:

A medida que el comercio mundial se ha desarrollado, esta necesidad ha ido en aumento. La vida jurídica del hombre traspasa las fronteras del país del cual es súbdito, poniéndolo en contacto con las legislaciones de otros países.

Por esta razón, los Estados necesitan integrar sus ordenamientos jurídicos, para mitigar las consecuencias de la diversidad legislativa que conduce al surgimiento de eventuales problemas de orden privado relativos a la determinación del Derecho aplicable. Así lo ratifica la doctrina cuando asevera que:

... las necesidades de una sociedad internacional caracterizada a la vez por la concurrencia de las legislaciones, de políticas y de intereses estatales y por una aspiración a la colaboración internacional [procuran la búsqueda de]... la coexistencia... [,] la armonización [o unificación] de los sistemas jurídicos nacionales².

Tanto los Estados como los organismos internacionales se esfuerzan para crear normas jurídicas integradas a través de la formulación de preceptos normativos armonizados y unificados con la pretensión de disminuir los conflictos de leyes y ofrecer mayor seguridad jurídica a las personas en sus actuaciones privadas internacionales. Por lo expuesto, el presente artículo tiene como objetivo efectuar algunas consideraciones sobre la armonización y unificación de las normas del Derecho Internacional Privado, mediante una investigación descriptiva, en la cual se aplica la técnica de la observación documental para reseñar los diversos niveles de integración jurídica; analizar las generalidades de la armonización y unificación de las normas del Derecho Internacional Privado y, establecer algunas ventajas y desventajas de estos procesos.

Sabemos que es precisamente que desde la época antigua con el desarrollo del *comercium* internacional o tráfico jurídico externo cuando surgen los

² Armonización del Derecho Internacional Privado www.latindex.ecr.ac.cr/pdf

primeros problemas entre ciudadanos o súbditos de diferentes ciudades – estados que tenían sus propias leyes y es justamente donde comienza a crear normas para regular dichos conflictos legales, tal cual sucedía en Grecia y Roma.

De igual manera ya en la época del Medioevo con el estudio en la Universidad de Bolonia (siglo XII) del *corpus juris civilis* de las glosas marginales y la glosa ordinaria de Accursio (glosadores romanos) se crean nuevas legislaciones con las ciudades-estados lombardas que recién se independizaban a estas nuevas legislaciones se las conocía con el nombre de Estatutos.

Es importante anotar que para muchos autores Lombardía fue la cuna del Derecho Internacional Privado, no tan solo como hemos manifestado por el desarrollo y florecimiento del *comercium*, sino también por el renacer del estudio del Derecho Romano y porque comenzaron muchas ciudades – estados a independizarse por lo que comercio se volvió inter- provincial o inter-comunal. Otro Jurista que dio un concepto fue Andrés Bello y define al Derecho Internacional Privado como un conjunto de reglas que sirven para dirimir los conflictos de leyes.

Esta frase **conflicto de leyes**” fue acuñada en el siglo XVII por los estatutarios flamenco-holandeses cuyos juristas daban una pregunta al respecto **“Si los estados son soberanos absolutos dentro de fronteras, ¿Por qué sus jueces no aplican siempre su propia ley?**

También en este periodo juristas como Pablo Voet y su hijo Juan Voet dieron la idea de la “comitas gentium” “comity o cortesía”, es decir manifestaba que un juez podía aplicar la ley de otra ciudad – estado siempre y cuando esta por cortesía también aplicara la de su ciudad –estado.

En cambio para Ulrich Huber su sistema de conflicto derivó de dos ideas: soberanía y cortesía: Fundó la aplicación del Derecho extranjero dentro del estado del foro en una libre elección del estado local, es decir, que el Derecho extranjero no se aplica en virtud de una obligación jurídica, sino de una necesidad fáctica.

El tratadista Dr. Carlos Estarellas Velázquez, al referirse al Derecho Internacional Privado en el Ecuador, manifiesta: *“Con relación a la legislación sobre Derecho Internacional Privado en el Ecuador es lamentable señalar que como la mayoría de los países americanos no existe un cuerpo único de derecho positivo para resolver los conflictos de leyes. Para encontrar las normas de Derecho Internacional Privado debemos de buscarla en la Constitución de la República, en los principales Códigos y leyes y aún en reglamentos, acuerdos y resoluciones administrativas. A esto se suma, que además se deben considerar no sólo la legislación nacional sino también los tratados y convenciones suscritos y ratificados por el Ecuador en especial la Convención Panamericana de 1928 que aprobó el Código Sánchez de Bustamante.*

Por otra parte, para el distinguido escritor ecuatoriano Juan Larrea Holguín se pueden establecer algunos principios básicos que estructuran el sistema nacional de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano. Estos principios son: el de la igualdad, el de la reciprocidad, el de la básica territorialidad de las leyes, el de la personalidad de las normas que afectan al estado y capacidad de las personas, el del respeto a los derechos adquiridos y el del orden público”

Sin embargo el Doctor Federico Duncker Biggs profesor de esta rama en la facultad de Derecho en la Universidad de Chile, en su obra “Derecho Internacional Privado” menciona que el nombre de este ramo, ha sido de numerosas críticas por parte de los autores, mucho de los cuales estiman que es inadecuado.

Refirámonos ante todo a la palabra “Internacional” que significa etimológicamente “entre naciones”. En este sentido etimológico es inaceptable, porque la relación entre naciones es objeto de otra rama del derecho; el Derecho Internacional Público y no el Derecho Internacional Privado.

Internacional puede significar también Cosmopolitan, Universal, pues bien, no existe un derecho privado universal que rija uniformemente en todo el mundo. Por el contrario, las legislaciones positivas son esencialmente diferentes y, en consecuencia, en esta segunda acepción la expresión Internacional resulta también inadecuada.

En cuanto a la expresión Privado nos encontramos que es igualmente impropia, porque muchas materias de carácter público pertenecen a este ramo, por ejemplo las diversas cuestiones penales y procesales.

La denominación corriente de este ramo resulta pues inadecuada, es por esto que algunos tratadistas proponen otros nombres:

Algunos juristas creen notar ciertas semejanzas entre nuestro ramo y el papel desempeñado por el "*Jus Gentium*" en Roma y adoptan esta denominación ya sea simplemente o bien agregándole otra palabra como por ejemplo *Phillimore* y *Haus* lo llaman "*Jus Gentium Privado*", y *Laine* la denominó "*Jus Intergentium Logos*". Estas expresiones son inexactas porque el *Jus Gentium* era en Roma un derecho tan territorial como el *Jus Civile*.

Otras denominaciones estatutarias eran "concurso de los estatutos" creados por *Pablo Voet*, y *Huber* la denominó "*Conflictos Legum Diversarum*". *Armijon* profesor en la Universidad de El Cairo lo llamo a nuestro ramo "Derecho Intersistemático" y *Baty* "Derecho Polarizado" asimismo *Dicey* lo llama "Elección de Leyes" y *Renaul* lo denomina "Derecho Internacional Particular".

La denominación de derecho Internacional Privado fue empleada por primera vez por *Story* en su obra aparecida en el año de 1834, posteriormente la utilizo

Foelix en 1843. A pesar de sus defectos, ella se ha impuesto en las Universidades, en los Tratados y en los Tribunales, y en todo el mundo jurídico.

En todo caso cuando hablamos de Derecho Internacional Privado no obstante de que para ciertos tratadistas es una expresión inadecuada, sabemos perfectamente de que se trata, y simplemente podemos decir que esta materia no regula directamente el caso sino que se encarga de identificar la Ley aplicable y el Juez competente.

2.3. Condición jurídica de los extranjeros

2.3.1. Finalidad

Tal cual se refiere el Doctor Juan Larrea Holguín en su obra "Manual de Derecho Internacional Privado ecuatoriano" que la necesidad de afirmar la propia personalidad, los celos mutuos, las frecuentes guerras y las escasas relaciones de tipo pacífico, hicieron que los pueblos antiguos generalmente negaran todo derecho a los extranjeros, o que los concedieran con carácter absolutamente excepcional. Hay que distinguir, sin embargo, los pueblos teocráticos, como los asirios y los egipcios, de aquellos otros más abiertos al trato con las demás naciones, por razones principalmente de comercio, como los fenicios y los griegos. Estos segundos, suelen conceder una situación jurídica más ventajosa al extranjero, que no los primeros.

Los griegos fueron quizá los primeros en establecer una graduación de situaciones jurídicas que permitían asimilar más o menos a ciertos tipos de extranjeros. Se reconocía cuatro estatutos:

a) El de los isotecos, que casi se igualaban al ciudadano griego, pues gozaban incluso de ciertos derechos políticos, y podían comparecer por sí mismos ante los Tribunales y litigar con las mismas leyes;

b) El de los metecos a quienes se les concedía lo que los romanos llamarían el *ius commercii*, es decir, aquellos derechos civiles más vinculados con las operaciones mercantiles; no podían, sin embargo, litigar por sí mismos, debiendo en tales casos recurrir a la representación de un ciudadano griego;

c) El de los extranjeros no domiciliados en una de las ciudades-estado de Grecia, y transeúntes por ellas con permiso de las autoridades, a quienes apenas se les reconocía aquellos derechos más naturales como el de la vida y el de la propiedad sobre las cosas que llevaban consigo o adquirirían legítimamente;

d) Al extranjero fuera de Grecia, no se le reconocía ningún derecho, y si era un enemigo se le podía impunemente matar o someterlo a servidumbre.

En Roma, la concesión paulatina de la ciudadanía, implicaba también una progresiva asimilación de los extranjeros. A los pueblos del Lacio el *ius commercii*, todavía se debían considerar propiamente extranjeros, pero habían conquistado ya un estatuto jurídico especial que, bajo cierto respecto, y de modo limitado, les equiparaba a los romanos.

El derecho primitivo de Roma, extremadamente rígido, se suavizó poco a poco a través de varias instituciones, como el *hospicium*, el patronato, el *Tribunal de los Recuperadores* y el Edicto del Pretor peregrini.

El *hospitum* consistía en un contrato consensual, amparado en las creencias religiosas, y cuya violación acarreaba infamia; era pues, un contrato sagrado. El extranjero se ponía bajo la protección de un ciudadano romano a quien remuneraba pecuniariamente y sobre todo obligándose a prestarle ciertos servicios como el de acompañarle en el combate. El ciudadano romano, por su parte, le defendía y hacía disfrutar indirectamente al extranjero de la protección de las leyes romanas.

El patronato, fue un contrato similar al anterior, pero más generalmente aplicado por los patricios respecto de los plebeyos, a quienes hacían de este modo participar de los beneficios del *ius civile*; pero a veces los clientes eran extranjeros, y así llegaban a una situación similar a la de los plebeyos.

Roma realizó buena parte de sus conquistas a través de tratados internacionales hábilmente concertados con otros pueblos, a cada uno de los cuales hacía peculiares concesiones. La gran diversidad de situaciones jurídicas de unos y otros extranjeros, obligó a crear el Tribunal de los Recuperadores que resolvía los conflictos entre los romanos y los ciudadanos de aquellos pueblos aliados. Y cuando, en la época imperial, se complican más las relaciones con otros pueblos, es el Pretor Peregrini el que fija anualmente en su Edicto las normas que aplicará al hacer justicia entre extranjeros, o entre éstos y los romanos.

Estos pretores crearon una serie de acciones similares a las del *ius civile*, o destinadas a suplir la función de ellas; se forma así, un verdadero derecho especial para los extranjeros, el *ius gentium*, el antecedente más remoto del Derecho Internacional Privado.

2.4. Cooperación Judicial Internacional

2.4.1. Generalidades

La Cooperación judicial internacional la ubicamos dentro del Derecho Procesal Civil Internacional.

◆ La misma comprende tres capítulos (Quintín Alfonsín):

- a) La atribución o distribución de la competencia internacional entre los distintos Estados.
- b) El cumplimiento extraterritorial de medidas procesales dictadas por otros órganos.
- c) El reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras y laudos arbitrales.

La competencia judicial internacional es “la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer las controversias suscitadas por las situaciones

privadas internacionales, ya pertenezcan a la jurisdicción contenciosa o a la voluntaria” (Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa Gonzalez).

♦ La competencia de un juez para conocer de un caso con elementos extranjeros va a depender de su propio derecho.

♦ La Cooperación es la solicitud que realiza el juez de un Estado a otro juez, para que realice determinados actos procesales (de mero trámite, probatorios, cautelares, de ejecución) que se incorporarán en un proceso iniciado o a iniciarse en ese otro estado

La competencia internacional puede ser de producción interna o internacional.

♦ Cuando no hay tratado que vincule a los Estados éstos pueden tener normas de competencias distintas o concomitantes.

♦ Es importante determinar la competencia de un juez para conocer de un determinado asunto internacional ya que en algunos grados de cooperación se debe examinar la misma.

Debemos distinguir dos conceptos:

JURISDICCIÓN DIRECTA: La competencia que tiene un juez para conocer ab initio de un caso ius privatista internacional.

JURISDICCIÓN INDIRECTA: El examen que realiza el operador de la competencia que tiene un juez para juzgar un asunto en trámite o finalizado. Se analiza a posteriori.

2.4.2. De primer grado

Mero trámite. Probatoria.

La cooperación de “mero trámite” comprende actos de cooperación como citaciones, emplazamientos, notificaciones, intimaciones.

Son actos procesales que el juez requerido no juega un papel muy activo en su diligenciamiento. En el sistema del *civil law* se utiliza preponderantemente las comunicaciones de los jueces a través de EXHORTOS O CARTA ROGATORIAS.

◆ Es el pedido que le hace un juez (requirente, rogante exhortante) a otro juez (requerido, rogado, exhortado) para que realice determinados actos procesales, y le envíe las diligencias cumplidas.

2.4.3. De segundo grado

COOPERACIÓN DE SEGUNDO GRADO. Cautelar.

La cooperación cautelar ocupa el segundo grado de cooperación judicial.

◆ En este tipo de cooperación pueden verse afectados en mayor grado los derechos e intereses de las personas. Por este motivo vamos a ver un mayor control de requisitos del juez requirente y una mayor competencia del juez requerido

CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR INTERNACIONAL: se considera internacional cuando:

- a) ha sido adoptada por el juez de un estado y está destinada a cumplirse en otro estado, o bien..
- b) Se adopta por el juez de un estado pero para servir a un proceso iniciado o a iniciarse en otro estado (medidas cautelares de urgencia).

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE CUMPLIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES

AMBITO DE APLICACIÓN: ART.1

◆ **OBJETO:** Medidas cautelares, se da una definición muy amplia.

◆ **MATERIA:** civil, comercial, laboral, penal en cuanto a la indemnización civil

LEY APLICABLE, debemos distinguir: el cumplimiento de la medida cautelar y las tercerías y oposiciones contra la misma:

a) **CUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA:**

PROCEDENCIA DE LA MEDIDA (si se cumplen los requisitos de la misma):
ESTADO REQUIRENTE.

EJECUCION (por ejemplo si se trata de un bien embargable, o como se debe trabar el embargo) Y **CONTRACAUTELA** o **GARANTIA**: ESTADO REQUERIDO.

COMPETENCIAS DEL JUEZ EXHORTADO:

- ◆ Modificación de medidas cautelares.
- ◆ Sanciones por malicia y abuso.
- ◆ Rechazo o levantamiento de la medida cautelar por absoluta improcedencia

TERCERIAS U OPOSICIONES

- ◆ Cuestiones de derechos reales o posesorios: LEY DEL ESTADO REQUERIDO.
- ◆ Otras tercerías u oposiciones: LEY DEL ESTADO REQUIRENTE, sin perjuicio que se presenta ante el requerido y este lo reenvía al requirente.

IMPORTANTE: solo se hace lugar a medidas cautelares dictadas por jueces competentes en la esfera internacional.-

Debido al mayor grado de afectación que tienen estas medidas en los particulares y sus bienes es que se controla la competencia internacional, requisito no previsto para la cooperación de mero trámite y probatoria.

La CIDIP no da una solución conforme a qué normas debemos analizar la jurisdicción internacional.

EFFECTOS DEL CUMPLIMIENTO: Independencia con el reconocimiento y ejecución de la sentencia que se dicte sobre ese tema.

◆ **MEDIDAS SOBRE MENORES E INCAPACES ART. 9**

MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA.-

En este caso resuelve el juez del lugar donde se encuentra el bien o la persona, sin analizar la competencia internacional del juez que está entendiendo en la cuestión principal o la suya propia si no se ha iniciado el proceso.

Las medidas cautelares y las instituciones desconocidas.-

Puede suceder que un juez extranjero solicite una medida que es desconocida en el derecho del foro.

Repasando el concepto de institución desconocida tenemos que: 1) no nos referimos a las instituciones que atacan el opi.

2) Nos referimos a las instituciones que son meramente desconocidas.-

Aplicando el art.3 debemos aplicar procedimientos análogos o similares al del juez extranjero, solo en defecto de estos podría negarse la cooperación cautelar.

2.4.4. De tercer grado

◆ **COOPERACIÓN DE TERCER GRADO.** Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

El reconocimiento de una sentencia extranjera es necesario para que produzca efectos en el extranjero, no solo efectos ejecutivos sino también probatorios, o que de base al reconocimiento de derechos o situaciones.

◊ Sin embargo la ejecución de la sentencias comprende únicamente las sentencias de condena, que son las que requieren cumplimiento coactivo, en caso de que el obligado no cumpla.

Efectos de una sentencia pueden ser:

- a) Probatorio (ejemplo un acción de declaración de paternidad)
- b) efecto secundario o reflejo (sentencia penal que sirve como causal de divorcio), y
- c) el efecto imperativo (que es distinto según estemos frente a sentencias declarativas, constitutivas o de condena).

Dependiendo de los efectos que queramos hacer valer y de la naturaleza de la misma, estamos frente a reconocimiento y ejecución o solamente reconocimiento

En principio las sentencias son eficaces únicamente en el estado donde se dictan.

◊ Sin embargo las partes pueden tener interés en que la sentencia despliegue sus efectos en otro estado distinto al que se dictó.

◊ Por eso existen normas en cada estado que establecen las condiciones para que una sentencia sea válida en un país, o los estados han establecido normas convencionales que regulan la materia

Debemos distinguir RECONOCIMIENTO de EJECUCION de la sentencia extranjera.-

◊ Por un lado: tenemos sentencias: declarativas, constitutivas y de condena.-

SENTENCIAS DECLARATIVAS: declaran un derecho.

