

UNIVERSIDAD DEL AZUAY
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESCUELA DE DERECHO

“NACIONALIDAD COMO FACTOR DE
CONEXIÓN: SU IMPORTANCIA PARA LA
SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE LAS
PARTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO”

TRABAJO DE GRADUACIÓN PREVIO A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE
LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR.

AUTOR: SIMÓN RICARDO CEDEÑO
MARCHÁN

DIRECTOR: DR. HERNÁN COELLO GARCÍA.

CUENCA-ECUADOR.
2007

DEDICATORIA.

El presente trabajo lo dedico a mi madre, que gracias a su esfuerzo y consejos me supo conducir por el camino correcto, inculcando siempre en mi persona, los principios necesarios para hacer frente a todos los obstáculos que se me han presentado en la vida.

AGRADECIMIENTO:

Quiero agradecer al Dr. Hernán Coello García, quien a más de ser mi director de tesis, ha sido un sustento, ya que gracias a sus consejos y su sabiduría he podido culminar con este trabajo.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PÁGINAS PRELIMINARES.

• Dedicatoria.	II
• Agradecimientos.	III
• Índice de Contenidos.	IV
• Resumen.	VI
• Abstract.	VII

INTRODUCCIÓN.	1
----------------------	---

CAPITULO I: LA NACIONALIDAD

1. Antecedente histórico de la nacionalidad y generalidades.	4
2. Conceptos de nacionalidad.	6
3. Razón de su importancia.	8
4. Fundamento jurídico de la nacionalidad.	8
5. Principios tradicionalmente admitidos respecto a la nacionalidad.	9
6. Clases de la nacionalidad.	15
7. Sistema para determinar la nacionalidad	16
8. Teorías modernas sobre la nacionalidad.	20
9. La nacionalidad en las personas jurídicas.	21
10. La nacionalidad en el sistema ecuatoriano.	24
11. La nacionalidad como factor de conexión.	25

CAPITULO II: LA CIUDADANIA

2.1. Concepto de ciudadanía.	27
2.2. Antecedente histórico de la ciudadanía y generalidades.	30
2.3. La ciudadanía en el sistema inglés.	32
2.4. La nacionalidad y ciudadanía diferencias.	35
2.5. Problema que plantea la constitución política respecto a la nacionalidad.	36

CAPITULO III: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	
3.1. Concepto de Derechos Internacional Privado.	42
3.2. Denominaciones.	43
3.3. Fuentes del Derechos Internacional Privado.	46
3.4. Fundamento del Derecho Internacional Privado.	52
3.5. Objeto del Derecho Internacional Privado.	54
3.6. Características del Derecho Internacional Privado.	55
3.7. Naturaleza Jurídica del Derecho Internacional Privado.	57
3.8. Codificación del Derecho Internacional Privado.	59
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	62
BIBLIOGRAFIA	64

RESUMEN:

En el presente trabajo monográfico, busco establecer con la mayor claridad posible, la diferencia existente entre los conceptos de nacionalidad y ciudadanía; dejando claro, que la nacionalidad es el vínculo jurídico-político, que une a un individuo con un Estado determinado; y la ciudadanía es la calidad que hace a la persona miembro activo del Estado y que le habilita para ejercer los derechos políticos, siendo el más importante de estos el derecho al sufragio.

Para ello en el primer capítulo, se hará referencia de manera exclusiva a la nacionalidad, analizando su concepto, su evolución histórica, sus principios, dejando claro la importancia que tiene la nacionalidad como elemento de conexión, para facilitar la solución de conflictos que se puedan dar entre las partes en el Derecho Internacional Privado.

El capítulo dos, lo he dedicado a hacer un estudio de la ciudadanía, analizando su concepto, su antecedente histórico, las diferencias que tiene con la nacionalidad, y por último, haciendo referencia al problema que plantea la Constitución Política del Estado respecto a la nacionalidad.

Para finalizar el tercer capítulo, se hace referencia al Derecho Internacional Privado de manera general, en el cual estudiamos su importancia, objeto, naturaleza, etc. A mi parecer esto nos va a permitir poseer una idea más clara, de lo que es, y que persigue el Derecho Internacional Privado, ayudándonos a entender la importancia que tiene la nacionalidad como parte de esta materia.

ABSTRACT.

This research pretends to establish the difference of meaning between two concepts: Nationality and Citizenship. Nationality is been understood as the juridical and political link that entails and individual with his/her Nation. Citizenship is the notion, which converts an individual as an active member of the community and gives him/her certain political rights. The most important rights is the privilege to vote.

The first chapter refers to the concept of nationality. It analyzes the meaning of the word, its historical evolution and its principles. It includes the importance that the nationality has as an element that serves to solve certain conflicts that can happen among people under the Private International Law.

The second chapter studies the concept “citizenship”. Here it is analyzed the meaning of the word, its historical evolution, and the differences with the term nationality. In addition, it is been mentioned the problem of the nationality stated in the Constitution of our country.

Finally, the third chapter refers to the Private International Law, its importance, nature, objective, etc. This investigation will give us a clear idea of the contents of the Private International Law and the importance of the nationality as part of it.

INTRODUCCION

Entendemos como elementos de conexión, o factor de conexión a las circunstancias que vinculan un problema de derecho con un derecho determinado. Estas circunstancias hacen posible que, cuando se presenta un problema cuya solución compete al Derecho Internacional privado pueda encontrársela en el sistema de derecho positivo que el factor de conexión establezca como el competente para resolverlo.

Los elementos de conexión son varios entre ellos tenemos a La Nacionalidad, la que no se debe confundir con Ciudadanía pese a lo que dice la disposición transitoria de la constitución política del Estado. Otros factores de conexión son: el domicilio, la residencia, el lugar de procedencia de una persona, la ubicación de los bienes, la forma externa de los actos, el lugar donde se celebren los actos y contratos o se halla cometido una infracción penal, el lugar en el que se ha celebrado una convención, la religión, la autonomía de la voluntad, y en algunos casos a la *lex fori* cuando de la tramitación de los procesos se trata.

En el artículo 6 de la constitución política en su inciso segundo manifiesta que: “todos los ecuatorianos son ciudadanos y, como tales, gozan de los derechos establecidos en esta constitución, que se ejercerán en los casos y con los requisitos que determine la ley”.

En este precepto constitucional, los conceptos de nacionalidad y ciudadanía, aparecen como sinónimos, lo que se confirma en la disposición transitoria de La Carta Política al expresar que “cuando las leyes o convenciones internacionales se refieran a nacionalidad, se leerá ciudadanía, y cuando las leyes se refiera a derechos de ciudadanía, se leerá derechos políticos”.

Esta manera en que se equiparán los términos de nacionalidad y ciudadanía causa confusión y contradice la teoría más aceptada en derecho constitucional y respaldada

por la mayoría de cartas políticas de los estados, que establecen diferencias conceptuales entre los que es una nacionalidad y una ciudadanía, siendo la más importante la de considerar a la nacionalidad como en vínculo natural, reconocido por el derecho, que liga a un individuo con un estado, en razón del lugar de nacimiento (ius solis) o de la sangre (ius sanguinis).

La nacionalidad nos introduce a la sociedad civil, la ciudadanía a la sociedad política. La ciudadanía tiene el enorme valor de servir de pilar condicionante para el goce y ejercicio de los derechos políticos, que frecuentemente coincidan ambas calidades (nacional y ciudadano), en un mismo individuo no quiere decir, que necesariamente ello siempre sea así.

Con tales argumentos, soy del criterio que, los conceptos de nacionalidad y ciudadanía son distintos. El nacional se caracteriza por ejercer derechos civiles, políticos (cumplidos los requisitos señalados en la ley), y sociales. El ciudadano, en cambio, se distingue por ejercer derechos políticos, siendo el más importante, el derecho al sufragio.

En el presente trabajo monográfico intentaré demostrar la importancia que tiene la nacionalidad, tanto en el orden interno como en el orden externo como factor de conexión; para ello en el primer capítulo trataré el tema de la nacionalidad analizando detalladamente su concepto, importancia en el Derecho Internacional Privado, además de otros puntos que sirvan para demostrar la importancia que tiene este sistema.

El segundo capítulo está dedicado a la ciudadanía, en el cual trataré de dejar claro la diferencia conceptual que existe con la nacionalidad, su antecedente histórico pasando de Grecia, Roma hasta la actualidad; analizaremos la ciudadanía en la constitución ecuatoriana, tratando de demostrar los problemas jurídicos de aplicación a los que dan lugar las reformas establecidas respecto del tema, las cuales fueron promulgadas en la llamada Asamblea Nacional Constituyente, que se celebró el 5 de Junio de 1998, en la ciudad de Riobamba, que modificó el sistema jurídico que hasta

esa fecha había regido en el Ecuador, como dice el Dr. Hernán Coello obligándonos a leer lo que no está escrito, e irrespetando convenios internacionales.

Para finalizar, el tercer capítulo lo he querido dedicar a estudiar al Derecho Internacional Privado con el fin de demostrar su importancia, su naturaleza, cual es el objeto primordial de esta materia, estableciendo que es la de encontrar la ley competente en un mismo tiempo pero en diferentes espacios, sobre un asunto determinado en el cual están en juego particulares de diferentes nacionalidades, y por ello la importancia de la nacionalidad como factor de conexión.

CAPÍTULO I

LA NACIONALIDAD

1. Antecedente histórico de la nacionalidad y generalidades.

El sistema de la nacionalidad hace depender el estado y la capacidad de las personas de su ley nacional. Este es el sistema más antiguo; ya que los jurisconsultos romanos, dotados de una gran sabiduría, distinguía ya entre los conflictos de leyes que se originaban entre ellos, las leyes de **Origo** y el **Domicilium**, pero dándole preferencia al Origo, determinando de esta manera los derechos y obligaciones de los individuos. La mencionada tendencia, se acentuó aun más después de la caída del Imperio Romano de occidente, con la introducción del derecho germánico o consuetudinario, quedando sometido cada individuo a la ley de origen.

El análisis de la época y el lugar en el que apareció la doctrina de la nacionalidad constituye un valioso elemento en la explicación del sistema. La Península Itálica fue sometida a numerosas dominaciones extranjeras, que fue dejando en ella los rasgos característicos y diferenciales de sus razas. Concluida la dominación romana bajo la fuerza de Odoacro, Rey de los Hérulos (476), La península pasó bajo la dominación de los ostrogodos con Teodorico El Grande (493); de los Romanos de Oriente con Narsés, General de Justiniano (553-568); de Los Lombardos con Albuino a la cabeza (568) de Carlo Magno, etc.

La edad media y moderna sorprenden a Italia fraccionada en numerosos estados, municipios, o ciudades independientes, organizados bajo el régimen feudal. En estas

condiciones se inicia en el siglo XIX la Unidad Italiana, bajo la inspiración política de Cavour, la espada de Garibaldi, y el genio jurídico de Mancini.

El sistema de la nacionalidad llamado también sistema de la personalidad del derecho o escuela italiana, tiene por fundador al político y jurisconsulto italiano Pascual Stanislao Mancini (1817-1888), quien en el año 1851, hallándose desterrado en el Piamonte, pronunció en la universidad de Turín una conferencia sobre “la nacionalidad como fundamento del derecho de gentes” en la cual enunció el sistema de solución que más tarde, en el año 1874, completara ante el Instituto de Derecho Internacional, donde formuló dos cuestiones muy interesantes. En una se pregunta si cada soberanía tiene, por derecho de gentes, la facultad absoluta de negarse a la aplicación de la ley extranjera. En la otra investiga si la admisión del derecho extranjero depende de un acto libre de cortesía y de consentimiento expreso o tácito de las naciones, o responde a la existencia de un deber internacional impuesto por el derecho de gentes. Agrega, que por la naturaleza de las cosas y por la comunidad jurídica que existe en el mundo entero, hay para el caso verdaderos deberes internacional y no simples consideraciones de recíproca benevolencia. Que ninguna soberanía puede legítimamente, so pena de faltar a sus deberes y de incurrir en violación de las leyes internacionales, negarse a toda aplicación del derecho extranjero en su territorio y someter a las personas y las relaciones jurídicas que dependan de aquél a la acción incompetente de su ley territorial.

Mancini sostiene que en el Derecho Internacional Privado es necesarios distinguir dos partes: una necesaria y otra voluntaria. Son partes necesarias las que rigen el estado, la capacidad, las relaciones de familia, las sucesiones, etc. Son partes voluntarias las relativas a los contratos, obligaciones, el uso y goce de los bienes, etc. El Derecho Necesario debe seguir a la persona aunque se traslade al extranjero, como única manera de conseguir el respeto de su nacionalidad.

El sistema de Mancini descansa en la coexistencia de tres principios: La nacionalidad, La libertad individual y La soberanía e independencia política. El primer principio actúa cuando el juez reconoce al extranjero el imperio de su ley

nacional; la libertad individual es admitida mientras sea inofensiva para el estado en donde se ejerce; y la soberanía e independencia política, se hace presente impidiendo la aplicación de la ley nacional al extranjero y el ejercicio de su libertad individual, cuando el orden público así lo exija.

Las teorías de Mancini, obtuvieron una rápida difusión en Italia y Francia. Weiss, Surville, Audinet en Francia; Laurent en Bélgica; Fiore, Fusinato, Castellani, Esperson y otros en Italia, las adoptaron a su vez, con más exageración que el propio Mancini. Su influencia se hizo patente en los Códigos de la época: El Italiano de 1865 y español de 1888. Todas las resoluciones de las conferencias de la Haya e Instituto De Derecho Internacional están inspiradas en el Principio de La Nacionalidad.

(Enrique Muñoz Meany; Camey Herrera y Hall Lloreda, Derecho Internacional privado, pág. 84-85; Raúl Sapena Pastor, Derecho Internacional Privado, Pág. 105-106-121-122; Antonio Sánchez De Bustamante, Derecho Internacional Privado, Pág. 104; Fernando Albónico Valenzuela, Manual de Derecho Internacional Privado, Pág. 87-88.)

2. Conceptos de nacionalidad.

Etimológicamente la palabra nacionalidad deriva de nación, natio en latín, palabra que proviene del verbo nascere, nacer, de donde se desprende que el vocablo nacionalidad tiene su origen en el nacimiento.

La nacionalidad se puede presentar como una noción llena de complejidad; ya que si nos ponemos a analizar, puede ser muy distinta para uno u otro individuo, tanto así que para ciertos doctrinarios puede ser un sentimiento; para otros un signo de adhesión política; para ciertas escuelas es un contrato sinalagmático; y para otras, la sumisión voluntaria del hombre con derecho político.

El estudio de la nacionalidad corresponde más bien al derecho interno de cada país, al derecho constitucional, y solo la parte referente a los conflictos de nacionalidad cae dentro del objeto del Derecho Internacional Privado, el cual es dar normas para la elección de la ley aplicable.

