

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**ESTUDIO COMPARADO: LAGUNA JURÍDICA Y
NORMAS DE FUNCIONAMIENTO EN EL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO EN ECUADOR**

Paula Isabel Cocíos Hidalgo

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 11 de diciembre de 2023

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Paula Isabel Cocíos Hidalgo
Código: 00206026
Cédula de identidad: 1718311218
Lugar y fecha: Quito, 11 de diciembre de 2023

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**ESTUDIO COMPARADO: LAGUNA JURÍDICA Y NORMAS DE
FUNCIONAMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN
ECUADOR¹**

**COMPARATIVE STUDY: LEGAL GAP AND OPERATING NORMS IN
PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN ECUADOR**

Paula Isabel Cocíos Hidalgo²
paulacocios@gmail.com

RESUMEN

Como resultado de la globalización, más situaciones requieren ser reguladas por el Derecho internacional privado, convirtiéndolo en un derecho trascendental en la modernidad que requiere de inmediata atención y evolución. Este artículo trata acerca de la relación entre la laguna jurídica de normas de funcionamiento y la afectación al derecho a la tutela judicial efectiva. Se identificarán las escasas e imprácticas normas de funcionamiento vigentes en el Ecuador y se contrastará con la variedad de normas de funcionamiento existentes en la legislación comparada. Posteriormente, se analizarán tres casos jurisprudenciales ecuatorianos en los que se demostrará la relación directa entre la laguna jurídica y la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva. Por último, a través de tres casos de jurisprudencia extranjera, se verá cómo aplicando las normas de funcionamiento, los jueces extranjeros sí garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva.

PALABRAS CLAVE

Derecho internacional privado, normas de funcionamiento, conflictos de norma, derecho a la tutela judicial efectiva.

ABSTRACT

As a result of globalization, more situations require regulation by private international Law, making it crucial to offer immediate attention and evolution to this Law. This article addresses the impact on the right to effective judicial protection in private international situations in Ecuador, in relation to the legal gap that exists of operating norms. Through comparative legislation, the existence of operating norms in other legal systems will be identified, in contrast with the scarce private international Law norms in force in Ecuador. Subsequently, this article will analyze three cases of Ecuadorian jurisprudence that do not apply operating norms and subsequently, the decisions violate the right to effective judicial protection, while the study of three cases of foreign jurisprudence, in application of operative laws, show how the right to effective judicial protection is guaranteed.

KEY WORDS

Private international law, operating norms, conflicts of law, right to effective judicial protection.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Jaime Vintimilla.

² DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior

Fecha de lectura: 24 de noviembre de 2023

Fecha de publicación: 11 de diciembre de 2023

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO TEÓRICO.- 3. ESTADO DEL ARTE. - 4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL. - 5. GENERALIDADES Y LAS NORMAS DE FUNCIONAMIENTO EN EL DIPR. – 5.1. LA CALIFICACIÓN. - 5.2. LA CUESTIÓN PREVIA. - 5.3. EL REENVÍO. - 5.4.- EL FRAUDE A LA LEY. – 5.5. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL. – 6. LAGUNA JURÍDICA DE NORMAS DE FUNCIONAMIENTO EN EL ECUADOR. – 6.1. LA CALIFICACIÓN. - 6.2. LA CUESTIÓN PREVIA. - 6.3. EL REENVÍO. - 6.4.- EL FRAUDE A LA LEY. – 6.5. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL. – 7. RELACIÓN ENTRE LAS NORMAS DE FUNCIONAMIENTO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. -7.1. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA ECUATORIANA. - 7.2. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA COMPARADA. -8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1. Introducción

En la antigüedad, las naciones eran indiferentes e incluso despreciaban las políticas internas de las otras, pero fue el comercio el que fomentó la interacción y tolerancia entre las ellas y como resultado, emergieron lo que se conoce actualmente como los conflictos de normas³. Estos conflictos debían ser regulados por un derecho de remisión o de reenvío, que contenga normas específicas para resolver los conflictos de normas⁴. Sobre la base a esta necesidad, se origina el Derecho internacional privado (DIPr). Se dice que quien conceptualizó el DIPr por primera vez fue Joseph Story, abogado y juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, quien promovió el desarrollo de la terminología del DIPr a través de jurisprudencia y doctrina⁵.

En la actualidad, como resultado de la globalización, se manifiestan cada vez más situaciones privadas internacionales que requieren ser reguladas por el DIPr. La

³ Situación o negocio jurídico en el que dos ordenamientos jurídicos pueden ser igualmente aplicables.

⁴ Hernán Coello García. 2004. *Derecho Internacional Privado*. Cuenca: Fundación Chico Peñaherrera, 39; Juan Larrea Holguin. 1998. *Manual de Derecho Internacional Privado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1-6.

⁵ Michaels Ralf. 2016. "Forthcoming in Elgar Encyclopedia of Private International Law." *Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2016-56*, 1-22.; Ver, Joseph Story. 1834. *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, In Regard to Contracts, Rights and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, And Judgements*. Boston: Publisher Billiard, Gray and Company, 1.

interconexión simultánea entre las culturas, las economías y las sociedades, ha llevado a la interdependencia entre sistemas jurídicos⁶. Se vuelve imperativa e ineludible la necesidad de reconocer la importancia que cobra el DIPr en el tráfico jurídico moderno⁷. Si cada vez más personas enfrentan situaciones con elementos de extranjería, más personas requieren de la aplicación del DIPr y corresponde a las legislaciones acoplar su DIPr a las exigencias actuales⁸.

Uno de los objetivos del DIPr es resolver los conflictos derivados de situaciones privadas internacionales y para ello deben aplicarse las normas de conflicto⁹. Pero la aplicación de estas normas se vuelve compleja y problemática en la práctica y requieren de otras normas que armonicen y sean utilizadas como instrumentos para resolver los problemas derivados de la aplicación del derecho extranjero a una situación o negocio jurídico¹⁰. Estas normas armonizadoras son conocidas en la doctrina como normas de funcionamiento y son primordiales para poder resolver casos de DIPr.

Lastimosamente, en Ecuador existe una laguna jurídica de normas de funcionamiento que influye en la manera de resolver los casos de DIPr. En Ecuador los jueces tienen prohibido no resolver un asunto por falta de norma, por el contrario, los jueces tienen la obligación de administrar justicia y emitir decisiones legítimas, motivadas y argumentadas que garanticen el derecho a la tutela judicial efectiva¹¹. Naturalmente se manifiesta la siguiente pregunta, ¿Pueden los jueces garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva en situaciones de DIPr sin las herramientas suficientes para resolver los conflictos de normas? La respuesta es no y en efecto, los jueces no tutelan este derecho. Es indudable que el DIPr en el Ecuador debe acoplarse a las necesidades actuales para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, específicamente el acceso a la justicia de las personas que enfrentan conflictos derivados de actos o negocios jurídicos con elementos de extranjería¹².

⁶ Joan Edelman Spero. 1988. *Política Económica Internacional*. Buenos Aires: El Ateneo, 20-48.

⁷ Vera Judith Villa Guardiola. “Unificación Internacional de Criterios Legales Regulatorios de La Unión Marital de Hecho En La Globalización.” *Advocatus* 14, no. 29 (2017), 123–145;

⁸ Enrique Odriozola Mariscal. “La influencia de la Unión europea en los instrumentos de cooperación y capacitación judicial internacional iberoamericanos”. *Retos actuales del Derecho Internacional Privado*, no. 1 (2015), 209-240.

⁹ Normas propias del DIPr que determinan la ley o el derecho aplicable.

¹⁰ Luciana B. Scotti. 2017. *Manual de derecho internacional privado*. Buenos Aires: La Ley, 242-250.

¹¹ Sentencia No. 1943-12-EP/19, Corte Constitucional, 25 de septiembre de 2019, párr. 44.

¹² Sentencia No. 2182-16-EP/20, Corte Constitucional, 13 de febrero de 2020, párr. 26.

Primeramente, este trabajo propone presentar las generalidades de las normas de funcionamiento e identificarlas en la legislación comparada. Seguidamente, se identificarán las escasas e imprácticas normas de funcionamiento vigentes en el Ecuador que, por la insuficiencia del marco jurídico y su carencia de aplicabilidad, existe una verdadera laguna jurídica de estas normas. A continuación, se concluirá a través de varios casos jurisprudenciales, la relación inmediata entre las normas de funcionamiento y el derecho a la tutela judicial efectiva. Se examinarán tres casos jurisprudenciales ecuatorianos donde se identificarán vulneraciones por los jueces al derecho a la tutela judicial por no existir normas de funcionamiento que otorguen pautas y claridad al momento de sentenciar. Por el contrario, a través de tres casos jurisprudenciales extranjeros, se verificará cómo los jueces que sí aplican las normas de funcionamiento sí garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes. Como premisa fundamental de este trabajo, resulta imperativo establecer los fundamentos teóricos que sustentarán el desarrollo de este trabajo.

2. Marco teórico

El DIPr se basa en dos teorías imprescindibles para su aplicación: la doctrina de la personalidad del derecho y el principio de extraterritorialidad de las leyes. Ambas corrientes permiten determinar la jurisdicción de un estado sobre las personas o sobre ciertos actos. No obstante, aunque estas teorías pueden relacionarse sus enfoques y aplicaciones son diferentes.