SENTENCIAS CONSTITUTIVAS: constituyen, modifican, o extinguen una relación jurídica.

SENTENCIAS CONDENATORIAS: Además de declarar un derecho condenan a dar, hacer, o no hacer algo, establecen un mandato que se debe cumplir.

RECONOCIMIENTO: dota a la sentencia extranjera de plena eficacia en el ordenamiento donde se pretende que despliegue sus efectos, ya sea los efectos de cosa juzgada material y formal.-

Para dotar de eficacia ejecutiva tenemos dos sistemas.

- ◆ Sistema “*actio judicati*”, propio del sistema anglosajón: Se debe iniciar un nuevo proceso en el estado donde se pretende ejecutar.
- ◆ Se inicia un sistema específico denominado “*exequatur*”, donde se exige que la sentencia extranjera cumpla ciertos requisitos.

EXEQUATUR

Tenemos dos tipos:

CONTROL DE REQUISITOS PROCESALES.

- ◆ **EXEQUATUR “DE PLANO”**, únicamente se analizaría la autenticidad de la medida.

ALGUNOS REQUISITOS EXIGIDOS.

GARANTIAS PROCESALES.

- ◆ NO CONTRADICCION CON EL ORDEN PUBLICO INTERNACIONAL DEL JUEZ REQUERIDO.
- ◆ CONTROL DE LA LEY APLICABLE.
- ◆ AUTENTICIDAD: LEGALIZACION, TRADUCCION

ALGUNOS REQUISITOS EXIGIDOS

COMPETENCIA DEL JUEZ QUE DICTO LA SENTENCIA

♦ AUSENCIA DE CONTRADICCIÓN CON UNA DECISIÓN JUDICIAL PENDIENTE, O YA PASADA EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA

CIDIP II sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos extranjeros

Se utiliza la terminología eficacia, en vez de reconocimiento y ejecución, englobando los dos conceptos.

♦ **AMBITO DE APLICACIÓN:** Material: civiles, comerciales y laborales. Se puede restringir a condenas patrimoniales

Se puede ampliar: indemnizaciones civiles dispuestas por sentencias penales, resoluciones que finalizan el proceso, resoluciones de aut. Jurisdiccionales.

CALIFICACION DE LA NATURALEZA DEL ACTO ASI COMO LA MATERIA: JUEZ QUE LA DICTO (OPERTTI)

REQUISITOS QUE DEBE REUNIR EL FALLO:

A) FORMALES:

a) Deben revestir de las formalidades externas necesarias para que se consideren auténticos del estado donde provienen.

b) Legalizados.

c) Traducidos al idioma oficial.

JURISDICCION EXCLUSIVA

Los jueces de un estado se pueden atribuir competencia exclusiva para conocer de determinadas materias.

♦ Según Herbert, se desprenden las siguientes conclusiones:

a) La jurisdicción es atribuida a los jueces del propio Estado.

b) Se excluye cualquier otra jurisdicción con prescindencia de cualquier otro estado.

c) Se aplica la ley del foro

No se bilateraliza.

◆ Foro concurrente * Foro exclusivo.

◆ Problema si la determinación de la jurisdicción exclusiva se realiza vía legal u otros medios.

A veces se determina por ley o Convención (en este caso se bilateraliza), y otras no se establece expresamente pero la doctrina y jurisprudencia interpretan que es un foro exclusivo.-

Ejemplos de foros exclusivos:

◆ **Art. 16 de la Convención de Bruselas:** Con independencia del domicilio tendrán competencia exclusiva:

1) En materia de derechos reales inmobiliarios y de arrendamientos de inmuebles, los tribunales del estado contratante en que el inmueble esté sito.

en materia de validez, de nulidad o disolución que afecte a sociedades o personas morales que tengan su domicilio social en el territorio de un estado contratante, los tribunales de ese estado.

3) En materia de validez de las inscripciones en los registros públicos, los tribunales contratantes en cuyo territorio se lleven esos registros.

4) Inscripción y validez de patentes...los tribunales donde se haya solicitado o se haya efectuado o se considere efectuado.

Art. 2398 del CC uruguayo Los bienes se rigen exclusivamente en todo lo que tiene que ver con cuestiones de derecho real por la ley del lugar de su situación.

◆ Art. 98 del CPC brasilero que limita la exclusividad de acciones sobre bienes inmuebles situados en Brasil.

CODIGO DE BUSTAMANTE

Prevé la ejecución de la sentencia extranjera en los arts. 423 y siguientes.

Materia: civil y contencioso administrativa.-

REQUISITOS:

PROCESALES: A) Competencia del juez que dictó la sentencia según las normas del Código.

B) Las partes hayan sido citadas personalmente.

C) Haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

SUSTANCIALES: Que no contraríe el orden público.

DOCUMENTALES. Traducidos y que reúnan los requisitos para ser considerados auténticos

Si se pretende ejecutar, la parte que lo solicita debe

1) Debe solicitar el RECONOCIMIENTO, de conformidad con el trámite especial previsto art. 426.

2) Luego que el juez hizo lugar al reconocimiento se sigue el proceso de ejecución del lugar del juicio previstos para sus propios fallos (art. 430).

En el caso que no sea ejecutable surte los mismos efectos que la cosa juzgada si cumple con los requisitos referidos en el art. 423.

♦ Las sentencias de jurisdicción voluntaria: ejecutables siguen el trámite ya visto,

♦ Y para los demás casos se acepta su eficacia si reúne los requisitos del art. 423.

2.5. Derecho procesal internacional

La unificación es la unión de criterios jurídicos, económicos, comerciales y políticos provenientes de diferentes Estados, con la finalidad de crear un conjunto de normas estandarizadas que, no admiten modificación ni por los Estados cuando las incorporan a sus ordenamientos jurídicos, ni por las partes en materia de contratos internacionales. Su propósito es evitar los conflictos de leyes producto de la diversidad legislativa entre las naciones, que implican la ardua determinación del Derecho aplicable en los eventuales conflictos de leyes relativos a las actividades civiles, mercantiles y procesales de las personas naturales y jurídicas.

La unificación exige la sustitución del método conflictual aplicado tradicionalmente en la formulación de las normas de Derecho Internacional Privado, por el método material para evitar la predisposición de imponer en el plano internacional las concepciones normativas del ordenamiento jurídico interno.

La doctrina considera que la unificación del Derecho Internacional Privado debería implicar la adopción de un texto común, específicamente un tratado internacional en *latu sensu*. De esta premisa se infiere que la unificación es de carácter formal en sentido estricto, pues su objeto es la creación de un instrumento jurídico unificado, que supone su incorporación por parte de los Estados a sus ordenamientos jurídicos nacionales y, por lo tanto, es susceptible de ser aplicado por los organismos jurisdiccionales de Derecho interno, además de la posibilidad de interposición de recursos ante organismos jurisdiccionales internacionales, previo el agotamiento de las instancias internas.

Se plantea entonces la idea de un Derecho Internacional Privado despolitizado, cuya uniformidad supranacional podría lograrse independientemente de la unidad política, y por tanto, no asociado a más elementos que los establecidos por las necesidades de los mercados internacionales. A modo de premisa, el empirismo que informa a la unificación de las legislaciones debe consolidarse

como la mejor garantía de la efectiva adecuación de la ciencia *ius privatista* a las exigencias de los operadores jurídicos del tráfico internacional.

El Derecho Internacional Privado es un *proceso* que implica el cumplimiento de varias pautas, como la confección de una lista que contenga los términos jurídicos equivalentes en diferentes Estados, la determinación del tradicional denominador común, su posterior clasificación de acuerdo con las equivalencias existentes, y por último, la formulación de las nuevas normas jurídicas³.

2.6. Exhortos o cartas rogatorias

2.6.1 Concepto

Es el pedido que le hace un juez (requirente, rogante exhortante) a otro juez (requerido, rogado, exhortado) para que realice determinados actos procesales, y le envíe las diligencias cumplidas.

2.6.2. Trámites

La Convención de Panamá sobre Exhortos o Cartas Rogatorias constituye un tratado multilateral cuyo objetivo es generar un espacio de facilitación de la cooperación judicial en Iberoamérica, fundamentalmente en actuaciones y procesos en materia civil o comercial, dentro de las que los órganos jurisdiccionales de los Estados Partes hayan expedido exhortos o cartas rogatorias para:

- a) La realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero; y,
- b) La recepción y obtención de pruebas de informes en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto.

³ **Bermúdez**, Abreu Yoselyn. Dra. Algunas consideraciones sobre la armonización del Derecho Internacional Privado. www.latindex.ecr.ac.cr.

Transmisión y formalidades

La transmisión de exhortos o cartas rogatorias (en adelante exhorto-rogatorios) al órgano requerido se podrá efectuar:

- a) Por medio de la parte interesada;
- b) Por vía judicial;
- c) Por intermedio de funcionarios consulares o agentes diplomáticos; y,
- d) Por medio de la autoridad central del Estado requirente o requerido (4).

La transmisión en este caso representa un mecanismo comunicante que involucra a un emisor, un intermediario y un receptor. El emisor primigenio y el receptor final van a ser generalmente órganos jurisdiccionales, excepto cuando un funcionario consular o agente diplomático deba cumplir el requerimiento; mas, el vehículo que intermedia en el proceso de transmisión puede ser de diversa naturaleza, incluso las partes interesadas pueden jugar este papel, sin embargo el vehículo fundamental de transmisión lo representarán las autoridades centrales nominadas por los Estados Partes.

Para que el exhorto-rogatorio pueda ser cumplido por parte del órgano requerido, es necesario que se verifique previamente si se han observado ciertos requisitos formales (art. 5 de la Convención) como son los de legalización de la documentación, y, si fuere necesario, traducciones de la misma al idioma oficial del Estado requerido. La legalización de documentos podrá ser obviada cuando los exhorto-rogatorios sean transmitidos por vía consular, diplomática, por intermedio de la autoridad central, o cuando el cumplimiento lo deba efectuar un tribunal de las zonas fronterizas de los Estados Partes.

Los exhorto-rogatorios se tramitarán conforme la legislación procesal interna de los Estados requeridos, y, por regla general deberá cumplir con el exhorto un órgano judicial. La excepción está dada por el artículo 13 de la Convención que determina la posibilidad de dar cumplimiento a las diligencias solicitadas a los funcionarios consulares o agentes diplomáticos donde se encuentren

acreditados, siempre que ello no se oponga a la legislación del Estado donde se deba cumplir el exhorto-rogatorio.

En cuanto a los órganos judiciales requeridos, éstos pueden declararse incompetentes para proceder a la tramitación del exhorto-rogatorio, ante lo cual, y de oficio, transmitirán la documentación y antecedentes a la autoridad judicial competente de su Estado (art. 11 de la Convención). En cambio, si el órgano requerido asume la competencia, deberá también conocer los incidentes que se pudiesen suscitar en su cumplimiento.

Las costas y gastos necesarios para el trámite y cumplimiento del exhorto-rogatorio, correrán por cuenta de los interesados.

Países en los que se encuentra vigente la Convención

El artículo 22 de la Convención determina que ésta entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación, o también el de adhesión. Los países en los que la Convención está vigente son: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela⁴.

Los trámites son:

Particular (requiere legalización).

- ◆ Judicial (requiere legalización, salvo en Convenciones jueces fronterizos)
- ◆ Diplomática o consular (exento de legalización)
- ◆ Autoridad Central (exento de legalización)

Judicialidad

- ◆ Autenticidad.

⁴ **Jaramillo**, R. Alfonso. Dr. Máster en Derecho Comparado. Sobre exhortos o cartas rogatorias www.derechoecuador.com

◊ Traducción.

◊ No oposición al orden público.

2.7. Apostillas

De acuerdo con la Convención para Suprimir la Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros se creó la Apostilla, mediante la cual se simplifican y agilitan los trámites de legalización o autenticación de firmas en documentos públicos, que deben surtir efectos jurídicos en el extranjero. Consecuentemente, Apostilla es también el nombre del trámite y del sello de legalización o de autenticación de firma en tales documentos.

- La apostilla suprime o hace innecesaria la legalización del agente diplomático o consular y de otras firmas intermedias en el país de origen del documento y en el país en donde se le dará uso.

- La apostilla opera únicamente entre los estados miembros de la convención, para los demás casos el procedimiento es el que se describe en el título de "legalización de documentos".

- En el Ecuador la entidad encargada de apostillar es el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración; a través de sus dependencias en Quito, Guayaquil, Cuenca y Manta⁵.

2.8. Divorcio

2.8.1. Concepto

El divorcio es una causa de disolución del matrimonio, en la mayoría de los países, el matrimonio es una unión entre dos o más personas con un reconocimiento social, cultural y jurídico, que tiene por fin proporcionar un marco de protección mutua o de protección de la descendencia. En ocasiones

⁵ Apostillas www.consulaodvirtual.gov.ec

los cónyuges (o uno de ellos) pueden desear deshacer el vínculo matrimonial, lo cual se lleva a cabo, si en la legislación está permitido, a través de la figura del divorcio. En algunos ordenamientos jurídicos el divorcio no está permitido, entendiendo que el matrimonio no puede disolverse por la mera voluntad de las partes.

2.8.2. Antecedentes históricos

La familia está conformada por la unión indisoluble (perpetua) entre un hombre y una mujer y por los hijos que son fruto de esa unión.

La familia tiene dos características fundamentales:

- 1) Es una institución natural.
- 2) Es el núcleo fundamental de la sociedad.

Qué significan estas características:

- 1) Es una institución natural: Esto quiere decir que la familia no es un invento humano, no es una creación cultural.

Y la razón que fundamenta lo anterior es que la familia responde a lo que muchos autores han llamado "*inclinatio naturalis*", o sea, inclinación natural del hombre. ¿En qué consiste esta inclinación natural?: básicamente en dos aspectos:

- a) Aspecto biológico: Perpetuación de la especie.
- b) Aspecto ético: Educación de los hijos.

Estos dos aspectos están estrechamente unidos: no se trata sólo de tener hijos para "lanzarlos al mundo"; también hay que guiarlos (educarlos) en el camino de esta vida.

El filósofo español Ángel Rodríguez Luño sostiene que "La familia es una sociedad natural, ya que responde a una inclinación natural del individuo: la

perpetuación de la especie, que constituye el bien propio y necesario de la naturaleza humana".

2) Es el núcleo fundamental de la sociedad: Esto significa que la sociedad nace en la familia, que en ella tiene su fundamento originario.

Es conocida la frase de San Agustín: La familia es el vivero de la sociedad⁶.

En este sentido, la filiación es una situación jurídica que se deriva de hecho natural de la procreación. No coincide, y en ocasiones es hasta deseable que no coincida, la filiación biológica con la filiación jurídica; conforme a la primera, todo ser humano tiene padre y madre, aunque no se sepa quiénes son. La filiación biológica puede definirse como el vínculo que liga al generado con sus generantes y tiene importantes manifestaciones en los caracteres hereditarios. Para el Derecho la filiación es más bien el vínculo o relación jurídica que existe entre dos personas a las cuales la ley atribuye el carácter de procreante y procreado.

Claro está que la filiación jurídica debe basarse en la filiación biológica, y tomar de ella las presunciones e indicios para establecer esa peculiar relación de filiación, pero en ocasiones la misma biología no puede establecer con certeza la relación biológica de filiación.

Conforme a la naturaleza, no hay hijos sin padre y madre; conforme al Derecho puede haber hijos sin padre ni madre, ya sea porque se desconozcan o porque sabiéndose su identidad, no se hayan llenado las formalidades o cumplido los requisitos para que nazca la relación jurídica de filiación.

Aún cuando biológicamente la filiación y los caracteres hereditarios se reciben de todos los ascendientes, para el Derecho, la filiación se concreta solamente a la relación del hijo con su padre y su madre y por tanto se reduce a paternidad y maternidad, y a través de ellos con los demás ascendientes.

⁶ Verbal, Stockmeyer Gonzalo. Universidad San Sebastián. Concepción. Chile

Por la misma naturaleza, la maternidad se establece por el hecho del parto y por la identidad del producto. Se es hijo de la madre si se prueba el parto y que la persona que alega esa filiación maternal es el producto de aquél parto.

La incertidumbre de la paternidad no es biológica sino social pues sólo una célula masculina puede engendrar al producto en la madre. Esa incertidumbre despeja el derecho por medio de presunciones, que si bien se basan en elementos biológicos, hacen otro tipo de atribuciones basadas en la integridad de la familia, la paz social, etc., que rebasan el campo biológico y en ocasiones de hecho lo contradicen.

Entre los aztecas, aunque la ley no establecía propiamente lo que conocemos como divorcio, el matrimonio podía disolverse por tratarse de un matrimonio temporal o sujeto a condición (el nacimiento de un hijo, por ejemplo) o por que existiese alguna causa válida, en cuyo caso había que obtener la autorización judicial. “Eran motivos de divorcio los que implicaban determinadas faltas en la mujer o la imposibilidad de cumplir con los fines más importantes del matrimonio, como la esterilidad de la misma. Realizada la separación, los hijos quedaban con el padre, y las hijas, con la madre. El cónyuge culpable era castigado con la pérdida de la mitad de sus bienes, y ambos divorciados podían contraer nuevo matrimonio, salvo entre ellos mismos. Por su parte la mujer podía obtener la separación de su marido cuando éste no pudiera mantenerla o cuando la hiciera objeto de malos tratos, golpes, entre otros.

La institución del divorcio es casi tan antigua como la del matrimonio, si bien muchas culturas no lo admitían por cuestiones religiosas, sociales o económicas. La mayoría de las civilizaciones que regulaban la institución del matrimonio nunca la consideraron indisoluble, y su ruptura generalmente era solicitada por los hombres. Aunque en algunas de ellas, el nacimiento de un hijo le otorgaba al vínculo el carácter de indisoluble.

Generalmente, el motivo más común de divorcio era el adulterio, aunque en muchas sociedades antiguas también era motivo de muerte, como en la antigua Babilonia, donde el divorcio podía ser pedido por cualquiera de los cónyuges, pero el adulterio de las mujeres era penado con la muerte. Los

hombres hebreos, en cambio, podían repudiar a sus esposas sin necesidad de argumentar la causa de tal actitud. También existía el divorcio por mutuo disenso, pero las razones de las mujeres eran sometidas a un análisis más riguroso que las del hombre.