La nacionalidad es fundamental para la seguridad del individuo, ya que confiere a la persona un sentido de pertenencia e identidad y le otorga el derecho a disfrutar de la protección del estado, además le aporta un fundamento legal para el ejercicio de diversos derechos civiles y políticos. La nacionalidad tanto en el derecho interno como en el internacional tiene efectos como, conferir derechos políticos a las personas y señalar sus deberes militares; habilita a las personas para desempeñar cargos públicos, además de otros que no le son permitidas a los extranjeros; les permite el obtener pasaporte, retornar al país y puede ser que en caso de indigencia pueda ser repatriado por su estado, además de poder obtener la protección diplomática, cuando sus derechos se ven lesionados en el extranjero.

La nacionalidad podemos definirla como el vínculo legal que une a una persona natural o jurídica con un estado determinado, vínculo que implica derechos y obligaciones recíprocas.

Leonel Pérez Nieto Castro, en su obra de Derecho Internacional Privado, con muy buen criterio menciona algunas definiciones de la nacionalidad, que han formulado destacados autores, las cuales me parece apropiado mencionar como:

Weiss, la considera como un contrato sinalagmático que une el individuo al estado.

Bustamante la concibe como el vínculo jurídico y político que existe entre la persona y el Estado, como origen y garantía de deberes y derechos recíprocos.

Eduardo Trigueros considera a la nacionalidad como el atributo que señala a los individuos como integrantes, dentro del estado, del elemento social denominado pueblo.

Hans Kelsen afirma que la nacionalidad es una institución común a todos los órdenes jurídicos nacionales modernos. (30-31).

A mi parecer, Weiss define a la nacionalidad como un contrato sinalagmático, por que esta impone deberes y derechos recíprocos a las partes; pero sabemos bien que la nacionalidad es un derecho que tienen todos los seres humanos, tanto así que consta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y al tener esta característica, pues es un derecho también de los recién nacidos, y es indudablemente ilógico suponer que un recién nacido, el cual es un incapaz absoluto, si puede ser capaz de celebrar un contrato.

Por lo dicho anteriormente, me parece acertado definir a la nacionalidad, como el vínculo político y jurídico que relaciona a las personas con un Estado de tal modo que origina un estatuto que les distingue de los extranjeros. Este estatuto especial que origina la nacionalidad es el presupuesto básico para la adquisición de un conjunto de derechos, o para que se ejerzan de cierta forma característica, e impone también obligaciones que no corresponden a los extranjeros.

3. Razón de su importancia en el derecho internacional privado.

La importancia que tiene la nacionalidad dentro del derecho internacional privado se debe a que esta distingue a dos clases de sujetos de derecho, como son los nacionales y los extranjeros, que al entrar en relaciones de carácter jurídico, originan problemas de conflictos de leyes; y allí interviene la nacionalidad como factor de conexión para solucionar de la mejor manera dichos inconvenientes.

Otra razón importante para considerar la importancia que tiene la nacionalidad dentro del Derecho Internacional Privado, es que la nacionalidad es un vínculo de conexión, es la base del llamado sistema “de la nacionalidad”, cuyo fundador y representante más notable es Mancini.

Además, es importante recalcar que muchas veces la solución precisa de los conflictos de leyes que se puedan generar, depende de la nacionalidad de las personas

que se hallan en dicho conflicto, por lo que hay que determinar primeramente la nacionalidad de los sujetos que intervienen.

Juan Larrea Holguín, Manual de Derecho Internacional Privado. “(...) a veces, esa misma determinación de la nacionalidad produce verdaderos problemas de conflictos de leyes: se trata de saber de conformidad con que ley se ha de establecer la nacionalidad de un individuo, y esto es sin duda materia del derecho internacional privado”. (46)

4. Fundamento jurídico y político de la nacionalidad.

Los sostenedores de la Escuela Italiana de la personalidad del derecho fundamentan el predominio de la ley nacional para solucionar los conflictos de leyes en dos órdenes de consideraciones: unas de carácter político y otras de carácter jurídico.

- **Fundamento jurídico:** El estado es una reunión de personas unidas por un vínculo contractual de sumisión común. Cada una de estas personas tiene derecho a esperar de ese Estado, la protección de sus derechos, además del reconocimiento de ciertas garantías por parte de su estado, el cual para lograr este objetivo, tiene que necesariamente tener un territorio sobre el que va a ejercer su potestad; es decir que la mencionada potestad, se ejerce sobre las personas y sobre el suelo; pero el fundamento está en que estos dos elementos tienen desigual importancia. Mientras jamás se podría concebir un Estado privado de súbditos, la imaginación puede concebir un estado desprovisto de territorio, sostienen los partidarios de este sistema, demostrando que lo fundamental en el imperio de la ley es la persona para la cual ha sido dictada y no el territorio sobre el cual impera.

- **Fundamento político:** Las personas aunque se trasladen fuera de su nación a cualquier parte del mundo, siempre van a conservar su nacionalidad, nunca van a dejar de pertenecer a su país de origen, por ello, en los conflictos de

legislaciones que puedan provocarse, deben serles aplicables siempre sus respectivas leyes nacionales.

5. Principios tradicionalmente admitidos respecto a la nacionalidad

La Declaración Universal De Los Derechos Humanos, en su artículo 15, proclama que: “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad” y que “a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”.

La nacionalidad, igual que todas las instituciones jurídicas, está sujeta a ciertos principios fundamentales en los que han convenido todas las legislaciones.

Estos principios son los siguientes:

a) Toda persona debe tener una nacionalidad.

Actualmente, el mundo está dividido en estados y cada uno tienen su propio derecho. La aplicación de estos diversos derechos y la protección individual de cada persona exigen que al existir Estados con derechos diferentes, de igual manera los hombres de todo el mundo se deben distinguir unos de otros por su nacionalidad.

Dr. Hernán Coello García, Derecho Internacional Privado. “Es este, además, un principio implícitamente admitido en nuestro sistema jurídico interno cuando admite que la nacionalidad es uno de los atributos de la personalidad, como puede deducirse de las disposiciones contenidas en el título primero, parágrafo I del libro I del código civil.

Este principio se halla ampliamente regulado en las normas aplicables, y a él se refiere, como se ha visto, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

No obstante, debido a la diferencia de los principios en que se fundan las diferentes legislaciones, de hecho se produce en la práctica la posibilidad de la existencia de

ciertas personas a las que se ha convenido en llamar apátridas, apolides, in estatales, heimetiosos, incolas, etc.” (222-223).

Proudhon, propuso que a estas personas sin patria se les llame incola, colocándolos en una situación intermedia entre el nacional y el extranjero, concediéndoles una serie de derechos y obligaciones. Esta idea de Proudhon no ha tenido éxito.

Antonio Sánchez de Bustamante, Derecho Internacional Privado. La legislación Suiza, utilizó una palabra de origen alemán, para calificar a estas personas sin patria, llamándolos “Heimathlosen”, o sea sin domicilio o sin nacionalidad, a los que se encontraban en aquella república y no tenían patria conocida. La frase se generalizó en la ciencia y en el uso corriente, aunque no es adaptable a los idiomas latinos. También se les ha llamado “Apolides”, que es una palabra de origen griego, que etimológicamente significa sin ciudad, ya que en Grecia se confundía a la ciudad y al estado. Recientemente se les denominó “Apátridas”, que significa individuo sin patria, esta para nuestra lengua expresa mejor la idea. (226).

La apatridia surge de la carencia de la nacionalidad en una persona, que le permita ejercer los derechos básicos que le da el tener una nacionalidad de un estado. Un modo de evitar que se generen casos de apátridas; podría ser el asegurar a toda persona el derecho a la nacionalidad, por medio de garantías procesales adecuadas. El artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece el derecho que tiene toda persona a una nacionalidad, y la garantía de que a nadie se le privará arbitrariamente de la nacionalidad, y el derecho a cambiar de esta.

El artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas define el término apátrida de la siguiente manera:

“El término apátrida designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a la legislación”.

El artículo 2 dice: “Todo apátrida tiene respecto del país en donde se encuentra, deberes que en especial entrañan la obligación de acatar sus leyes y reglamentos, así como las medidas para mantener el orden público.

Asimismo el estado signatario debe a los apartidas los siguientes derechos: La libertad de practicar su religión, la de un acceso a los tribunales de justicia, a la enseñanza elemental, a la asistencia y socorros públicos a una legislación del trabajo y de seguros sociales y a la s cargas y gravámenes fiscales, en iguales condiciones que para los nacionales. Respecto del derecho de asociación, a un empleo remunerado, a trabajar por cuenta propia, a ejercer una profesión, en las mismas condiciones que un extranjero domiciliado en el país. Además el estado debe comprometerse a expedir documentos de identidad y de viaje para los apátridas, no puede expulsarlos de su territorio a menos que sean por razones justificadas de seguridad nacional o de orden público, y en caso de expulsarlos estos deben ser sometidos al debido proceso; además los estados están en la obligación de facilitar su naturalización.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que este problema no es solo jurídico, sino también humano que puede impactar en varios aspectos importantes de la vida de las personas como pueden ser el acceso a la salud, educación, justicia, en fin se puede decir a una vida digna. La apatridia es un hecho poco conocido entre el común de la gente, a pesa r de que es un fenómeno de gran importancia por las cuestiones que acabamos de analizar, dadas las magnitud de los problemas que se pueden suscitar en los estados que reciben a estos apátridas. Nuestro país es signatario de la Convención sobre el Estatuto de los apátridas, por lo que debe a estas personas el trato que prescribe dicho instrumento, brindándoles las suficientes garantías para que puedan desarrollar una vida digna en nuestro país y facilitándoles la naturalización, como el medio para reducir poco a poco este problema.

Pocas legislaciones se han preocupado de regular la condición jurídica de estas personas. Lo ha hecho, más bien, un instrumento internacional que se refiere a esta materia. La mayoría de estados prefiere asimilar a estas personas a los extranjeros,

dándoles el mismo estatuto de estos. El código civil, en el Artículo 42 dice, “Son ecuatorianos, los que la Constitución de la República declara tales. Los demás son extranjeros”.

b) Ninguna persona puede tener más de una nacionalidad.

La nacionalidad al estar basada en un sentimiento, este afecto no puede ser para más de una nación. Proudhom ha afirmado que, así como una persona no puede tener dos madres, tampoco puede tener dos patrias. A pesar de esto toda la corriente doctrinaria y muchos tratados celebrados por los más diversos países admiten la doble nacionalidad.

Fernando Albónico Valenzuela, Manual de Derecho Internacional Privado. “Esta situación totalmente inaceptable desde el punto de vista jurídico y práctico, tuvo su consagración legislativa en la ley del Delbruch, dictada en Alemania a comienzos del siglo pasado, por lo cual se permitía que un Alemán tuviera dos nacionalidades, siempre que la segunda se adquiriera con autorización del gobierno Alemán, y que el nacionalizado continuara sujeto a las obligaciones y mandatos de dicho gobierno”. (150-151).

EL móvil para esto, nada jurídico por cierto, fue el de aumentar frente a una guerra inminente, el número de soldados.

Antonio Sánchez de Bustamante, Derecho Internacional Privado. “Con otros fines, como el de favorecer la inmigración y el de afirmar la cordialidad de relaciones entre las repúblicas de América, ha surgido la doctrina Garay. Tiende a otorgar a los extranjeros residentes en el país los derechos políticos y, en términos generales la ciudadanía, sin el cambio de nacionalidad”. (227).

c) Toda persona puede cambiar de nacionalidad.

La nacionalidad siempre va acompañada de un sentimiento, el cual puede variar, y así también cambiar la nacionalidad del individuo, por decidir este ser nacional de otro Estado; ya que ningún estado puede obligar a sus súbditos a mantener su nacionalidad de origen en contra de su voluntad, conservando así vínculos jurídicos con personas que habitan fuera de su territorio, y que han perdido todo el amor patrio respecto de él. Cabe mencionar además que la Declaración Universal de los Derechos Humanos regula este principio.

Fernando Albónico Valenzuela, Manual de Derecho Internacional Privado.” El principio de la “Allegiance Perpetuelle”, según el cual el individuo permanece por toda su vida vinculado al estado, principio consagrado por la Common Law Inglesa, por la legislación Venezolana, por la Argentina y Chilena hasta el año 1925. Ha sido substituido en nuestros días por la absoluta libertad en el mantenimiento de la nacionalidad.” (151).

Antonio Sánchez de Bustamante, Derecho Internacional Privado. “Un orador griego afirmó que las puertas de Atenas estaban abiertas para todos los que quisieran salir de ella y Cicerón entendía que no era lícito obligar a nadie a que permaneciera siendo ciudadano en contra de su voluntad”. (228).

d) La renuncia pura y simple de la nacionalidad no basta para perderla.

Dr. Hernán Coello García, Derecho Internacional Privado. “La renuncia de la nacionalidad debe ir acompañada de la adquisición de una nueva. De esta manera de evita que existan las personas llamadas apátridas y la posibilidad de una burla a los deberes que la nacionalidad le impone. (224).

e) La nacionalidad de origen no debe transmitirse indefinidamente en el extranjero.

La facilidad de las comunicaciones y el arraigo frecuente de un individuo en un territorio distinto al de su país de origen, ha traído por consecuencia que los

descendientes de este no conserven la nacionalidad de sus padres indefinidamente en el extranjero, para evitar la prolongación ficticia de la nacionalidad. Este principio fue acogido por el instituto del Derecho Internacional en sus sesiones de Cambridge (1895) y de Venecia (1896).

Sin este principio, el *ius soli* como uno de los modos de adquirir la nacionalidad quedaría destruido. Esto tiene su sustento en que si la nacionalidad de origen pudiera transmitirse indefinidamente en el extranjero de padres a hijos y demás descendientes, podría darse el caso de que individuos que tal vez no hablen el idioma nativo de sus progenitores, que no conozcan en mínima manera la historia del país, o ni siquiera haber estado nunca en el país cuya nacionalidad habrían de heredar y que de ninguna manera me parece posible sientan el amor patrio, que por lo general los individuos sentimos por nuestro país de origen, quedarían en una situación de total discordancia con su realidad.

Con ese fin, ha establecido el derecho Francés una regla en cuya virtud nacen Franceses los hijos de extranjeros que a su vez hayan nacido en el territorio de esa nación. El fin de esta disposición es precisamente evitar, una prolongación ficticia de la nacionalidad extranjera, que muchas veces lo único que pretenden es un beneficio individual, en desmedro de los intereses del país al que realmente pertenecen los individuos de que se trata.

f) La nacionalidad adquirida puede ser revocada.

Este principio que se desarrolló con motivo de la guerra mundial de 1914, da a los estados el derecho de revocarles la nacionalidad, sea por la vía judicial, ejecutiva o legislativa, a aquellos individuos que por sus actividades o antecedentes se hagan merecedores de esta medida. A toda persona nacional de un Estado se le imponen ciertos deberes, que de no cumplirlos, lo puede llevar a ser castigado o sancionado con la privación de la nacionalidad que haya adquirido.