La doctrina de la personalidad del derecho, ampliamente desarrollada por el italiano Pascual Stanislao Mancini en el siglo XIX, parte del enfoque de la jurisdicción que tiene un estado sobre sus ciudadanos fuera de su territorio¹³. Esta doctrina acepta la eficacia de las normas en el extranjero y sostiene que un ciudadano no deja de estar sometido a sus leyes nacionales por estar fuera del territorio¹⁴. Por otro lado, el principio de la extraterritorialidad de las normas parte del enfoque de la posibilidad de aplicar las leyes afuera del territorio, se refiere a la capacidad de un estado de aplicar sus leyes en el extranjero. Por el efecto de este principio, a un mismo acto o negocio jurídico le pueden ser aplicables distintas normas de distintas jurisdicciones¹⁵. Ambas corrientes, aunque con distinto enfoque, son las que hacen

¹³ Hernán Coello García, *Derecho Internacional Privado*, 149.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Andrés Gustavo Mazuera Zuluaga, and Liliana Damaris Pabón Giraldo. "Conflictos Internacionales de Jurisdicción: Contrastes Para Su Resolución Entre El Sistema Del Common Law y El Civil Law." *Revista de derecho privado (Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Civil)* 37, no. 37 (2019), 238.

posible el DIPr dado que sin reconocer la validez de las normas y la jurisdicción más allá de sus territorios, no se comprendería que existan los conflictos de leyes y se requiera de un derecho que los regule. Es así como un mundo globalizado caracterizado por la constante interrelación entre países requiere que las normas y las jurisdicciones tengan efectos más allá de sus territorios.

Habiendo establecido a las corrientes doctrinarias que hacen posible al DIPr, concierne comprender la tendencia moderna unificadora que ha sido acogida en el ámbito internacional para solucionar los problemas generados por la falta de armonización de las normas de conflicto¹⁶. La teoría universalista propone la integración del DIPr unificando a los conceptos y a las instituciones del DIPr¹⁷. Esta teoría ya la han acogido varias legislaciones, entre ellas el Ecuador al haber ratificado el Código Sánchez de Bustamante (CSB) en el año de 1933 y la Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II) en el año de 1982, con el propósito de poseer instrumentos que armonicen jurídicamente al DIPr del Ecuador con los demás estados contratantes.

Seguidamente, se explorará cómo la teoría de la universalidad se ve reflejada en la legislación comparada al incluir a las normas de funcionamiento primordiales en la parte preliminar de sus cuerpos de DIPr. Al mismo tiempo, se determinará en la doctrina extranjera la importancia de las normas de funcionamiento como instrumentos para solucionar los problemas generales de aplicación de las normas de conflicto.

3. Estado del Arte

Pocos autores ecuatorianos han escrito acerca de los problemas de aplicación de las normas de conflicto. Entre ellos, juristas antiguos como Coello García y Larrea Holguín, mencionan brevemente a ciertos conflictos de normas como las dificultades en la aplicación del derecho extranjero, pero están lejos de clasificarlos como normas de funcionamiento para el desarrollo del DIPr¹⁸. Dado que en la actualidad el Ecuador carece de discusiones acerca de la utilidad y la necesidad de las normas de funcionamiento para la aplicación del DIPr, se recurrirá a la doctrina extranjera para el efecto.

¹⁶ Friedrich K. Juenger, Diego P. Fernandez Arroyo, and Cecilia Fresnedo de Aguirre. 2006. *Derecho Internacional Privado y Justicia Material*. México: Editorial Porrúa, 77

¹⁷ Pedro Alberto De Miguel Asensio. "Conflictos de leyes e integración jurídica: Estados Unidos y la Unión Europea". *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. V (2005), 43-102.

¹⁸ Ver, Juan Larrea Holguin, *Derecho Internacional Privado*, 159.

La clasificación de “normas de funcionamiento” o “normas de aplicación” se toma de la doctrina española la que se refiere a ellas como normas de carácter auxiliar para resolver las dificultades presentadas en la aplicación de las normas de conflicto en una situación privada internacional¹⁹. Asimismo, Brasil ha denominado a estas normas como *normas qualificadoras* o normas accesorias que son necesarias para la buena aplicación de las normas de conflicto²⁰. Por otro lado, si bien la doctrina argentina no las clasifica todavía como normas de funcionamiento, sí agrupa a sus conceptos dentro de los “Aspectos Destacables e Innovadores a Nivel Legislativo en Argentina ”²¹.

La teoría de la universalidad influencia el DIPr debido a que las legislaciones han prescrito a las normas de funcionamiento fundamentales en la parte general o preliminar de sus cuerpos de DIPr como herramientas para incentivar la coherencia sistemática, promover la armonía en las decisiones y reducir la complejidad legal²². Por ejemplo, algunos de los países que han adoptado esta tendencia son: Brasil al incluirlas en la “Parte General” de la Ley de Introducción al Nuevo Código Civil brasileño, México en el “Contenido Básico” de su proyecto de Código Modelo de DIPr, España en el “Título Preliminar” de su Código Civil, Argentina en las “Disposiciones Generales de DIPr” del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCCNA), y en Europa, varios autores europeos han propuesto elaborar el “Reglamento Cero²³” para regular los problemas de aplicación de las normas de conflicto europeas, pero no ha sido todavía posible por las trabas jurídicas y legislativas existentes. Estos son breves ejemplos de cómo las legislaciones actuales ya se han inclinado por incorporar las normas de funcionamiento en la parte general de sus cuerpos normativos de DIPr.

Las normas de funcionamiento no deben regular exhaustivamente todos los conflictos de normas, ni tampoco deben regular los conflictos de una materia en específico, el propósito es regular los problemas genéricos de aplicación de normas porque es esta

¹⁹ Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa Gonzalez. 2018. *Derecho Internacional Privado*. Granada: Editorial Comares, S.L, 213.

²⁰ Jacob Dolinger y Carmen Tiburcio. 2017. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Editora Forense , 281.

²¹ Adriana Dreyzin Klor. 2017. *El Derecho Internacional Privado Actual*. Buenos Aires: Zavalia, 75.

²² Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa Gonzalez, *Derecho Internacional Privado*, 213.

²³ Instrumento que buscaría regular los problemas de aplicación de normas indirectas comunes en Europa.

generalidad, la base de la característica de autonomía científica del DIPr²⁴. Para efectos de realizar este análisis, se considera que los conflictos generales son los de: i) la calificación, ii) la cuestión previa, iii) el reenvío, iv) el fraude a la ley, y v) el orden público internacional, los cuales serán observados en la legislación y jurisprudencia, tanto ecuatoriana como extranjera²⁵.

4. Marco normativo y jurisprudencial

Dentro del marco normativo ecuatoriano, se identificarán las normas de funcionamiento vigentes en el Ecuador. Estas normas se encuentran en los artículos 5, 6 y 8 de la CIDIP II²⁶, en los artículos 1, 3, 4, 5, 6, 8 y 57 del CSB²⁷ y en el artículo 183 del Código de Comercio²⁸. Estas normas a pesar de estar vigentes carecen de aplicabilidad en la práctica y se configura una verdadera laguna jurídica de normas de funcionamiento. Fruto de esta laguna jurídica de normas de funcionamiento, se confirmará con los casos jurisprudenciales de: *Ann Minton c. Alejandro Peñafiel*²⁹, *Società Italiana Per Condotte d'Aqua Spc. Teresa García Franco*³⁰ y *Deutsche Pharma c. Roemmers*³¹, la vulneración de los jueces al derecho a la tutela judicial efectiva en el Ecuador, en especial al derecho a acceder a la justicia, derechos reconocidos en los artículos 75 y 76 de la Constitución del Ecuador³². Esto, a pesar de la prohibición de desechar una acción por falta de norma prescrita en el artículo 11 numeral 3 de la Constitución del Ecuador³³ y de la obligación de administrar justicia establecida en el artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ)³⁴.

²⁴ Scotti, Luciana B, *Manual de derecho internacional privado*, 493; Sonia Rodríguez Jimenez. 2016. *Competencia Judicial Civil Internacional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 24.

²⁵ Se reconoce que existen otras normas de funcionamiento aplicables que no serán analizadas.

²⁶ Artículos 5, 6 y 8, Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado (CIDIP II), Montevideo, 8 de mayo de 1979, ratificada por el Ecuador el 18 de mayo de 1982.

²⁷ Artículos 1, 3, 4, 5, 6, 8 y 57, Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, La Habana, 20 de febrero de 1928, ratificado por el Ecuador 31 de mayo de 1933.

²⁸ Artículo 183, Código de Comercio, Registro Oficial 497, 29 de mayo de 2019, reformado por última vez Registro oficial Tercer Suplemento No. 245 el 7 de febrero de 2023.

²⁹ *Ann Minton c. Alejandro Peñafiel*, Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 28 de enero de 2004.

³⁰ *Compañía Societa Italia Per Condotte D'Acqua Spa c. Teresa García Franco*, Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 15 de mayo de 2000.

³¹ *Deutsche Pharma Ecuatoriana S.A c. Roemmers S. A*, Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 23 de agosto de 2004.

³² Artículo 75 y 76, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Tercer Suplemento 377 de 25 de enero de 2021.

³³ Artículo 11.3, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

³⁴ Artículo 28, Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ], R.O 544, 9 de marzo de 2009, reformado por última vez 29 de marzo de 2023.