También en la antigua Grecia existía el divorcio por mutuo disenso y la repudiación, pero el hombre debía restituir la dote a la familia de la mujer en caso de separación. En Roma no se tenía el divorcio sino hasta el siglo II adC y tuvo similares características que en Grecia, aunque las mujeres que eran ricas por herencia de su padre y descontentas con sus esposos, solían abandonarlos y divorciarse de ellos sin mayores inconvenientes. En los inicios del cristianismo, el divorcio era admitido, pero con el tiempo la iglesia lo fue prohibiendo. A partir del siglo X, eran los tribunales eclesiásticos quienes tramitaban los divorcios, no sin grandes disputas de distintos sectores de la iglesia cristiana. A partir del Concilio de Trento, en 1563, se impuso la teoría del carácter indisoluble del vínculo, aunque se admitió la separación de cuerpos.

En España el Fuero Juzgo lo admitía en casos de sodomía del marido, inducción a la prostitución de la mujer y adulterio de esta. Posteriormente Las Siete Partidas lo prohibieron. Italia en 1970 y España en 1980 fueron algunos de los últimos países europeos en aprobarlo definitivamente. En 1796, Francia incorporó la ruptura del vínculo matrimonial en la ley promulgada el 20 de noviembre, que sirvió de antecedente a muchas de las legislaciones vigentes. El divorcio ha causado grandes polémicas en los países mayoritariamente católicos, pues la Iglesia Católica no considera posible el divorcio de las personas.

TRAMITACIÓN: El divorcio se tramita ante un tribunal civil o de familia y la petición puede ser presentada por uno de los cónyuges o por ambos de común acuerdo. En este juicio se obtiene el estado de divorciado, no ya de soltero, y se queda habilitado para un nuevo matrimonio civil, incluso con la misma persona de la que se divorciara. La disolución del matrimonio lleva aparejada también otras cuestiones como las que tienen que ver con el régimen patrimonial del matrimonio. Si hubo comunidad de bienes, generalmente se

dividen los bienes materiales en partes iguales, aunque de común acuerdo pueden dividirse en otros porcentajes.

En la mayoría de las legislaciones, el capital obtenido durante el matrimonio pertenece por igual a ambos cónyuges, no así los bienes provenientes de herencias que pertenecen enteramente al cónyuge que los recibiera. Sin embargo en algunas legislaciones se permiten los acuerdos prenupciales, donde los cónyuges pueden determinar todo tipo de cuestiones inherentes a los bienes anteriores al matrimonio y también a los obtenidos con posterioridad, inclusive hasta se suelen establecer indemnizaciones ante una eventual ruptura del vínculo que los unía (algo que practican actores, políticos y deportistas con frecuencia)⁷.

2.8.3. El Divorcio En El Derecho Hebreo

No pueden caber dudas acerca de la existencia del primer cuerpo y estructura legal del divorcio, en el Oriente, en la legislación de los judíos. Un tratadista español se plantea esta pregunta fundamental: “El divorcio, ¿es producto de la civilización o más bien de sus vicios? Jesucristo afirma lo segundo: preguntaron los judíos por qué había mandado Moisés dar carta de divorcio a la mujer y repudiarla, y les respondió: “Porque Moisés, por la dureza de vuestros corazones, os permitió repudiar a vuestras mujeres; mas al principio no fue así”.

Dedujese de esta afirmación —prosigue — comprobada por la historia, que en los primitivos tiempos, quizá antes de constituirse las nacionalidades, la pureza de hábitos hacía imposible el divorcio; nada tiene, pues, de extraño que los galos y los habitantes del país de Wales o Gales en Inglaterra no lo conocieran, al menos entre los nobles, cuya clase importaba conservar toda en su pureza. Lo mismo sucedería entre las tribus que poblaban nuestra Península; pero desconocemos sus leyes, y las vagas referencias de los escritores romanos no autorizan para hacer rotundas afirmaciones sobre el particular.

⁷Divorcio: definición, historia y causas <http://www.personalidadyrelaciones.com/2008/03/>

Sólo sí deducir de la forma religiosa y solemne del matrimonio la característica de su indisolubilidad. ¿A qué decir que la, legislación judaica no obstante su monogamia relativa, tiene una excepcional importancia para nosotros? Pues no ofrece duda que la misma concedía el divorcio con todos sus consecuencias, y en esto no hacía más que proclamar el común sentir, aunque se reconozca con los hebraizantes y algunos Padres de la Iglesia, que su introducción reconoció por causa el evitar males mayores”. Cualquiera sea la fundamentación de la institución en sí, y estemos o no de acuerdo con las un tanto arbitrarias motivaciones del autor transcripto acerca del divorcio, está claro que éste asume un carácter de formalismo y de seriedad recién en el texto bíblico, si bien otros pueblos, el egipcio, por ejemplo, también lo practicaban en cierto modo.

Para la perfección misma del matrimonio —dice un comentarista hebreo, por su parte —y para que no sea una unión vana, sin sentido moral, nuestra religión, aunque censura el divorcio, no lo prohíbe. Para la moralidad de la religión de Israel es mucho mejor desunir una pareja que no ha sabido dar a su casa el verdadero sentido de hogar, que exigir a dos seres que no se quieren más o que por alguna razón, no van de acuerdo, a llevar una vida infeliz en común. De una pareja así, sin comprensión ni amor recíproco, no pueden provenir hijos dignos y buenos la sociedad se perjudica con las familias en las que no existe acuerdo y comprensión, y es mucho mejor para la sociedad misma y para los seres humanos disolver el casamiento y que cada uno vuelva a la vida libre.

Del cotejo de la ley bíblica surge, de un modo inequívoco, que la repudiación fue reconocida desde antigua data por los hebreos, si bien algunos autores incurren en cierta confusión al tratar la materia, identificando la repudiación con el divorcio propiamente dicho que se halla legislado en el Viejo Testamento. El marqués de Pastoret, entre otros, admirablemente versado en las instituciones judías, afirma que el divorcio es muy antiguo entre los hebreos, como que se practicaba ya antes de Moisés, según afirman muchos rabinos, fundándose en

el destierro a que condenó Abraham a la madre de Ismael. El acto en que incurriera el patriarca es más bien de repudio, que de divorcio. Este último surgió como un perfeccionamiento y una legalización del anterior, sujeto a definalizadas normas que hacían más difícil la disolución forzosa —y por la sola voluntad del cónyuge masculino, en un comienzo — del matrimonio.

2.8.4. El Divorcio En Grecia Y En Roma

Noción y caracteres de la institución.

El matrimonio en Grecia fue siempre monógamo, señala Ahrens, pero era legalmente lícito el griego, condujeron a mirar con indulgencia, y aun a admitir en el trato a las cortesanas, muchas veces de gran cultura intelectual. En los tiempos homéricos, se realizaba el matrimonio todavía por una especie de compra; después mediante un contrato, a cuya celebración concurría la sanción religiosa.

En Lacedemonia subsistió, para llevar a la mujer a la casa, la forma de rapto. Más tarde, llegó a estar en uso, como signo de un matrimonio legítimo y garantía para dificultar el divorcio, la dote, en la cual el marido no tenía más que el usufructo, debiendo afianzar con hipoteca. El divorcio podía tener lugar por parte del marido y por medio de la mera devolución o abandono de la mujer; pero ésta, si era abandonada sin razón, podía reclamar que se le restituyera la dote o que se le pagasen los intereses y sus alimentos.

También la mujer podía pedir el divorcio ante él en contra. El adulterio se castigaba. El adúltero sorprendido infraganti podía ser muerto por el marido conforme a las leyes áticas. Una ley de Solón, en Atenas, daba a la mujer como al marido el derecho de repudiar a su cónyuge, menciona Montesquieu, y esta ley fue tomada por los romanos para incluirla en las Doce Tablas. Herodoto cita el caso de dos reyes de Esparta que se vieron exigidos a repudiar a sus mujeres porque eran estériles; lo que autoriza a pensar que la esterilidad fue también entre los griegos una causal de repudiación. Concuerdan los autores en afirmar que como en la mayoría de los pueblos

antiguos, el adulterio, fue en Grecia otro motivo de divorcio, citándose al respecto una ley de Solón que castigaba al hombre que tenía relaciones ilícitas con mujer casada, sin imponer al adúltero más pena “que la vergüenza de su propia deshonra”, según la afirmación de Plutarco. Recuérdase que el sentido de la moral conyugal no fue demasiado riguroso en este pueblo, recogiendo la alusión de Plutarco, que refiere: “El marido espartano anciano, casado con mujer joven, si tenía entre sus amigos algún guerrero joven, gracioso y bueno, de quien se agradase, podía introducirle con su mujer y, mejorando de casta, hacer propio lo que así se procrease”. Esta práctica no debe resultar extraña si se conceptúa, a través de los antecedentes y de las versiones de la historia griega antigua, que la mujer legítima tenía una doble misión que realizar: proporcionar hijos a su cónyuge y mantener el fuego sagrado del hogar. Lo prueba acabadamente Demóstenes al afirmar como hábitos tener tres clases de mujeres: “la cortesana para los placeres; la concubina para los cuidados diarios que nuestra salud exige, y la mujer legítima destinada a la procreación de hijos legítimos, y a ser fiel guardiana de nuestra casa”. Como se desprende de lo anteriormente expuesto, en los Estados griegos sólo se considera adulterio el cometido por, o con mujer casada. El marido es libre de tener concubinas y trato con cortesanas, sin que se considere tal actuación constitutiva de adulterio, ni de simple censura. Pero no todo contacto sexual de casada con varón distinto de su marido, se considera adulterio. Hay, por imperativo de la necesidad de mantener el culto familiar, que perpetuar la especie, mediante sucesión legítima. Sólo los hijos de la mujer legítima son legítimos, capaces, mediante la iniciación, de mantener el culto de los antepasados. Por eso cuando el marido no es capaz de hacer concebir a la mujer, puede buscar auxiliares, estando la mujer exigida a recibirlos, sin que el hecho constituya adulterio. Fustel de Coulanges ratifica el testimonio de Plutarco —antes mencionar o — diciendo: “En el caso de que un matrimonio fuera estéril por culpa del marido, tampoco por eso debía dejar de constituirse la familia y un hermano o pariente del marido debía sustituirle, obligándose la mujer a entregarse a ese hombre. El hijo que naciera era considerado como del marido y continuaba su culto”. Haciendo mérito de una afirmación de Plutarco, y otras de Xenofonte, cabe convenir que si en Atenas la situación no era muy

brillante, en cuanto a virtud conyugal se refiere, en Esparta no había prácticamente adulterio.

Según Aristóteles, las mujeres espartanas “eran las más corrompidas de Grecia”, razón por la que es fácil explicarse la arrogante concubinato. Además, la abandonada educación de las mujeres y el sentido Atenas impuso a los adúlteros dos clases de sanciones:

1º Pecuniarias, e

2º Infamantes

La autoridad del cónyuge masculino inocente era omnímoda y podía llegar fácilmente hasta el uxoricidio. El marido estaba exigido a repudiar a la adúltera, que pasaba a ser entregada como esposa legítima del cómplice. Según el testimonio de Thonissen, en Atenas la ley autorizaba al marido a matar impunemente al amante de su mujer legítima y de la concubina mantenida para tener hijos libres, exigiéndose solamente la sorpresa del adulterio o de la deslealtad aunque no el arrebató, ya que sorprendidos los adúlteros, el marido podía proceder con toda calma y sin prisas.

El mismo autor refiere la muerte dada por Ephileo friamente a Eratóstenes, a despecho de sus súplicas y a la vista de sus amigos, sosteniendo que en tres casos no se consideraba justificada la muerte del adúltero: cuando el marido hubiera atraído al delincuente, cuando se cometiera el delito en una casa de prostitución, o cuando la mujer fuera prostituta conocida. El marido tenía derecho a ejecutar al amante de su esposa o concubina, sorprendido in fraganti, tanto en el domicilio conyugal como fuera del mismo, salvo que fuese sorprendido en una casa de prostitución; y siempre que no concurrieran cualquiera de las tres sucesos anteriormente expuestas, pues en tal caso la muerte del adúltero se consideraba homicidio común.

Todos los textos que se refieren a la muerte del adúltero sorprendido en adulterio, hablan del amante, pero no de la mujer, por lo que muchos creen que solamente podía ejercerse el derecho contra el hombre, aunque Alimaña estima que era igualmente lícita la muerte de la adúltera.

2.8.5. El divorcio en Roma.

El régimen imperante en Roma, de la primera época, es decir, desde la fundación de la ciudad hasta la ley de las XII Tablas, tocante al divorcio, se particulariza por la dificultad con que se disolvía un matrimonio contraído por *confarreatio*, mencionándose que el primer matrimonio de este tipo sometido a la disolución se produjo en 232 antes de la Era Cristiana la antigua ley de Rómulo *jus divortendi* ne esto, autorizó el divorcio sólo en caso de adulterio, provocación o aborto, o abandono del hogar. Cualquier otro divorcio se castigaba con la pérdida de los bienes del marido. Coinciden los autores, en cuanto a la primera época de la historia de Roma, que como el marido tenía poder absoluto sobre la mujer, el repudio era unilateral en el sentido de que éste tenía el derecho de repudiar a su mujer de su sola voluntad sin consultar a ésta.

Es lo que expresa Pacchioni, al decir que *repudium* era “el acto con el cual el marido, que tenía a la mujer *in manu*, elegía de su propia autoridad la disolución matrimonial con ella contratado”. Esta situación se modificó indica Pavón, con la evolución del Derecho, en la época en que el matrimonio era *sint manu*, en cuyo tiempo el divorcio era posible “de una parte o de la otra, esto es: o de parte del marido, o de parte de la mujer *sui juris*, o del padre o la potestad del cual estuviese”.

Señala Ortolán que los romanos no tenían ni sobre la formación del matrimonio ni sobre su disolución, las ideas que tenemos nosotros. Los matrimonios, como uní cierta clase de contrato, se formaban por el consentimiento de las partes, seguido de la tradición; de la misma manera se disolvían porque se decía que todo lo que se ligaba se podía desligar. Así el divorcio se conocía, según los historiadores, en el principio de Roma; fue en las Doce Tablas, cuyas disposiciones sobre este punto nos son desconocidas

Sin embargo, se ha pretendido que por más de quinientos años no se atrevió ningún marido a repudiar a su mujer hasta *Carvillo Ruga*, que fue exigido por los censores a repudiar a su mujer por causa de esterilidad. Sin discutir si esta opinión se halla bien fundada, se puede observar que no hay nada en la

historia que indique que los romanos hubiesen abusado del divorcio hasta los últimos años de la república, en cuyo tiempo la relajación de los hábitos penetró en las familias; los títulos de vir y de uxor perdieron su dignidad, y la duración de un matrimonio común no excedió de un consulado. Aquí el historiador del Derecho romano se remite a las opiniones de Séneca y de Juvenal, que satirizaron la liviandad de las hábitos y la facilidad con que la gente, en especial la de alta alcurnia, apelaban al repudio y al divorcio.

Como es sabido, el *pater familiae* tenía derecho de vida y muerte sobre todos los miembros de la comunidad doméstica, lo que justifica sus decisiones inapelables en materia de matrimonio; con la generalización de los matrimonios libres la potestad que aquél ejercía pasó, sin duda alguna, al marido, lo cual surge nítidamente de la oración que Aulio Gelio puso en boca del severo Catón: “A menos de divorcio, el marido es juez de su mujer, en vez de censor. Sobre ella tiene un imperio absoluto.

Si ella hace algo deshonesto o vergonzoso, si ha bebido vino, si ha faltado a la fe conyugal, él la condena y la castiga. Si sorprendieses a tu mujer en adulterio, podrías impunemente matarla sin juicio. Si tú cometieras adulterio, ella no se atrevería a tocarte con el dedo: así es la ley”, En la segunda época de Roma, esto es, desde las Doce Tablas hasta el advenimiento del Imperio, bajo Augusto, preséntense los signos de una profunda depresión moral en el seno de la familia romana la vida de familia se relajó considerablemente y declinó la antigua severidad de los hábitos.

Cometiéronse grandes delitos en familias principales; el matrimonio perdió su rigor jurídico, recayendo la mujer raras veces in manu maritis. Degeneraron también las relaciones entre los sexos; y la antigua disciplina dio lugar a las terribles sociedades secretas de las bacanales: el Senado Consulto Marcianum las había suprimido; pero su espíritu se conservó la inclinación al celibato fue su natural consecuencia, el aumento de la esterilidad y la frecuencia de la adopción la tutela de los parientes se eludía por medio de matrimonios fingidos las mujeres adquirieron mayor independencia en lo concerniente a su fortuna; pero no la usaron habitualmente, sino para el lujo la *lex Oppia*, que intentó corregirlo, fue suprimida cuando las mujeres mismas aparecieron en el foro. En

vano pretendió la lex Voconia limitar su libertad con respecto a los bienes; los divorcios se hicieron mas frecuentes.

Al fin de esta época, la defensa de Clodio, acusado de adulterio, descubrió ante sus jueces la profunda degradación de la vida conyugal. Frente a este cuadro, de cargadas aunque justificadas tintas, sobrevino la reacción impuesta por el emperador. Augusto, quien promulgó en el año 17 de la era actual, un edicto de represión del adulterio, conocido bajo el nombre de Lex Julia de fundo dotalis et adulteris, que sujeta disposiciones sobre los bienes dótiles, matrimonio, celibato y paternidad y sanciona el adulterio. El edicto sujeta una prescripción de carácter general, que expresa: “Nadie en lo sucesivo cometa un adulterio o un estupro”. El adulterio se considera un delito público, cuya delación se concede en común a todos los ciudadanos, aunque no tuvieran relación de parentesco con el cónyuge inocente la ley impone diversas sanciones acomodadas a la clase de las personas declaradas culpables: en caso de ser sorprendidos en flagrante delito, el pater familiae, podía ultimar a los adúlteros, sin incurrir en pena alguna; no se podía ultimar solamente al amante, sino dar muerte a ambos culpables; si sólo se mataba a uno de los culpables, el matador incurría en la pena de homicidio.