En tiempos de guerra un país no puede ser obligado, a mantener en su territorio, a personas naturalizadas, que hace no mucho tiempo fueron nacionales de su Estado enemigo, ya que estos pueden haber actuado en actos de espionaje u otros que atenten contra la seguridad del país.

g) Toda persona puede recuperar su nacionalidad perdida.

Desde luego, se deberán cumplir los requisitos que las leyes internas determinen en cada caso, pues no es posible suponer que esta recuperación pueda realizarse sin cumplir ciertos requisitos indispensables.

6. Clases de nacionalidad de las personas naturales.

La nacionalidad de las personas naturales puede ser de dos clases que son: la nacionalidad de origen y la nacionalidad adquirida.

-La nacionalidad de origen: Esta nacionalidad es la que la ley atribuye a un individuo en el momento de nacer. Para determinarla esta clase de nacionalidad se han seguido dos sistemas fundamentales; de los cuales hablaré más detalladamente en el siguiente punto. Estos sistemas fundamentales son el “ius soli”, el cual otorga a una persona la nacionalidad del país en que nace, sin importar cual sea la nacionalidad de sus padres; y el “ius sanguinis”, o sea, el hijo sigue la nacionalidad de los padres, sin importar su lugar de nacimiento. Se ha defendido un nuevo sistema, al que se lo ha llamado sistema mixto, con base en el “ius solis” o el “ius sanguinis”, dándole al interesado un derecho de opción.

-La nacionalidad adquirida: La nacionalidad adquirida, también llamada electiva o jurídica o naturalización ha sido definida como el hecho de adquirir una nacionalidad con posterioridad a la originaria y en substitución de ella.

Rodrigo Borja, Enciclopedia de la Política. “La naturalización es fruto de una libre decisión del ciudadano sin perjuicio de las facultades soberanas del Estado para

reglamentar los requisitos, condiciones y trámites que deban cumplirse para este acto”. (...) Los ciudadanos naturalizados tienen, en principio, los mismos deberes y derechos políticos que los nacionales por nacimiento. Sin embargo, las leyes suelen exigir la nacionalidad originaria como condición para el ejercicio de ciertas altas magistraturas y funciones públicas”. (675).

La naturalización puede ser de dos clases: **Individual y Colectiva**. La naturalización individual afecta a las personas que reúnen ciertas condiciones. La naturalización individual se divide a su vez en tres clases: **Voluntarias**, que exige la solicitud y consentimiento expreso del que halla de obtenerla, y cumpliendo los requisitos que sean necesarios, y que generalmente son: la capacidad legal de la persona, la residencia más o menos prolongada en el país donde se va a adquirir la nueva nacionalidad y la renuncia explícita a la nacionalidad anterior. **Semivoluntaria**, que es aquella que resulta de actos voluntarios, pero cuyos fines no fueron cambiar de nacionalidad, como ocurre con el matrimonio, la legitimación y la adopción. **Forzada**, en los casos que un Estado lo impone a todos los que se hallen respecto de él en determinadas circunstancias; aún en contra de la voluntad de las personas, esta forma de naturalización motivada por causas de origen político interno o externo, desconoce el principio de la voluntariedad de la nacionalidad, por lo que ha tenido poca acogida en los sistemas legislativos.

La naturalización colectiva, a diferencia de la individual, es producida casi siempre como resultado de ciertos acontecimientos políticos, como puede ser, la anexión total o parcial y la independencia. Este cambio de soberanía territorial produce la pérdida de la nacionalidad para ciertos ciudadanos del estado antiguo, y estos ciudadanos adquieren en conjunto la nacionalidad del nuevo Estado.

7. Sistemas para determinar la nacionalidad de origen de las personas naturales.

Las legislaciones positivas tienen dos criterios diferentes para atribuir la nacionalidad a los que acaban de nacer. Según los elementos predominantes en la organización

social y política, la raza, la religión, la soberanía territorial, la emigración o inmigración, el concepto de la familia, la idea de Patria y el interés militar o económico, se han inclinado unas veces a que tenga el hijo la nacionalidad de sus padres, sistema conocido con el nombre de ius sanguinis, y otros a que siga la del lugar en que viene al mundo; esta segunda regla se la conoce técnicamente con el nombre de ius soli.

Puede darse el caso en que el ius soli sea de aplicación necesaria; como por ejemplo el caso de hijos de padres desconocidos, a los que necesariamente se les debe otorgar la nacionalidad del lugar en que por primera vez se les encuentra. A pesar de lo evidente y sencillo que parece este asunto, se encuentra sin regular en muchas legislaciones.

legislaciones americanas, entre las que podemos mencionar, las de Argentina, Cuba, Brasil, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, Santo Domingo, Uruguay y Venezuela, determinan la nacionalidad por el nacimiento en el territorio, es decir por el ius soli, aunque los padres sean extranjeros, domiciliados o simplemente transeúntes.

Los sistemas para determinar la nacionalidad de origen en el Derecho Internacional Privado son los siguientes: El ius sanguinis, el ius soli, y los mixtos.

Dr. Juan Larrea Holguín, Manual de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano.”El ius sanguinis tuvo su origen en el Derecho Romano antiguo, con una fuerte renovación en la Edad Media gracias al personalismo de los pueblos Germanos. Ha sido el sistema propugnado por las naciones centro europeas en la época de su constitución en Estados independientes, siguiendo la doctrina de Mancini, la doctrina de la nacionalidad. Este es un sistema apto para vigorizar los grupos nacionales, aunque puede resultar perjudicial para la solidez de los Estados cuando éstos no coinciden con tales grupos nacionales, esto puede darse en los estados plurinacionales y en naciones distribuidas en más de una unidad Política estatal. El ius sanguinis es preferido por los países de fuerte emigración, por querer mantener un vínculo con la población que se aleja de su país de origen. Para evitar los excesos en

este sentido, el Instituto de Derecho Internacional en sus sesiones de Cambridge y de Venecia, en 1895 y 1896, recomendó el principio de que la nacionalidad de origen no puede transmitirse indefinidamente en el extranjero”. (49).

El sistema del *ius sanguinis*, en casos en que el padre y la madre no tengan la misma nacionalidad, o cuando se presente la necesidad de resolver factores que tengan que ver con la situación legal de las familias; estos casos pueden producir ciertos problemas; y para lograr una solución acertada respecto de estos problemas, que como dijimos se pueden llegar a presentar entre las partes en el Derecho Internacional Privado, lo primero que se debe realizar es la distinción de si los hijos son de uniones legítimas o de uniones ilegítimas. Si el caso es de hijos de uniones ilegítimas, se debe verificar con exactitud la época de su reconocimiento de cada uno de sus padres, y que consecuencias jurídicas produciría, en especial en cuanto haga caer o no al menor reconocido en la patria potestad, así como a la edad del hijo, si es mayor o menor, cuando el reconocimiento se efectúa. En la familia legítima; en cambio, se debe realizar una diferenciación entre el hijo *ántumo*, es decir el que nace cuando sus padres viven todavía; y el hijo *póstumo*, el nacido después de la muerte de uno o de ambos padres.

Algunos escritores se inclinan por reconocer en los hijos, un derecho de opción; el cual no pueden ejercitarlo hasta la mayoría de edad, y ser capaces.

El padre tiene, para el apellido, preferencia sobre la madre, por ello en las uniones legítimas, cuando los padres sean de diferente nacionalidad, la nacionalidad del hijo será la de su padre. Podría darse también el supuesto caso de que el padre haya cambiado de nacionalidad entre la concepción y el nacimiento del hijo, en este caso la época del nacimiento será la que decida la nacionalidad del hijo; es decir tendrá el hijo la nacionalidad que su padre tenga al momento de su nacimiento.

Cuando los hijos son reconocidos por ambos padres; o solo por el padre, se aplica el *ius sanguinis* de la misma manera que en los casos que se expusieron anteriormente,

por lo que tendrán la nacionalidad de su padre. Si se presentare el caso de que el hijo sea reconocido solo por su madre, tendrán la nacionalidad de esta última.

Las reglas anotadas se refieren a la nacionalidad del hijo ántumo. El hijo póstumo, si nace después de la muerte de su padre, tendrá la nacionalidad de su madre. Puede pasar que el hijo se póstumo de padre y madre, porque el alumbramiento se consume momentos después de la muerte de su madre, se puede sostener que se le dé la nacionalidad del padre, así cuando es legítimo, como si éste lo hubiera reconocido antes de que naciera.

Otro caso que puede darse, es cuando el hijo solo fue en primera instancia reconocido por la madre, y después de un tiempo, el padre lo reconoce, la pregunta sería como se puede resolver este problema, si el hijo ya tiene una nacionalidad, la cual es la de la madre. La solución depende, en cada legislación, de si el hijo, por el reconocimiento del padre, queda o no sometido a la patria potestad de este, y de que la patria potestad y la nacionalidad sean o no legalmente inseparables.

Dr. Juan Larrea Holguín, Manual de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano. “El ius soli, propio del Derecho feudal, a diferencia del ius sanguinis, ofrece las máximas ventajas para el robustecimiento de los Estados, aún a costa del mantenimiento de la integridad de las naciones, en cuánto grupos étnicos culturales; y es el sistema Patrocinado por los países de inmigración”. (49).

El ius soli atribuye la nacionalidad alas personas por el lugar en que han nacido, sin considerar la nacionalidad de los padres ni otra circunstancia. La aplicación de este principio en la práctica no provoca ninguna dificultad, su fundamento está en el afecto natural que siente toda persona por el suelo en que ha nacido.

Me parece adecuado mencionar lo que proclama el autor Federico Ratsel sobre un fatalismo geográfico, al sostener que en la poderosa acción del suelo hay algo de misterioso, que no deja de angustiar al espíritu, pues, aquella influye en forma feliz o desgraciada en la suerte de los hombres ya que, por esta influencia fatalista la libertad

del hombre aparece anonadada. La influencia de la tierra, claro que determina en cierta forma la personalidad de los hombres, aunque no me parece adecuado vincularla con un fatalismo geográfico.

Como dice el Dr. Hernán Coello García, Derecho Internacional Privado. “basta observar en el Ecuador el comportamiento tan disímil de sus habitantes, en función del lugar en que habitan. El costeño es diferente del serrano y los dos distintos de quien se ha radicado en la zona oriental y somos, no obstante, habitantes de uno de los países más pequeños de Sud América en el que, como observaba el Doctor Luís Monsalve Pozo en “El Indio”, en pocos lugares de la tierra puede observarse como “danzan las estaciones” y a su compás, también, agregamos nosotros, sus habitantes”. (205).

En la práctica de nuestros no parece que algún país acepte uno u otro sistema; ya que todas las legislaciones contienen soluciones mixtas, en las que predomina uno de los dos principios, pero siempre con alguna participación del otro.

Importante es mencionar que en el viejo continente la materia de la nacionalidad es generalmente tratada por leyes especiales y por convenciones de carácter internacional, en cambio en América, suele formar parte de las disposiciones constitucionales de cada Estado.

1.8. Teorías modernas sobre la nacionalidad.

El Doctor Estanislao Zeballos, jurista Argentino; es el autor de la doctrina de la Nacionalidad Automática. Zeballos considera a la nacionalidad como el conjunto de derechos y deberes de orden político que dependen de la vinculación real y sentimental de un individuo con un país. Para este autor debe eliminarse todas las formalidades relativas a las cartas de naturalización u otros documentos similares. Esta teoría nos dice que hay que conceder la nacionalidad automáticamente, al individuo arraigado en un país mediante la residencia continuada y algún acto expresivo de su voluntad, como lo sería la inscripción en los registros electorales.

Esta doctrina tuvo una momentánea aplicación en la República Española y en la Constitución Venezolana d 1947. Pero en realidad no ha llegado ha admitirse en el derecho positivo de los países la doctrina de la Nacionalidad Automática. Los estados han preferido aplicar el sistema de la doble nacionalidad. Sistema que en el Ecuador fue regulado alguna vez, en varias constituciones.

Pero como enseña el Dr. Hernán Coello García, en su obra de Derecho Internacional Privado, la nueva constitución a más de eliminar la nacionalidad como concepto, eliminó la posibilidad de una doble nacionalidad.

Dr. Hernán Coello García, Derecho Internacional Privado. “La doble nacionalidad se halla reconocida en un convenio celebrado entre Ecuador y España el 4 de Marzo de 1964 que el país aceptó, ratificó y confirmó. La decisión fue adoptada por la dictadura militar que gobernaba al país en ese entonces”. (218)

Víctor Manuel Orlando y Garay, promulgaron la doctrina de la “Ciudadanía Automática”. Ellos admiten la aplicación de los principios de Mancini para la determinación de la pertenencia a una nación: El Dr. Juan Larrea Holguín, en su obra, Manual de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano, con muy buen criterio enseña que, “Esta vinculación es de índole sociológica y más inmutable, se arraiga en el ius sanguinis. Pero el ejercicio de los Derechos Políticos constituye un nuevo y diferente vínculo, que no debe decirse propiamente nacionalidad, sino ciudadanía”. (50).

Este sistema propuesto por Víctor Manuel Orlando y Garay, me parece que es el que en la actualidad se esta usando en países como los Estados Unidos, Canadá, etc.; en el que los inmigrantes que se hallan en estos países, no pierden su nacionalidad, pero se le permite adquirir la ciudadanía, del país donde esta domiciliado, al que su vida esta ligada en la actualidad por una serie de intereses que lo mantienen en dicho país.

9. La nacionalidad de las personas jurídicas.

En el sistema Ecuatoriano las personas jurídicas de Derecho Privado, son personas ficticias capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones y de cumplir su fin social, sea este civil, mercantil, de protección a sus asociados. Estas personas nacen de la iniciativa privada y comienzan a existir desde el momento en que son aprobadas por la ley o por el gobierno, con aprobación de sus estatutos.

Las personas jurídicas de Derecho Privado pueden ser de tres clases:

- **Fundaciones**, cuando no persiguen fines de lucro, formados para cumplir determinados fines lícitos para lo cual se afectan sus bienes.
- **Corporaciones**, son asociaciones de varios individuos que pretenden un fin no lucrativo y lícito.
- **Sociedades civiles o mercantiles**, las civiles no persiguen fin de lucro; mientras que las mercantiles sí.

Se ha discutido si las personas jurídicas tienen o no nacionalidad. A mi parecer, las personas jurídicas, si tienen nacionalidad, con ciertos caracteres que la diferencian de la nacionalidad de las personas naturales. En la actualidad las legislaciones convienen en atribuir nacionalidad a las personas jurídicas, pero reconociendo las diferencias que existe entre la nacionalidad de las personas naturales y las personas jurídicas.

Dr. Hernán Coello García, Derecho Internacional Privado. (...) “En el fondo de lo que se trata, es de considerar como personas jurídicas nacionales, a las que se hayan vinculadas a los intereses económicos, políticos o sociales de un estado; y extranjeras a las que carecen de estas conexiones”. (237).