Para efectos de realizar un análisis comparado, se examinarán las normas de funcionamiento vigentes en la legislación interna de distintos países. Las normas de *calificación* se identificarán en el artículo 12 numeral 1 del Código Civil español³⁵ y en el artículo 19 del Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de Chile (ADIPRC)³⁶. Las normas de *cuestión previa* se señalarán en el artículo 21 de la ADIPRC³⁷ y en el artículo 6 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela (LDIPRV)³⁸. Las normas de *reenvío* se reconocerán en el artículo 2596 del CCCNA³⁹ y en el artículo 12 numeral 2 del Código Civil de España⁴⁰. Las normas de *fraude a la ley* se encontrarán en el artículo 7 de la Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay (LDIPU)⁴¹ y en el artículo 2598 del CCCNA⁴². Las normas de *orden público internacional* se hallarán en el artículo 5 de la LDIPU⁴³ y en el artículo 2049 del Código Civil de Perú⁴⁴. Finalmente, para evidenciar que la aplicación de las normas de funcionamiento se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, se profundizará en los siguientes casos de jurisprudencia comparada: la sentencia 172/2022 de la Corte Constitucional del Perú⁴⁵, la sentencia 18/2019 de la Corte Suprema de España⁴⁶ y la resolución 01137 del Tribunal Primero de Caracas⁴⁷. El análisis comparado demostrará la necesidad y la efectividad de las normas de funcionamiento para amparar el derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, para lograr profundizar en los casos concretos, compete primeramente presentar a las generalidades del DIPr, a las normas de funcionamiento e identificar a estas normas en la legislación comparada.

³⁵ Artículo 12.1, Código Civil Español, Boletín Oficial del Estado 206, 27 de julio de 1889.

³⁶ Artículo 19, Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de Chile, R.O. N/D del N/D.

³⁷ Artículo 21, Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de Chile, N/D.

³⁸ Artículo 6, Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, Gaceta No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

³⁹ Artículo 2596, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Boletín Oficial Suplemento 32.985, 8 de octubre de 2014.

⁴⁰ Artículo 12.2, Código Civil Español, Boletín Oficial del Estado 206, 27 de julio de 1889.

⁴¹ Artículo 7, Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay, Diario Oficial No. 30.585, 16 de diciembre de 2020.

⁴² Artículo 2598, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, 2014.

⁴³ Artículo 5, Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay, Diario Oficial No. 30.585, 16 de diciembre de 2020.

⁴⁴ Artículo 2049, Código Civil de Perú, Decreto Legislativo No 295, 25 de julio de 1984, reformado por Ley No. 31643

el 15 de diciembre de 2022.

⁴⁵ Sentencia 172/2022, Tribunal Constitucional de Perú, 5 de abril de 2022.

⁴⁶ Sentencia 18/2019, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 15 de enero de 2019.

⁴⁷ Resolución 01137, Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación, Ejecución y Transición del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Caracas, 11 de noviembre de 2010.

5. Generalidades y las normas de funcionamiento en el DIPr

Si bien existen varias definiciones del DIPr, para efectos de este análisis se tomará la definición doctrinaria en sentido estricto⁴⁸. Según la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, el DIPr es una disciplina jurídica que determina cuál sistema jurídico elegir cuando existen dos o más sistemas que son igualmente aplicables a un acto o negocio jurídico con elementos extranjeros⁴⁹. El DIPr está conformado por normas de carácter atributivo que no contienen derechos ni garantías, sino que simplemente regulan de manera indirecta los conflictos de las normas aplicables, entre estas normas están las funcionamiento⁵⁰. Estas son normas instrumentales o ancilares que no son conflictuales ni sustanciales, sino que son conceptuales, suplementarias, facilitan la aplicación de las normas de conflicto y excluyen la aplicación del derecho extranjero⁵¹. Hay autores que consideran que estas normas pertenecen a “La Parte General del Derecho Conflictual” porque son el instrumento esencial para la aplicación de las normas de conflicto⁵². El objetivo de las normas de funcionamiento es brindar armonía y coherencia para determinar qué jurisdicción es la competente, qué ley es la aplicable y cuándo se debe excluir la aplicación del derecho extranjero.

Las normas de funcionamiento a las cuales nos referiremos en este análisis han sido escogidas por ser las que resuelven los problemas más generales de aplicación de normas de conflicto y son las más comunes en la legislación comparada y en la doctrina. A continuación, se explicará el propósito de cada norma y serán identificadas en la legislación de otros países.

5.1. La calificación

La calificación, conocida en inglés como *characterization*, resuelve el conflicto que surge al determinar la naturaleza jurídica de una situación privada internacional y subsumirla en una categoría jurídica⁵³. La dificultad es determinar conforme a qué ley y a qué debe sistema jurídico se debe calificar⁵⁴.

⁴⁸ Ver, Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa Gonzalez, *Tratado de derecho internacional privado*, 5.

⁴⁹ Ann Minton c. Alejandro Peñafiel, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 28 de enero de 2004, pág. 10.

⁵⁰ Juan Larrea Holguin, *Derecho Internacional Privado*, 45.

⁵¹ Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa Gonzalez, *Derecho Internacional Privado*, 213; Jacob Dolinger y Carmen Tiburcio, *Direito Internacional Privado*, 281.

⁵² Friedrich K. Juenger, Diego P. Fernandez Arroyo y Cecilia Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado y Justicia Material*, 77.

⁵³ Luis Fernando Alvarez Londoño y Diego Ricardo Galan Barrera, *Derecho Internacional Privado*, 160.

⁵⁴ Juan Larrea Holguin, *Derecho Internacional Privado*, 126.

Se dice que quien propuso por primera vez este concepto fue Franz Kahn en 1891 como resultado del caso “La Viuda de Maltesa”⁵⁵. En este caso sucesorio, una pareja de ascendencia inglesa y maltesa contrajo matrimonio en Malta. Posteriormente se mudaron a Argelia, colonia francesa en ese entonces. Tras la muerte del esposo, La Corte analizó que, si calificaba la situación como un asunto sucesorio, se debía aplicar la ley francesa por ubicarse ahí los inmuebles heredados, pero si se calificaba como un régimen económico matrimonial, debía regir la ley de Malta por ser allí donde contrajeron matrimonio. De este caso se desprende cómo la calificación de una situación conduce a la aplicación de una norma específica y cómo la variación en la clasificación genera diferentes resultados⁵⁶. La doctrina ha planteado varios criterios para calificar una situación de hecho, entre ellos: *lex causae*, se califica de acuerdo a la ley competente según la causa, o *lex fori*, se califica según la ley del foro que haya avocado conocimiento⁵⁷. También se pueden encontrar teorías que buscan resolver el conflicto de calificación, una de estas es la teoría autárquica empírica, la que propone que, si todos los estados clasificarían de la misma manera sus instituciones, no habría conflictos de calificación⁵⁸.

Dentro del marco de la legislación comparada, se han identificado dos normas de calificación que recogieron la teoría de *lex fori* para direccionar al juez al momento de calificar una situación de hecho. El artículo 12 numeral 1 del Código Civil español⁵⁹ prescribe que la calificación debe hacerse con arreglo a la Ley española y el artículo 19 de la ADIPRC⁶⁰, asimismo prescribe que la calificación debe hacerse de conformidad con la *lex fori*, es decir la Ley chilena. La dificultad de subsumir una situación de hecho a una figura jurídica es común en la práctica y por eso es necesaria la norma de calificación como guía para los jueces.

⁵⁵ Ver, Stella Maris Biocca. 1971. "El Problema de las Calificaciones en Derecho Internacional Privado." *Revistas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 223-229.

⁵⁶ Ver, Luis Fernando Alvarez Londoño y Diego Ricardo Galan Barrera, *Derecho Internacional Privado*, 159.

⁵⁷ Ver, Stella Maris Biocca. 1971. "El Problema de las Calificaciones en Derecho Internacional Privado." *Revistas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM* 223-229. Accessed marzo 16, 2021, 224

⁵⁸ Ver, Hernán Coello García, *Derecho Internacional Privado*, 278; Friedrich K. Juenger, Diego P. Fernandez Arroyo y Cecilia Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado y Justicia Material*, 78.

⁵⁹ Artículo 12.1, Código Civil Español, Boletín Oficial del Estado 206, 27 de julio de 1889.

⁶⁰ Artículo 19, Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de Chile, R.O. N/D del N/D.

5.2. La cuestión previa

Otro conflicto común al momento de resolver situaciones privadas internacionales es el determinar qué ley es aplicable a situaciones anteriores que son importantes para resolver la cuestión principal, esto se conoce como cuestión previa o *vorfrage* en alemán⁶¹. Por ejemplo, para resolver el divorcio de una pareja que se casó en el extranjero, se debe primero analizar como cuestión previa, si el matrimonio es válido en el lugar en donde se pretende divorciar la pareja. Algunos autores defienden que la cuestión previa debe regirse por el mismo ordenamiento jurídico que la cuestión principal, mientras que otros autores defienden que la cuestión previa puede regirse por un ordenamiento jurídico distinto al de la cuestión principal, ello dependerá lo que disponga la norma de cuestión previa del ordenamiento jurídico que se esté aplicando⁶². Si bien no siempre es sencillo determinar qué se consideran cuestiones previas, sí existen presupuestos doctrinarios para determinarlas⁶³.