2.8.6. Derecho moderno.

Una sistematización de la legislación comparada en la actualidad —con referencia a los países que admiten la separación de cuerpos, exclusivamente; separación de cuerpos para los católicos, y posibilidad de divorcio para los demás; divorcio y separación de bienes para todos los habitantes; y divorcio absoluto —, solamente ha sido efectuada por un tratadista argentino, agrupando los sistemas legislativos imperantes, en los cuatro grupos próximos:

1º Separación de cuerpos, exclusivamente:

España.

El Código civil español, en su artículo 104, establece que el divorcio sólo produce la suspensión de la vida común de los casados. Durante el régimen de

la República se implantó el divorcio absoluto, por ley del 2 de marzo de 1932, que establece en su artículo pertinente:

“1º El divorcio decretado por sentencia firme por los Tribunales civiles disuelve el matrimonio, cualesquiera que hubieran sido la forma y la fecha de su celebración;

2º por la sentencia firme de divorcio, los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevo matrimonio, aunque el culpable sólo podrá contraerlo transcurrido el plazo de un año desde que fue firme la sentencia.

Esta ley fue derogada por el régimen vigente, tornándose a la situación anterior, la cual se halla encuadrada en los artículos 104 y 105 del Código civil.

Italia:

El Código Civil de 1865 no admitía otro medio de disolución del matrimonio que por fallecimiento de uno de los cónyuges; en el mismo precepto autoriza solamente la separación personal. Como compensación, el dogma de la indisolubilidad, sostiene Josserand, ha sido reforzado todavía en Italia por los Acuerdos de Letrán, el 11 de febrero de 1929. De acuerdo con el concordato celebrado entre la Santa Sede e Italia “el Estado italiano, tratando de devolver a la institución del matrimonio, base de la familia, la dignidad conforme a las tradiciones católicas de su pueblo, reconoce al Sacramento del matrimonio, regulado por el Derecho canónico, consecuencias civiles”. El Código vigente establece la indisolubilidad del matrimonio por divorcio y los cónyuges pueden recurrir únicamente a la separación personal.

Brasil:

Código civil sancionado en 1916 y corregido en 1919, sostiene el principio de la indisolubilidad del matrimonio: “El casamiento válido sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, no aplicándose la presunción establecida en este Código ”,, que se refiere a la ausencia con presunción de fallecimiento, en cuyo caso tampoco se disuelve el vínculo conyugal. El mismo artículo

establece que la “sociedad conyugal finaliza. III. Por la separación, amigable o judicial”.

Colombia:

El nuevo Código Civil establece, en su artículo 152: “El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges”, expresándose en el subpróximo artículo: “El divorcio, no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida en común de los casados”.

Perú:

El nuevo Código Civil dispone, en su artículo 253: “El divorcio declarado disuelve el vínculo del matrimonio”. El artículo 269 expresa: “El divorcio puede limitarse a la separación de los casados”; por conpróximo, la nueva ley autoriza tanto el divorcio absoluto, como la separación personal única forma autorizada, esta última por el Código derogado.

Bolivia:

El artículo 142 del Código civil vigente establece: “El matrimonio se disuelve sólo por la muerte de uno de los esposos”. El artículo 147 dispone que los “tribunales eclesiásticos son los únicos competentes para fallar sobre el divorcio”.

Chile:

Su ley de Matrimonio civil, de 10 de enero de 1884, establece que “el divorcio no disuelve el matrimonio, sino que suspende la vida en común de los cónyuges”.

Separación de cuerpos para los católicos y posibilidad de divorcio para los demás habitantes.

Responden a esta corriente escasos países europeos, que por diversos sucesos políticos han sido absorbidos por tendencias más que liberales en materia de familia, matrimonio y divorcio y que en todo caso no reflejan la libre definalización de sus Parlamentos. Nos referiremos, pues, a su legislación antes de caer bajo la influencia de factores extraños a su propia conformación nacional. Entre ellos se encuentran; Polonia: Los católicos carecían de un régimen de divorcio absoluto, pero sí los ciudadanos pertenecientes a la Iglesia ortodoxa y los protestantes; las demás creencias eran respetadas, estando sometidas a sus propias leyes y procedimiento. Por ley de 28 de junio de 1950 dictase el régimen de la familia, incluso el del matrimonio y divorcio. Conforme a las nuevas disposiciones, la disolución del matrimonio se opera a través de tres formas:

1 ° Por declaración de nulidad;

2º Por divorcio, y

3º Por muerte de uno de los cónyuges.

Divorcio y separación de bienes para todos:

Francia:

Ley de 1884, con las alternativas y modificaciones que hemos analizado precedentemente.

Alemania:

Rige el divorcio absoluto en virtud de la ley de 6 de febrero de 1875, promulgada para el Imperio, principio seguido por el Código civil del 18 de agosto de 1896, aceptando también la separación de cuerpos. Pero los

artículos inherentes al divorcio fueron derogados por el párrafo 84 de la ley de Matrimonio dictada en 1938 la derogación fue confirmada por el párrafo 78 de la ley de Matrimonio de 1946. Según la ley vigente, se reconoce el divorcio vincular, que trae como consecuencia la disolución del matrimonio la legislación alemana reconoce igualmente una supresión de la comunidad conyugal, supresión que no rompe el vínculo matrimonial y es análoga a la separación de otros Códigos.

Dinamarca:

Por ley de 1922, artículos 5º y próximos, admite ambas formas de la disolución del matrimonio. Análogamente, Estonia; Finlandia; Hungría, probablemente modificada por el régimen comunista que se ha entronizado en aquel país mayoritariamente católico; Letania; Noruega; Portugal; Suecia; Suiza; Turquía; Costa Rica; Ecuador; Cuba: “El matrimonio puede disolverse por acuerdo de los cónyuges o a petición de los dos por las causas y en las formas establecidas en la ley”; Guatemala; Panamá; Venezuela.

2.8.7. El problema en los Códigos americanos.

Brasil:

El Código Civil identifica ambos conceptos: “Sevicia o injuria grave”, como causa de separación personal de los cónyuges, incurriendo en un error, pues que la doctrina ha podido discriminar con nitidez la diferencia que media entre ambas figuras. Cabe señalar en descargo del legislador que también otros ordenamientos incurren en la misma confusión.

El Código Civil del Perú define que la injuria grave es causa de divorcio, complementando este precepto con un agregado, al final del artículo, en el que se dice que la precitada causa “será apreciada por el juez teniendo en cuenta la educación y hábitos de los cónyuges”. Una sentencia judicial de los tribunales del mismo país, califica el concepto de la figura que nos ocupa,

expresando: “Procede el divorcio fundado en injuria grave si se acredita el carácter irascible del marido, que lo impulsaba a tener frecuentes pugilatos con su cónyuge, con el padre de ésta y con sus otros parientes”.

Bolivia:

El Código Civil autoriza a ambos cónyuges a demandar recíprocamente el divorcio por exceso, sevicia o injurias graves, inferidos por el uno al otro. Como se advierte, incurre en la misma deficiencia que la ley brasileña, al confundir dos causales en una sola.

Ecuador:

Prescribe el artículo 132 del Código Civil que son también causas de divorcio. 3º Injurias graves y actitud hostil que manifiesten claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial. Estas causas serán apreciadas y calificadas por el juez, teniendo en cuenta la educación, posición social y demás sucesos que puedan presentarse.

Uruguay:

Para la disolución del matrimonio — ya sea en forma de divorcio vincular o separación de cuerpos — prescribe el Código civil uruguayo, que “sólo puede tener lugar. 3º Por sevicias o injurias graves del uno respecto del otro” la jurisprudencia del Uruguay ha definido el concepto de injuria, diciendo: “Para que se decrete judicialmente el divorcio fundado en la causal de injurias graves, no basta que se pruebe que aquéllas han tenido lugar entre los esposos. Es necesario que el actor demuestre que él fue injuriado por su cónyuge” i”. “la doctrina y la jurisprudencia han ido extendiendo el concepto de injuria grave, y no han vacilado en sostener que la comete el cónyuge que falta a los deberes que le corresponden como esposo”. “la injuria la constituye la intención

maliciosa de velar y con el sólo fin de perjudicar, lo que no sucedería en el impulso humano de efectuar unos disparos al auto en que huía la esposa, como medio de salvar el honor o vengarse, pero ajeno en absoluto al propósito de injuriar” “la injuria grave como causal de divorcio no se refiere a las vías de hechos materiales, ni a palabras ni a gestos groseros. Al cónyuge se le injuria por acción o por omisión y la subjetividad de la injuria es la principal característica de esta causal”.

Conflictos de orden internacional.

Un tema importante en cuanto a la separación o divorcio relacionados con la bigamia es el que se refiere a los conflictos de Derecho internacional privado que surgen cuando se contrae matrimonio en un país y se formaliza un nuevo vínculo conyugal en otro país. Tomando como punto de partida la disposición del artículo 19, inciso 19 del Código Penal argentino, no cabe duda de que las penas establecidas por el mismo en materia de matrimonios ilegales, se aplicarán a los autores del delito de bigamia, cometido en territorio de la República, sin distinguir entre nativos y extranjeros. Pero el delito de bigamia no puede existir sino a condición de que una de los dos contrayentes, o ambos, sepan que hay un matrimonio anterior subsistente, y éste puede haberse celebrado en el país o en el extranjero. El delito queda configurado en ambos casos, por la celebración de un nuevo matrimonio en el país. Si el matrimonio anterior se celebró en la República, no habrá dificultad para establecer si subsiste o no. Mas el problema varía si el matrimonio anterior se celebró en el extranjero, y éste es, precisamente, el caso más frecuente en los delitos de bigamia cometidos en el país.

Afirmamos, que en los tres casos ya citados, de matrimonios celebrados en el extranjero —disuelto, el primero, por divorcio declarado en el extranjero; anulado, el segundo, en el extranjero, en virtud de una causal de nulidad no admitida por la ley argentina, y disuelto, el último, fuera de la República, por efecto de una declaración de ausencia dictada por juez competente —, en

estos casos, el vínculo matrimonial ha desaparecido y el nuevo matrimonio de uno de los cónyuges en la Argentina, no configura el delito de bigamia que sancionaran los artículos 134 y 135, inciso 19 del Código penal argentino. Por el contrario, el delito se comete si, celebrado un primer matrimonio en el extranjero, no anulado ni disuelto, uno de los cónyuges contrae un nuevo matrimonio en la Argentina; o si celebrado el primer matrimonio en el país, los cónyuges obtienen sentencia de divorcio en el extranjero y uno de ellos, o ambos, se casan nuevamente en la República. Distinta es la situación que se plantea en los países donde impera el principio de la nacionalidad: Francia, por ejemplo.

Allí el nuevo matrimonio celebrado en el país, por un nacional o extranjero cuyo matrimonio anterior subsiste, configura la bigamia, igual que en el Ecuador, aunque aquí se siga el principio de la territorialidad. Pero en el caso en que un francés contrae nuevo matrimonio en el extranjero, subsistiendo el que celebró anteriormente en el país, puede ser castigado si retorna a Francia; para la ley argentina no sería bigamo, en cambio. Pero si un extranjero vuelve a casarse en país extranjero, mientras subsiste su matrimonio anterior, aquél no será castigado en Francia, tampoco sería condenable para la ley Ecuatoriana.

2.8.8. Divorcio en el Derecho Internacional Privado

Son numerosos los conflictos legislativos que se presentan en orden al matrimonio por la diferente manera como el legislador encara su reglamentación en todo lo atinente al mismo. Aun antes de la celebración del acto, tratándose de los esponsales o promesas de matrimonio, la variedad legislativa es grande respecto a la existencia o no de responsabilidad por la promesa incumplida y en cuanto, en el primer caso, a la extensión de esa responsabilidad. Y luego, en su celebración, respecto a sus formas —laicas, religiosas o mixtas —, capacidad —diferentes edades para el varón y la mujer —, consentimiento, cómo debe manifestarse, oposición, diligencias previas, publicidad, impedimentos, consecuencias con relación a las personas de los cónyuges —derechos y deberes personales de los mismos —, de la prole y a

los bienes —distintos regímenes de bienes —; finalmente, en orden a su nulidad, a la separación o divorcio relativo y divorcio absoluto o vincular.

Es aquí, principalmente, donde encontramos los más complicados problemas y las más diversas soluciones la institución del divorcio, como bien se ha dicho, enlazada con afirmaciones de carácter religioso y moral, ha dado origen en nuestra ciencia a las más encontradas opiniones y en el Derecho positivo a las soluciones más opuestas. Es aquí donde “las posiciones son heroicamente inexpugnables”.

En las legislaciones modernas encontramos tres sistemas diferentes:

- 1) las que admiten el divorcio vincular únicamente;
- 2) las que admiten únicamente la separación personal, separación de habitación o de cuerpos, que deja subsistente el vínculo matrimonial, a la que se conservó la denominación de divorcio;
- 3) Finalmente, las que aceptan ambas, el divorcio vincular y la separación personal de los esposos.

Encontramos, así, primeramente, los conflictos que nacen de la admisibilidad o no del divorcio vincular la diversidad legislativa se manifiesta también en cuanto a las causas de separación personal y de divorcio vincular. Definalizada causa lo es de separación y de divorcio vincular, o únicamente de separación, o únicamente de divorcio; unas requeridas sólo para la primera, exigiéndose otras diferentes para el segundo. Son generalmente admitidas como tales, el adulterio, sevicia, injurias, malos tratos, abandono, condenas, enfermedades, incompatibilidad de caracteres, locuras, tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, provocación a cometer delito, etcétera, y hasta se ha llegado a autorizarlo por el consentimiento mutuo de los esposos o por voluntad unilateral de uno de ellos, como en la ex U. R. S. S., o por voluntad unilateral sólo de la mujer, como en el Uruguay según la ley de 1913.

En la legislación brasileña el mutuo consentimiento puede ser causa de separación, consistiendo ésta y no el divorcio vincular lo único permitido actualmente. En otras legislaciones se expresa “cualquier vicio arraigado de juego, embriaguez o disipación o vida licenciosa”; o “conducta deshonrosa que haga insoportable la vida común”; o “cualquier vicio o falta de moralidad que perjudique la honra, el crédito o la fama de uno de los cónyuges”; o “la voluntad de uno de los cónyuges, si los esposos no han procreado hijos durante los cinco años próximos de la celebración del matrimonio, ni subsiguientemente”; o “prostitución de la mujer o corrupción de los hijos”; o “relaciones sexuales de cualquiera de los cónyuges con otra persona”, queriendo abárcame así el adulterio ordinario como posibles relaciones homosexuales, entre otros.

Entre nosotros, además de las causales taxativamente enumeradas en el artículo 67, ley de Matrimonio civil, se ha sustentado que debía hacerse lugar al divorcio en los casos de “dislocamiento del hogar”, matrimonios desavenidos o dislocados o de incompatibilidad de caracteres o de humor de los esposos, casos en que la unión matrimonial es imposible y el hogar debe considerarse prácticamente destruido y dado que la sociedad no tiene interés alguno en mantener ficticiamente un matrimonio que en la realidad se encuentra roto. Los varios sistemas legislativos pueden ser agrupados en la próxima forma:

- 1º) Simple separación personal por causas definalizadas.
- 2º) Simple separación personal por causas definalizadas y mutuo consentimiento.
- 3º) Divorcio absoluto por causas definalizadas.
- 4º) Divorcio absoluto por causas definalizadas y mutuo consentimiento.
- 5º) Separación personal y divorcio absoluto, ambos sólo por causas definalizadas.

6º) Separación personal por causas definalizadas y derecho absoluto ya por causas definalizadas, como por mutuo consentimiento.

7º) Divorcio absoluto por causas definalizadas y separación que cuerpos ya por causas definalizadas, ya por mutuo consentimiento.

8º Separación personal y divorcio absoluto, ambos por causas definalizadas y por mutuo consentimiento.

9º) Separación personal por causas definalizadas y mutuo consentimiento, cuando uno de los esposos sea católico en la fecha del matrimonio.

10). Divorcio absoluto, por mutuo consentimiento y por la sola voluntad de uno de los esposos la legislación uruguaya, agregaremos, puede configurar un undécimo grupo, completando así aquella clasificación: según las leyes de 1907, 1910 y 1913, se admite la separación personal por causas definalizadas; el divorcio vincular por causas definalizadas, por mutuo consentimiento y por la sola voluntad de la mujer después de dos años de celebrado el matrimonio, artículo 11, incisos 6º y 7º,

Principio paulino.

En cuanto al privilegio paulino -canon 1120, número 1 del Código canónico-, se concede cuando en un matrimonio pagano, uno de los cónyuges se convierte al cristianismo y el otro no se lo tolera. Dispone dicho canon: “El matrimonio legítimo entre personas no bautizadas, ya sea rato, ya haya sido consumado, se disuelve en de la fe por el privilegio paulino”. Tenemos, así, en esa variedad legislativa, otra fuente de conflictos. Pasemos ahora a estudiar las soluciones que se aconsejan seguir:

- 1) ley nacional,
- 2) ley del domicilio matrimonial.
- 3) ley del lugar de la celebración del matrimonio.

4) ley territorial.

5) ley nacional de los cónyuges para la posibilidad del divorcio y lex ion para sus causas.

Ley personal.

Se considera como tal, la ley nacional de los cónyuges. Ella debe aplicarse, se sostiene, porque como el divorcio trae por consecuencia un cambio en el estado personal de los cónyuges divorciados, tiene entonces que regularse o regirse por el estatuto personal de los mismos. Aquél interesa al estado y capacidad de las personas, está en juego su aptitud o no para contraer nuevo matrimonio, por lo que debe aplicarse la ley general de la capacidad. Pero la esposa no adquiere siempre la nacionalidad de su marido por el hecho del matrimonio para que exista así la unidad de ley nacional. Hoy triunfa, la tendencia que lleva hacia la emancipación de la mujer casada en materia de nacionalidad, hacia la equiparación o igualdad jurídica de los cónyuges, como lo hemos destacado en otra oportunidad.

De manera bien puede ocurrir que el marido tenga una nacionalidad y su mujer otra. Para tales casos, ¿habrá que estar a lo que sobre divorcio disponga la ley nacional del marido como jefe de la familia? Tal preferencia violaría aquellos principios, y para ello se opina que para esa hipótesis de tener los cónyuges nacionalidades distintas, habría que exigir que autorizaran el divorcio las leyes nacionales de ambos. De lo contrario no podrían divorciarse. ¿Y si son apátridas, es decir, que carecen de nacionalidad ambos o uno de ellos?, y miles de personas se encuentran hoy en día en tales condiciones. Nuevas dificultades, pues, surgen. ¿Y si tienen ambos, o bien uno de ellos, una doble nacionalidad?