La importancia de determinar su nacionalidad, la podemos encontrar en las siguientes razones:

- Para resolver los conflictos de leyes, en que la nacionalidad es un elemento de conexión para determinar la ley competente. Siempre habrán casos en que la nacionalidad de cualquier persona jurídica, sea un elemento indispensable para saber el trato adecuado que deberá dársele.

- Para resolver el problema que tiene que ver respecto del funcionamiento de las personas jurídicas; el cual depende de la nacionalidad que está tenga; ya que los requisitos que deben cumplir la personas jurídicas extranjeras, son distintos de los que deben cumplir las personas jurídicas nacionales; además de ciertos derechos de los cuales gozan las personas jurídicas nacionales y que se encuentran vedados para las extranjeras.

A diferencia de la nacionalidad de las personas naturales; en las que además de ser un vínculo jurídico, tiene también un aspecto sentimental, la nacionalidad de las personas jurídicas es un vínculo exclusivamente de orden jurídico, por la carencia de alma de los seres colectivos que les impide tener tales sentimientos.

El derecho de los diferentes estados no suele equiparar a las personas jurídicas nacionales y extranjeras, esto se puede notar en ciertas disposiciones que sobre el tema podemos encontrar. En el sistema ecuatoriano podemos mencionar las siguientes disposiciones:

- En La Constitución Política del Estado, el art. 15, restringe el derecho de las personas jurídicas extranjeras a adquirir bienes raíces con fines de explotación económica en las zonas de seguridad nacional.
- En el Derecho Societario, la Ley general de Instituciones del Sistema Financiero y la Ley de Compañías, establecen la posibilidad de que estas instituciones puedan ser extranjeras, y puedan negociar en el Ecuador, pero con la condición de que legalicen su domicilio y tengan un representante legal en el país. Estas restricciones no se aplican para las sociedades nacionales.

Se han formulado algunas teorías para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas, las cuales expondré a continuación:

- a) Algunos hacen depender la nacionalidad, del lugar de la constitución de las personas jurídicas. Siguiendo así una cierta analogía con el criterio del ius soli de las personas naturales.
- b) Otros dicen, que depende del lugar en que se obtenga la autorización para su funcionamiento.
- c) Depende de la nacionalidad de los asociados o de los fundadores.
- d) Puede depender también la nacionalidad de las personas jurídicas, del lugar donde tengan su sede social.

Es importante mencionar, que por extensión se adjudica también la nacionalidad a ciertos bienes, como son las aeronaves y naves marítimas, a las que se les atribuye la nacionalidad en función de su matrícula o su bandera, así los problemas de Derecho Internacional Privado, se resolverán aplicando la ley de la bandera o matrícula de la nave.

1.10. La nacionalidad en el sistema ecuatoriano.

En el sistema ecuatoriano, la nacionalidad de las personas dentro del Derecho Internacional Privado, tiene una importancia muy significativa, puesto que ella resuelve los problemas del estatuto personal para el estado civil, la capacidad de los ecuatorianos cuando los actos en que intervienen deban verificarse en el Ecuador y los derechos de familia respecto del cónyuge y parientes ecuatorianos; además de otros aspectos vinculados también con este factor de conexión.

En el sistema de Derecho Internacional Privado que rige en el Ecuador, la nacionalidad es un factor de conexión; es decir, un elemento que vincula un problema de derecho con un derecho determinado. Este elemento se encuentra reconocido en el artículo 7 del Código de Derecho Internacional Privado de Sánchez de Bustamante, puede aplicarse tanto a las personas naturales como a las jurídicas.

El artículo 14 del Código Civil, establece lo siguiente: “Los ecuatorianos aunque residan o se hallen domiciliados en lugar extraño, están sujetos a las leyes de su Patria:

1. – En todo lo relativo al estado de las personas y la capacidad que tienen para ejecutar ciertos actos, con tal que estos deban verificarse en el Ecuador; y
2. – En los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia pero solo respecto de su cónyuge y parientes ecuatorianos”.

Hasta antes de la vigencia de la actual Constitución, que el 11 de Agosto de 1998 propuso una modificación totalmente ilógica y en total desacuerdo con la naturaleza romanista de nuestro derecho, no había duda alguna para el sistema de Derecho Internacional Privado ecuatoriano, sobre la aplicación de la nacionalidad como factor de conexión. Esto será analizado claramente mas adelante.

1.11. La nacionalidad como factor de conexión.

La nacionalidad es un elemento de conexión de carácter primario, que determina la aplicación de las leyes de tal o cual estado. Con este elemento de conexión un emigrante puede vincularse con el nuevo Estado en que vive de diversas maneras, pero permanece con sus propias características nacionales. La nacionalidad como factor de conexión proporciona una mayor estabilidad a instituciones como el estado civil y la capacidad jurídica, que por su naturaleza deben cambiar lo menos posible por circunstancias externas y accidentales. Además las leyes nacionales, son las que mejor responden a las características raciales y psicológicas, al grado de cultura y desarrollo de todo orden. De los ciudadanos.

Con el sistema de la nacionalidad todo individuo, al nacer, esta vinculado a su país de origen y a su grupo étnico-político, por el vigoroso lazo de este factor de conexión; tomándole desde la cuna y acompañándole a través de su existencia;

penetrando de esta manera en la sociedad internacional sin desnacionalizarse, sin sufrir puede decirse de un *Capitis Diminutio*; por otra parte la nación que atribuye derechos individuales a las personas, le brinda protección no solamente dentro de su territorio, sino también en cualquier parte del mundo donde por las necesidades de la vida se conduzcan.

La fuerza de este sistema la podemos encontrar en que ninguna soberanía puede legítimamente, so pena de faltar a sus deberes, e incurrir en violación de las leyes internacionales, negarse a toda aplicación del derecho extranjero dentro de su territorio, y someter a las personas y relaciones jurídicas que dependan de aquel a la acción incompetente de su ley territorial; o sea, la aplicación de la ley extranjera constituye una obligación jurídica.

La nacionalidad es de fácil y rápida comprobación, bastaría para esto por ejemplo la exhibición de los pasaportes, cédulas, documentos que en la actualidad todo nacional o extranjero tiene en su poder. La nacionalidad además de ser aplicado a las personas naturales o jurídicas, ha sido referido también a las cosas, como ser las naves, aeronaves y a algunos otros bienes.

Cabe mencionar la lucha que ha existido en el campo doctrinario por demostrar cual sistema; si la nacionalidad o el domicilio, es de mejor aplicación en el campo práctico, para resolver los conflictos que puedan suscitarse entre las partes en el Derecho Internacional Privado. Un esfuerzo por conciliar estos dos sistemas se dio en la Convención de la Haya en 1973, en materia de sucesiones, pues se pide a los países que siguen el sistema de la nacionalidad, que no la apliquen a sus ciudadanos después de cinco años de haberse domiciliado en otro país; de igual forma, los Estados que siguen el sistema del domicilio deben respetar la ley de la nacionalidad durante esos primeros cinco años.

Mi criterio, es que debería buscarse formulas mixtas; en las que se pueda aplicar la ley nacional o la del domicilio según sea la naturaleza del caso.

CAPITULO II

LA CIUDADANIA

2.1. Concepto de ciudadanía.

El concepto de ciudadanía se halla en plena evolución debido a los grandes cambios económicos, sociales y políticos de fin de siglo. La ciudadanía la tenemos que definir como la calidad jurídico política que hace a la persona miembro activo del Estado y que le habilita para ejercer los derechos políticos, siendo el más importante, el derecho al sufragio; el cual se encuentra regulado en el artículo 26 de nuestra constitución.

El derecho al sufragio debe ser entendido como el derecho de los ciudadanos de participar a través de la expresión de su voluntad en la resolución de los asuntos de importancia de la colectividad; muchas veces se confunden los conceptos de sufragio

y el concepto de elecciones, por lo que hay que tener claro que no son iguales, ya que entre ellos hay una relación de género a especie pues toda elección es un sufragio, pero no todo sufragio es una elección. Los derechos políticos son, el participar en el Gobierno del estado, elegir y ser elegido, tomar parte en plesbicitos, recalls y otras formas de consulta popular; desempeñar funciones públicas, ser miembro de los partidos políticos, opinar sobre las cuestiones del estado. La ciudadanía es una cualidad que permite a los habitantes participar en la vida pública del estado.

Nuestra Constitución en el artículo 26 nos dice: " Los ciudadanos ecuatorianos gozaran del derecho de elegir y ser elegidos, de presentar proyectos de ley al congreso nacional, de ser consultados en los casos previstos en la Constitución, de fiscalizar los actos de los órganos del poder público, de revocar el mandato que confieran a los dignatarios de elección popular, y de desempeñar empleos y funciones públicas.

Estos derechos se ejercerán en los casos y con los requisitos que señalen la constitución y la ley.

Los extranjeros no gozarán de estos derechos``.

La redacción de este artículo me parece acertada ya que establece cuales son los derechos que tienen los ecuatorianos por su condición de ciudadanos, además da a entender que hay que cumplir con ciertos requisitos para ejercer esos derechos y finalmente distingue a los ecuatorianos de los extranjeros, estableciendo que estos no pueden gozar de estos derechos. Cabe anotar que solo en los primeros tiempos de la República algunos extranjeros pudieron gozar de estos derechos ejerciendo cargos públicos de gran importancia, lo que sucedió en el gobierno de Vicente Rocafuerte que tuvo como Ministros de Estado a varios extranjeros.

La ciudadanía es un vínculo político, que une a un individuo con el estado; sea por nacimiento, por su propia voluntad o por la residencia prolongada del individuo dentro de un territorio. Es una cualidad que le corresponde a los nacionales, por supuesto que estos nacionales deben cumplir con ciertos requisitos, los cuales son

exigidos por el derecho público interno para poder de esa manera ejercer los derechos políticos.

Los derechos civiles y políticos; son los llamados de primera generación. Los civiles pertenecen a los individuos por el hecho de ser personas; le son inherentes por su calidad de ser humano, y que son comunes a todas las demás personas; lo que no sucede con los derechos políticos, que solo le pertenecen a la persona en cuanto sea miembro políticamente activo del Estado; es decir en cuanto sea ciudadano. Esto es porque no todos los habitantes de un territorio son ciudadanos, sino solo aquellos que cumplan con los requisitos para obtener tal calidad. Los derechos políticos son aquellos que bajo ninguna circunstancia se puede otorgar a los extranjeros, ya que los derechos políticos son de derecho público, y los nacionales son los únicos que pueden ser llamados a participar de los mismos, pues estos son derechos exclusivos de los que pertenecen al Estado.

Las legislaciones, se encargan de establecer los requisitos que deben tener las personas para ejercer los derechos de ciudadanía. El requisito principal es la Nacionalidad; que une a un individuo con un estado determinado, ya sea por nacimiento o por naturalización. El segundo requisito es la edad, ya que para ser ciudadano, se tiene que tener la edad señalada por la ley, la que puede variar según cada legislación entre las edades de 17 a 25 años. Este requisito tiene su fundamento en que para poder una persona ejercer responsabilidades y funciones públicas debe tener cierta madurez.

Debemos estar claros en no confundir los conceptos de nacionalidad y ciudadanía. La nacionalidad es un vínculo de una persona a un Estado, por nacer en él, por ser sus padres naturales de ese estado o por voluntariamente haberse sujetado a él. La ciudadanía es diferente; es la calidad que adquiere el que siendo de una nacionalidad y cumpliendo los requisitos necesarios, obtiene los derechos que lo habilitan para tomar parte en la vida política del Estado. Por lo que, uno de los efectos de la nacionalidad es ser presupuesto necesario de la ciudadanía, pues todo ciudadano debe ser nacional, pero no todo nacional es ciudadano.

El Doctor Hernán Coello García, en su obra Derecho Internacional Privado, nos dice. “El sustantivo ciudadano entraña una idea eminentemente política e implica la participación activa en el poder del Estado. Se es ciudadano en cuanto se participa en la función política del Estado; en cuanto se ejercitan derechos políticos. La nota que tipifica el concepto de ciudadano radica en su personalidad individual que sólo puede, por lo mismo, darse en las personas físicas y que no cabe en las personas jurídicas, menos aún predicarse de las sociedades o de las naves’’. (201).

Los derechos de ciudadanía pueden llegar a ser suspendidos por cometer un delito y ser castigados con una condena judicial; además pueden ser suspendidos por enajenación mental, y en algunos países por alistarse en el ejército o por ingresar al clero. La ciudadanía se pierde de acuerdo a lo que señalen las leyes de cada país

Me parece adecuado el resaltar que en los regímenes despóticos, dictatoriales, se puede llegar a la conclusión de que no existen los ciudadanos, se podría hablar de súbditos que se encuentran en un estado de opresión. No puede por lo expuesto haber ciudadanía si es que no existe la democracia, al igual que no puede existir democracia sin ciudadanía.

La ciudadanía, además se ha convertido en el tema de nuestro tiempo. La problemática que está produciendo en todos los países ricos la inmigración procedente de los países empobrecidos, hace que se hable de la ciudadanía, de sus características y formalidades, de su naturaleza incluyente o excluyente. Asimismo, el reconocimiento de la multiculturalidad como una realidad palpable, provoca todo un debate teórico acerca de la naturaleza y los límites de lo que significa ser ciudadano en un mundo plural.

2.2. Antecedente histórico de la ciudadanía y generalidades.

Para hablar de la ciudadanía, debemos remontarnos a las grandiosas civilizaciones griegas y romanas, en las que no se distinguió los conceptos de Nacionalidad y

Ciudadanía. En Atenas se empieza a tener a la nacionalización como el medio necesario para lograr entrar en la comunidad política; además se empieza a otorgar la ciudadanía por los servicios de gran magnitud prestados a la ciudad.

El Dr. Hernán Coello García, en su obra Derecho Internacional Privado. “En la Grecia clásica se observa por primera vez una especie de graduación de los derechos de los extranjeros y consiguientemente una referencia expresa a su condición jurídica. Esta graduación permitió a la civilización griega ubicar a los individuos en varias categorías y otorgarles, en consecuencia, un determinado status en relación con los derechos que podían reconocérseles”.(226).

En Grecia los extranjeros eran los Isotecos, que eran los ciudadanos no griegos, pero se les consideraba casi iguales que los ciudadanos griegos; estaban también los Metecos , los cuales solo tenían los derechos civiles que derivaban del tráfico mercantil, aparte estaban los extranjeros no domiciliados transeúntes que solo gozaban de los derechos fundamentales como es el derecho a la vida; más cruel era el trato a los extranjeros que estaban situados fuera de Grecia, que no tenían ningún derecho, sino que eran considerados como enemigos y se les podía privar de la vida.

En Roma solo se podía hablar de ciudadanía, la que tenía ciertos grados que otorgaban más o menos derechos públicos y privados. Los romanos, para dar a conocer su calidad de ciudadano romano solían exclamar la siguiente frase “CIVIS ROMANUS SUM”, que significa “Soy ciudadano romano”, que la usaban además de para darse a conocer como ciudadano romano, para que se le reconociera ciertos derechos como el de no ser juzgados sino por el pueblo.