Se dice que el concepto de cuestión previa se manifiesta por primera vez con el caso “Ponnoucannamalle c. Nadimoutoupoulle” resuelto por la Corte de Casación de París el 21 de abril de 1931⁶⁴. Caso que plantea la situación de un padre de nacionalidad inglesa que vivía en India y tenía bienes en la Conchinchina, territorio francés a la época. Es pertinente mencionar que el padre adoptó un hijo conforme a las leyes indias. Cuando el padre muere, en aplicación de la ley donde se sitúan los bienes, se debía analizar qué ley era la aplicable a la cuestión previa y según ello si ese niño era legítimo para heredar los bienes. La Corte concluyó que, de conformidad con las leyes francesas, no era válida esa adopción y por lo tanto no podía ser heredero de los bienes situados en Francia. Este caso concluye que la elección de la ley aplicable a la cuestión previa influenciará en cómo se soluciona la cuestión principal.

En la legislación comparada, Venezuela y Chile ya han prescrito normas para que sus jueces puedan resolver las cuestiones previas. El artículo 21 de la ADIPRC⁶⁵, prescribe

⁶¹ Luis Fernando Alvarez Londoño y Diego Ricardo Galan Barrera, *Derecho Internacional Privado*. Bogotá, 163.

⁶² Francois Rigaux. 1985. *Derecho Internacional Privado: Parte General*. Madrid: Editorial Civitas, 177.

⁶³ *Ver*, Luis Fernando Alvarez Londoño y Diego Ricardo Galan Barrera, *Derecho Internacional Privado*, 165-166.

⁶⁴ Eugenia González Rivas. 2003. *Estrategias para la elaboración de contratos internacionales*. México: Editorial Porrúa, 171.

⁶⁵ Artículo 21, Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de Chile, N/D.

que la cuestión previa es autónoma de la principal y el artículo 6 de la LDIPRV⁶⁶, también prescribe que la cuestión previa no debe necesariamente resolverse por la misma ley que la cuestión principal. En la práctica es sustancial que el juez tenga normas de cuestión previa para que comprenda qué ley se debe aplicar a la cuestión previa, pues de ello dependerá la resolución de la cuestión principal.

5.3. El reenvío

El reenvío es otra dificultad que se genera al aplicar las normas de conflicto, conocido también como un “armario de espejos lógicos” o “problema de ping-pong”⁶⁷. El reenvío no se configura solamente con el envío de una norma a una legislación extranjera, la legislación extranjera debe además enviar nuevamente al mismo ordenamiento jurídico o a otro extranjero, en ese momento se configura el reenvío⁶⁸. El reenvío debe aceptar la teoría de la referencia máxima, para tal remisión sea a la totalidad del ordenamiento jurídico extranjero y no solo a las normas de DIPr extranjero⁶⁹.

Si bien hay autores que tienen posturas en contra del reenvío, existen otras corrientes que consideran que el reenvío fomenta la armonía internacional de las resoluciones del DIPr porque al excluir la aplicación del derecho extranjero, otorga aplicabilidad a la norma que corresponde⁷⁰. El reenvío emanó del caso sucesorio conocido como el “Caso Forgo” resuelto por la Corte de Casación en Francia, en el cual el Estado francés defendió el reenvío de primero grado para se aplique el derecho francés y no el derecho de Baviera a la época y así ser el heredero de los bienes del causante⁷¹. Este caso inauguró el análisis del reenvío y en el gracias a ello ya se han configurado los presupuestos doctrinarios para su procedencia, los tipos de reenvío y las diferentes teorías de su alcance en la práctica⁷².

⁶⁶ Artículo 6, Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, Gaceta No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

⁶⁷ Luis Fernando Alvarez Londoño y Diego Ricardo Galan Barrera, *Derecho Internacional Privado*, 164.

⁶⁸ Juan Larrea Holguin. 1976. *Derecho Internacional Privado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 152.

⁶⁹ *Ver, Ibidem*, 175.

⁷⁰ Friedrich K. Juenger, Diego P. Fernandez Arroyo y Cecilia Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado y Justicia Material*, 88.

⁷¹ Luis Fernando Alvarez Londoño y Diego Ricardo Galan Barrera, *Derecho Internacional Privado*, 345.

⁷² Friedrich K. Juenger, Diego P. Fernandez Arroyo y Cecilia Fresnedo de Aguirre. 2006. *Derecho Internacional Privado y Justicia Material*. México: Editorial Porrúa, 173-174; Caroline Bergeron. 2001. *El reenvío en el Derecho internacional privado contemporáneo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 34-44.

En la legislación interna de otros países ya se encuentran normas de reenvío que demarcan el alcance de esta figura. Por ejemplo, en Argentina el artículo 2596 del CCCNA⁷³ reconoce solamente al reenvío de primer grado⁷⁴. Por otro lado, España adopta el reenvío en el artículo 12 numeral 2 de su Código Civil⁷⁵ y reconoce el reenvío de segundo grado⁷⁶. Se observa que en cada legislación se delimita el alcance del reenvío, proporcionando directrices para que el juez dirima un conflicto de normas.

5.4. El fraude a la ley

El fraude a la ley cuenta con diferentes definiciones en distintas ramas del derecho, pero en el DIPr, el fraude a la ley es la manipulación de los puntos de conexión a través de mecanismos legítimos para desnaturalizar el efecto de una ley. El fraude a la ley tiene dos elementos: el elemento material que es el cambio de circunstancias para tergiversar el punto de conexión⁷⁷ de la norma de conflicto y el elemento subjetivo que es la intención de eludir la ley, el abuso del derecho para obtener fines ilícitos⁷⁸. Siendo una conducta ilegítima, cada estado debe establecer mecanismos preventivos y sancionatorios para el efecto. Entre estos mecanismos se incluye la implementación de normas de funcionamiento que impidan la aplicación del derecho extranjero cuando se detecte un fraude a la ley⁷⁹. El origen de este concepto se dio con el “Caso Bauffremont v. Bibesco” resuelto por la Corte de Casación de Francia, en el cual una de las partes pretendió que su divorcio, legítimamente tramitado en Alemania, sea reconocido en Francia donde no cabía la figura del divorcio⁸⁰. En definitiva, no se concedió el divorcio a la parte actora porque según la Corte, se pretendía defraudar la Ley francesa en aplicación de la Ley alemana.

En referencia a la legislación comparada, tanto Uruguay como Argentina han implementado normas que sancionan el fraude a la ley en el ámbito del DIPr. El artículo 7 de

⁷³ Artículo 2596, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Boletín Oficial Suplemento 32.985, 8 de octubre de 2014.

⁷⁴ Se configura cuando la norma de conflicto del foro remite a una norma extranjera que a la vez devuelve la competencia legislativa al ordenamiento jurídico del foro.

⁷⁵ Artículo 12.2, Código Civil Español, Boletín Oficial del Estado 206, 27 de julio de 1889.

⁷⁶ Se configura cuando la norma de conflicto del foro remite a una norma extranjera que a la vez remite a otro ordenamiento jurídico.

⁷⁷ Teniendo en cuenta no todo cambio en el punto de conexión constituye el fraude a la ley.

⁷⁸ Juan Larrea Holguin, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 160.

⁷⁹ Hernán Coello García, *Derecho Internacional Privado*, 344.

⁸⁰ Luis Fernando Alvarez Londoño y Diego Ricardo Galan Barrera, *Derecho Internacional Privado*, 169.

la LDIPU⁸¹ permite al juez de abstenerse de aplicar el derecho extranjero cuando su aplicación evada los principios fundamentales de Uruguay. Asimismo, Argentina en el artículo 2589 del CCCNA⁸² sanciona con una especie de nulidad y dispone que no se tomarán en cuenta los actos realizados con el fin de eludir la aplicación del derecho que correspondía. Es necesario que exista una norma que sancione estas conductas ilícitas en el marco del DIPr.

5.5. El orden público internacional

Con el objetivo de comprender al concepto de orden público internacional, se debe aclarar que este es distinto al orden público, pero que mantienen una relación necesaria. El orden público es el conjunto de principios jurídicos, sociales y culturales de una sociedad que conserva la seguridad, la estabilidad, y el interés común de un país. La inexistencia de normas de orden público taxativas se debe a la soberanía y al contexto social y legal inherente de cada estado⁸³. Por otro lado, el orden público internacional es un concepto propio del DIPr que se activa para inaplicar el derecho extranjero cuando su aplicación contradiga el orden público⁸⁴. El orden público internacional genera dos efectos: un efecto negativo porque el juez niega la aplicación del derecho extranjero y un efecto positivo porque nace la obligación del juez de encontrar una norma aplicable y no permitir que las partes queden en indefensión.

En la legislación comparada se pueden identificar las normas de orden público internacional que limitan la aplicación del derecho extranjero. El artículo 2049 del Código Civil de Perú⁸⁵ prescribe que en el caso en que la aplicación de una norma extranjera no sea compatible con el orden público de Perú esta no será aplicada. Del mismo modo, el artículo 5 de la LDUPRU⁸⁶ establece que los jueces no deben utilizar la ley extranjera cuando su aplicación manifiestamente atente en contra el orden público interno. Esta norma de funcionamiento es importante para asegurarse que no se apliquen normas extranjeras que afecten al orden público del país en donde se pretende aplicarlas⁸⁷.

