

LAS GUARDAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por el Dr. JUAN LARREA HOLGUIN

Asociado del I. H. L. A. D. I.
Catedrático de Derecho Internacional Privado
en la Universidad de Quito

EXAMINAREMOS a este propósito: a) Las principales doctrinas de los autores y su aplicación en algunas legislaciones; b) Los más importantes Tratados internacionales; c) El estado de nuestra legislación interna.

a) La mayor parte de los internacionalistas y de las leyes de los Estados, consideran que las guardas están fundamentalmente relacionadas con el estatuto personal, y por lo mismo, que debe aplicarse la ley personal a la regulación de casi todos los asuntos que suscita en el plano internacional la tutela o curaduría de un incapaz.

Sin embargo, la jurisprudencia inglesa y norteamericana, en buena parte se inclina más bien a la aplicación de la ley territorial. Algunos autores quieren ver en esta dirección de la ciencia anglosajona un interés centrado más en la protección de los bienes que en el cuidado de la persona del incapaz.

Estas dos grandes corrientes doctrinales tienen cada una sus propias consecuencias naturales. Si se acepta el criterio —casi universal— de aplicar el estatuto personal, la guarda fácilmente conservará su unidad; en cambio, al aplicarse la ley de la situación de los bienes, con frecuencia se dividirá o fragmentará la guarda.

En cuanto a la doctrina del estatuto personal aplicable a las guardas tropieza con las mayores dificultades cuando se trata de precisar cuál es ese estatuto personal. Efectivamente, en muchos países principalmente europeos, se considera que es la ley de la nacionalidad la que debe regir las tutelas y curadurías, pero en otros países, sobre todo americanos, se prefiere como ley personal la del domicilio.

Todavía surge otra dificultad: sea que se aplique la ley de

la nacionalidad a la del domicilio, se puede tomar en consideración solamente al pupilo, al incapaz sometido a guarda, o también se puede tener en cuenta la nacionalidad o el domicilio del guardador, sobre todo en lo que se refiere más estrictamente a su propia persona, como por ejemplo cuando se trata de determinar su capacidad para ejercer el cargo, a las causas de remoción o excusa.

Dado así el cuadro de las distintas tendencias en esta materia, se comprenderá cómo por una parte resultan de difícil interpretación las reglas de Derecho Internacional Privado contenidas en algunos códigos y en convenciones internacionales, y por otra parte, también se justifican algunas salvedades o excepciones muy notables que pronto vamos a señalar, y que admiten muchos internacionalistas, a pesar de sostener en principio uno y otro sistema.

El artículo 21 de las disposiciones preliminares del Código Civil Italiano dice que "la tutela y demás instituciones de protección de los incapaces se regulan por la ley nacional del incapaz". Se discute mucho sobre el alcance de esta disposición. Mónaco, por ejemplo, sostiene que es por lo menos dudoso que la capacidad del tutor se rija por esta norma al parecer tan absoluta ¹.

Otros autores sostienen radicalmente que la obligación de aceptar la guarda y la capacidad del guardador deben regirse por las dos leyes nacionales combinadas. Tampoco resulta admisible someter a la ley nacional del pupilo lo referente a la organización misma de la protección tutelar, ya que entran entonces en juego cuestiones que afectan a las atribuciones de los organismos públicos.

Los principales problemas que se plantean en el campo internacional consisten en determinar qué ley debe aplicarse a los siguientes asuntos: quién debe estar sometido a una guarda; qué valor tiene la declaración de interdicción fuera de las fronteras del país en que se declara; quiénes pueden pedir la interdicción o el nombramiento de guardador; cómo se ha de determinar la preferencia de los tipos de guarda (testamentarias, legítimas, dativas); quiénes deben ejercer la guarda; qué atribuciones han de tener; cuáles son sus responsabilidades; cómo puede excusarse o ser removido de la guarda. Todavía otros asuntos más particulares se pueden presentar, y se aprecia de inmediato, cómo resulta difícilísimo someter toda esta complicada maraña de relaciones jurídicas a una sola ley. Hay, en efecto, asuntos que se vinculan más con el estatuto real como lo referente a la enajenación de los bienes del pupilo, o a la hipoteca que puede estar obligado a dar el guardador en seguridad de los bienes que administra, etc.