La sociedad romana se configura de dos clases sociales que tenían la ciudadanía romana: una aristocracia de propietarios (*patricii*, patricios) y una clase popular que luchaba por conseguir derechos (*plebs*, plebeyos). Como ya se ha dicho anteriormente, la economía estaba basada en el sistema de producción esclavista, donde la mayoría de los esclavos eran prisioneros de guerra. Existían mercados de esclavos donde se comerciaba con ellos como si fuesen simples mercancías.

Así pues la sociedad romana estaba dividida en:

Patricios: la clase dominante que poseía todos los privilegios tanto fiscales, como judiciales, políticos y también culturales (es decir, eran más cultos).

Plebeyos: eran el pueblo que no gozaba de todos los derechos ni privilegios.

Esclavos: no tenían derechos y eran posesión de sus amos. El esclavismo era toda una institución social en Roma. No fue un esclavismo de raza, como sí lo sería siglos después. En Roma cualquiera podía ser esclavo; la fuente de esclavos provenía sobre todo de pueblos conquistados, pero también de delincuentes u otra gente que fuera degradada a esa clase social por algún motivo. En realidad el esclavismo no era más que la clase social más baja. Y como toda clase, también era posible ascender a veces comprando la propia libertad, o simplemente por el deseo expreso del amo que se formalizaba con el acto de manumisión, un privilegio exclusivo de todo propietario que convertía al esclavo en liberto (ex esclavo liberado).

La ciudadanía, en Roma al principio fue concebida como un estado privilegiado de unos pocos, solo se le podía conceder a la clase Patricia y solo excepcionalmente se permitía que ciertos plebeyos pudieran obtener la ciudadanía romana, quedando estos incorporados al patriciado, luego esta concesión fue ensanchándose a todos los súbditos del Imperio, en los tiempos del Emperador Caracalla. La razón de esta medida tuvo una inspiración fiscal, con la cual había mas personas que pagaban los impuestos, de esta forma desaparecieron los peregrinos, y los únicos que no eran ciudadanos romanos eran los esclavos, ya que estos no eran considerados personas; los bárbaros; y ciertos delincuentes como pena accesoria.

También se produjeron en Roma las naturalizaciones, la concesión de la ciudadanía romana a los no nacidos en el Imperio. Roma se vio inmersa en una seria crisis demográfica debida, lo que alarmo a los emperadores, y estos en su afán de remediar este mal trataron de estimular la natalidad, promulgando una ley con la que se le otorgaba la ciudadanía romana a toda mujer que fuera madre de tres hijos o más.

Al mismo tiempo se dio en Roma la llamada crisis del ejército y de las magistraturas, ocupaciones que en los primeros tiempos del Imperio fueron las más nobles, pero que con el paso del tiempo se fueron convirtiendo en carreras onerosas y cada vez menos honrosas, para frenar esto se dictó una ley con la que se podía adquirir la ciudadanía romana por servir al ejército o por desempeñar ciertas magistraturas, sin que estas dieran a los que las ejercían ninguna ventaja; sino que al contrario representaban una carga.

Además de estas crisis que hemos anotado, se produjo en Roma una crisis económica, la que llevó a conceder la ciudadanía romana, a los que transportaban el trigo, quienes hubieran en sus carruajes transportado el trigo por seis años, a los que transformaban el trigo en sus molinos, por lo menos por el lapso de tres años.

2.3. La ciudadanía en el sistema Inglés.

Este sistema, llamado de la escuela Angloamericana, que la integraban autores ingleses y norteamericanos. Su origen es estatutario, las ideas de la Escuela Estatutaria Holandesa del siglo XVII, pasaron a Inglaterra, y luego a la colonia Inglesa que al independizarse fue Estados Unidos.

Se caracteriza este sistema por aplicar a las relaciones personales las leyes del domicilio de una persona y no las de su nacionalidad; hace regir a los bienes raíces por la ley de la ubicación de ellos y a los bienes muebles por la ley del domicilio de su dueño. El Derecho Internacional Privado en países que aplican este sistema como lo son Los Estados Unidos, tiene gran importancia en su aspecto judicial, y en el papel sumamente importante que tiene la jurisprudencia en la formación del Derecho Internacional Privado, tanto así que ellos tienen el “Restatement of Law on the conflicts of law”, el cual es prácticamente un código a base de jurisprudencia. La ciudadanía es definida por La Corte Suprema de los Estados Unidos como el derecho a tener derechos; aunque claramente podemos ver que no siempre tenemos las cosas a las que tenemos derecho, y si por ejemplo alguien tuviera el derecho a tener un empleo y no lo tiene se le estaría también privando de su ciudadanía.

Arthur Nussbaum; en su obra Principios de Derecho Internacional Privado, nos dice. “De acuerdo al derecho constitucional de Los Estados Unidos de Norte América, el domicilio es el criterio para establecer la ciudadanía estadual. Debiera tomarse en cuenta, no obstante, que normalmente la ciudadanía esta basada en la nacionalidad que, como tal, es enteramente independiente del domicilio; aún cuando la ciudadanía no sea otorgada a todos los súbditos, el domicilio no es el elemento para establecer la nacionalidad. Por esta razón, la ciudadanía estadual norteamericana es una concepción peculiar e híbrida que, en el hecho tiene poca significación mas allá del domicilio estadual que implica”. (157-158).

Me parece acertado lo que nos muestra este autor ya que la s personas en estos sistemas entienden por ciudadanía muchos mas derechos que responsabilidades, poniendo mucho énfasis en derechos sociales como los cuidados médicos; y en los derechos cívicos como la libertad de expresión. No existiría ni identidad en su comunidad, ni lealtad entre los miembros de la sociedad.

Para los Estados que siguen este sistema, llamado Sistema Anglosajón, la ciudadanía, se encuentra compuesta por los derechos cívicos y por los derechos políticos; que son los derechos de primera generación, y son un tipo de derechos ciudadanos que surgen con el Bill of Rights de 1689, con la declaración de Independencia de los Estados Unidos en 1776 y de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano que se produjo en Francia en el año de 1789, y el hecho de considerar a la ciudadanía desde el punto de vista de los derechos humanos tiene en gran medida que ver con el problema de migración y la forma en que deben responder las naciones receptoras de emigrantes. Así el hombre frente a la ley tiene una doble consideración; como persona humana, le corresponden los derechos civiles y como miembro activo del Estado, le corresponden los derechos políticos.

Los derechos civiles que fueron conquistados en el siglo XVIII, corresponden a los derechos individuales de libertad, igualdad, propiedad, de libre desplazamiento, derecho a la vida, a la seguridad entre otros. A diferencia de los derechos político, los cuales se alcanzan a difundir ya en el siglo XIX, que tienen que ver con lo que es la

libertad de asociación y de reunión, de organización política y sindical, la participación política y electoral, el sufragio universal, etc.

Se reconocen a la ciudadanía además por este sistema los derechos llamados de segunda generación, conquistados en el siglo XX, con las luchas de los movimientos obrero y sindical, y son el derecho al trabajo, a la salud, a la educación, etc. También son reconocidos los llamados derechos de tercera generación, los que surgieron a mitad del siglo XX, estos son relativos al medio ambiente, derecho de las mujeres, de los niños, de las minorías étnicas, de los jóvenes.

Para los partidarios de este sistema, la ciudadanía no se restringe al concepto de nación, es decir, no son ciudadanos solamente los nacionales de un Estado, como una relación de filiación, de sangre entre los miembros de una Nación. En este sistema la ciudadanía no se basa en la filiación, sino en un contrato. De esta manera la ciudadanía, solo tendría una dimensión jurídica y política, apartándose de manera total de la dimensión cultural que tiene cada nacionalidad. Así es posible pertenecer a una comunidad política y tener participación, independientemente de la cuestión de la nacionalidad. Todo esto sustentado en asuntos relativos a la producción, comercio, capital financiero, y sobre todo a la gran cantidad de migraciones que hoy en día se producen diariamente, debido a la pobreza, el desempleo; se dice que todas estas situaciones dejaron de ser nacionales para tornarse transnacionales.

Me parece que de esta manera uno puede sentirse ciudadano por ejemplo de los Estados Unidos o Canadá, pero sin sentir ese patriotismo profundo o apego a la Comunidad Jurídica. La ciudadanía sería como una técnica de ejercicio de la democracia, este atributo quedaría de una manera totalmente desvinculado con la pertenencia a determinada nación.

Es importante destacar también lo que sucede en la actualidad en Europa, en que con su llamada Comunidad Europea, el concepto de ciudadanía se utiliza en el sentido de pertenencia a una comunidad política, por la cual tienen estos ciudadanos una serie de derechos y de deberes ciudadanos.

2.4. La nacionalidad y la ciudadanía: diferencias.

Es importante reconocer con la mayor claridad posible en que difieren estas dos instituciones, para no caer en errores respecto de su apreciación en el futuro. La constitución Quiteña de 1812, ya distinguía estos dos conceptos. La constitución de 1830 consideró derecho de los ecuatorianos el elegir y ser elegidos, y para el ejercicio de los derechos de ciudadanía exigía ciertos requisitos. Con la constitución de 1835 queda ya establecida la distinción de estos dos conceptos.

La ciudadanía es un vínculo político con el Estado, es un conjunto de derechos y obligaciones de carácter político, la de ser miembro activo del estado, para el efecto de tomar parte en sus funciones. En cambio la nacionalidad es la calidad que se tiene de pertenecer a un Estado, es un vínculo jurídico-político entre un a persona y el estado al cual este pertenece sea por nacimiento o por naturalización, relación que le impone a las personas ciertos deberes con el Estado y también le da ciertos derechos dándole una protección jurídica especial.

La nacionalidad es una condición de sometimiento político de una persona hacia un determinado Estado. La ciudadanía difiere en esto en que es la calidad que adquiere una persona nacional que cumple ciertos requisitos legales y entonces llega a tener el ejercicio pleno de los derechos políticos, habilitándolo para tener parte activa en la vida pública del Estado, sometiéndose además a todos los deberes que le impone el ostentar tal calidad.

Hay que tener claro, con el objeto de darnos cuenta que la nacionalidad es distinta que la ciudadanía y no confundirlas como se suele hacer, que la ciudadanía no puede existir sin la nacionalidad, ya que la nacionalidad es una condición necesaria de la ciudadanía, pero a diferencia de aquello si puede haber nacionalidad sin ciudadanía, como por ejemplo los menores de edad, ya que para ejercer los derechos políticos un requisito es que se debe ser mayor de edad; o también podemos mencionar el caso de los adultos que se hallan en el caso de la interdicción, a los cuales no se les puede otorgar los derechos políticos.

La nacionalidad es un vínculo de carácter público, de un individuo con un Estado, que además lo puede ser por analogía con una persona jurídica, un buque o una aeronave; lo que resulta imposible con el concepto de ciudadano, que solo puede ser considerado como tal una persona humana física, y de ninguna manera en las personas jurídicas, mucho menos puede darse ciudadanía a las sociedades o una aeronave.

La nacionalidad determina la condición jurídica de las personas, respecto de la distinción que se hace de nacionales y extranjeros, pues determina un status propio del nacional y uno propio del extranjero; y esto mismo no podemos decir de la ciudadanía.

La nacionalidad va mas lejos, tiene un alcance mayor, por ella se merece la protección del Estado, sin importar donde se encuentre el individuo, tiene para el ese ampara tanto en lo nacional como en lo internacional; por ello se diferencia d la ciudadanía, ya que esta no tiene el alcance más allá de lo nacional, por la sencilla razón que la ciudadanía no se le puede otorgar a los extranjeros.

La nacionalidad dentro del Derecho Internacional Privado es un elemento de conexión de suma importancia, y mediante ella se hace posible la solución de gran cantidad de conflictos que dentro de esa materia se suscitan, como por ejemplo en el sistema ecuatoriano con situaciones que tienen que ver con el estado civil de las personas, la capacidad, y los derechos de familia respecto de su cónyuge y parientes ecuatorianos. Y esto tampoco podemos decir de la ciudadanía

2.5. Problema que plantea la Constitución política respecto a la nacionalidad.

El artículo 6 de la Constitución Política en su inciso segundo manifiesta que: “Todos los ecuatorianos son ciudadanos y, como tales, gozan de los derechos establecidos en esta constitución, que se ejercerán en los casos y con los requisitos que determine la ley”.

La reforma a la que fue sujeta la Carta Política en la Asamblea mal llamada constituyente, ya que una Asamblea constituyente se convoca con la finalidad de reformar toda la Constitución, y lo que se hizo en dicha Asamblea fue reformar solo ciertos aspectos de la Carta Política; por ello se la debió llamar Constitucional a dicha Asamblea. Esta reforma propuso una disposición transitoria totalmente incomprensible que se encuentra de la siguiente manera.

“De los habitantes.

Primera. – Cuando las leyes o convenciones internacionales vigentes se refieran a “nacionalidad”, se leerá “ciudadanía”, y cuando las leyes se refieran a “derechos de ciudadanía”, se leerá “derechos políticos”.

Si nos ponemos a analizar este artículo constitucional, fácilmente se puede llegar a observar que los conceptos de nacionalidad y ciudadanía, se están tomando como sinónimos; esto se puede observar aún con más claridad en la disposición transitoria de la misma Carta Política al expresar que: “Cuando las leyes o convenios internacionales se refieran a nacionalidad se leerá ciudadanía, y cuando las leyes se refieran a derechos de ciudadanía se leerá derechos políticos.

Esto no hace otra cosa que hacernos caer en una gran confusión, además de contradecir las teorías mas aceptadas en el Derecho Constitucional de la mayoría de los estados y de nuestras constituciones anteriores desde la fundación de la república, que establecen diferencias conceptuales entre lo que debe entenderse por una nacionalidad y lo que debe ser entendido como una ciudadanía, ya que la nacionalidad es un vínculo reconocido por el derecho que liga a una persona con determinado Estado, vínculo este que puede ser por el lugar de nacimiento (ius soli) o por la sangre (ius sanguinis); la ciudadanía en cambio se entiende como la facultad que tienen determinados individuos para participar en la vida política del Estado que forma parte.

La nacionalidad como ya se dijo anteriormente viene a ser presupuesto necesario de la ciudadanía, pues todo ciudadano debe ser nacional, pero no todo nacional es ciudadano. El requisito previo para ser ciudadano es ser nacional, por origen o por naturalización.

Esta disposición transitoria da lugar a que se den algunos problemas, en primer lugar mal llamada transitoria a esta disposición que tuvo la intención de ser definitiva desde un principio, pues lo transitorio es algo temporal dictado para cierto tiempo. Esta disposición se ha apartado de la tradición de nuestro derecho refiriéndose como ciudadanía a lo que siempre hemos llamado nacionalidad.