⁸¹ Artículo 7, Ley general de Derecho Internacional Privado de Uruguay, Diario Oficial No. 30.585, 16 de diciembre de 2020.

⁸² Artículo 2598, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Boletín Oficial Suplemento 32.985, 8 de octubre de 2014.

⁸³ Juan Larrea Holguin, Manual de Derecho Internacional Privado, 119.

⁸⁴ Friedrich K. Juenger, Diego P. Fernandez Arroyo y Cecilia Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado y Justicia Material*. México, 87.

⁸⁵ Artículo 2049, Código Civil de Perú, Decreto Legislativo No 295, 25 de julio de 1984, reformado por Ley No. 31643 el 15 de diciembre de 2022.

⁸⁶ Artículo 5, Ley general de Derecho Internacional Privado de Uruguay, Diario Oficial No. 30.585, 16 de diciembre de 2020.

⁸⁷ Hernán Coello García, *Derecho Internacional Privado*, 311.

Después de haber presentado a las normas de funcionamiento más relevantes y una vez que se han identificado a las normas de funcionamiento en la legislación comparada, concierne identificar a las escasas normas de funcionamiento vigentes en el Ecuador, las que se encuentran prescritas en su mayoría en convenios internacionales.

6. Laguna jurídica de normas de funcionamiento en el Ecuador

En el Ecuador existe una laguna jurídica de normas de funcionamiento porque las normas que existen no son aplicables en la práctica. La insuficiencia del marco jurídico se da porque las pocas normas existentes provienen en su mayoría de tratados internacionales como la CIDIP II y el CSB y siendo los convenios internacionales la única fuente de DIPr en el Ecuador, estos no pueden ser aplicados a todos los conflictos. Por ejemplo, la aplicación del CSB se restringe sólo a conflictos con los 16 países que han ratificado al convenio y se ubican en el continente de América, mientras que la aplicación de la CIDIP II se limita a los 18 países que lo han ratificado y también se ubican únicamente en América. Con esta observación surge la pregunta ¿qué normas de funcionamiento se aplican cuando se manifiestan problemas con países fuera de América? La respuesta es ninguna. Como se verá a continuación, no existen normas de funcionamiento en la legislación interna y los jueces no poseen herramientas cuando solucionan conflictos privados internacionales cuando no se pueden aplicar los convenios.

6.1. La calificación

La norma de calificación vigente en el Ecuador se encuentra en el artículo 6 del CSB, la que indica que, para calificar una situación de hecho, se deben aplicar las normas internas propias de calificación de cada estado contratante⁸⁸. Lamentablemente, en vista que el Ecuador no contempla normas internas de calificación, esta norma evidentemente carece de aplicabilidad. Se comprueba que existe una laguna jurídica de la norma de funcionamiento de calificación a pesar de estar prescrita y vigente y los jueces ecuatorianos no tienen los medios necesarios para resolver los conflictos que surjan de la calificación a pesar de ser sumamente necesaria para resolver situaciones privadas internacionales.

6.2. La cuestión previa

La norma de la cuestión previa vigente en el Ecuador se encuentra en el artículo 8 de la CIDIP II y dispone que la ley aplicable a la cuestión previa puede ser distinta a la que

⁸⁸ Artículo 6, Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante.

rige la cuestión principal⁸⁹. Igualmente, cabe insistir en que esta norma sólo aplicaría a los conflictos en los que intervengan los países que también han ratificado este convenio. A pesar que las normas convencionales están por encima de la ley, los jueces indebidamente no las aplican en la práctica, pues no consideran que sean una fuente para resolver. Por esta razón tener una sola fuente de DIPr para normas de funcionamiento es limitante en la práctica.

6.3. El reenvío

El Ecuador sí dispone de una norma de reenvío en la legislación interna. El artículo 183 del Código de Comercio hace referencia al reenvío, pero solamente en materia de letras de cambio⁹⁰. Tener una norma de funcionamiento que rijan sólo para una situación limita su aplicación y resulta inaplicable para cualquier otra materia. Para ejemplificar, en el caso que se quisiera aplicar esta norma a un caso de un pagaré a la orden, a pesar de ambas tratarse de Derecho mercantil, la figura del reenvío prescrita en esta norma sólo aplica a las letras de cambio. Se evidencia nuevamente una evidente laguna jurídica ya que es inexistente una norma de reenvío que se pueda aplicar genéricamente a los actos o situaciones privadas internacionales.

6.4. El fraude a la ley

Dentro del marco normativo ecuatoriano se encuentra el artículo 6 de la CIDIP II que determina una sanción al fraude a la ley⁹¹. Como ya se ha expuesto, las normas en los instrumentos internacionales son poco eficientes en la práctica, puesto que los jueces son temerosos de su aplicación. Además de ello, se puede evidenciar una vez más una limitación en esta norma porque solo se aplica a conflictos con estados contratantes. Una vez más se demuestra que a pesar de existir una norma expresa vigente en el Ecuador, tiene muy limitada aplicación en la práctica.

6.5. El orden público internacional

Las normas de orden público internacional vigentes en el Ecuador están establecidas en la CIDIP II y en el CSB. El artículo 5 de la CIDIP II faculta a los Estado contratantes a inaplicar el derecho extranjero cuando este atente en contra del orden público⁹². En los artículos 1, 3, 4, 5, 8 y 57 del CSB se regula la inaplicación del derecho extranjero cuando

⁸⁹ Artículo 8, Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado.

⁹⁰ Artículo 183, Código de Comercio del Ecuador.

⁹¹ Artículo 6, Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado.

⁹² Artículos 5, Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado.

atente en contra el orden público⁹³. Se insiste en que estas normas están en instrumentos internacionales y su aplicación práctica es limitada a los estados contratantes y adicionalmente, que los jueces no aplican convenios internacionales para resolver casos de DIPr.

Habiendo expuesto teóricamente a las aplicaciones de las normas de funcionamiento y habiendo identificado a normas de funcionamiento vigentes en el extranjero y en el Ecuador, es oportuno analizar en la jurisprudencia ecuatoriana la poca aplicación que tienen estas normas en la práctica, ya sea porque no pueden ser aplicadas a conflictos con estados que no hayan ratificado los convenios internacionales, o porque cuando sí pueden ser aplicadas, los jueces no las invocan por desconocimiento o por temor. Paralelamente, se comprobará que la laguna jurídica de normas de funcionamiento se relaciona directamente con la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, contrastando con el análisis de jurisprudencia comparada que en aplicación de las normas de funcionamiento sí garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes.

7. Relación entre las normas de funcionamiento y la tutela judicial efectiva

7.1. Análisis de jurisprudencia ecuatoriana

Si bien existe poco desarrollo jurisprudencial del DIPr en el Ecuador, se han designado cuidadosamente tres casos jurisprudenciales de los cuales se podrá concluir: i) que existe una verdadera laguna jurídica en el Ecuador de normas de funcionamiento, y ii) cómo la laguna jurídica lleva a que las decisiones jurisprudenciales violen el derecho a la tutela judicial efectiva. La laguna jurídica de estas normas se denotará por la falta de aplicación de las normas de funcionamiento vigentes en convenios internacionales ya sea por falta de costumbre, temor a aplicarlas o simple desconocimiento de ellas. Como resultado de ello, se verá que los jueces carecen de herramientas para resolver apropiadamente los conflictos de normas; por lo tanto, no protegen el derecho a la tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia.

7.1.1. Caso Ann Minton c. Alejandro Peñafiel

El primer caso jurisprudencial ecuatoriano que se analizará es uno de nulidad de sentencia de divorcio, en el cual se podrá dilucidar la limitación de tener a las normas de funcionamiento en convenios internacionales porque no se pueden aplicar a conflictos con estados que nos los han ratificado. Como antecedente, Alejandro Peñafiel de nacionalidad

⁹³ Artículos 1, 3, 4, 5, 8 y 57, Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante.

ecuatoriana y Ann Minton de nacionalidad estadounidense, contrajeron matrimonio en Estados Unidos. Posteriormente, los cónyuges fijaron su domicilio en el Ecuador, país donde residieron varios años y en donde inscribieron legalmente su matrimonio⁹⁴. Ulteriormente, por ruptura del *affectio maritalis*, el señor Peñafiel presentó la demanda de divorcio en contra de la señora Minton ante el Juzgado Noveno de lo Civil en Quito. La señora Minton fue debidamente citada en su domicilio mediante exhorto en Estados Unidos y contestó a la demanda alegando la incompetencia del tribunal. El divorcio fue aceptado y concedido mediante sentencia en primera instancia. Posteriormente, la señora Minton presentó una acción de nulidad ante la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito alegando la nulidad de la sentencia por falta de competencia de los jueces para resolver. La Corte Superior aceptó la acción de nulidad y declaró la nulidad de la sentencia de primera instancia por “falta de jurisdicción y competencia de los jueces ecuatorianos” para otorgar el divorcio de un matrimonio celebrado en Estados Unidos y cuando la cónyuge ya no estaba domiciliada en el Ecuador⁹⁵.