Bien puede ocurrir que, por ejemplo, un argentino hijo de francés, que es argentino por haber nacido en Argentina, de padres franceses y por conpróximo francés para la ley francesa, se casa con una alemana y se ventila el divorcio ante el juez alemán, que por su ley debe aplicar la ley nacional.

¿Cómo considerará ese esposo, argentino o francés? Por la ley argentina, actualmente, no se admite el divorcio vincular, pero si por la ley francesa. ¿Cómo resolver o qué solución seguir? Aun en el supuesto de tener aquellos la misma nacionalidad, puede presentarse el conflicto entre la ley personal o nacional común de los cónyuges y la ley local: Dos esposos españoles que contrajeron su matrimonio en España pretenden divorciarse en Francia, donde están domiciliados, por ejemplo.

A estar a su ley personal o nacional común —ley española —no podrían hacerlo, pero obtendrían el divorcio vincular, porque el juez francés aplicaría su ley de orden público que lo admite, aunque continuaran consistiendo considerados como casados en España, y si contraen un segundo matrimonio en Francia, serán tratados como bigamos en aquella. A la inversa: Dos franceses cuya ley nacional les permite divorciarse a vínculo, pretenden hacerlo en España.

En virtud a la excepción de orden público, por cuanto la ley española sólo admite la indisolubilidad, no podrían hacerlo, o mejor dicho, el juez español por tal motivo no haría lugar al pretendido divorcio vincular. Finalmente, aceptando la ley nacional, se acepta también la posibilidad del fraude a la ley, es decir, que los esposos, con el fin de conseguir un divorcio vincular imposible de lograr, de acuerdo a su nacionalidad o a su ley nacional, cambian de nacionalidad, naturalizándose en un país cuya ley lo admite. Y es a veces muy difícil la prueba de la intención fraudulenta, por lo que es preferible, más bien rechazar una solución que posibilita ese *fraudem legis*.

Y lo mismo cabe decir respecto de las causas que establecidas en una ley no lo están en otras y se realiza la naturalización o el cambio de nacionalidad, con el propósito de conseguir un divorcio por una causa que no era tal antes de tal cambio aun cuando se ha aconsejado que no debe hacerse lugar al divorcio después de esa naturalización sino por causas que hayan surgido con posterioridad a la misma, o que no tendrá validez, como causa de divorcio, un hecho ocurrido antes de cambiar ambos esposos de nacionalidad, cuando la ley nacional antigua no la reconocía como tal causa. Así, por ejemplo, una enfermedad contagiosa que no es causa en Holanda y dos esposos

holandeses se naturalizan en Alemania, donde lo es, para conseguir por esa causa el divorcio, etcétera.

Ley del domicilio matrimonial las causas que provocan u originan el divorcio se producen ordinariamente en el lugar del domicilio matrimonial, en el lugar en donde viven de consuno. Además, ese domicilio es común, uno mismo para ambos cónyuges, y definaliza también la jurisdicción competente, coincidiendo así ésta con la ley aplicable finalmente, consistiendo la ley de divorcio vincular de orden público o relacionándose con éste la disolubilidad o indisolubilidad, será pronunciado aquél o no de acuerdo con la Lex Fori. Una y otra “se impone respectivamente dentro de los países que optan por una u otra de tales soluciones y que las aplican a todos los que puedan solicitar en relación con ellas la intervención de sus autoridades judiciales”. Así, si en ese lugar rige la disolución del vínculo, el juez del mismo la declarará para los allí domiciliados, aunque no esté permitida por la otra ley del lugar distinto de celebración.

Ley del lugar de la celebración del matrimonio. Se sostiene que el divorcio debe regirse por la ley que ha presidido la formación del matrimonio, pues se parte de la base de que el matrimonio es una convención civil ordinaria, un contrato y, en consecuencia, la ley que rigió la creación de las relaciones entre los cónyuges, debe también regir la disolución. Fue defendida por Putter y Rocco, quien se expresaba en estos términos: “la facultad de regular el divorcio debe incumbir a la ley que reguló *abnatio* la constitución del matrimonio. No se puede de ningún modo sostener que todo aquello que concierne a la validez y legitimidad de un contrato, deba regularse por una ley, y lo que se refiere a su disolución o anulación deba serlo por otra distinta.

En una palabra, el marido, mediante un cambio de domicilio, queda tener la facultad para cambiar la facultad de la mujer, mas no para privarla de derechos legítimamente adquiridos. Ahora bien, el primero de ellos es ciertamente el no poderse disolver en virtud de leyes extranjeras, los lazos que en el orden local eran indisolubles”. O ley del domicilio matrimonial a la época de la celebración del matrimonio.

Se parte de la base equivocada de considerar el matrimonio, como un mero contrato que debe entonces regirse por los principios comunes a éstos, reparándose solamente en que el consentimiento de los contrayentes es esencial, indispensable para su existencia, pero no se advierte que si las personas tienen la libertad de celebrarlo o no, una vez que lo realizan, su voluntad es completamente descartada; ya el principio de la autonomía de la voluntad no juega, no desempeña ningún rol, pues ya la ley es la única que impera, la que reglamenta exclusivamente las relaciones de toda índole que de él derivan, sin que los cónyuges puedan apartarse de sus preceptos, porque el legislador los dicta teniendo en cuenta que el matrimonio es la base de la familia, y ésta constituye la célula de la sociedad, de donde todo lo relativo a la organización familiar es de carácter exigitorio o de orden público.

Como enseña la doctrina, los caracteres del matrimonio modernamente son los próximos:

- 1) Es una institución de orden civil, la cual puede y debe ser organizada por el Estado con independencia de su carácter religioso; y
- 2) Es una institución de orden público, excluida del imperio de la autonomía de la voluntad, dado que el matrimonio se rige exclusivamente por las reglas que el legislador ha creído necesario establecer, las cuales no pueden ser apartadas por los contrayentes para crearse un régimen propio, distinto del que esas reglas autorizan: las leyes del matrimonio no pueden ser dejadas sin efecto por los particulares las convenciones de los particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público o las buenas hábitos.

Ley nacional de los cónyuges para la posibilidad del divorcio y “lex fori” para sus causas. Se preconizó esta solución por el Instituto de Derecho Internacional durante sus sesiones de Hédelberg, en 1887, y de Lausania, en 1888 la admisibilidad del divorcio debía estar sometida a la ley nacional de los esposos, pero una vez admitido el divorcio en principio por la ley nacional, las causas que lo motivan debían ser las que estableciera la ley del lugar en que la

acción se intentase. Con respecto a lo primero, hemos ya señalado sus inconvenientes. En cambio, la Convención de la Haya, de 12 de junio de 1902, estableció que los cónyuges no pueden intentar una acción de divorcio sino cuando la admiten su ley nacional y la del lugar en que ejercitan la acción y que no sea por causas diferentes. Y lo mismo en cuanto a la separación, pero si ambas leyes sólo admiten la separación, exclusivamente, entonces podrá solicitarse por los motivos que únicamente fije la ley nacional. El texto de dicha Convención es el próximo:

I) Para formular demanda de divorcio los esposos han de estar autorizados por su ley nacional y por la ley del lugar donde se interpone.

II) No puede pedirse el divorcio sino por las causales o motivos consignados a la vez en la ley nacional de los esposos y en la ley del país donde se presenta la demanda. En caso de contradicción entre una y otra ley, el divorcio no podrá ser declarado.

III) La separación personal puede ser solicitada:

1° Si la ley nacional de los esposos y la ley del lugar donde la acción se intenta la admiten;

2° Si la ley nacional no admite el divorcio y la *lex fori* no admite sino la separación personal.

IV) la separación personal no puede pedirse sino por las causas admitidas a la vez por la ley nacional y la *lex fori*. En el caso del número 2 ° del artículo anterior, se solicitará por los motivos admitidos en la ley nacional.

V) la demanda de divorcio o de separación personal puede presentarse:

1 ° Ante el tribunal competente del lugar donde los esposos estén domiciliados.

Si según su ley personal los esposos no tienen el mismo domicilio, en el del demandado. *Actor sequitur, forum rei*, sin embargo, es reservada la aplicación de la ley nacional que para los matrimonios religiosos estableciese una

jurisdicción especial y exclusivamente competente para conocer en las demandas de divorcio o de separación personal;

2º Ante la jurisdicción competente, según la nacional de ambos esposos.

VI) Cuando éstos no tuviesen la misma nacionalidad, su última legislación común deberá considerada como su ley personal. El legislador regla el matrimonio y organiza la familia ya en base a la indisolubilidad o ya de la disolución del vínculo matrimonial la ley que así lo disponga en una u otra forma, es de orden público y en tal carácter debe ser aplicada siempre en el territorio del Estado por sus jueces, o exclusión de toda ley extranjera que afecte por disponer lo contrario y cuya aplicación también se pretendiere las leyes de orden público, constituyen la barrera a la aplicación del Derecho extranjero, son absolutas y generales, como territoriales, y a ellas están sometidos todos en el territorio donde imperan.

Así, si en un caso se ha legislado en base a la indisolubilidad del matrimonio, no podría declararse en él, su disolución, so pretexto de que la ley extranjera de la persona que le invoca, admita el divorcio vincular; y a la inversa: el juez del país cuya ley permita este modo de disolución del matrimonio, debe hacerse lugar a él, declararlo procedente, si tiene competencia, como es obvio, aunque lo contrario dispusiera la ley extranjera que se invocara por parte interesada por ser su ley personal o la ley del lugar de la celebración del matrimonio que no admitieran la disolución la ley de indisolubilidad o de disolución en uno y otro caso, por ser de orden público, asume, diremos así, su pleno imperio y reclama su aplicación indiscutible y excluyente de toda otra foránea contraria.

No puede sostenerse que sólo los que imponen la indisolubilidad del matrimonio cuidan el orden de la familia y que los que permiten el divorcio vincular lo descuidan, pues como bien se ha observado: “tanto unas leyes como las otras tienen por objetivo el orden de la familia y el orden social, en la tutela de ambos se inspiran las disposiciones tanto de unas como de otras, diversas, no ya en cuanto al propósito final, sino en cuanto creen alcanzar por diversos caminos, idéntico objetivo”.

No es acertado decir que “la indisolubilidad del vínculo matrimonial asegura la manera más eficaz la protección de los intereses sociales, la constitución y solidez de la familia, base del Estado”, y que “la disolución del vínculo produce un relajamiento en aquellos elementos cuya condición se busca”, pues “no se puede negar que el legislador que implanta la institución del divorcio se inspira también en consideraciones superiores de orden social; no se puede negar que existe en este caso, la misma vinculación con el orden público; no se puede negar que busca también análoga finalidad de robustecimiento de la familia y del estado, entendiéndolo que la logra mejor al permitir la disolución del vínculo matrimonial cuando se han producido sucesos que han originado esa situación en la realidad de los hechos”.

Para el ilustre jurista uruguayo José P. Várela, era indiscutible que la ley del divorcio vincular es de orden público por afectar las buenas hábitos, y agregaba en su conocido estudio que sirvió de orientación a los jueces de su patria: “Podrá creerse que el legislador ha estado equivocado al aceptar esa institución, pero nadie podrá negar que lo ha hecho teniendo en cuenta altas razones de moral, de política y de garantía social. Todo lo” que atañe a la organización de la familia, que es la base fundamental de la sociedad humana, interesa directa y principalmente al orden público y las buenas hábitos, y no se puede negar, como lo ha dicho la Corte del Estado de Massachussets, que el divorcio tiende a suprimir la desorganización de la familia y a propender a la formación de otras uniones más armónicas”.

No puede por ello decirse por los partidarios de la disolución del vínculo que sea inmoral o contraria a los buenos hábitos la simple separación personal, ni a su vez, por los sostenedores de esta última, que lo sea la disolución del vínculo. Otro tanto cabe decir de las causas tanto de separación simplemente como de disolución o divorcio vincular. El legislador las fila y enumera taxativamente y no quiere que en su territorio se declare por la autoridad competente una u otra, sino por las únicas que ha admitido a tales fines y no por otra.

No olvidemos que esas causas constituyen o implican violaciones a los deberes u exigencias personales a los cónyuges, consecuencias del

matrimonio en orden a la persona de los mismos y que el legislador impone, por lo que los esposos no pueden renunciar a ellos o dejar de cumplirlos sin recibir la condigna sanción, dando nacimiento así a aquéllas. Son exigencias impuestas y derechos conseguidos en miras de la mejor organización de la familia y de la sociedad y, en consecuencia, de orden público, que quedan fuera de la autonomía de la voluntad. Bien hace notar Vico que en la generalidad de las situaciones que dan lugar a divorcio, se trata de la existencia de una infracción por parte de uno o de ambos de los cónyuges, de alguno de los deberes de carácter personal que impone el matrimonio a los contrayentes.

Piénsese en cuáles son los principios que regulan el régimen internacional, de los derechos y deberes de los esposos, porque si el divorcio o la separación personal derivan de la infracción de esos deberes, es evidente que la ley que rige esos deberes rige también o puede tener influencias en la sanción de esas infracciones. Y agrega que hasta “en los casos en que las legislaciones no exigen fundar expresamente el proceso de divorcio en la infracción de alguno de los deberes de los esposos, por ejemplo, cuando se admite el divorcio por mutuo consentimiento sin expresión de causa, o cuando se admite por la sola voluntad de una de las partes, siempre supone, aunque no se exprese causa, que hay una que mueve la voluntad de la parte o de las partes, definalizada por motivo.

De manera que lo que debe decirse en este caso, no es que el divorcio es caprichoso o arbitrario, sino que las causas no se expresan: pero el hecho de presentar un pedido de divorcio está revelando que hay una causa. De manera que siempre hay causa, sea que esté confesada en el proceso, sea que se la presuma y que prescindan de enunciarla y establecerla”. Pero esos derechos y deberes personales de los cónyuges se ejercitan y cumplen en el lugar del domicilio matrimonial, donde los esposos viven de consuno, donde está el hogar, por lo que se hace regir por la ley de ese domicilio conyugal, con preferencia a la ley nacional o a la del lugar de celebración del matrimonio, y si las infracciones o violaciones a tales deberes, conforman o generan las causas de separación personal y de divorcio vincular, las que se producen

generalmente en ese lugar, será la ley de ese lugar, es decir, entonces la de ese domicilio matrimonial la que debe aceptarse para regir aquellas causas.

Y es ese mismo domicilio matrimonial el que define la jurisdicción competente para entender en la separación personal y en el divorcio, y es la ley de ese mismo domicilio la que regirá la separación personal y el divorcio. Tenemos, así, que en ese domicilio conyugal se ventilará el proceso respectivo, porque serán sus jueces los competentes para ello, quienes aplicarán su ley de indisolubilidad o de disolución del vínculo, de separación personal o de divorcio vincular, que es de orden público, y teniendo presentes las causales que haya establecido su legislador.

Como decía Quintana en su informe, en el Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo, de 1889: “Por lo que hace a las relaciones personales de los casados, consistiendo las leyes que las establecen de verdadero orden público, en razón de los mismos de interés general que las animan, no pueden ser regidas por otra ley que la del domicilio matrimonial. ”, y así se estableció en el artículo 12 del Tratado de Derecho Civil Internacional: “Los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto afecta a sus relaciones personales, se rigen por las leyes del domicilio matrimonial. Si los cónyuges mudaren de domicilio, dichos derechos y deberes se regirán por las leyes del nuevo domicilio”.

Concordante artículo 62 en cuanto a la competencia de los jueces de ese domicilio para todas las cuestiones que afecten las relaciones personales de los esposos. Disposiciones ambas reproducidas en el Tratado de Derecho Civil Internacional sancionado en el segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo, de 1940, artículos 14 y 19. De modo, pues, que no corresponde separar o desvincular las causas del divorcio, del divorcio mismo, pues la ley que rige al uno rige también a las otras: Es una misma ley, la del domicilio matrimonial, la que decidirá si es o no procedente su declaración o por qué causas.

Sólo en el caso de hacer regir por ley personal su procedencia o por la ley del lugar de celebración del matrimonio, cabe esa separación respecto a indagar si

las causas pueden obedecer a otra ley; pero aún así, se han sometido éstas a la ley del proceso, a la Lex Fori, a la ley del domicilio matrimonial, donde se ha entablado la acción.

Lo resolvió ya de este modo el Instituto de Derecho internacional en sus reuniones de Heidelberg y de Lausana, al someter el divorcio a la ley nacional de los esposos y sus causas a la ley del lugar en que la acción se intenta. Tal es la opinión igualmente de algunos partidarios de la ley personal, como Weiss, por ejemplo, quien se pregunta si un sujeto belga puede hacer valer en Francia la disposición de su Código civil, que permite el divorcio por consentimiento mutuo, o si un suizo puede prevalerse ante un tribunal francés para obtener la disolución de su matrimonio, de la enajenación mental incurable de su cónyuge, y responde cuando el legislador se ha decidido a romper con la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio, ha limitado severamente a un pequeño número las causas de divorcio, y si ha dejado fuera de su enumeración el consentimiento mutuo y la enajenación mental, por ejemplo, es porque él ha juzgado que su adopción perjudicaría al interés general, que quiere la organización de la familia no quede librada a los caprichos de una voluntad efímera, y que el esposo enfermo no el derecho de recurrir a los cuidados del cónyuge el día en que más directamente necesite de ellos”.

Finalmente, es la solución preconizada por el artículo 54 del Código panamericano o Código de Derecho Internacional privado vigente en quince Repúblicas americanas. Estatuye: “las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someterán a la ley del lugar en que se soliciten, siempre que en él estén domiciliados los cónyuges”. Y como lo expresa su autor, Bustamante y Sirven: “la disolución del matrimonio se otorga por altas razones de orden moral, que cada legislación aprecia y que no puede dejarse, dado el motivo que las definalizan, a poderes legislativos extraños”. En aquel artículo se declaran, pues, territoriales las disposiciones relativas a dichas causas.

2.9. Código Sánchez Bustamante

2.9.1. Aplicación

El Código de Bustamante es Derecho positivo vigente y constituye una norma orgánica de gran importancia para el desarrollo de la codificación del Derecho Internacional Privado Americano, sin embargo la doctrina al reconocer sus meritos y los esfuerzos del autor ha observado que el Código tiene deficiencias que deben señalarse y tratar de eliminarse en una futura reforma. A pesar de los señalamientos muchos de ellos justificados este Código resulta de gran importancia para los intentos de unificación del Derecho Internacional Privado.