Además la disposición transitoria viola los tratados internacionales a los cuales el Ecuador se ha suscrito como miembro de la Comunidad Jurídica Internacional; viola así la Declaración de los derechos del hombre, que en su artículo 15 nos dice que: “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad” y que “A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad”. Desde el momento que la disposición transitoria entro en vigencia a todos los ecuatorianos se nos arrebato el atributo de tener una nacionalidad, ya no somos nacionales del Estado Ecuatoriano, ahora somos ciudadanos del Ecuador; es decir se nos privo de forma arbitraria de nuestra nacionalidad, y por ello es que digo que esta disposición viola la declaración de los derechos del hombre.

Como dice el Dr. Hernán Coello García, en su obra Derecho Internacional Privado. “La disposición transgrede, además, el propio texto de la constitución que, en el art. 3, establece que “Son deberes primordiales del Estado: 2. – Asegurar la vigencia de los derechos humanos” entre los que están, según lo hemos advertido, el derecho a una nacionalidad y el de no ser privado arbitrariamente de una nacionalidad”. (199).

Algo que nos ayudará a comprender aún mejor el absurdo a que nos puede llegar a conducir esta disposición es lo siguiente: La nacionalidad sabemos no solo es aplicable a las personas naturales, sino que también puede las personas jurídicas nacionales y extranjeras, las naves, aeronaves tener una nacionalidad; esto con la

actual constitución que rige en el Ecuador, puede provocar un serio problema, ya que nos obliga a leer ciudadanía en los convenios y en las leyes que traten de la nacionalidad; es decir nos obliga esta disposición a caer en lo ridículo y tener que otorgar la ciudadanía a las personas jurídicas y a las naves.

La reforma al decir que todos los ecuatorianos son ciudadanos puede conducirnos al absurdo de que los recién nacidos sean ciudadanos, y por ello tengan la facultad de ejercer los derechos políticos y participar en los sufragios. Esta reforma además de la confusión a la que nos lleva, en el momento en que se llegue a presentar un problema de Derecho Internacional Privado, en el que este un ecuatoriano de por medio nos va a provocar una serie dificultad en la manera de resolver los conflictos.

A continuación me parece pertinente citar textualmente algunos artículos de nuestra Constitución actual que tienen cierta importancia respecto del tema que estamos tratando:

Art. 7. – (Ecuatorianos por nacimiento). –

“Son ecuatorianos por nacimiento:

1. Los nacidos en el Ecuador; y,

1. Los nacidos en el extranjero:

2.1 De padre o madre ecuatoriano por nacimiento, que este al servicio del Ecuador o de un organismo internacional o transitoriamente ausente del país por cualquier causa, si no manifiestan su voluntad contraria;

2.2 De padre o madre ecuatoriano por nacimiento, que se domicilien en el Ecuador y manifiesten su voluntad de ser ecuatorianos; y,

2.3 De padre o madre ecuatoriano por nacimiento, que con sujeción a la ley, manifiesta su voluntad de ser ecuatorianos, entre los dieciocho y veintiún años de edad, no obstante residir en el extranjero.

Art. 8. – (Ecuatorianos por naturalización). – Son ecuatorianos por naturalización:

1. Quienes obtengan la ciudadanía ecuatoriana por haber prestado servicios relevantes al país;
2. Quienes obtengan carta de naturalización;
2. Quienes, mientras sean menores de edad, son adoptados en calidad de hijos por ecuatorianos. Conservan la ciudadanía ecuatoriana si no expresan voluntad contraria al llegar a su mayoría de edad;
3. Quienes nacen en el exterior, de padres extranjeros que se naturalicen en el Ecuador, mientras aquellos sean menores de edad. Al llegar a los dieciocho años conservarán la ciudadanía ecuatoriana si no hicieren expresa renuncia de ella; y,
4. Los habitantes de territorio extranjero en las zonas de frontera, que acrediten pertenecer al mismo pueblo ancestral ecuatoriano, con sujeción a los convenios y tratados internacionales, y que manifiesten su voluntad expresa de ser ecuatorianos.

Art. 9. – (Matrimonio y Ciudadanía). – La ciudadanía no se pierde por el matrimonio o su disolución.

Art. 10. – (Doble ciudadanía o nacionalidad). – Quienes adquieran la ciudadanía ecuatoriana conforme al principio de reciprocidad, a los tratados que se hallan celebrados y a la expresa voluntad de adquirirla, podrán mantener la ciudadanía o nacionalidad de origen.

Art. 11. – (Garantías a la ciudadanía y doble nacionalidad). – Quien tenga la ciudadanía ecuatoriana al expedirse la presente constitución, continuará en goce de ella.

Los ecuatorianos por nacimiento que se naturalicen o se hallan naturalizado en otro país, podrán mantener la ciudadanía ecuatoriana.

El estado procurará proteger a los ecuatorianos que se encuentren en el extranjero.

Art. 12. – (Pérdida de la ciudadanía). – La ciudadanía ecuatoriana se perderá por cancelación de la carta de naturalización y se recuperará conforme a la ley.

Me parece que por todo lo expuesto debe en nuestra constitución realizarse un estudio serio y cambiar las cosas que están mal, pero con sensatez, por gente capaz, que realmente conozca, sepa lo que esta haciendo; ya que no es posible que estos señores miembros de esta Asamblea hayan cambiado nuestro sistema jurídico, violando los tratados internacionales, desconociendo lo que dice la Convención de Viena cuando dice al referirse a la eficacia de los Tratados Internacionales que “Ningún Estado puede invocar las normas de su derecho interno para desconocer las normas de los Tratados legalmente celebrados”. Lamentablemente en nuestro país cada vez los legisladores son menos, no mas basta con observar las dignidades que tenemos como diputados, son periodistas, animadores de televisión, deportistas retirados; y de esta forma lamentablemente el panorama es muy complicado.

CAPÍTULO III

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

3.1. Concepto de Derecho Internacional Privado.

El derecho Internacional Privado es una rama joven del derecho que se encuentra en un estado de evolución; por lo que muchas veces no se puede dar soluciones concretas a ciertos problemas, sino más bien se plantean cuestiones.

La función del Derecho Internacional Privado es la de establecer la norma jurídica aplicable de tal o cual país, que se adapte mas a la situación jurídica que pueda suscitarse, no da soluciones directas, sino que remite la solución del problema a una legislación concreta, se puede decir por ello que es un derecho de remisión.

El Derecho Internacional privado solo interviene en las llamadas cuestiones mixtas, que se dan cuando interviene un elemento extranjero, no en las cuestiones simples que son aquellas en las que solo intervienen elementos internos. Un ejemplo de una situación mixta podría ser: Si un ecuatoriano celebra en Uruguay la compraventa de un bien inmueble situado en Colombia, se debe en este caso determinar que ley debe ser a la que se someta ese contrato; aquí se puede ver claramente la existencia de

elementos extranjeros, por ello es materia del Derecho Internacional Privado. El elemento extraño o extranjero en la situación jurídica puede ser la persona, los bienes o el propio acto.

A continuación mencionare algunos conceptos que sobre esta materia dan ciertos tratadistas de gran renombre en esta materia:

Fernando Albónico Valenzuela en su obra Manual de Derecho Internacional Privado nos dice: “El Derecho Internacional Privado elige la ley aplicable a una relación jurídica que tiene elementos internacionales”.(13).

Andrés Bello define al Derecho Internacional Privado como “El conjunto de reglas que sirven para dirimir los conflictos de leyes”. Este concepto no es adecuado ya que los conflictos de leyes también se dan en el derecho interno.

Luis Claro Solar nos dice que “El Derecho Internacional Privado es el derecho que rige las relaciones de los nacionales con los extranjeros o con los Estados extranjeros en cuanto son susceptibles de relaciones de puro interés privado.”

Niboyet define a esta materia como “La rama del derecho público que tiene por objeto fijar la nacionalidad de los individuos, determinar los derechos de que gozan los extranjeros, resolver los conflictos de leyes referentes al nacimiento o a la extinción de los derechos y asegurar, por último, el respeto de esos derechos.”

Pillet al definir al Derecho Internacional Privado nos dice que “Es la ciencia que tiene por objeto la reglamentación jurídica de las relaciones internacionales de orden privado.”

Antonio Sánchez de Bustamante nos da el siguiente concepto “El Derecho Internacional Privado es el conjunto de principios que determina los límites en el espacio de la competencia legislativa de los Estados, cuando ha de aplicarse a las relaciones jurídicas que pueden estar sometidas a mas de una legislación.”

3.2. Denominaciones.

Dr. Hernán Coello García. Derecho Internacional Privado. “Al Derecho Internacional Privado no se le ha conocido con este nombre en las diversas etapas de su formación, ni tampoco hay, actualmente, unanimidad de criterios respecto del acierto de este nombre. A pesar de haberse universalizado la denominación de Derecho Internacional Privado, se la sigue cuestionando (...)”. (11).

Las denominaciones a las que ha estado sujeta esta materia son muy variadas, a continuación se dará a conocer algunas de las más importantes:

a.) Algunos autores la han llamado “Derecho de Gentes”, que se deriva del derecho romano, pues este era un derecho que regulaba las relaciones de las personas que no eran romanos, es decir aquellas personas que no tenían la calidad de ciudadano romano, pero este derecho de gentes difiere de la esencia del Derecho Internacional Privado, que busca que las leyes de los Estados puedan ser aplicadas mas allá de sus fronteras, ya que es un derecho que intenta resolver situaciones jurídicas que pueden estar sometidas a mas de una legislación, encontrar de entre varias leyes vigentes en un mismo tiempo, pero en diferentes espacios la norma aplicable para resolver una relación jurídica. Esto que es el objeto fundamental del Derecho Internacional Privado nunca se pudo dar con el *Ius Gentium*.

b.) También se la denominó “Teoría de los Estatutos”; que se remonta a los estatutarios, aquellos juristas italianos que estudiaron los estatutos, y con ellos resolvían los problemas que se generaban en las ciudades del norte de Italia, pues los estatutos eran las leyes particulares de estas ciudades.

Vale la pena citar lo que al respecto de esta denominación nos dice el Dr. Hernán Coello García en su obra de Derecho Internacional Privado. “Hemos citado esta denominación principalmente por la indiscutible influencia que la doctrina estatutaria ha tenido en la formación del Derecho internacional Privado; y porque además ha sido fuente innegable de varias de las disposiciones que nuestro derecho positivo

consagra en lo que puede llamarse la base del Derecho Internacional Privado Ecuatoriano, como lo demuestran las normas que sobre esta cuestión establece el Título Preliminar del Código Civil principalmente en los Arts. 14, 15, 16 y 17. Pero no creemos que por estos motivos pueda servir esta denominación para identificar a la materia que estudiamos.” (13).

C.) Se la denominó además como **Conflicto de Leyes**, los partidarios de esta denominación circunscribían el estudio de la materia a encontrar la norma aplicable en cada relación jurídica en la que intervienen elementos extranjeros, dejando fuera del estudio de la materia ciertos temas a mi parecer de gran importancia como pueden ser los derechos de los extranjeros, el estudio de la Nacionalidad, entre otros.

Fernando Albónico Valenzuela. Manual de Derecho Internacional Privado. Tomo 1. “La expresión Conflicto de leyes, aunque imperfecta en el fondo, es la que más se acerca al objeto mismo del Derecho Internacional Privado, ya que en los casos de Derecho Internacional Privado, si bien en un terreno estrictamente jurídico, no cabe hablar de conflicto de leyes por emanar estas de distintas soberanías, hay, sin embargo, roces o contactos legislativos cuya solución es el objeto de esta ciencia.” (16).

d.) También se la denominó como Derecho de los extranjeros, pero esta es una forma inadecuada de llamar a la materia de la cual nos ocupamos, ya que no solo trata esta materia de regular situaciones jurídicas en las que intervienen extranjeros, sino que con mucha frecuencia entran en juego intereses de los nacionales de cada país que se trate.

Antonio Sánchez de Bustamante. Derecho Internacional Privado. “No se le puede llamar derecho de los extranjeros porque no hay en cada nación una serie de preceptos dictados para ellos y otra serie de reglas aplicables solamente a los ciudadanos o nacionales(...)”. (15).

Me parece muy acertado lo que nos enseña este gran autor ya que con esto se puede llegar a la conclusión de que el Derecho Internacional Privado no es un derecho que tiene que ver solo con las personas, sino que hay que tener claro que su objeto es el encontrar en toda relación jurídica en la que pueda estar en juego más de una legislación la ley que resuelva de manera más eficaz la controversia.

e.) “Derecho Civil Internacional”; esta solución no es adecuada porque el Derecho Internacional Privado no solo se encarga de resolver los problemas de derecho civil, además le compete la resolución de conflictos que se puedan suscitar en el campo mercantil, penal, fiscal, procesal; los cuales quedarían fuera si se admitiera esta denominación.

f.) “Derecho Internacional Privado”, esta denominación fue usada por primera vez por Store en 1834, luego Foelix en 1843 y Shaeffner en 1851. Esta denominación ha sido en doctrina y jurisprudencia la más aceptada.

A pesar de lo dicho ha sido objeto de algunas críticas, como al término “Internacional”, al cual se lo objeta al decir que parece que implica relaciones entre estados, mientras que los sujetos de esta materia son personas de Derecho Privado. También ha sido criticado el término “Privado”, al decir que con el se estaría excluyendo las relaciones procesales o penales que no son privadas, por lo que autores como Niboyet tienen la teoría de que esta materia pertenece al Derecho Público.

Antonio Sánchez de Bustamante. Derecho Internacional Privado. “(...) cuando se dice Derecho Internacional Privado, se comprende enseguida que hay dos clases de Derecho Internacional, uno privado y otro público, marcando con ello una división radical e importantísima en la enciclopedia jurídica. Y el adjetivo privado, en este caso y arrancando de esa contraposición, no sirve más que para excluir de nuestro cuadro las cuestiones que se susciten directamente entre dos Estados, como personas jurídicas de derecho público, en sus relaciones exteriores, dejando limitada la acción

de la otra ciencia a los problemas que envuelve los límites en el espacio de su competencia legislativa”.

(...) Tiene, además, la consagración poderosa del uso, por la mayor parte de los idiomas modernos, en libros, en revistas, en textos legales, en tratados internacionales, en planes de estudio y en la jurisprudencia”. (18–19).

3.3. Fuentes del derecho internacional privado.

Fuente, es el origen y principio, lugar de donde nace o proviene algo. Las fuentes del derecho internacional privado, son las normas y principios de donde procede esta rama del derecho. Estas fuentes son de dos clases: las fuentes puramente nacionales y las fuentes internacionales.

A continuación examinaremos las fuentes nacionales; entre las cuales tenemos a la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina:

a) La ley.

Al no ser el ecuatoriano, un sistema jurisprudencial, esta fuente es de gran importancia. La ley positiva como fuente del derecho internacional privado se encuentra en las legislaciones interna de cada estado, a través de normas que procuran resolver los problemas de derecho internacional privado.