Irrazonablemente, la Corte dejó indefenso al señor Peñafiel a pesar de la prohibición expresa de denegación de la administración de justicia, actualmente en el artículo 28 del COFJ⁹⁶. La Corte Superior concluyó que eran los jueces estadounidenses los competentes para conocer la demanda de divorcio de las partes, pero no consideró que según el artículo 129 del Código Civil vigente a la época, cuando uno de los cónyuges era ecuatoriano, el divorcio sólo podía ser otorgado por jueces ecuatorianos para ser inscrito⁹⁷. Se entendería entonces que, según la normativa vigente a la época, existía un foro de exclusividad absoluta de los jueces ecuatorianos para resolver divorcios; sin embargo, la Corte Superior denegó la justicia al recurrente ecuatoriano. Una sentencia de divorcio emitida en Estados Unidos hubiese sido claudicante en el Ecuador porque no hubiese podido validarse ni inscribirse, siendo irrefutable la inmotivada e ilegítima resolución de la Corte en perjuicio de la tutela judicial efectiva.

⁹⁴ Ann Minton c. Alejandro Peñafiel, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 28 de enero de 2004, pág. 2.

⁹⁵ Ann Minton c. Alejandro Peñafiel, párr. 20.

⁹⁶ Artículo 28, COFJ.

⁹⁷ Artículo 129, Código Civil del Ecuador, Registro Oficial 46, 24 de junio de 2005, reformada por última vez Registro Oficial 15 el 14 de marzo de 2022, [Derogado].

Para abundar en argumentos, tampoco se emitió una sentencia debidamente motivada porque se aplicaron incorrectamente las fuentes del DIPr. La Corte mencionó en su análisis tanto al CSB como a la Convención Interamericana sobre el domicilio de las personas físicas a pesar que ninguno había sido ratificado por Estados Unidos. Estos convenios no debieron ser sustento como argumento de la sentencia y ello únicamente refleja la falta de conocimiento del tribunal de los principios y fuentes básicas del DIPr para emitir una sentencia legítima y motivada.

Para concluir, se manifiesta la limitación de tener normas de funcionamiento en convenios internacionales como el CSB y la CIDIP II porque sólo pueden aplicarse a casos que impliquen conflictos con estados contratantes. Como limitante, este caso involucró a Estados Unidos, país que no acostumbra a ratificar convenios y con el que no se podían invocar convenios internacionales. No obstante, este caso no solo evidencia la laguna jurídica de normas de funcionamiento, sino que también demuestra que la Corte Superior no reconoció las implicaciones que resultaban de rechazar la administración de justicia cuando eran exclusivamente los jueces ecuatorianos los competentes para avocar conocimiento. La Corte renunció a administrar justicia y afectó gravemente el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, especialmente el derecho de acceder a la justicia.

7.1.2. Caso Societá d'Acqua c. Teresa García Franco

El siguiente caso que se ha elegido demostrará como en la práctica los jueces se abstienen de aplicar las normas de funcionamiento prescritas en convenios internacionales, a pesar de ser aplicables al caso. Este caso analiza un recurso de casación presentado por la compañía Societá Italia Per Condotte D'Acqua Spa (SIPC) en contra de la sentencia dictada por la Corte Superior de Guayaquil que favorecía a la señora Teresa García Franco⁹⁸. Como hechos relevantes, la señora García Franco de nacionalidad ecuatoriana firmó un contrato de prestación de servicios profesionales con la compañía italiana SIPC en la ciudad de Roma. Dicho contrato determinaba las prestaciones que debía ejecutar la señora García Franco en el país de Bolivia y la contraprestación de la compañía SIPC a pagar por sus servicios profesionales. Con posterioridad, la señora García demandó el incumplimiento de varios pagos por parte de SIPC ante los jueces de Guayaquil justificando la competencia de los

⁹⁸ Compañía Societá Italia Per Condotte D'Acqua Spa c. Teresa García Franco Gaceta, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 15 de mayo de 2000, pág. 1.

jueces ecuatorianos y la aplicación del derecho ecuatoriano sobre la base del artículo 2 de la Convención de Roma de 19 de junio de 1980⁹⁹, que dispone que dicho convenio puede aplicarse incluso a estados no contratantes, como es el caso de Ecuador que no la ha ratificado. La compañía SIPC contestó a la demanda estableciendo que los tribunales ecuatorianos no eran competentes para conocer esta causa. La Corte de Casación citó al artículo 4 del Convenio de Roma¹⁰⁰ para justificar que, a falta de elección de ley aplicable como era el caso, se debía aplicar la ley del país con los vínculos más estrechos a la situación. Consiguientemente, la Corte citó a la doctrina de Savigny para justificar que el lugar en donde se cumplían las obligaciones era el lugar con el vínculo más estrecho al contrato. Sobre la base a estos fundamentos, la Corte casó la sentencia y declaró la nulidad de la sentencia de la Corte Superior, porque quienes debían conocer aquel litigio eran los jueces bolivianos. La Corte se declaró incompetente y ordenó que se archive el proceso “por no contemplar nuestra legislación el reenvío internacional”¹⁰¹. Es evidente que dejar en indefensión a las partes y negar el acceso a la justicia por falta de ley, es una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva en incumplimiento de las obligaciones que tienen los jueces de conformidad con el artículo 11 numeral 3 de la Constitución¹⁰² y el artículo 28 del COFJ¹⁰³.

La Corte cometió dos errores que llevaron a esta vulneración. Primeramente, fundamentó la decisión jurisprudencial en un instrumento internacional que no había sido ratificado por el Ecuador y que no formaba parte del ordenamiento jurídico. Esta es una clara vulneración al orden público ecuatoriano porque un convenio que no ha sido ratificado interfiere con la estructura legal establecida en la constitución, la soberanía ecuatoriana y la protección de derechos y garantías. Si bien fue la actora la que invocó este convenio, se debió haber invocado al orden público internacional para excluir la aplicación de este convenio. En segundo lugar, el tribunal confundió la potestad legislativa con la potestad judicial, evidenciando una deficiente motivación para no declararse competente. La Corte determinó que la ley competente para solucionar el conflicto era la Ley boliviana, siendo ello

⁹⁹ Artículo 2, Convenio Sobre la Ley Aplicable a Las Obligaciones Contractuales, Roma, 19 de junio de 1980, no ha sido ratificado por el Ecuador.

¹⁰⁰ Artículo 4, Convenio Sobre la Ley Aplicable a Las Obligaciones Contractuales.

¹⁰¹ Compañía Societá Italia Per Condotte D’Acqua Spa c. Teresa García Franco Gaceta, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 15 de mayo de 2000, párr. 10.

¹⁰² Artículo 11.3, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁰³ Artículo 28, COFJ.

independiente de la competencia jurisdiccional de los jueces ecuatorianos para conocer el asunto. Idealmente, la Corte debió avocar conocimiento ser una de las partes de nacionalidad ecuatoriana y de conformidad con el artículo 2 de la CIDIP II, convenio ratificado Ecuador y Bolivia, aplicar la Ley boliviana como lo haría el juez de Bolivia¹⁰⁴. En este caso, a pesar que era factible aplicar un convenio internacional con normas de funcionamiento para resolver, la Corte invocó otro convenio que no debió ser aplicado y que tampoco resolvió el asunto para beneficiar los derechos de las partes.

En últimos términos, la Corte no tuvo ánimo ni conocimiento para buscar herramientas que le permitan avocar conocimiento, declararse competente y asegurarse que las partes tengan acceso a la justicia de conformidad con el artículo 75 de la Constitución¹⁰⁵. Fue notorio que incluso cuando los jueces tienen la posibilidad de aplicar las normas en los convenios, no las aplican por temor o desconocimiento de estas. Si los jueces no acostumbran a citar instrumentos internacionales, se evidencia una verdadera laguna jurídica de las normas de funcionamiento, dado que todas se encuentran en estos instrumentos.

7.1.3. Caso Deutsche Pharma Ecuatoriana S.A c. Roemmers S.A.

Para finalizar el análisis de jurisprudencia ecuatoriana, se tomará un caso que afirmará nuevamente que incluso cuando sí se pueden aplicar convenios internacionales y utilizar herramientas para resolver adecuadamente los casos de DIPr, no se aplican por la desconfianza de aplicarlos, o por la falta de conocimiento. La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por Deutsche Pharma en contra de la sentencia emitida por la Corte Superior de Justicia que favoreció a su contraparte, Roemmers S.A. En el recurso interpuesto, Deutsche Pharma insistió en la ilegitimidad de personería que tenía el señor Jorge Quintana Burns para representar a Roemmers S.A. en el juicio dado que el poder de procuración judicial otorgado en Colombia no cumplía con las solemnidades requeridas para su validez de conformidad con el Derecho ecuatoriano. Es importante aclarar que el poder que se utilizó era un documento privado reconocido por un notario en la ciudad de Bogotá y Deutsche Pharma alegó que un documento privado reconocido por un notario, no lo convierte en un documento público ni en una escritura pública.

¹⁰⁴ Artículo 2, Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado.

¹⁰⁵ Artículo 75, Constitución del Ecuador.