¹ RICARDO MÓNACO: *Derecho Internacional Privado*. Milán, 1955. p. 82.

En cuanto a la extraterritorialidad de la interdicción, es admitida con bastante universalidad. Es decir, que una vez declarado un individuo en interdicción se le ha de considerar como tal en cualquier país. Efectivamente, este punto toca más directamente, tal vez, que cualquier otro a la capacidad y por lo mismo al estatuto personal, que es extraterritorial. Sin embargo, aun respecto de esta doctrina que parece inobjetable, se suele señalar algunas objeciones. En primer lugar no podría aceptarse la interdicción de un nacional pronunciada conforme a una ley extranjera, en otro país, cuando la ley del propio nacional no admite ese tipo de interdicción, o admite otro género de pruebas para llegar a tal interdicción. Si por ejemplo un sueco es declarado en interdicción por ebriedad consuetudinaria en el Ecuador, conforme a nuestra ley, dicha interdicción no se admitirá en Suecia, si allí no existe la privación de la capacidad civil por el indicado motivo. Otro caso, en el que la interdicción no suele tener efectos extraterritoriales es cuando se produce por condena penal, y esto responde a que en el Estado actual del Derecho Internacional Privado no se suele admitir el valor extraterritorial de las sentencias penales, aunque a mi modo de ver, por lo menos este efecto civil de una sentencia penal sí debería tener valor fuera de las fronteras de cada Estado.

Lerebours-Pigeoniére² indica que la jurisprudencia francesa aplica a las guardas la regla del artículo del Código Civil francés, según el cual rige la ley nacional, y considera que ésta se refiere únicamente a la ley nacional del menor. La ley alemana en cambio, art. 19 de la introducción al Código Civil, somete estos asuntos a la ley nacional del jefe de familia, y algunos autores franceses como Bartin, siguen esta doctrina. Pero hay que observar que si no se transmite la nacionalidad del jefe de familia al incapaz, entonces tampoco resulta razonable someterla a la ley nacional del jefe de familia.

Muchos que sostienen la ley nacional tienen que reconocer que razones prácticas harán muchas veces preferible la aplicación de la ley del domicilio: según ella es más fácil organizar la guarda de un extranjero³.

Además, las limitaciones, propias del Derecho contemporáneo, a las atribuciones de la familia y la mayor ingerencia del Estado en lo referente a la protección de los incapaces hace que, en muchos países, se aplique la *lex fori* desde el momento en que se suscita un trámite judicial; antes, mientras las cosas funcionan normalmente, se trata de atribuciones familiares que se rigen por la ley personal; pero desde el momento en que in-

² LEREBOURS-PIGEONIERE: *Precis de Droit International Privé*. 5a. ed. París, 1948. p. 453-463.

³ En este sentido, LEREBOURS, CALZEDO CASTILLA, WOLF, etc.

tervienen las autoridades públicas, prevalece el derecho local. Así, por ejemplo, la patria potestad se rige por la *lex fori* y da lugar a otras clases de protección del incapaz, que igualmente se someten a la ley local.

Todas estas circunstancias obligan a los países que siguen la ley nacional a hacer ciertas excepciones. Así, en Francia, la interdicción de un extranjero se pronuncia, aunque con carácter provisional, de conformidad con la ley francesa; y recíprocamente se admite que fuera de Francia se declare interdicto a un francés, conforme a las leyes del lugar donde es preciso declararlo interdicto. Esta excepción, se funda en que la interdicción puede resultar una medida urgente, y en que no tiende solamente a proteger al propio incapaz, sino también a terceros que podrían contratar con él, y a la sociedad en general.

A su vez, la jurisprudencia inglesa, favorable a la ley del lugar y que por lo mismo admite la pluralidad de guardas, admite, sin embargo, por cortesía internacional, la constitución de una tutela en el extranjero, en el domicilio del pupilo, y que éste tenga efectos en Inglaterra, sobre todo si las gestiones de administración del tutor se limitan a bienes muebles, como atestigua Pilet⁴, sometiéndose a las disposiciones locales, de las leyes inglesas.