Dr. Hernán Coello García. Derecho Internacional Privado. “La Constitución Política del Estado consagra, como regla general, respecto de la condición jurídica de los extranjeros, el siguiente principio: “Art.13.- Los extranjeros gozarán de los mismos derechos de los ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la constitución y la ley”. La limitación de que habla este precepto tiene su expresión claramente establecida, respecto de los derechos civiles, en la norma que contiene el Art.15 de la misma Carta Política que dispone: “Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir, a ningún título, con fines de explotación económica, tierras o concesiones en zonas de seguridad nacional”. Es obvio que respecto de los derechos

políticos la diferencia se haya referida “al desempeño de funciones públicas, al derecho de sufragio y otros derechos políticos”, como dispone el inciso segundo del Art.2 del código de Sánchez de Bustamante.

Sin que consideremos preciso transcribir los textos de las leyes secundarias, nos referimos a estos otros ejemplos: En el Código Civil, los Arts.14,15,16 y 17 consagran principios rectores para el sistema de Derecho Internacional Privado vigente en el Ecuador sobre la personalidad de las leyes que rigen el estado, la capacidad y los derechos de familia, el régimen legal de los bienes en cuanto a su situación la regla **locus regit actum**; en el código de comercio, el Art.483 resuelve un problema de reenvío de primer grado sobre la capacidad para obligarse por una letra de cambio; el Código Penal, en el Art.5, establece las reglas fundamentales sobre la extraterritorialidad de la ley penal, que es, naturalmente, excepcional y en el Art.6 formula principios sobre el régimen de la extradición; el de Procedimiento Penal, el Art.18 reitera estos principios; los Arts.24 y siguientes del Código del Trabajo regulan el contrato de enganche; el Art.424 de la anterior codificación del Código de Procedimiento Civil preveía la forma como deben ejecutarse en el Ecuador las sentencias extranjeras, habiendo convenido o a falta de convenio, etc.”. (63-64).

Con esta cita el Dr. Hernán Coello García, nos muestra las principales disposiciones de Derecho Internacional Privado que existen en la legislación ecuatoriana, y nos demuestra con claridad la importancia que tiene en el sistema ecuatoriano la ley como fuente de Derecho Internacional Privado.

b) La costumbre.

Fernando Albónico Valenzuela. Manual de Derecho Internacional Privado. “La repetición constante y uniforme de ciertos actos con significación jurídica en el campo de las relaciones internacionales de orden privado, ha sido considerada como fuente para la aplicación del Derecho Internacional Privado al aceptarse

universalmente la máxima “locus regit actum” y el principio de la autonomía de la voluntad”. (39).

c) La jurisprudencia.

La jurisprudencia no es otra cosa que las decisiones de los tribunales de cada país, está adquiere gran importancia por la escasez de leyes que sobre esta materia tenemos en las diferentes legislaciones, y no solamente la jurisprudencia nacional, si no que también la jurisprudencia internacional puede servir de gran aporte; en países como Inglaterra y Estados Unidos es la principal fuente.

Dr. Hernán Coello García. Derecho Internacional Privado. “(...) es preciso reconocer la enorme diferencia que existe entre la jurisprudencia, considerada como fuente del derecho en los países en que rige la ley escrita respecto de aquellos en los que el precedente es norma de derecho positivo, como ocurre, por ejemplo, en los sistemas anglosajones. Dentro del sistema ecuatoriano la jurisprudencia tiene, generalmente, carácter de fuente mediata. Decimos generalmente, por que, de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Casación a la que nos hemos referido, las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia pueden tener efectos vinculantes, cuando resulta aplicable la disposición contenida en el Art.19 de la indicada ley que dice: “todas las sentencias de casación serán obligatoriamente publicadas en su parte dispositiva en el Registro Oficial y constituirán precedente para la aplicación de la ley, sin perjuicio de que dichas sentencias sean publicadas en la Gaceta Judicial o en otra publicación que determine la Corte Suprema de Justicia.- La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la Corte Suprema”; de modo que, si un criterio de la Corte Suprema de Justicia se ha reiterado en la forma a que se refiere esta disposición, el punto de vista contenido en el fallo así repetido será tan obligatorio como lo es la ley, mientras el Congreso Nacional no diga lo contrario”. (66-67).

d) La doctrina.

Fernando Albónico Valenzuela. Manuel de Derecho Internacional Privado. “La doctrina no solo es fuente científica o de creación del Derecho Internacional Privado sino que también es fuente para su aplicación en aquellos casos en que la ley le ordena al juez fallar de acuerdo con los principios generales de derecho”. (40).

El Derecho Internacional Privado, al ser una rama poco formada del derecho muchas veces debe recurrir a criterios que sobre esta materia pueden aportar los científicos, estos criterios son conocidos como doctrina, la que muchas veces pasa a la jurisprudencia para luego convertirse en leyes o en tratados.

Después de analizar las fuentes nacionales corresponde ahora referirnos a las llamadas fuentes internacionales, entre las que tenemos a los tratados internacionales, la costumbre internacional, la jurisprudencia internacional y la doctrina.

a) Los tratados internacionales.

Los países frecuentemente celebran tratados internacionales con los cuales regulan sus relaciones, y permiten resolver cualquier dificultad que entre ellos pueda llegar a producirse; estos tratados una vez que son ratificados por los Estados pasan a formar parte del derecho de cada Estado contratante, estos pasan a ser de cumplimiento obligatorio; un ejemplo de esto sería el Código de Sánchez de Bustamante, el cual ha sido ratificado por el Ecuador.

b) La costumbre internacional.

Varios autores no consideran posible la existencia de la costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional Privado, pero existen ejemplos que nos pueden demostrar que si existe una costumbre internacional, a pesar de que se pueda

dar en una proporción un tanto escasa, a manera de ejemplo de estas costumbres internacionales podemos mencionar en la regla de mutua ayuda jurídica que tienen entre sí las autoridades judiciales para la comunicación de determinados actos, la aplicación de leyes extranjeras entre otras podemos mencionar además lo que ocurre en el derecho mercantil, con las normas CIF y FOB, usadas en la mayoría de países cuando se trate de hacer importaciones o exportaciones. Por los ejemplos dados me parece que queda demostrado que indudablemente existe la costumbre internacional como fuente de Derecho Internacional Privado.

c) La jurisprudencia internacional.

J.P.Niboyet. Principios de Derecho Internacional Privado. “no existe, en realidad, una verdadera jurisprudencia internacional. Los estados se obligan por medio de tratados; pero fuera de ellos, a ninguna autoridad superior corresponde solucionar los litigios de orden privado ni, menos aún, ejecutar estas decisiones. Las jurisdicciones de cada uno de los países son las que conocen, por lo tanto, de la interpretación de los tratados. En nuestro derecho, esta es una de sus más grandes imperfecciones, inevitable desde luego. En efecto, aún cuando se firmasen tratados, en número cada vez mayor, con el fin de unificar las legislaciones, la interpretación particularista de que serían objeto en cada país, haría renacer inmediatamente la divergencia entre las legislaciones. No es un imposible que en el porvenir lleguen a cerrarse jurisdicciones internacionales permanentes destinadas a interpretar los tratados y ha procurar la uniformidad de la jurisprudencia”. (59-60).

A pesar de lo expuesto por Niboyet, sí podemos encontrar casos en los cuales se puede notar la existencia de una jurisprudencia internacional en el Derecho Internacional Privado.

Me parece adecuado mencionar algunos casos propuestos en la obra de Derecho Internacional Privado del Dr. Hernán Coello García. “Del “Curso de Derecho Internacional Privado” de Guzmán y Milán al que nos hemos referido ya tomamos los siguientes casos.

1.- La corte permanente de arbitraje de la Haya debió pronunciarse en 1912 sobre el caso de Rafael Canevaro, un ciudadano nacido en Perú, de padres italianos, y cuya nacionalidad era preciso establecer para saber si se hallaba sometido en el Perú a ciertas obligaciones fiscales. Canevaro ostentaba la nacionalidad Italiana, según las normas aplicables del Derecho Italiano y la nacionalidad peruana según los términos de las leyes del Perú, por haber nacido en este país. El problema fue resuelto por la Corte aceptando la tesis de la nacionalidad peruana, argumentando que Canevaro había estado ligado a ella de hecho. Formuló, de este modo, el principio de la nacionalidad efectiva que hoy día consagran varas legislaciones y que se aplica por parte de varios tribunales cuando conocen conflictos de nacionalidad. Los mismos autores a que nos estamos refiriendo se remiten a casos en que los tribunales franceses han aplicado el mismo principio invocándolo como fundamento de los fallos pronunciados en este sentido.

2.- La Corte Internacional de Justicia, cuya autoridad en las decisiones sobre esta materia es indiscutible, mediante resolución de 7 de febrero de 1923, dictada con motivo del diferendo entre Francia e Inglaterra en relación a los derechos expedidos en Francia, referidos a la nacionalidad en Túnez y Marruecos, declaró que en materia de nacionalidad los Estados no están ligados por ninguna obligación que no sea producto de un tratado.

3.- En el *Affaire Boll*, el Tribunal Internacional de Justicia dirimió un conflicto suscitado entre Suecia y los Países Bajos, a cerca de si era o no aplicable la Convención de la Haya de 1902 sobre la tutela de menores, en el caso de una hija de una sueca y de un holandés. En sentencia de 28 de noviembre de 1958, el tribunal delimitó el alcance del referido Convenio frente a la legislación sueca de protección a la infancia”. (78-79).

Los casos que han sido citados, nos van a ayudar a darnos cuenta del por qué debemos tener en cuenta a la jurisprudencia internacional como verdadera fuente del Derecho Internacional Privado.

d) La doctrina.

Al ser el Derecho Internacional Privado, como ya hemos dicho, un derecho en formación, la doctrina como fuente es de enorme valor en esta materia.

Dr. Hernán Coello García. Derecho Internacional Privado. “(...) Los criterios de los doctrinarios intervienen en forma mediata en la labor formativa del Derecho Internacional Privado y constituyen, sin lugar a duda, la base teórica de la estructura legislativa del derecho de los diversos Estados”. (82).

3.4. Fundamento del derecho internacional privado.

El fundamento del Derecho Internacional Privado lo encontramos en la existencia de una comunidad jurídica, la cual está integrada por todos los Estados, que a su vez tienen legislaciones diferentes; además el avance tecnológico ha ido estrechando cada vez más las fronteras haciendo que cada vez sea más fácil y frecuente que los hombres de diversas comunidades se relacionen entre sí.

Muchos autores, están de acuerdo en que asuntos como la cortesía internacional, la reciprocidad, la nacionalidad y la comunidad internacional, son asuntos relacionados con los fundamentos del Derecho Internacional Privado.

a) Cortesía internacional.

La cortesía internacional, se encuentra relacionada con la amabilidad. Tiene su origen en Holanda, en donde con la cortesía internacional, se desbarató el principio de que las leyes no se aplican fuera del territorio. Esto ha sido criticado, pues se dice que la cortesía no tiene base legal, y por ello un Estado puede o no cumplir, con lo que el otro Estado quiere.

b) Reciprocidad.

La reciprocidad, consiste en que, cuando un Estado da algo, y espera que por ese algo ser retribuido. La reciprocidad tiene su origen en Francia, en la época del feudalismo, en la que a los extranjeros se los obligaba a dejar testamento a favor del señor feudal; después esto cambio con el Código de Napoleón en el cual se reguló que los extranjeros debían recibir el mismo trato que los franceses reciben en otro lugar, lo cual fue plasmado después en el Código Francés.

Se dice que hay dos clases de reciprocidad: Diplomática y legislativa.

- **Diplomática.-** Es la que consta siempre en los tratados internacionales, esto es porque los tratados internacionales son hechos siempre por el que maneja la función diplomática.
- **Legislativa.-** Es la reciprocidad contemplada en los ordenamientos jurídicos internos.

En la Constitución Política de la República del Ecuador, podemos contemplar un caso de reciprocidad, en el Art.10. “Quienes adquieran la ciudadanía ecuatoriana conforme al principio de reciprocidad, a los tratados que se hallan celebrado y a la expresa voluntad de adquirirla, podrán mantener la ciudadanía o nacionalidad de origen”. (3).

La reciprocidad ha sido criticada, por que se dice que no es conveniente, por la razón de que las cosas no tienen que darse para recibir algo; además se corre el riesgo de que el Estado al cual se le debe devolver el favor, tenga normas respecto del otro, muy atrasadas, pero por la reciprocidad el Estado debe cumplir.

c) Nacionalidad.

Manzini dice que el ordenamiento jurídico de una persona, debe ir con él a todo lugar, porque la ley de un Estado, no es más que el ejercicio de su soberanía, y si no

se aplica se estaría atentando contra la soberanía del Estado, del cual procede el extranjero.

d) La Comunidad Internacional.

El hecho de decidir ser parte de esta comunidad internacional, nos obliga a respetar los hechos que permitan el desarrollo de los demás países. Debe significar el cumplimiento de estándares internacionales, y solucionar entre todos los Estados que forman esta comunidad internacional los conflictos de Derecho Internacional Privado que puedan suscitarse.

3.5. Objeto del derecho internacional privado.

Fernando Albónico Valenzuela. Manual de Derecho Internacional Privado. “De la existencia de la sociedad jurídica universal y de la diversidad legislativa se desprende el objeto del Derecho Internacional Privado que no puede ser otro sino que favorecer el desarrollo de la actividad humana dentro de esa comunidad de Estados, asegurando la eficacia, estímulo y seguridad. Este propósito solo puede conseguirse sometiendo, las relaciones jurídicas privadas derivadas de esa actividad y que tengan algún aspecto internacional, al dominio de las leyes más conformes con su propia naturaleza jurídica”. (19).

Para algunos autores, el objeto del Derecho Internacional Privado, es encontrar la ley competente para cada caso concreto, en donde intervenga un elemento que sea extranjero. Para otros autores, esto es muy extenso, y sostienen que en estricto sentido el objeto del Derecho Internacional Privado, no sería otro que el de resolver un conflicto de leyes.

Otros autores, sostienen que no se trata de un conflicto de leyes, sino que el objeto del Derecho Internacional Privado, es el escogitamiento de leyes, esto también es rebatido, porque se dice que solo se puede escoger, cuando hay conflicto, y se dice que el conflicto de leyes tiene que ser entre ordenamientos jurídicos de diferentes Estados.

Me parece, que, para entender con mayor claridad el objeto del Derecho Internacional Privado, debemos decir, que es el de establecer entre varias leyes vigentes en un mismo tiempo, pero en diferentes espacios, la norma competente para resolver una situación jurídica determinada. Las normas deben ser de igual jerarquía.

3.6. Características del derecho internacional privado.

Entre las principales características del Derecho Internacional Privado debemos mencionar las siguientes:

1. Es un derecho atributivo.

Ya que sus normas no resuelven nada, es el derecho interno de un país determinado el que termina resolviendo el problema. El Derecho Internacional Privado, es selectivo de leyes, sus normas no se aplican directamente, como las leyes civiles, penales, sino que su función es la de establecer la norma de derecho interno de tal o cual país es la aplicable para la adecuada solución a un relación jurídica.