El Código tiene 437 artículos que lleva su nombre y que no se impuso por la fuerza de las armas o la de los votos, sino que fue voluntariamente adoptado por 15 estados de América Latina. Su objetivo era resolver los conflictos de leyes que se presentaban entre estados, que animados del mismo espíritu jurídico padecían, sin embargo la diversidad de reglas técnicas de la legislación.

Este código de Derecho Internacional Privado se ha destacado desde su presentación en 1925 como obra cumbre por su éxito en la Historia del Derecho Internacional al celebrarse en 1928 la Conferencia Interamericana en Cuba se aprueba el Código de La Habana o Código de Bustamante, vigente actualmente y sigue siendo muy significativo en su disciplina.

Se pronuncia por mejorar el Código Civil en el concepto de familia a su entender el marido y la mujer debían tener los mismos derechos y las mismas obligaciones. Considera a la felicidad un derecho humano afirmando. Hay un derecho humano tal vez el más importante de todos para la vida civil, que suele andar en labios sajones y que raramente invocamos los latinos, es el derecho a la felicidad que todos debemos perseguir en la tierra al amparo de las leyes⁸.

2.10. Eficacia de la sentencia

2.10. 1. Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras

⁸ **García**, Fernandez Irsa Teresa.**García**, Rodríguez Yadira Victoria Universidad Central de Las Villas. Pensamiento filosófico de Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven www.derecho.sociales.uclv.edu.cu

Se conoce como *exequátur* el procedimiento legal mediante el cual los jueces nacionales reconocen una sentencia extranjera, el término viene del latín *exequátur* que significa que ejecute o que cumplimente. Es además una importante institución del derecho internacional privado, que ha soportado importantes cambios, pues históricamente los jueces nacionales eran muy reacios a reconocer sentencias extranjeras. Todo esto ha ido cambiando paulatinamente no solo en Ecuador sino alrededor del mundo, pues se ha visto que es una necesidad hacerlo, la misma que no afecta, como se creía, la soberanía de las naciones.

El reconocimiento de una sentencia extranjera es necesario para que produzca efectos en el extranjero, no solo efectos ejecutivos sino también probatorios, o que de base al reconocimiento de derechos o situaciones.

♦ Sin embargo la ejecución de la sentencias comprende únicamente las sentencias de condena, que son las que requieren cumplimiento coactivo, en caso de que el obligado no cumpla.

Efectos de una sentencia pueden ser:

- a) Probatorio (ejemplo un acción de declaración de paternidad)
- b) efecto secundario o reflejo (sentencia penal que sirve como causal de divorcio), y
- c) el efecto imperativo (que es distinto según estemos frente a sentencias declarativas, constitutivas o de condena).

Dependiendo de los efectos que queramos hacer valer y de la naturaleza de la misma, estamos frente a reconocimiento y ejecución o solamente reconocimiento.

RECONOCIMIENTO: dota a la sentencia extranjera de plena eficacia en el ordenamiento donde se pretende que despliegue sus efectos, ya sea los efectos de cosa juzgada material y formal.

Para dotar de eficacia ejecutiva tenemos dos sistemas.

- ◆ Sistema “*actio judicati*”, propio del sistema anglosajón: Se debe iniciar un nuevo proceso en el estado donde se pretende ejecutar.
- ◆ Se inicia un sistema específico denominado “*exequatur*”, donde se exige que la sentencia extranjera cumpla ciertos requisitos

2.10.2. ALGUNOS REQUISITOS EXIGIDOS

GARANTIAS PROCESALES.

- ◆ NO CONTRADICCIÓN CON EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL DEL JUEZ REQUERIDO.
- ◆ CONTROL DE LA LEY APLICABLE.
- ◆ AUTENTICIDAD: LEGALIZACIÓN, TRADUCCIÓN

COMPETENCIA DEL JUEZ QUE DICTO LA SENTENCIA

- ◆ AUSENCIA DE CONTRADICCIÓN CON UNA DECISIÓN JUDICIAL PENDIENTE, O YA PASADA EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA

2.10.3. CIDIP II sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos extranjeros

Se utiliza la terminología eficacia, en vez de reconocimiento y ejecución, englobando los dos conceptos.

♦ **AMBITO DE APLICACIÓN:** Material: civiles, comerciales y laborales. Se puede restringir a condenas patrimoniales

Se puede ampliar: indemnizaciones civiles dispuestas por sentencias penales, resoluciones que finalizan el proceso, resoluciones de aut. Jurisdiccionales

REQUISITOS QUE DEBE REUNIR EL FALLO:

A) FORMALES:

a) Deben revestir de las formalidades externas necesarias para que se consideren auténticos del estado donde provienen.

b) Legalizados.

c) Traducidos al idioma oficial.

PROCESALES

A) COMPETENCIA INTERNACIONAL, del juez que dictó sentencia de acuerdo con la ley del estado requerido. "COMPETENCIA INDIRECTA".

B) RESPETO AL DEBIDO PROCESO: a) citación regular del demandado (que el emplazamiento sea similar al previsto por el estado requerido), b) asegurar la defensa de las partes.

C) QUE HAYA PASADO EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA.

D) REQUISITOS SUSTANCIALES:

No se deben contrariar los principios y las leyes de orden público donde se solicita la ejecución.-

Los jueces de un Estado se pueden atribuir competencia exclusiva para conocer de determinadas materias.

♦ Según Herbert, se desprenden las siguientes conclusiones:

a) La jurisdicción es atribuida a los jueces del propio Estado.

b) Se excluye cualquier otra jurisdicción con prescindencia de cualquier otro estado.

c) Se aplica la ley del foro

2.11. Tratados o convenios

- Convención Interamericana sobre Exhortos o cartas rogatorias
- Convención de La Haya sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.
- Convención por la que se Suprime el Requisito de la Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros.
- Convención Sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento de Sentencias Arbitrales Extranjeras.
- Convención Interamericana Sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.
- Convención Sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras.

CAPITULO III

3. JURIDICIDAD DE LA MIGRACIÓN

3.1. Antecedente histórico

Abordar la relación entre la propuesta contemporánea de los derechos humanos, las dinámicas migratorias y de la globalización; para luego establecer parámetros para políticas migratorias, es un urgente desafío que requiere ser trabajado por el conjunto de organizaciones de la sociedad civil y del Estado. Es a la vez, un reto para la producción de conocimiento, pues cada uno de estos campos son complejos, conflictivos y en constante construcción. En esta presentación se aborda algunas tensiones y paradojas contenidas en esos discursos.

La migración humana entendida en su sentido más amplio indica el cambio de las personas de un lugar a otro, en palabras de Lelio Mármora es *“el desplazamiento residencial de población desde un ámbito socio-espacial a otro, entendiéndose por éstos los ámbitos donde las personas desarrollan su reproducción cotidiana de existencia”* (Mármora, 2002: 89). La migración es un hecho consustancial a la humanidad y presupone la libertad de hacerlo.

Varios factores como las motivaciones de las personas, la temporalidad de los desplazamientos, las condiciones políticas, culturales, económicas que generan los flujos y las formas en que éstos se dan, son los que caracterizan las grandes olas migratorias ocurridas a través de la historia.

Históricamente se destacan cuatro grandes “olas” o etapas migratorias. La primera, ocurrida durante el Paleolítico e inicios del Neolítico, que permitió el poblamiento del planeta. La segunda vinculada a un crecimiento demográfico importante y al surgimiento del Estado-ciudad. La tercera etapa surgida durante la conformación del Estado moderno en Europa occidental, basada en procesos de conquista y colonización, en el surgimiento y expansión del

sistema capitalista, que da lugar a la primera sociedad mundial y en una explosión demográfica. La cuarta etapa migratoria se ubica a partir del fin de la guerra fría y se da en medio de un desequilibrio económico y demográfico entre norte y sur. (Campillo, 2005: 108-133).

Precisamente nos encontramos en esta cuarta etapa, donde los flujos migratorios se generan en un momento histórico denominado “globalización”, el mismo que viene generando profundos cambios en las sociedades humanas y de éstas en la relación con su entorno. A la vez, dichos flujos migratorios también configuran los procesos globales actuales, pues reconfiguran a las sociedades de destino. Es por ello que la migración es un tema de preocupación en diversas instancias y avanza en constituirse como un tema clave en la agenda mundial.

Las dinámicas migratorias internacionales y transnacionales aparecen hoy como uno de los grandes “problemas” mundiales, Mármora interroga sobre cuáles son las razones para que se de este énfasis -por lo general planteado desde el “mundo desarrollado”- ya que si se analiza el crecimiento porcentual de la migración respecto del total de la población mundial y los efectos que ella produce, no hay correspondencia plena con las percepciones generalizadas, que miran a la migración como un hecho de enormes dimensiones, negativo y que debe ser controlado (Mármora, 2005, 32-34).

La direccionalidad actual de dichos flujos migratorios difiere de la etapa anterior, ya no es desde Europa Occidental hacia el resto del mundo, ahora es al contrario, se origina en los países pobres y van hacia los ricos; dinámica que se reproduce a otras escalas, por ejemplo de países que tienen un desarrollo menor hacia otros con cierto grado más “avanzado”.

Aunque relegada a un segundo plano, la migración interna en cada uno de los países continúa siendo muy importante, tanto por el número de personas que

se desplazan de un lado a otro, como por los cambios culturales, políticos y económicos que genera.

La direccionalidad responde a la misma lógica de las migraciones internacionales y transnacionales, de zonas rurales a urbanas y de poblados o ciudades pequeñas hacia otras más grandes; esto es, de lugares con menores oportunidades hacia otros que prometen el estilo de vida “próspero” del sistema capitalista.

En suma, las distintas dinámicas migratorias acentúan la forma de vida urbana y el crecimiento de las ciudades en una lógica capitalista globalizada, que no se limita a una dinámica económica, pues a la par, es una propuesta cultural ampliamente interiorizada por la mayoría de la población en el mundo.

La “globalización” implica un profundo debate respecto de las características y alcance de los Estados-nacionales en el nuevo orden global y de los grandes procesos de concentración de recursos y riqueza. Esto está provocando una de las mayores desigualdades económicas, políticas y culturales generadoras de grandes procesos de exclusión y que la migración sea parte de la gran paradoja entre una amplia liberalización de la circulación de capitales y bienes, mientras se restringe la movilidad de la fuerza de trabajo y de las personas, mediante la implementación de medidas de control respectivas.

En términos generales se ubican tres discursos en torno a la relación entre globalización y migración. El primero, explica los flujos migratorios como efecto de la globalización caracterizada por el modelo neoliberal o la “internacionalización de la economía” que genera bloques de países desarrollados y subdesarrollados, que reorganiza los mercados de trabajo deteriorando el valor de la mano de obra no calificada; por ello la migración es vista como una redistribución de la pobreza en medio de las brechas de los países ricos y no es deseada (Mármora, 1996: 7-9).

El segundo discurso ubica los flujos migratorios como un ámbito no globalizado es decir, que como parte de la globalización, la migración aún no es alcanzada, pues de serlo habría liberalización de sus movimientos. Esto implica ver la globalización como una fuerza superior, un hecho externo a lo nacional y lo local, que va homogenizando las distintas esferas de la vida. Lo expresa claramente la siguiente cita:

Este fenómeno de la globalización, aunque tiene una profunda incidencia en nuestras vidas, no ha logrado penetrar en el campo de la movilidad de la mano de obra, la cual sigue siendo objeto de severas restricciones a escala mundial, que lejos de superarse están agravándose con el correr del tiempo, particularmente en el mundo desarrollado. (Otto Boye, 2002)

El tercer discurso, que se podría denominar innovador, propone otras entradas de análisis. La “globalización” no como un concepto unívoco, sino como una relación compleja entre la constitución de lo global y lo local, con sus distintas escalas y referida a todos los ámbitos de la vida social, como son los avances científicos y tecnológicos, la comunicación, la producción simbólica, construcción de imaginarios y subjetividades, la economía, la política, el Estado-nación, entre otras incidencias. Las interrelaciones son densas y la discusión de la determinación económica o de cualquier otra determinación, es constante.

3.1. Estudio de los Convenios ratificados

INTERVENCIÓN DE LA SECRETARÍA GENERAL IBEROAMERICANA (SEGIB) EN LA IX CONFERENCIA SUDAMERICANA DE MIGRACIONES (CSM)

Quito, Ecuador, 21 y 22 de septiembre de 2009

Recomendaciones del Seminario-Taller "Proyecto de Ley de Apoyo a los Migrantes Ecuatorianos y sus Familias"

**Plan Migración, Comunicación y Desarrollo (PMCD) H. Congreso Nacional
Asociación para la Cooperación Internacional y Ayuda Humanitaria
(ALISEI) Fondo Ecuatoriano Populorum Progressio (FEPP)**

Quito, 1 de abril de 2004

CONVENCION SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CODIGO BUSTAMANTE)

ADOPTADO EN: LA HABANA, CUBA

FECHA: 02/20/28

CONF/ASAM/REUNION: SEXTA CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA

Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. Ecuador 9-11-1981 (r)

Divorcio y migración

1. ¿Cómo afectan los temas de inmigración de su caso de divorcio?

Cada año, más de 400.000 ciudadanos de los Estados Unidos, casarse con personas nacidas en el extranjero y de petición de ellos para obtener la residencia permanente en los EE.UU. Los cónyuges de ciudadanos de EE.UU. es considerado como "parientes inmediatos" bajo las leyes de inmigración, y están exentas todas las limitaciones de forma numérica.. En otras palabras, el matrimonio con un ciudadano de los EE.UU. es el carril rápido a una tarjeta verde.

Su cónyuge puede ser uno de ellos. Cuando el divorcio es inevitable,

tendrá que estudiar la forma de manejar los temas de inmigración pertinentes para usted o su cónyuge. A menos que haya problemas evidentes de fraude en cuestión, los tribunales de Nueva Jersey son en su mayoría de simpatía hacia un cónyuge inmigrante y sus hijos.

Una doctrina fundamental de divorcio y casos de inmigración es que una persona que emigra a los EE.UU. sobre la base de un matrimonio que es menor de dos años en el momento de su admisión recibirán estado condicional de residencia permanente. El condicional de residencia permanente tiene una duración de dos años. Para alcanzar la plena condición de residencia permanente, el residente condicional debe presentar una petición con el INS antes del segundo aniversario de su ingreso / ella como un inmigrante. En ese momento, si el matrimonio sigue intacta luego el inmigrante recibirá una residencia permanente total. Por el contrario, si el matrimonio se disuelve luego el inmigrante pierde su condición de inmigrante y se convierten en deportación.

3.2. Hemos patrocinado la solicitud de inmigración de mi cónyuge.

He escuchado incontables historias de esposas de residentes extranjeros que engañan a sus maridos. En la mayoría de los casos, el cónyuge extranjero empieza a engañar a su marido una vez que los dos enfoques aniversario. Si usted patrocina las solicitudes de inmigración de su cónyuge, y si el matrimonio se termina, entonces usted debe retirar su patrocinio con prontitud debido a que han asumido la responsabilidad para apoyar a su cónyuge y sus dependientes y sus patrocinadores por sus dependientes. Cuando una persona firma la Declaración Jurada de Apoyo, usted acepta la responsabilidad legal para apoyar financieramente el inmigrante patrocinado (s) hasta que se conviertan en ciudadanos de EE.UU.

Se debe destacar que el divorcio no tiene por qué terminar sus responsabilidades financieras hacia su cónyuge inmigrante antes de que él o ella se convierte en un ciudadano de los EE.UU. a menos que él o ella deja a

los Estados Unidos. Un cónyuge-patrocinador debe retirar cualquier Petition for Alien familiares y la Declaración Jurada de Apoyo a la mayor brevedad posible si el proceso de divorcio son eminentes.

3.3. ¿Cómo son las solicitudes de inmigración basada en el matrimonio tratado después de un divorcio?

Cuando una solicitud de inmigración que se basa en el matrimonio está pendiente ante el INS, a continuación, el inmigrante será considerado fuera de estatus tras la disolución del matrimonio. También hay una gran posibilidad de que el cónyuge extranjero puede ser sujeto a procedimientos de expulsión después de que el caso de divorcio está terminado.

Una persona que emigra a los Estados Unidos sobre la base de un matrimonio que es menos de dos años de edad en el momento de su admisión recibirán la residencia permanente condicional. Si el matrimonio sigue intacta en el segundo aniversario, a continuación, el inmigrante recibirá una residencia permanente total. Mientras tanto, si el matrimonio termina en divorcio, el cónyuge inmigrante pierde su condición de inmigrante y se convierten en deportación. En caso de matrimonio de calificación ha terminado en divorcio o anulación durante los dos años del período de residencia condicional, el residente condicional puede solicitar una exención del requisito de presentación conjunta basada en la buena fe de las partes, cuando entró en el matrimonio.

3.4. ¿Qué es un estatus de residencia condicional?

El estatuto de residente condicional se concede a un extranjero a los Estados Unidos o un residente permanente legal en un matrimonio que se considera de buena fe y que es inferior a dos años de edad. La situación está condicionada por otros dos años. Si el matrimonio dura más de dos años en el momento de aplicación del estatuto, a continuación, que el extranjero pueda ser aprobada para el estatuto permanente legal, sin ninguna condición.

El ciudadano de EE.UU. puede presentar una petición para su cónyuge extranjero para recibir una visa de inmigrante. Un extranjero con la petición aprobado de visa de inmigrante se podrá expedir una visa de inmigrante por un puesto consular de EE.UU. en el extranjero y utilizar la visa para ser admitido a los EE.UU. como residente permanente. Además, algunos extranjeros que ya en los EE.UU. puede utilizar una visa de inmigración aprobado una petición para obtener el estatuto de residente permanente a través de un ajuste dentro de los EE.UU. El INS entrevista a la pareja a determinar la buena fe del matrimonio.

El estatuto de residente permanente condicional se convierte después del segundo aniversario del estatuto de residencia si el extranjero y el cónyuge peticiones conjuntamente presentar una petición I-751 que es firmado por ambas partes. Esta se presenta dentro de los noventa días del segundo aniversario de la concesión del estatuto de residente condicional extranjero. A partir de entonces, son entrevistados por un examinador del Servicio de Naturalización de Inmigrantes INS (*Immigration and Naturalization Service* por sus siglas en inglés) para ver si su matrimonio es legítimo.