Como fundamento en la sentencia, la Corte citó al artículo 16 del Código Civil ecuatoriano, el que indica que la forma de los instrumentos públicos debe determinarse de conformidad con la ley del lugar en donde se han otorgado¹⁰⁶. También citó al artículo 2 de la Convención Interamericana Sobre Régimen Legal de Poderes (CIRLPUE), convenio internacional ratificado por Colombia y Ecuador que establece que las solemnidades del otorgamiento de poderes deben sujetarse a las leyes de donde se otorgue el poder, a menos que el otorgante elija sujetarse a la ley del estado en el cual va a surtir efectos¹⁰⁷. La Corte de conformidad con estas normas, razonó que Deutsche Pharma S.A debió expresamente declarar que se sometía a la Ley colombiana para que sea válida, considerando que el principio *iura novit curia*¹⁰⁸ no es aplicable al derecho extranjero. Con esta consideración, la Corte sentenció que debían aplicarse las normas ecuatorianas para determinar la validez del poder y advirtiendo que este no cumplía con las solemnidades en el Ecuador, el poder carecía de validez¹⁰⁹. La Corte declaró la nulidad del proceso por ilegitimidad de personería, imposibilitando el acceso a la justicia de Deutsche Pharma.

La sentencia concluyó que “son inexistentes las posibilidades reales de conocimiento del derecho extranjero”, vulnerado la prohibición constitucional de no administrar justicia por falta de ley¹¹⁰. En este caso, la Corte se abstuvo de resolver sobre la base de una mera formalidad a pesar que el artículo 169 de la Constitución lo prohíbe¹¹¹. Los jueces tenían en este caso todas las herramientas para dictar una sentencia en beneficio del derecho a la tutela judicial efectiva y que no se impida el acceso a la justicia de los recurrentes, sin embargo, rechazaron sus obligaciones como jueces para resolver. Este resultado conduce a la siguiente pregunta, ¿para qué existen normas de conflicto y convenios internacionales si en la práctica no sirven para que se puedan aplicar las normas extranjeras? Se puede concluir que resultan totalmente ineficaces en la práctica.

¹⁰⁶ Artículo 16, Código Civil del Ecuador.

¹⁰⁷ Convención Interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero, Panamá, 16 de enero de 1976, ratificado por el Ecuador el 6 de agosto de 1975.

¹⁰⁸ Principio legal que los jueces deben conocer y aplicar las leyes aun cuando no han sido invocadas por las partes.

¹⁰⁹ Deutsche Pharma Ecuatoriana S.A c. Roemmers S. A, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 23 de agosto de 2004, párr. 8.

¹¹⁰ Deutsche Pharma Ecuatoriana S.A c. Roemmers S. A, párr. 8.

¹¹¹ Artículo 169, Constitución del Ecuador.

Por otro lado, se evidenció también la falta de conocimiento de la Corte de la existencia de otras fuentes de DIPr. Se pudieron haber aplicado dos artículos prescritos en convenios que habían sido ratificados por ambos países al momento de la sentencia: i) el artículo 2 de la CIDIP II que facultaba la aplicación del derecho extranjero a los jueces¹¹², y ii) el artículo 1 de la CIRLPE que permite que un poder que se otorgó en un estado parte sea válido en cualquiera de los otros estados parte¹¹³. Estos artículos permitían la aplicación del Derecho colombiano para que se reconozca validez al poder judicial, prevenir que las partes queden en indefensión y se proteja su derecho de acceso a la justicia.

Se puede concluir de estos tres casos jurisprudenciales que encontrándose todas las normas de funcionamiento en convenios internacionales existe una laguna jurídica en la práctica. No pueden aplicarse los convenios a todos los casos y en los casos en los que sí se puedan aplicar, tampoco son aplicados por los jueces. Se percibe una arraigada tendencia en el ámbito judicial hacia la aplicación exclusiva de normas internas, motivada por la aprensión y falta de experiencia para aplicar convenios internacionales. Contrariamente, como se verá a continuación, en los países que sí tienen normas internas de funcionamiento resuelven situaciones privadas internacionales garantizando el derecho a la tutela judicial efectiva por medio de sentencias motivadas y legítimas.

7.2. Análisis de jurisprudencia comparada

Se deducirá de la jurisprudencia extranjera, que los países que sí tienen normas de funcionamiento en su ordenamiento jurídico interno, sí las utilizan y garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes procesales. De la abundante jurisprudencia internacional, se han elegido tres casos jurisprudenciales en los cuales se utilizaron las normas de funcionamiento, se aplicaron correctamente las normas de conflicto y se emitieron sentencias que resguardaron el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes procesales.

7.2.1. Sentencia 172/2022 de la Corte Constitucional del Perú

El caso de Andree Martinot y Diego Urbina en contra del RENIEC fue resuelto por la Corte Constitucional de Perú y es un lúcido ejemplo de cómo se salvaguardó el derecho a la tutela judicial efectiva a través de la aplicación de las normas de funcionamiento. Como antecedente, el señor Andree Martinot y el señor Diego Urbina, ambos de nacionalidad

¹¹² Artículo 2, Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado.

¹¹³ Artículo 1, Convención Interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero [CIRLPE], 30 de enero de 1975, ratificado por el Ecuador el 30 de enero de 1975.

peruana, celebraron matrimonio en la ciudad de Nueva York y pretendieron que se inscriba su matrimonio en Perú¹¹⁴. No obstante, RENIEC negó la inscripción del matrimonio sobre la base al artículo 234 del Código Civil de Perú, que define al matrimonio como la unión entre un varón y una mujer¹¹⁵. La Corte analizó el artículo 2050 del Código Civil de Perú el que señala que los derechos adquiridos de acuerdo a un ordenamiento jurídico extranjero tendrán eficacia en Perú mientras sean compatibles con el orden público de Perú¹¹⁶. Posteriormente, la Corte analizó por qué el matrimonio celebrado válidamente por las partes en Nueva York colisionaba con la noción de matrimonio establecido en el ordenamiento jurídico peruano. En sustento con los siguientes artículos vigentes a la época: 4 del CSB que prescribe que lo que está establecido en la constitución de cada país es de orden público internacional, el artículo 234 del Código Civil de Perú, el artículo 5 de la Constitución de Perú y con los siguientes instrumentos internacionales vigentes a la época: la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, el matrimonio se debe celebrar entre un hombre y una mujer¹¹⁷. Con todos estos antecedentes normativos, la Corte sustentó motivadamente que la noción de matrimonio es de rango constitucional y por tanto forma parte del orden público, fundamento para determinar que el matrimonio contraído válidamente entre Andree Martinot y Diego Urbina en Estados Unidos no podía ser reconocido en el Perú. La Corte utilizó adecuadamente al orden público internacional como un instrumento de DIPr para excluir la aplicación del derecho extranjero y resolver un conflicto de aplicación de normas.

La Corte hiló su argumento desde el concepto propio del DIPr que es el orden público internacional y explicó las razones por las cuales no admitirá el derecho adquirido por las partes en el extranjero sustentando su decisión en una norma de funcionamiento interna, una norma de funcionamiento de una fuente convencional y además citando a varias otras fuentes internacionales de DIPr. Los jueces utilizaron todas las herramientas que tenían a su disposición para emitir una sentencia legítima y además manejaron claramente los conceptos

¹¹⁴ Sentencia 172/2022, Tribunal Constitucional de Perú, 5 de abril de 2022.

¹¹⁵ Artículo 234, Código Civil de Perú, Diario Oficial Decreto Legislativo 295 de 25 de julio de 1984, reformado por última vez Diario Oficial Ley 31643 de 15 de diciembre de 2022.

¹¹⁶ Artículo 2050, Código Civil de Perú, Diario Oficial Decreto Legislativo 295 de 25 de julio de 1984, reformado por última vez Diario Oficial Ley 31643 de 15 de diciembre de 2022.

¹¹⁷ Artículo 4, Código Sánchez de Bustamante; Artículo 234, Código Civil de Perú, Diario Oficial Decreto Legislativo 295 de 25 de julio de 1984, reformado por última vez Diario Oficial Ley 31643 de 15 de diciembre de 2022; Artículo 5, Constitución de la República del Perú, Registro Oficial 30 de diciembre de 1993.

y fuentes del DIPr para administrar justicia resguardando el derecho a la tutela judicial efectiva.

7.2.2. Sentencia 18/2019 del Tribunal Supremo de España¹¹⁸

La sentencia emitida por el Tribunal Supremo de España aplicó las normas de reenvío para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes procesales. Como antecedente, D. Isaac de nacionalidad británica, contrajo matrimonio con Carla Nieves de nacionalidad española en España, lugar donde establecieron su domicilio. Antes de su muerte, D. Isaac otorgó testamento ante un notario y solicitó que el testamento se rija bajo la ley inglesa. La ley inglesa permitía que todos los bienes muebles e inmuebles situados en España sean heredados por su esposa¹¹⁹. El testador falleció en el año 2011 en Algeciras, España. Dos años después, su hijo solicitó ante las autoridades judiciales españolas ser declarado legítimo heredero por corresponderle según las leyes españolas. El actor alegó que según el reenvío establecido en el artículo 9 numeral 8 del Código Civil de España, se debían aplicar las normas españolas y ser legítimo heredero. Se hizo el siguiente análisis: la norma española remitía a la ley inglesa por ser la nacionalidad del causante y a su vez, la ley inglesa remitía nuevamente a la ley española, por allí encontrarse los bienes materia de la herencia¹²⁰. Adicionalmente, el actor sustentó que el causante, al haber exigido la aplicación de la ley inglesa, cometió un fraude a la Ley porque trató de defraudar la Ley española para que no se configure él como el causante legítimo de los bienes, sino su esposa¹²¹.