2. Es un derecho positivo.

Es positivo, por la razón de que esta escrito en los diferentes ordenamientos jurídicos vigentes de los países.

Dr. Hernán Coello García. Derecho Internacional Privado. (...) Así, por ejemplo, en el Código de Derecho Internacional Privado de Sánchez de Bustamante, el artículo 7 indica que, según el factor de conexión que el sistema de derecho interno de cada país haya adoptado, habrán de aplicarse las normas que correspondan según la nacionalidad del interesado (para resolver los problemas del estado civil, de la capacidad para resolver los actos que deban cumplirse en el Ecuador y de los derechos de familia respecto del cónyuge o de los parientes ecuatorianos, según el Art. 14 del Código Civil), o las que se relacionen con el domicilio (como los

aspectos que tienen que ver con la sucesión por causa de muerte de acuerdo con el Art. 1109 del mismo Código), etc. (44).

3. Es un derecho adjetivo.

Esta característica, tiene su razón de ser, en que el Derecho Internacional Privado, es un derecho que sirve al derecho, ya que su fin, es el determinar de entre varias leyes vigentes en un mismo tiempo pero en diferentes espacios, la norma adecuada que permita la mejor solución al problema suscitado.

Dr. Hernán Coello García. Derecho Internacional Privado. (...) Así, si queremos saber cual es la norma de derecho a que debe sujetarse un ecuatoriano que, hallándose fuera del territorio nacional, en el que no existen funcionarios de servicio exterior ecuatorianos, desee otorgar testamento solemne, el principio enunciado en el Art. 16 del Código Civil, en relación con la norma contenida en el Art. 1087 del mismo Código, que prevé la solución para este caso, da competencia a la norma de derecho material del lugar en que se halle esta persona, para que, sujetándose a las disposiciones de forma vigentes en ese territorio, pueda otorgar un testamento solemne que será válido en el Ecuador. (45).

4. Es un derecho que interesa fundamentalmente a particulares.

Interesa a particulares porque no interviene de por medio el Estado como organización política, y son los problemas de los particulares los que debe el Derecho Internacional Privado solucionar. Pueda darse el caso en que entren en juego situaciones que tengan que ver con Estados, pero estos no actuarían como poderes públicos, sino que lo harían como personas jurídicas.

5. Es un derecho universal.

La característica del Derecho Internacional Privado de ser universal, se debe a que a través de él, las normas de derecho interno de cada país pueden aplicarse en cualquier lugar del mundo, además ante la realidad que se vive en la actualidad en todo el mundo, con la migración, la cual se da en todo el planeta, entonces el hombre tiene el derecho y la necesidad de llevar con él, la ley de su país, en asuntos fundamentales a su persona, al lugar que este se traslade.

Lo dicho anteriormente, puede tener serias dificultades, por la diversidad cultural que existe entre las diferentes civilizaciones; como dice el Dr. Hernán Coello García, en su obra de Derecho Internacional Privado, (...) la romanista, a la que nos pertenecemos, anglosajona, la de los países socialistas y la del derecho islámico, son familias empeñadas en privilegiar un carácter que podríamos llamar, ya que de familias hablamos, endogámico, porque se resisten a admitir instituciones que le son del todo extrañas y, desde luego, a admitir las que podrían contrariar su orden público local.

Ni la familia romanista estaría dispuesta a aceptar la Sura del Corán a fin de que los hombres puedan desposar hasta a cuatro mujeres, ni cabe que, por los riesgos gravísimos que correría la estabilidad del propio convivir social, trate de ponerse en vigencia el sistema de los jurados en países como el nuestro. De su parte, para concluir esta observación, estaría muy lejos de admitir un sistema de ley escrita un tribunal anglosajón acostumbrado al régimen del precedente. (49 50).

3.7. Naturaleza jurídica del derecho internacional privado.

La mayoría de autores, están de acuerdo en que para la resolución de este problema hay que plantearse dos preguntas:

1. ¿Si pertenece al derecho internacional o al derecho interno de los Estados?
2. ¿Si pertenece al derecho público o al derecho privado?

Para resolver la primera pregunta, debemos tener en cuenta, que los problemas de que se ocupa el Derecho Internacional Privado, en verdad se originan y su resolución, las encontramos en las disposiciones internas de cada País, pero no por esta razón se puede aseverar que nuestra rama que estamos estudiando pertenezca al Derecho interno de los Estados, ya que analizando esto jamás se puede decir que exista un problema de Derecho Internacional Privado en las cuestiones simples, esto es cuando en la relación, solo intervienen elementos nacionales, lo correcto es que si se debe tratar de una situación mixta, que exista el elemento extranjero para poder decir que estamos frente a una relación de Derecho Internacional Privado. Por estas razones no parece correcto el afirmar que esta rama del derecho pertenezca al derecho interno de los Estados.

Muchos autores, proponen que el Derecho Internacional Privado, tiene una naturaleza internacional, ya que sus reglas provienen de las relaciones entre los Estados.

J. P. Niboyet. Principios de Derecho Internacional Privado. El Derecho Internacional Privado deduce sus reglas de las relaciones entre los Estados, por lo cual no puede separarse por completo del Derecho de Gentes. (33).

Para resolver si el Derecho Internacional Privado pertenece al derecho público, o al derecho privado; debemos referirnos a las siguientes proposiciones. Los que dicen que pertenece al derecho público, basan sus argumentos en las siguientes razones: dicen que está involucrados Estados, además sostienen que los factores de conexión, los cuales enlazan un problema de derecho con un derecho determinado, pertenecen al derecho público.

Los que defienden la tesis de que el Derecho Internacional Privado, pertenece al derecho privado, argumentan que las normas de Derecho Internacional Privado se encuentran en el Derecho civil de los Estados.

Debemos finalizar este tema diciendo que: La naturaleza jurídica del Derecho Internacional Privado, está en que este no da soluciones directas, sino que remite la

solución del problema a una legislación concreta, por ello se dice que el Derecho Internacional Privado es un derecho de remisión.

Dr. Hernán Coello García. Derecho Internacional Privado. Se trata de un derecho de remisión, no de solución directa, como puede observarse del siguiente ejemplo: si de resolver el problema del estado civil de un ecuatoriano se trata, no cabe que el Derecho Internacional Privado pretenda expresar, en una disposición legal, la solución directa al problema. Lo que hará nuestra materia será declarar que, con respecto al estado de las personas el sistema ecuatoriano se rige por la nacionalidad de los interesados y la solución ha de hallarse en la ley nacional del ecuatoriano; ley nacional que no es otra que el Art. 14 del Código Civil. La solución entonces, de ninguna manera antepone la necesidad de se declare que el problema pertenece al Derecho Público, al Derecho Privado o al Derecho social. (39).

3.8. Codificación del derecho internacional privado.

Codificar, es la reunión de leyes de un Estado relativas a determinada rama, esta reunión se la debe hacer de manera sistemática y ordenada, las normas relativas a determinada rama del derecho. Lo que persigue la codificación, es la unificación de las soluciones en el campo del Derecho Internacional Privado.

Para algunos autores la codificación del Derecho Internacional Privado es fundamental, por la complicación que a veces existe para la adecuada solución de los conflictos que puedan darse dentro de esta rama del derecho, por la diversificación de las leyes; por lo que es para ellos importante una codificación en las diferentes ramas del derecho.

Para otros tratadistas, que están en desacuerdo con la codificación del Derecho Internacional Privado, sostienen que la unificación sumada a la codificación generaría inconvenientes, porque las normas reunidas en un Código, estarían en el peligro de estancarse, y no se permitiría la actualización o mejoramiento de estas normas de acuerdo al cambio que se vea en una sociedad del futuro.

Existen dos métodos propuestos destinados a que sea posible que se de esta codificación del Derecho Internacional Privado, los cuales son: El método nacional, y el método internacional.

a.) Método nacionalista.

Según este método, el Estado, debería recoger, todas las disposiciones legales de Derecho Internacional Privado, que se encuentren en vigencia, en un solo cuerpo legal y no en forma diversa (solo Suiza ha obrado en esta forma, lo hizo en 1987).

Un dato importante, es que en la mayor cantidad de países las normas de Derecho Internacional Privado, se encuentran agrupadas en los Códigos civiles, en sus primeras partes o libros.

b.) Método internacional.

Con este método, se aplica una tendencia que le es ajena a la legislación interna; lo que se hace es agrupar una serie de normas internacionales y comunes a todos los países, cuya aplicación nos permita encontrar la ley competente para resolver adecuadamente un problema de Derecho Internacional Privado, donde intervenga un elemento extranjero. Esto se lo lograría a través de convenios o tratados internacionales. El promotor de este método fue Pascual Estanislao Mancini.

Este método no ha prosperado, porque no solo la nacionalidad es el elemento de conexión que se utiliza. Otra crítica a este método, es que con el no se podría hablar de unificación del Derecho Internacional Privado, ya que no basta que existan normas declarativas de Derecho Internacional Privado, sino que debe haber un lenguaje común en todo el mundo sobre estos principios, que todos puedan interpretar y aplicar; un ejemplo de que esta unificación si se ha podido lograr sería el tratado de Ginebra, que logró que el uso de pagarés y de las letras de cambio, sea uniforme, igual en todo el mundo.

A continuación expondré algunos puntos de vista que a mi parecer son importantes para demostrar lo importante que sería llegar a una codificación del Derecho Internacional Privado:

1. Nos permitiría acceder con facilidad a las normas de Derecho Internacional Privado, ya que para consultarlas acudiríamos directamente a una ley especial.
2. Nos da seguridad, ya que leyes relativas a un mismo tema, estarían ordenadas sistemáticamente; lo cual permitiría a la actividad humana desenvolverse con seguridad dentro de la comunidad jurídica internacional.
3. Por asuntos de imagen internacional, se demostraría a otros países, que en nuestro país tenemos disposiciones legales de Derecho Internacional Privado, las cuales están ordenadas.

Pero lo que si debemos tener en cuenta, es que la codificación debe tener un punto de partida, lo cual debe ser establecer el método nacional, y después de eso poder de una forma eficaz codificar internacionalmente.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Entre las conclusiones, que hemos podido sacar con el presente trabajo monográfico, podemos mencionar la importancia que tiene la nacionalidad, para las personas, en diferentes ámbitos; ya que la nacionalidad, debe ser entendida como el vínculo que une a un individuo con el Estado.

Además la nacionalidad, tiene gran importancia dentro del Derecho Internacional Privado, al ser un elemento de conexión, el cual ha sido regulado en nuestro sistema de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano, en esta materia que ayuda a solucionar los diferentes problemas que pueden llegar a suscitarse; con este elemento de conexión, el individuo puede llevar consigo al lugar que sea sus leyes, su estatuto personal, especialmente lo relacionado con el estado civil, la capacidad y derechos de familia.

A pesar de lo importante, que es la nacionalidad, como ya hemos visto en distintos ámbitos, es lamentable, observar, lo que sucede en nuestro país, ya que, como vimos

anteriormente La Asamblea Nacional Constituyente, del año 1998, estableció unas modificaciones incomprensibles, a través de una disposición transitoria, en el capítulo que se refería a la nacionalidad que dice: “Cuando las leyes o convenciones internacionales vigentes se refieren a nacionalidad, se leerá ciudadanía, y cuando las leyes se refieran a derechos de ciudadanía, se leerá derechos políticos”, con la cual parece ser que se nos ha privado arbitrariamente del derecho a tener una nacionalidad a los ecuatorianos, y ahora solo somos ciudadanos, lo cual nos puede llegar a producir problemas de gran magnitud.

Parece ser, que los miembros de La Asamblea Constituyente de 1998, no conocían la diferencia, entre lo que es la nacionalidad y que es la ciudadanía; no tomaron en cuenta que la ciudadanía es la especie y la nacionalidad es el género, ya que si no hay la nacionalidad, no podemos hablar de ciudadanía; que la ciudadanía, es el conjunto de requisitos que las personas deben tener, para así poder ejercitar los derechos políticos dentro del estado al cual pertenecen.

Como dice el Dr. Hernán Coello, es un error que ha esta disposición se la halla llamado transitoria, ya que su propósito fue ser definitiva. Transgredí, además la declaración universal de los derechos de l hombre, ya que el Art.15 de está declaración, se proclaman los siguientes principios: “1.- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad” y “2.- A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad”.

Por ello, nos enseña el Dr. Coello, que está disposición atenta contra la propia constitución, que en el Art.3 establece lo siguiente: “Son deberes primordiales del Estado: 2.- Asegurar la vigencia de los derechos humanos”, y uno de ellos es la nacionalidad.

Esperemos que en nuestro país, se dejen de cometer estos errores, como los cometidos en dicha Asamblea del año 98, más aún cuando estamos cerca, de que se lleve a cabo una nueva asamblea, ojala, que los asambleístas sean personas con verdadera vocación para legislar, caso contrario, volveríamos a los mismos errores de siempre, y talvez peores.

BIBLIOGRAFIA.

- 1) ALBONICO VALENZUELA, Fernando, “Manuel de Derecho Internacional Privado”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 1950.
- 2) SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Antonio, “Derecho Internacional Privado”, Editorial Carosa S.A, Habana Cuba, Tercera Edición, 1943.
- 3) SOPENA, Pastor, “Derecho Internacional Privado: Derecho Civil Internacional”, Editorial S.E. Buenos Aires Argentina, 1944.
- 4) NUSSBAUM, Arthur, “Principios del Derecho Internacional Privado”, Editorial de Palma, Buenos Aires Argentina. 1947.
- 5) PEREZ NIETO CASTRO, Leonel, “Derecho Internacional Privado” Editorial Hara, México. 1981.

- 6) COELLO GARCIA, Hernán, “Derecho Internacional Privado”, Editorial Universidad del Azuay. 2004.
- 7) LARREA HOLGUIN, Juan, “Manuel de Derecho Internacional Privado”, Corporación de Estudios y Publicaciones”. 1998.
- 8) NIBOYET, J. P, “Principios del Derecho Internacional Privado”, Editorial Nacional México, 1974.
- 9) CABANELAS, Guillermo, "Diccionario enciclopédico de derecho usual", Editorial Heliasta, S.R.L. 1997.
- 10) MUÑOZ MEANY, Enrique. “Derecho Internacional Privado”, volumen 8. Ministerio de Educación Pública, Guatemala, Primera edición, 1953.
- 11) http://www.catedras.fsoc.uba.ar/udishal__; publicado originariamente en *Estudios Sociales*, n° 14, Santa Fe (Argentina), Primer Semestre 1998, pp. 43–71.
- 12) <http://www.uvmnet.edu/investigation/episteme/numero5-05>.
- 13) www.cholonautas.edu.pe / Biblioteca Vi<http://www.uv.ec/inmigration/>
- 14) <http://clio.rediris.es/udidactica/ciudad europea.htm#concpetodeciudadania>.