Planiol y Ripert recogen también la jurisprudencia favorable en Francia a la aplicación de la ley nacional, pero señalan estas tres importantes excepciones: 1.^a Hay que excluir las cuestiones de orden público cuando la ley nacional de un pupilo extranjero impone reglas que pueden considerarse contrarias al orden público francés, o cuando el orden público francés exige una destitución del tutor. 2.^a La ley aplicable a la propiedad inmobiliaria es la ley territorial, y ejerce su influencia en la hipoteca legal a favor del menor; esta hipoteca no podría existir sino en un país que admita la tutela y mediante la aplicación de la ley de la situación de los bienes. 3.^a La *lex loci actus* puede aplicarse por consecuencia de la imposibilidad en que se encuentra el guardador de realizar en un país extranjero las formalidades exigidas por la ley nacional para un acto determinado⁵.

En varios países americanos se sigue muy de cerca estas orientaciones de la jurisprudencia francesa, aunque en América domina más bien la ley personal del domicilio. Así, observa Ortiz Marín, que las facultades del tutor con referencia al menor, están limitadas por la legislación del país donde se está ejerciendo la tutela sin que se puedan sobrepasar sus límites⁶.

⁴ PILET, número 337.

⁵ PLANIOL Y RIPERT: II, p. 432.

⁶ GONZALO ORTIZ MARÍN: *Curso de Derecho Internacional Privado*. San José de Costa Rica, 1947, p. 360.

Del mismo modo, la ley personal del menor es aplicable en todo lo referente a la administración de sus bienes, pero no podrían ser vendidos o hipotecados sino observando también las disposiciones legales del lugar en que están situados dichos bienes.

Por otra parte, la aplicación de la ley personal del pupilo, muy difícilmente podría extenderse a las causas de excusa o de remoción del guardador; éstas afectan más al propio guardador que al pupilo, y normalmente se acepta que se riga por la ley personal del que desempeña la guarda. Si bien es verdad que ha veces, se combinan ambas leyes personales: la del guardador y la del pupilo; y parece que ésta sería la mejor solución aunque un poco complicada, y siempre que se tenga en cuenta prevalentemente los intereses del incapaz que debe ser protegido.

Asser y Rivier resumen en pocas palabras la doctrina más generalizada en Europa sobre estos problemas: "La cuestión relativa a si una persona es menor o mayor de edad se resuelve según su ley personal, del mismo modo que las cuestiones referentes a los efectos de la minoría. Y también esa misma ley es la que rige la tutela en cuanto a su establecimiento, organización, duración, atribuciones del tutor, administración que le corresponde y rendición de cuentas. Por regla general podrá obrar el tutor aún en el extranjero, sin necesidad de una autorización del juez del país en que estén situados los bienes"⁷.

Pero, como ya he indicado, la ley nacional puede entrañar graves dificultades prácticas, cuando el país en que se ejerza la guarda no sea el del pupilo. Por esto, se ha pensado en algunos paliativos al rigor de la ley nacional: 1.^o Atribuir facultades a los agentes diplomáticos y consulares, para ejercer provisionalmente la tutela; 2.^o Autorizar una actuación provisional de las autoridades locales reservando la organización definitiva de la guarda a las autoridades del país de origen del pupilo. Pero estas salvedades a su vez, no dejan de tener inconvenientes: no siempre el país en donde está el pupilo permitirá esos procedimientos, o les reconocerá validez; y como observa Caicedo Castilla, aquellos inconvenientes desaparecen con la aplicación de la doctrina del domicilio en lugar de la de la nacionalidad⁸.

Otro punto, en que no se puede admitir, ni generalmente se acepta, la aplicación de la ley nacional, es el relativo a los castigos y corrección del menor o incapaz, sobre todo cuando deban intervenir las autoridades locales; en tal caso como señala Niboyet⁹, no cabe otra cosa que atenerse a las leyes locales,

⁷ ASSER y RIVIER: *Derecho Internacional Privado*. Madrid, s. l. p. 151-152.

⁸ JOSÉ JOAQUÍN CAICEDO CASTILLA: *Derecho Internacional Privado*. Bogotá, 1949. Vol. II, p. 64.