En primer plano, la Corte se apegó a la doctrina que permite la posibilidad de la figura del reenvío incluso en los casos donde el causante haya expresado su voluntad de acogerse a una determinada ley. Sobre la base de estos hechos y este razonamiento, el Tribunal aceptó el recurso de casación y reconoció que, en aplicación de la figura del reenvío, el hijo era efectivamente el legítimo heredero según las leyes españolas.

El Tribunal tuvo a su disposición la norma de reenvío para resolver el conflicto de normas que surgía entre la Ley inglesa y la Ley española y en aplicación de esta norma, logró excluir la aplicación del derecho inglés y aplicar el derecho español que le otorgó el derecho

¹¹⁸ Sentencia 18/2019, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 15 de enero de 2019, pág. 1

¹¹⁹ Sentencia 18/2019, párr. 3.

¹²⁰ Artículo 12.2, Código Civil Español, Boletín Oficial del Estado 206, 27 de julio de 1889.

¹²¹ A pesar que la Corte no resolvió del fraude a la ley en la sentencia, se reconoce que el actor invocó adecuadamente ese concepto para abundar en fundamento para excluir la aplicación de la Ley inglesa.

de ser legítimo heredero de los bienes. Además de ello, el Tribunal tuvo el suficiente conocimiento para agregar y motivar a profundidad la sentencia con doctrina y jurisprudencia apropiada para el caso. Se puede ultimar que la Corte así garantizó el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes en este juicio.

7.2.3. Resolución 01137 del Tribunal Primero de Caracas

Como caso jurisprudencial final, se ha elegido una sentencia emitida por el Tribunal de Caracas que en aplicación de las normas de funcionamiento de cuestión previa y de orden público logró declararse competente y velar por el acceso a la justicia de las partes. El objeto de la *litis* era conocer si efectivamente existía la obligación del padre de pagar la pensión de manutención para sus hijos¹²². Como hechos iniciales, las partes procesales contrajeron matrimonio en Caracas; el cónyuge era de nacionalidad francesa y la cónyuge era de nacionalidad venezolana. Como fruto de su matrimonio, procrearon a tres hijos que a la fecha de la demanda eran menores de edad; los niños nacieron en París, pero también tenían la nacionalidad venezolana. Esta familia residió en Francia por varios años, pero decidieron mudarse a Caracas poco antes de presentar la demanda. Como resultado de infidelidad, la actora presentó ante el Tribunal de Caracas, la demanda de divorcio en contra del padre de sus hijos y además solicitó el pago de pensiones alimenticias por ser ella quien se ocupaba de los hijos. El demandado contestó a la demanda y alegó un conflicto de jurisdicción de los tribunales venezolanos. Se argumentó que según las normas de DIPr el divorcio se debió demandar en la última residencia conyugal, es decir en París.

En primer lugar, el Tribunal analizó si existían tratados internacionales que ambos Francia y Venezuela hayan ratificado y que regulen la materia de divorcio. Al no haber convenios internacionales aplicables, el Tribunal procedió a analizar las normas de DIPr venezolanas y según el artículo 23 y 11 de la LDIPRV, se debía interponer la demanda de divorcio en el lugar del domicilio o la residencia habitual de los cónyuges¹²³. Según las normas venezolanas, para que la residencia en Venezuela sea considerada habitual, la actora debía residir allí por al menos un año, pero a la fecha de la presentación de la demanda la

¹²² Resolución 01137, Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación, Ejecución y Transición del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Caracas, 11 de noviembre de 2010.

¹²³ Artículo 11 y 23, Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, Gaceta No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

actora no había cumplido ni 30 días en Caracas. Por esta razón, según las leyes de DIPr venezolanas, el domicilio de la actora era efectivamente en París. Bajo este análisis, la competencia correspondía evidentemente a los jueces en Francia. No obstante, el tribunal de Venezuela perseveró en encontrar otra manera para declararse competente.

El Tribunal citó al artículo 47 de la LDIPRV que prescribe de la competencia jurisdiccional que tienen los jueces venezolanos cuando están siendo afectados intereses de orden público¹²⁴. El tribunal consideró como base de su argumento, que la cuestión previa relativa a la nacionalidad de los niños era primordial y en aplicación del artículo 6 de la LDIPRV, resolvió que efectivamente los niños eran venezolanos¹²⁵. Una vez resuelta la cuestión previa, el tribunal podía resolver la cuestión principal que se refería a la competencia del tribunal. Al momento de la sentencia los niños eran menores de edad y el Tribunal concluyó que eran sujetos de derecho que merecían la protección especial de conformidad con el principio de interés superior de los niños, según la Constitución de Venezuela, el Código de Procedimiento Civil venezolano e instrumentos internacionales vigentes a la época. El Tribunal aseguró su deber como garante de los niños y desconocer la competencia en este caso los dejaría en indefensión, atentando en contra del orden público venezolano. En razón que el Tribunal tenía “el compromiso de brindarles protección tanto en lo social como en lo jurídico”, avocó conocimiento y declaró sin lugar la pretensión del demandado¹²⁶. Esta sentencia aplicó dos normas de funcionamiento que dieron claridad a los jueces para rechazar la aplicación del derecho extranjero y cautelar el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes procesales.

En definitiva, como se ha analizado a lo largo de este capítulo, las jurisdicciones extranjeras han demostrado a través de jurisprudencia ser efectivas en asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva, en contraste con las decisiones judiciales ecuatorianas que no sustentan este derecho. La diferencia radica en que los jueces extranjeros sí tienen a disposición las normas de funcionamiento que sirven como herramientas fundamentales para resolver adecuadamente los conflictos de normas, mientras que la laguna jurídica de normas

¹²⁴ Artículo 47, Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, Gaceta No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

¹²⁵ Artículo 6, Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, 1998.

¹²⁶ Resolución 01137, Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación, Ejecución y Transición del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Caracas, 11 de noviembre de 2010, párr. 58.

de funcionamiento en el Ecuador conlleva a que las sentencias no sean adecuadas para garantizar la tutela judicial efectiva.

8. Conclusiones y recomendaciones

Para finalizar, existe una laguna jurídica de normas de funcionamiento en el Ecuador que afecta directamente el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes que se presentan con situaciones privadas internacionales. Las normas de funcionamiento que actualmente están vigentes en el Ecuador son débiles en su aplicación porque no otorgan pautas ni claridad a los jueces en la práctica. Se ha examinado en la jurisprudencia ecuatoriana, que una de las desventajas de tener normas de funcionamiento en tratados internacionales es que su aplicación se limita a conflictos con países que hayan ratificado los tratados. Para abundar en la inaplicabilidad de estas normas, en el caso de un conflicto donde sí se puedan aplicar estas normas de convenios internacionales, los jueces tampoco las aplican por desconocimiento o falta de motivación para hacerlo. Por el contrario, se ha podido comprobar analizando la jurisprudencia extranjera que en aplicación de las normas de funcionamiento alcanzables y prácticas, sí se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes, especialmente el derecho al acceso a la justicia.

Considerando que cada vez existen más situaciones internacionales como resultado de la globalización, más personas requerirán ser amparadas el derecho a la tutela judicial en el futuro. Por ende, se recomienda que el Ecuador haga una añadidura normativa inminente de normas de funcionamiento para que los jueces las apliquen en la práctica y se desarrolle el DIPr interno. En vista que los jueces prefieren aplicar las normas prescritas por el legislador y desconfían de la aplicación de convenios internacionales, es necesario que el Ecuador promulgue un Código de Derecho Internacional Privado que recoja por lo menos las normas de funcionamiento, como se ha visto que ya lo han hecho otros países. Estas normas permitirían a los jueces tener herramientas, no solo para poder conectarse a otros ordenamientos jurídicos, sino para aplicar efectivamente el derecho extranjero.

Es importante reconocer que la inclusión de normas de funcionamiento en la legislación interna no será suficiente para el correcto desarrollo del DIPr en el Ecuador. Se propone que debe mejorar la educación del DIPr de abogados y jueces para su correcta aplicación y progreso. Como se desprende de la jurisprudencia ecuatoriana, si bien no hay normas claras de armonización de conflictos de normas, tampoco existe conocimiento

profundo de los conceptos, instituciones y principios del DIPr. Esto se puede concluir no solo con la calidad de la jurisprudencia existente, pero también con la escasa jurisprudencia disponible en la materia. Por estas razones se considera necesario no solo incluir normas de funcionamiento en un cuerpo especializado de DIPr en Ecuador, sino que se fomente el conocimiento y la especialización en la materia. En las mallas académicas universitarias en el Ecuador, el DIPr se presenta como una sola asignatura. Partiendo del hecho que el DIPr ha tornado fundamental en la actualidad, es imperativo que, para la formación de los abogados, se incorporen dos cursos obligatorios de DIPr en el currículo de las universidades, considerando que un entendimiento sólido de esta materia no puede lograrse en un único curso. Además, sería sugerible la implementación de jueces especializados en DIPr que cumplan con requisitos específicos de especialización. Su habilidad y capacidad para abordar temas de DIPr, asegurarán el derecho a la tutela efectiva para la considerable cantidad de personas que, gracias a la globalización, se ven involucradas situaciones privadas internacionales. Como ha sido probado mediante la comparación legislativa y jurisprudencial con otros países, la provisión de herramientas, tanto en el ámbito normativo como académico, es el medio idóneo para alcanzar el propósito de asegurar el pleno goce del derecho a la tutela judicial efectiva en los conflictos derivados de actos o negocios jurídicos con elementos extranjeros.