3.5. Ahora estoy involucrado en un feo divorcio. Yo soy una mujer residente de Brasil y mi marido me cogió engañando. Se niega a que me ayude con el proceso de la petición I-751.

¿Qué puedo hacer para mantener mi estado migratorio?

En mi experiencia, muchos cónyuges extranjeros engañan a su cónyuge. El engaño se produce a menudo cerca del segundo aniversario de la pareja. Si el cónyuge extranjero, es un extranjero residente condicional por al menos dos años, entonces él o ella no necesitará la ayuda de su cónyuge para procesar la petición I-751. Si el matrimonio es inferior a dos años, el cónyuge extranjero puede solicitar una exención. La renuncia puede basarse en una o varias de las siguientes razones:

dificultades extremas si fuera deportado, la terminación de un matrimonio de buena fe o de su cónyuge ha maltratado a su niño.

La renuncia de buena fe exige que el matrimonio se celebrará con la calificación de buena fe por el cónyuge extranjero, el extranjero no estaba en falta al no cumplir el requisito de presentación de la petición conjunta, y el matrimonio se terminó con una calificación distinta por la muerte cónyuge que pidió. El cónyuge debe demostrar que fue maltratada durante el matrimonio, y que fue víctima de la crueldad extrema por parte del cónyuge ciudadano de los EE.UU.

3.6. ¿Cómo el divorcio afecta a la publicación de mi tarjeta de residente condicional?

Los extranjeros que obtengan su residencia permanente basada en su relación con un cónyuge que es ciudadano de EE.UU. o el cónyuge extranjero de un padre ciudadano de EE.UU. se concede la residencia permanente condicional si el matrimonio se llevó a cabo la calificación en los dos años anteriores a la fecha se había otorgado la residencia permanente. Residencia permanente condicional significa que la residencia permanente está sujeto a la terminación, si se comprueba que el matrimonio de calificación ha sido un matrimonio simulado o un matrimonio que se celebró únicamente con fines de obtener un beneficio de inmigración.

Aparte de la residencia permanente condicional estar sujeto a su condición de haber terminado, se le otorga los mismos derechos que cualquier otro residente permanente. Dentro de los noventa días antes del segundo aniversario de la residencia permanente se concede a los extranjeros, el extranjero y su cónyuge deben solicitar que la condición de eliminado.

Cuando la residencia permanente es condicional a un cónyuge extranjero, que la residencia permanente condicional puede ser terminado dentro de dos años desde la fecha de residencia permanente se concederá si el matrimonio se ha terminado por divorcio. Esta regla también se aplica a la hija de la cónyuge

extranjero que obtenga su residencia permanente condicional basado en la relación matrimonial de sus padres.

En otras palabras, la regla general es que el divorcio termina la residencia permanente condicional. Sin embargo, en este escenario, es posible que el extranjero para obtener una suspensión de la terminación. Una suspensión de la resolución se concede al extranjero si el extranjero puede demostrar que el matrimonio es una unión de buena fe y el extranjero no era culpable de su no presentación de la petición conjunta para eliminar la enfermedad. En términos generales, si el residente permanente condicional puede demostrar que el matrimonio se contrajo de buena fe, se presume que no tuvo la culpa por no haber presentado una petición conjunta. Dos maneras de mostrar que el matrimonio fue celebrado de buena fe que demuestren que la pareja tuvo un hijo en común y aportar pruebas de que la pareja propietaria de los bienes en común.

3.7.¿Cómo un divorcio afecta el estado migratorio de un extranjero después de que él o ella ha obtenido la residencia permanente sin condiciones?

El divorcio no afecta negativamente a condición migratoria de un extranjero después de que el extranjero obtiene la residencia permanente sin condiciones. El divorcio sólo puede tener efecto sobre un extranjero en esta etapa es que puede retrasar el extranjero para obtener la ciudadanía. Si un residente permanente está casado con un ciudadano de los EE.UU., tiene un requisito de tres años de residencia para la ciudadanía de EE.UU. a diferencia de un requisito de cinco años de residencia. Para poder beneficiarse de la obligación más corto de residencia, el extranjero debe estar casada con un ciudadano de los EE.UU. durante al menos tres años antes de la fecha del examen. Por lo tanto, si el extranjero se divorcia antes de estar casada con un ciudadano de los EE.UU. durante al menos tres años antes de su fecha de examen, y no ha sido residente permanente por cinco años, entonces tendrá que esperar hasta que haya sido residente permanente por cinco años antes de que él es elegible para solicitar la ciudadanía de EE.UU.

3.8. Creo que soy una víctima de fraude matrimonial.¿Puedo contactar con el Servicio de Inmigración y pedir que mi esposa será deportado?

Me he encontrado con muchos casos de divorcio desagradable en el que un cónyuge amargado se objeto de dumping por un cónyuge extranjero. La reacción inmediata por parte del cónyuge EE.UU. es llevar a cabo esfuerzos para que su cónyuge deportados. El cónyuge EE.UU. a menudo en contacto con el Servicio de Inmigración y solicitar que su cónyuge ser deportados basa en el argumento de fraude matrimonial. Mi consejo a los cónyuges EE.UU. es para atribuírselo como una mala experiencia y para evitar ser vengativo. También asesorará a la cónyuge EE.UU. que probablemente era consciente de los riesgos del matrimonio, y que él tiene que aceptar el fracaso del matrimonio.

Si el cónyuge extranjero está tratando de "*Shake Down*" el cónyuge EE.UU., entonces me puede aconsejar que se siga una anulación. El fraude en el inicio del matrimonio es motivo para la anulación. Una denuncia de fraude en el matrimonio puede ser hecho para obtener la anulación por el cónyuge de un extranjero que obtuvo su residencia legal a través del matrimonio. Es muy importante para el cónyuge extranjero a concurso enérgicamente cualquier anulación basado en el fraude. Una queja anulación realmente puede "ablandar" un cónyuge extranjero. Esta estrategia puede realmente hacer maravillas, y reducir significativamente la demanda de un cónyuge extranjero en cualquier caso de divorcio.

Desafortunadamente, hay riesgos con esta estrategia. Un ciudadano de EE.UU. podría enfrentar la responsabilidad penal por una denuncia de fraude matrimonial. Es importante informar a cualquier ciudadano de los EE.UU. que si tenían conocimiento de la intención de un extranjero para casarse con el fin de obtener el estatuto de residente legal y que los ciudadanos participado a sabiendas en el matrimonio simulado, las disposiciones penales co-conspiradores de los EE.UU. sujetas a un procesamiento delito menor de 18 años USC Sección 1001.

Para concluir, la mejor estrategia para un ciudadano de los EE.UU. a seguir es evitar el impulso evidente de tratar de que su ex-cónyuge deportados. Usted no tiene que seguir patrocinando su solicitud de inmigración. Sin embargo, debe evitar el impulso de tratar de "arma nuclear" de su aplicación. Si el cónyuge extranjero se busca la pensión alimenticia excesiva y las exigencias poco realistas para la distribución equitativa, entonces el ciudadano de los EE.UU. puede que desee llevar a cabo una anulación. Alternativamente, el cónyuge EE.UU. podría insertar un cargo de fraude de matrimonio en la demanda de divorcio. Es muy raro que un ciudadano de los EE.UU. para ser procesado por fraude matrimonial. El Fiscal EE.UU. es realmente más interesados en perseguir el fraude de inmigración a nivel masivo, tales como casos de trabajo esclavo. Sin embargo, las leyes que existen en los libros. Si un cónyuge extranjero es el dinero que pasan hambre en un caso de divorcio, luego buscar la anulación o alegando fraude en la demanda de divorcio es el equivalente a poner una "llave inglesa" en sus planes⁹.

La emigración de hombres y mujeres justificada en diferentes causas, entre ellas la búsqueda de trabajo mejor remunerado o la reunificación familiar, es la que ha dado lugar a que alrededor de 3 millones de ecuatorianos y ecuatorianas se encuentren en el extranjero. Se afirma que, a nivel mundial, las actuales migraciones significan el movimiento humano más amplio de todos los tiempos, el fenómeno afecta a millones de personas y se ha transformado en una realidad estructural de la sociedad contemporánea. Es un problema cada vez más complejo desde el punto de vista social, cultural, político y económico. La composición de las migraciones obliga a tener una visión universal del fenómeno y se plantea como un problema ético desde la perspectiva de la búsqueda de un nuevo orden económico internacional con miras hacia una más justa distribución de la riqueza.

⁹ Inmigración y divorcio <http://www.divorcesource.com>

Casi todos los países se enfrentan hoy con la irrupción y con la realidad de las migraciones como un hecho que va adquiriendo la característica de permanente. La libre decisión de hombres y/o mujeres, motivados, por razones económicas, técnicas, culturales o por la marginación de las minorías que enfrentan conflictos civiles, políticos, religiosos o étnicos, determina las salidas de los individuos desde los lugares de origen y se transforman en un signo de los desequilibrios sociales, económicos y demográficos a nivel regional y mundial.

Las migraciones actuales ubican a la humanidad ante un desafío nada fácil. Es un hecho creciente y un elemento importante de la interdependencia creciente entre los estados, consecuente de la integración económica, la globalización, el desarrollo tecnológico, la política social y cultural que traen consigo circulación de bienes, capitales, servicios, trabajadores y trabajadoras.

Los cambios tecnológicos y la modernización de los medios de comunicación y de transporte facilitan la movilidad y el conocimiento de otros países y contribuyen a un acelerado del movimiento de personas. Se han abierto los mercados pero no las fronteras, se han eliminado las barreras a la libre circulación de capitales y de la información, pero la libre circulación de los individuos sigue teniendo obstáculos. La movilidad humana es uno de los grandes desafíos para la convivencia entre los pueblos y al interior de muchos países. Se cree que aproximadamente 175 millones de personas, el 3% de la población mundial, viven fuera del país de origen y la mayoría en los países del primer mundo.

Los países pobres afectados por la aplicación de políticas neoliberales se transforman en los principales proveedores de mano de obra. En ese contexto, la institucionalidad es el resultado de una elaboración en la que predomina lo técnico-jurídico, en lugar de ser resultado de procesos sociales. De otra parte,

ha sido tónica general por parte de los gobiernos una suerte de incapacidad en lo que respecta al trazado y puesta en práctica de políticas públicas, en un entorno caracterizado por una débil institucionalidad, que no funciona adecuadamente para llenar las aspiraciones de las sociedad civil y establecer un sistema de interacción entre aquella y el Estado, que permita la formación, el reforzamiento y el funcionamiento de una ciudadanía compuesta por ciudadanos que asuman como tales, que se reconozcan mutuamente, tengan posibilidades concretas de acceder al proceso de toma de decisiones, y frente a los cuales se encuentre un Estado efectivamente responsable.

El concepto de ciudadanía engloba las demandas políticas que tienen que ver con la justicia y con el formar parte de una comunidad. En el Ecuador, se observa que el tratamiento del tema ésta teñida generalmente con una concepción juridicista, esto es con el tratamiento de los requisitos formales que establecen los cuerpos legales para que una persona pueda ser considerada como un ciudadano. Estas consideraciones pueden llevarnos a pensar que en el país la ciudadanía se configura ideal y prácticamente con el acceso a los procesos electorales, dejando de lado las dimensiones sociales y políticas reales de la ciudadanía.

Las realidades por las que atraviesan las sociedades andinas, de las cuales el Ecuador forma parte, marcadas por la diversidad y por una desigualdad social, económica y política mucho más profunda y caracterizada que la de algunos países dominantes en el ámbito geopolítico y económico, pone de relieve el problema de la ciudadanía como algo no resuelto y cuyo planteamiento conduce a interrogarse acerca de la validez y operatividad de su concepto en los actuales momentos. La ciudadanía, en estas circunstancias, se delinea como un objetivo utópico, como la culminación de un proceso que incluye la propia formación de los actores que vayan a jugar un rol de ciudadanos.

Los derechos humanos son un campo polémico que se encuentra en constante construcción y con tensiones importantes debido a las críticas y aportes provenientes del feminismo o de los pueblos indígenas, entre otras. Por un lado constituyen un horizonte de sentido para la humanidad -que busca proteger a las personas de los abusos de poder estatal- y por otro, se define como forma jurídica e instrumental adoptada por los Estados. Son definidos como integrales, interrelacionados, interdependientes, indivisibles, iguales en jerarquía, inherentes a la persona humana e inalienables; sin embargo, de esta alta abstracción, no son absolutos, difícilmente logran concretarse y no todos los derechos son judiciales. En suma, tanto en su fundamentación como en su aplicación, los derechos humanos son constantemente cuestionados, pero a la vez siempre invocados debido a su fuerza emancipatoria.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, DUDH, en el artículo 13 se establecen los **derechos de libre circulación y residencia** de las personas, como a salir e ingresar del país de origen. Es claro el reconocimiento de la movilidad humana como un derecho, más allá de las fronteras del país de origen. Son los Estados los que deben regular la forma de realización de estos derechos, regular implica que deben establecer ciertos procedimientos para garantizar su cumplimiento y no para restringirlos, menos si la forma en que lo hacen, implica la anulación del goce de derechos.

No obstante, la tendencia mundial muestra políticas y medidas migratorias restrictivas, basadas en la “selección” de los inmigrantes internacionales, contraviniendo el principio de no discriminación de los derechos humanos y superponiendo una lógica de seguridad basada en los intereses estatales y de elites. Por tanto, el goce de los derechos de la población inmigrante se restringe al establecer condiciones no democráticas a las personas que ingresan a otro país, por ello el crecimiento de la migración en términos irregulares que da lugar a otras serias limitaciones y violaciones de derechos.

Es más, incluso para quienes se encuentran con la documentación exigida, el goce de derechos es de segunda categoría, respecto de los nacionales.

Ello obedece a que la facultad de regulación de los Estados nacionales, no se da en una lógica de garantizar el goce de los derechos de todas las personas, como el sentido universal lo demanda, sino de quienes son sus nacionales. Esto es, se da en una lógica de poder en torno al ordenamiento de la producción y reproducción de las relaciones sociales y de la vida misma de la especie humana.

3.9. FUNDAMENTACIÓN LEGAL

Al respecto la Constitución de la República del Ecuador da origen a las siguientes interrogantes:

¿Cómo el Estado ecuatoriano resolverá el problema de la validez e las sentencias de tribunales extranjeros en el Ecuador?

¿Cómo realizará este trabajo?

Las respuestas tienen vigencia actual.

En el proceso de la investigación se utilizará como fundamentación legal para sustentar el presente trabajo, lo establecido en la Constitución del Ecuador en los artículos 417, 418, 419 en sus numerales 6 y 7, de igual manera el art. 425, 426, 427 y el 428. Así mismo el Código Civil en el artículo 129 Código de Procedimiento Civil en el artículo 414. El Código Sánchez de Bustamante en lo referente “DEL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO” en la Sección I “CONDICIONES JURÍDICAS QUE HAN DE PRECEDER LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO”

Las teorías del derecho enunciadas, así como los cuerpos legales citados son el sustento jurídico de la investigación, lo que permitió ante los distintos escenarios reales efectuar la indagación, demostrar **¿las sentencias de**

divorcio entre ecuatorianos casados en territorio nacional pero domiciliados y divorciados en el extranjero violentan el orden público interno?

3.10. Hipótesis

¿La validez de las sentencias de divorcio entre nacionales ecuatorianos con matrimonio celebrado en Ecuador y domiciliado en el exterior, dictada por los jueces o tribunales extranjeros tiene reconocimiento y ejecución en el territorio ecuatoriano?

3.11. Variables

Variable independiente

Sentencias de divorcio entre nacionales ecuatorianos con matrimonio celebrado en Ecuador y domiciliado en el exterior.

Variable dependiente

Eficacia en el derecho interno ecuatoriano.

CAPITULO IV

4. METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

4.1. Metodología.- La metodología que se utilizaré para el desarrollo de la investigación para el cumplimiento del objetivo propuesto es de tipo cualitativo descriptiva.

4.2. Propositivo.- Ya que se plantea alternativa de solución para la problemática enunciada.

4.3. Técnicas de investigación

Cualitativa

1. Revisión Bibliográfica.
2. Revisión y análisis de jurisprudencia.
3. Entrevistas:
 - Tres Jueces de Sala Especializada de la Corte Provincial de Manabí
 - Veinte y seis Jueces Civiles de la Provincia de Manabí
4. Estudios de casos
 - Encuesta: Abogados especializados en materia Internacional
5. Estudio de Derecho Comparativo: Legislación Internacional con la nacional.
6. Observación.

Cuantitativa

Cuantificar los casos en los Juzgados Civiles de Manabí sobre la eficacia de la sentencia entre ecuatorianos casados en territorio nacional, domiciliado en el exterior y que se divorciaron en dicho territorio.

4.4. Población y muestra

La Población estuvo constituida por la Autoridad Central del Ministerio de Relaciones Exteriores, 26 Juzgados Civiles de la Provincia de Manabí, 5 Abogados especializados en materia Internacional, todos quienes fueron parte

del proceso investigativo que se realizó en el escenario delimitado para el efecto.

4.5. Operacionalización de las variables

Variable independiente

Sentencias de divorcio entre nacionales ecuatorianos con matrimonio celebrado en Ecuador y domiciliado en el exterior.

CONCEPTO	INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTO	ITEMS
Sentencias de divorcio entre nacionales ecuatorianos con matrimonio celebrado en Ecuador domiciliado en el exterior. Fallo extraterritorial dictado por jueces o tribunales extranjeros y sus consecuencias con el Derecho Positivo.	No hay convenios en materia de sentencia de divorcio con EE. UU.	Encuestas	Formulario de encuesta	¿Los fallos extraterritoriales en materia de sentencia de divorcio violentan el orden público interno?
	Violentan el orden público si no está normado.	Entrevistas	Formulario de entrevista	

Variable dependiente

Eficacia en el derecho interno ecuatoriano.

CONCEPTO	INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTO	ITEMS
Eficacia en el derecho interno ecuatoriano. Es el resultado que los jueces o tribunales deben acogerse para que una sentencia dictada en el extranjero pueda surtir efecto en territorio nacional.	Sentencia dictada en el extranjero Reconocimiento de las sentencias Ejecución de las sentencias	Entrevistas Encuestas	Formulario de entrevista Formulario de encuesta	¿Qué validez tienen dentro de la legislación interna las sentencias dictadas en el exterior?

CAPITULO V

5. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Los datos obtenidos en el presente trabajo de investigación han sido proporcionados por personas vinculadas en el área jurídica, tanto en el ejercicio libre profesional, como a los propios Administradores de Justicia, lo cual resulta de validez para el desarrollo de la Tesis.

5.1. Análisis e Interpretación de datos

ENCUESTAS

“VALIDEZ DE LAS SENTENCIAS DE DIVORCIO ENTRE NACIONALES ECUATORIANOS CON MATRIMONIO CELEBRADO EN ECUADOR Y DOMICILIADO EN EL EXTERIOR, DICTADA POR LOS JUECES O TRIBUNALES EXTRANJEROS Y SU EFICACIA EN EL DERECHO INTERNO ECUATORIANO”

OBJETIVO GENERAL

Analizar si las sentencias de divorcio entre nacionales ecuatorianos con matrimonio celebrado en Ecuador y domiciliado en el exterior, dictadas por los jueces o tribunales extranjeros cumplen con los requisitos determinados en el derecho interno ecuatoriano para su reconocimiento y ejecución.

1 ¿CONOCE CASOS EN QUE JUECES ECUATORIANOS HAN DADO VALIDEZ A SENTENCIAS DE DIVORCIOS DE ECUATORIANOS DOMICILIADOS EN EL EXTRANJERO DICTADA POR JUECES DE LOS RESPECTIVOS PAÍSES DONDE SE ENCUENTRAN?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	1	20%
NO	4	80%



Fuente: Profesionales de la Abogacia
Elaboracion: Autor de la Tesis

Análisis. De las encuestas realizadas a los profesionales de la abogacía se obtuvieron los siguientes resultados: El 20% contestaron que si tienen conocimiento de casos en que jueces ecuatorianos han dado validez a sentencias de divorcios de ecuatorianos domiciliados en el extranjero dictada por jueces de los respectivos países donde se encuentran. Mientras que el 80% respondieron que no conocen de casos en que jueces ecuatorianos han dado validez a sentencias de divorcios de ecuatorianos domiciliados en el extranjero dictada por jueces de los respectivos países donde se encuentran.

Esto se debe a que en el Ecuador la materia de Derecho Internacional Privado es una disciplina jurídica poco conocida y estudiada por los Abogados tanto en el libre ejercicio como aquellos que se encuentran administrando justicia. Por ende, cuando se le plantea un caso parecido al de nuestra investigación violentan el Derecho Internacional.

2 ¿TIENE CONOCIMIENTO DE QUE EL ECUADOR HA RATIFICADO CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE LA EFICACIA DE SENTENCIAS DICTADAS POR JUECES EXTRANJEROS?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	1	20%
NO	5	80%



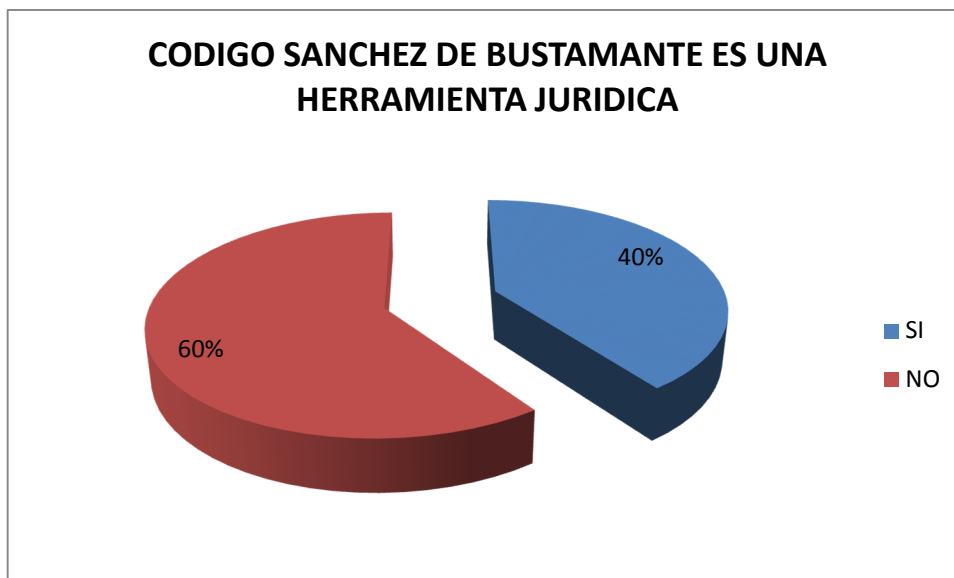
Fuente: Profesionales de la Abogacia
Elaboracion: Autor de la Tesis

Análisis. De las encuestas realizadas a los profesionales de la abogacía se obtuvieron los siguientes resultados: El 20% respondieron que si tienen conocimiento de que el Ecuador ha ratificado convenios internacionales sobre la eficacia de sentencias dictadas por jueces extranjeros. Y el 80% contestaron que no tienen conocimiento de que el Ecuador ha ratificado convenios internacionales sobre la eficacia de sentencias dictadas por jueces extranjeros.

Nuevamente podemos mencionar el poco conocimiento por parte de los abogados en relación a la materia de Derecho Internacional Privado, y eso que el Código Sánchez de Bustamante que fue suscrito y ratificado por nuestro país, el cual fue realizado en la Convención de la Habana de 1928, y es donde norma sobre la eficacia de las sentencias emitidas por jueces o tribunales extranjeros, y posteriormente el Ecuador firma y ratifica la CIDIP II, realizada en Montevideo de 1979.

3. ¿SABE SI EL CÓDIGO SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE ES UNA HERRAMIENTA JURÍDICA APLICADA POR LOS JUECES PARA RESOLVER CASOS EN MATERIA DE DIVORCIO DE ECUATORIANOS DOMICILIADOS EN EL EXTRANJERO Y CUYA SENTENCIA HAYA SIDO DICTADA POR JUECES O TRIBUNALES DEL PAÍS DONDE RESIDE?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	2	40%
NO	3	60%



Fuente: Profesionales de la Abogacia
Elaboracion: Autor de la Tesis

Análisis. De las encuestas realizadas a los profesionales de la abogacía se obtuvieron los siguientes resultados: El 40% contestaron que si saben que el Código Sánchez de Bustamante es una herramienta jurídica aplicada por los jueces para resolver casos en materia de divorcio de ecuatorianos domiciliados en el extranjero y cuya sentencia haya sido dictada por jueces o tribunales del país donde reside. El 60% respondieron que no saben si el Código Sánchez de Bustamante es una herramienta jurídica aplicada por los jueces para resolver casos en materia de divorcio de ecuatorianos domiciliados en el extranjero y cuya sentencia haya sido dictada por jueces o tribunales del país donde reside.

Sin entrar a un análisis de criterio antagonico con la respuesta de la pregunta dos, aquí un porcentaje de los encuestados saben de la existencia del Codigo Sanchez de Bustamante y logicamente resulta ser una herramientas juridica importante, empero, llego a la conclusion que si bien conocen su nombre desconocen las normativas, porque insisto que en el Codigo Sánchez de Bustamante se encuentra el reconocimiento de sentencias.

4. ¿HA INTERVENIDO EN CASOS SOBRE LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DE DIVORCIO ENTRE ECUATORIANOS DOMICILIADOS EN EL EXTRANJERO Y CUYA RESOLUCIÓN HAYA QUERIDO MARGINAR EN EL REGISTRO CORRESPONDIENTE AQUÍ EN EL PAÍS?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	1	20%
NO	4	80%



Fuente: Profesionales de la Abogacia

Elaboracion: Autor de la Tesis

Análisis. De las encuestas realizadas a los profesionales de la abogacía se obtuvieron los siguientes resultados: El 20% contestaron que si ha intervenido en casos sobre la eficacia de las sentencias de divorcio entre ecuatorianos domiciliados en el extranjero y cuya resolución haya querido marginar en el registro correspondiente aquí en el país. El 80% respondieron que no ha intervenido en casos sobre la eficacia de las sentencias de divorcio entre ecuatorianos domiciliados en el extranjero y cuya resolución haya querido marginar en el registro correspondiente aquí en el país.

El tema de Derecho Internacional Privado es poco conocido, y los Abogados que han intervenidos los han hecho solo utilizando normas internas, (Lex Fori) y no convenciones internacionales por lo que ha llevado a obtener resoluciones o sentencias de jueces ecuatorianos violentando normas de Derecho Internacional, y dichas sentencias son sujetas a ser declaradas o pedida la nulidad de la misma.

ENCUESTA REALIZADA A LOS JUECES CIVILES EN LA PROVINCIA DE MANABÍ

TEMA DE LA TESIS

“VALIDEZ DE LAS SENTENCIAS DE DIVORCIO ENTRE NACIONALES ECUATORIANOS CON MATRIMONIO CELEBRADO EN ECUADOR Y DOMICILIADO EN EL EXTERIOR, DICTADA POR LOS JUECES O TRIBUNALES EXTRANJEROS Y SU EFICACIA EN EL DERECHO INTERNO ECUATORIANO”

OBJETIVO GENERAL

Analizar si las sentencias de divorcio entre nacionales ecuatorianos con matrimonio celebrado en Ecuador y domiciliado en el exterior, dictadas por los jueces o tribunales extranjeros cumplen con los requisitos determinados en el derecho interno ecuatoriano para su reconocimiento y ejecución.

1 ¿TIENE CONOCIMIENTO SOBRE CONVENIOS O TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR EL PAÍS SOBRE EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR JUECES EXTRANJEROS?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	18	100
NO	0	0



Fuente: Profesionales de la Abogacia
Elaboracion: Autor de la Tesis

Análisis. De las encuestas realizadas a los Jueces de lo Civil se obtuvieron los siguientes resultados: El 100% de los jueces contestaron que si tienen conocimiento sobre convenios o tratados internacionales ratificados por el país sobre eficacia de las sentencias dictadas por jueces extranjeros.

Es lógico establecer que los profesionales que están encargados de administrar justicia tienen conocimiento al respecto de que si nuestro país ha ratificado convenciones internacionales acerca de reconocimiento y ejecución de sentencias, ya que por su propia función le ha tocado revisar o estudiar estas convenciones

2 ¿HA TENIDO CASOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN QUE TENGA QUE UTILIZAR EL CÓDIGO SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0
NO	18	100



Fuente: Profesionales de la Abogacía

Elaboración: Autor de la Tesis

Análisis. De las encuestas realizadas a los Jueces de lo Civil se obtuvieron los siguientes resultados: El 100% de los jueces no han tenido casos de Derecho Internacional Privado en que tenga que utilizar el Código Sánchez de Bustamante.

Una vez más se puede colegir que en nuestro medio laboral, refiriéndome al desempeño de nuestra actividad jurídica no se maneja casos que atañen la utilización del Código Sánchez de Bustamante. O por lo menos si lo han tenido no lo han utilizado.

3 ¿EN SU JUDICATURA SE HA TRAMITADO SENTENCIAS DE DIVORCIOS ENTRE ECUATORIANOS DICTADAS POR JUECES O TRIBUNALES EXTRANJEROS?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	2	13
NO	16	87



Fuente: Profesionales de la Abogacia
Elaboracion: Autor de la Tesis

Análisis. De las encuestas realizadas a los Jueces de lo Civil se obtuvieron los siguientes resultados: El 13% de los jueces en su judicatura se ha tramitado sentencias de divorcios entre ecuatorianos dictadas por jueces o tribunales extranjeros. El 87% de los jueces que se consultaron afirmaron que en su judicatura se ha tramitado sentencias de divorcios entre ecuatorianos dictadas por jueces o tribunales extranjeros

Vemos que solo dos Jueces de lo Civil mencionan que en su Judicatura si se han reconocido y ejecutado sentencias de divorcios emitidas por Jueces o Tribunales extranjeros, estas judicaturas están precisamente en Manta, empero de la investigación realizada se ha podido constatar que dichas resoluciones no solo violentan el Derecho Internacional Privado, sino también han actuado sin seguir la normativa que se encuentran en nuestra ley interna.

CAPITULO VI

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. Conclusiones

La materia del Derecho Internacional Privado en el Ecuador es poco conocida por el profesional de la abogacía y por los Jueces de lo Civil, lo que ha conllevado a no tener ninguna acción legal en relación a esta materia, por lo que no han tenido que utilizar el Derecho Internacional Privado de fuente internacional y el Derecho Internacional Privado de fuente nacional.

Sin embargo los poquísimos casos que se han ventilado acerca de la validez de las sentencias emitidas por Jueces o tribunales extranjeros se lo ha hecho inobservando lo manifestado las normas convencionales y en nuestra ley doméstica.

Con los casos que se han realizado en Manabí, precisamente en la ciudad de Manta violentan el Derecho Internacional Privado y normativa vigente de nuestra ley interna, lo más preocupante que también han actuado con un desconocimiento de lo establecido en la Lex Fori Ecuatoriana.

En las restantes judicaturas de la provincia de Manabí los Jueces encuestados no han tenido casos que tramitar en Derecho Internacional Privado y mucho menos han tenido que reconocer y ejecutar sentencias de divorcio dictadas por Jueces y Tribunales extranjeros.

Sin embargo los Jueces encuestados poseen conocimiento o manejan una opinión jurídica clara acerca de la norma legal que deben aplicar en caso de que reconocer y ejecutar una sentencia de divorcio entre ecuatorianos dictadas por jueces o Tribunales extranjeros, en relación a los bienes dejados en territorio nacional

En base de lo investigado se puede mencionar en estricto Derecho que a los trámites de eficacia de sentencia de divorcios realizados en los Juzgados Civiles de la ciudad de Manta se pueden iniciar la acción jurídica por nulidad.

6.2. Recomendaciones y Propuesta

Proponer que en las Facultades de Jurisprudencia o Carreras de Derecho de las diferentes universidades del país, donde se dan el Derecho Internacional Privado como materia, realizar reformas a la malla curricular en cuanto a las horas que tienen obligatoriamente que conocer los estudiantes, ya que en otros países toman o asumen mayor importancia a esta rama del derecho, siendo tal el caso que estudiantes salen a especializarse en esta materia.

Difundir el Derecho Internacional Privado como disciplina jurídica independiente del Derecho Internacional Público, en todas las Facultades de Jurisprudencia de las universidades de nuestro país, esto conllevaría a que los Profesionales de la Abogacía salidos de esas instituciones educativas estén preparados para manejar litigios que tengan elementos internacionales, y así evitar que se cometan violaciones a las normas convencionales y a las normas internas ecuatorianas.

Capacitar a través de jornadas internacionales preparadas por la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) a los estudiantes, a los Profesionales de la Abogacía y los Administradores de Justicia con el único objetivo de que haya más conocimiento sobre todo lo relacionado al Derecho Internacional Privado, para evitar que se violenten las normas internas y convencionales cuando les toque llevar un caso y resolver acerca del mismo.

Aplicar por parte de los Administradores de Justicia del Ecuador las normas convencionales ratificadas por nuestro país en relación al Exequátur, y a lo establecido al artículo 414 del Código de Procedimiento Civil, el cual debe ser aplicado como requisito *sine quanon* para evitar algunas acciones fraudulentas como es el caso de la SIMULACION diferente a lo que conocemos en materia

de Derecho Internacional Privado como fraude a la ley y al fórum shopping, este es un negocio jurídico o acto ficticio y aparente realizado por las partes con el objetivo de hacerlo pasar por un negocio o acto real.

Proponer que el Consejo de la Judicatura este vigilante en las acciones ilegales en materia de Derecho Internacional Privado so pena de iniciar la correspondiente acción administrativa previa a su destitución.

BIBLIOGRAFIA

Constitución de la república del Ecuador

Código Civil

Código de Procedimiento Civil

Código Sánchez de Bustamante

La emigración: de la esperanza al desencanto. <http://www.rimhuch.org/index.p>

Armonización del Derecho Internacional Privado www.latindex.ecr.ac.cr.pdf

Bermúdez, Abreu Yoselyn. Dra. Algunas consideraciones sobre la armonización del Derecho Internacional Privado. www.latindex.ecr.ac.cr.

Jaramillo, R. Alfonso. Dr. Máster en Derecho Comparado. Sobre exhortos o cartas rogatorias www.derechoecuador.com

Apostillas www.consulaodvirtual.gov.ec

Verbal, Stockmeyer Gonzalo. Universidad San Sebastián. Concepción. Chile

Divorcio: definición, historia y causas

<http://www.personalidadyrelaciones.com/2008/03/>

García, Fernandez Irsa Teresa. **García**, Rodríguez Yadira Victoria Universidad Central de Las Villas. Pensamiento filosófico de Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven www.derecho.sociales.uclv.edu.cu

Inmigración y divorcio <http://www.divorcesource.com>

ANEXOS

ENCUESTA REALIZADA A PROFESIONALES DEL DERECHO EN LA PROVINCIA DE MANABÍ

1 ¿Conoce casos en que jueces ecuatorianos han dado validez a sentencias de divorcios de ecuatorianos domiciliados en el extranjero dictada por jueces de los respectivos países donde se encuentran?

2 ¿Tiene conocimiento de que el Ecuador ha ratificado convenios internacionales sobre la eficacia de sentencias dictadas por jueces extranjeros?

3. ¿Sabe si el Código Sánchez de Bustamante es una herramienta jurídica aplicada por los jueces para resolver casos en materia de divorcio de ecuatorianos domiciliados en el extranjero y cuya sentencia haya sido dictada por jueces o tribunales del país donde reside?

4. ¿Ha intervenido en casos sobre la eficacia de las sentencias de divorcio entre ecuatorianos domiciliados en el extranjero y cuya resolución haya querido marginar en el registro correspondiente aquí en el país?

ENCUESTA REALIZADA A LOS JUECES CIVILES EN LA PROVINCIA DE MANABÍ

1 ¿Tiene conocimiento sobre convenios o tratados internacionales ratificados por el país sobre eficacia de las sentencias dictadas por jueces extranjeros?

2 ¿Ha tenido casos de derecho internacional privado en que tenga que utilizar el Código Sánchez de Bustamante?

3 ¿En su judicatura se ha tramitado sentencias de divorcios entre ecuatorianos dictadas por jueces o tribunales extranjeros?