⁹ J. P. NIBOYET: *Principios de Derecho Internacional Privado*. México, 1951. p. 648.

aunque a veces es preciso combinarlas con la ley nacional del menor, en el sentido más favorable a éste.

En los principales países europeos se siguen las normas que quedan formuladas. Así, en Italia, se declara la aplicación en general de la ley nacional y a ella se somete la capacidad especial del tutor o curador, su derecho de ejercer el oficio y las causas de excusa, las relaciones entre tutor o curador y el menor; pero la capacidad del guardador se rige por su ley nacional y no por la del menor¹⁰. En Inglaterra y Alemania, consideran la tutela sujeta a la ley territorial, la del lugar en que están situados los bienes; lo que da el resultado de que en aquellos países han tenido que hacer salvedades para confirmar los cargos de tutores extranjeros, a quienes se les exige una fianza para el ejercicio de sus funciones y para tratar de evitar la simultaneidad de tutelas; también suelen reconocer el carácter del tutor extranjero, siempre que a juicio de los magistrados locales, se actúe en beneficio de los menores o incapaces. El Derecho alemán permite que los estados extranjeros organicen la tutela de los alemanes que tengan su domicilio o residencia en el extranjero, dispensado en tal caso a las autoridades alemanas establecer su propia tutela (& 47 de la Ley alemana de jurisdicción voluntaria.)¹¹. También según el Derecho español, las guardas se someten a la ley nacional, y ésta rige la extensión de los poderes del representante legal del incapaz, así como los actos que puede realizar por sí mismo¹².

b) La Convención de La Haya de 12 de junio de 1902 somete a la ley del pupilo lo relativo a las guardas; concretamente: la interdicción, quien debe estar sujeto a ella, quien puede pedirla, a quien se debe someter el interdicto, y los poderes de sus guardador. También autoriza a los agentes diplomáticos o consulares del país del pupilo para proveer su guarda, conforme a la ley nacional, cuando el pupilo vive habitualmente en el extranjero (art. 2); pero si esto no es posible, se organiza la guarda conforme a la ley del lugar en que se establece (art. 3), y esta guarda organizada conforme a la ley del lugar no impide que se establezca definitivamente, después de conformidad con la ley nacional (art. 4). En todo caso la tutela comienza y acaba en el tiempo y por las causas que señala la ley nacional del pupilo (art. 5); y la ley local rige la administración de los inmuebles allí situados (art. 6).

La nueva Convención de La Haya, del año 1905, acepta los siguientes principios: 1.º La Curaduría debe organizarse con-

¹⁰ GAETANO MORELLI: *Elementi de Diritto Internazionali Privato Italiano*. Nápoles, 1955. p. 91-94.

¹¹ MARTIN WOLF: *Derecho Internacional Privado*. Barcelona, 1936. p. 346.

¹² NIBOTÉ: *ob. cit.* p. 648.

forme a la ley del incapaz. 2.º Si el incapaz es extranjero, el país donde está domiciliado puede, a instancia de los que están capacitados según su ley nacional para solicitar su interdicción organizarla, avisándolo a la nación del interesado, pero que proceda a la organización definitiva (ésta debe hacerse dentro de seis meses). 3.º Los bienes se someten a la ley nacional salvo que la ley territorial los proteja por leyes especiales, como sería el caso de la prohibición de usufructos sucesivos, etc.

Como se ve, la Convención de 1902 se refiere principalmente a los menores de edad, y la de 1905, a los interdictos, y los principios admitidos por ambas son muy similares, siguiendo fundamentalmente el criterio de la aplicación de la ley nacional.

Ultimamente, la Convención de La Haya de 1960, que se extiende a toda forma de protección, declara normalmente aplicable la *lex fori* y da paso a la ley interna de la autoridad competente, que es la del domicilio.

En América tenemos principalmente los tratados de Montevideo, el Código Sánchez de Bustamante y el *Restatement of Law on the Conflicts of Law*, recopilación privada de altísimo valor en los Estados Unidos.

Los tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 coinciden en cuanto a regir el discernimiento de la tutela o curaduría por la ley del lugar del domicilio de los incapaces, y en la regla de que el cargo de guardador discernido en algunos de los estados contratantes será reconocido en los demás. También el precepto de que la hipoteca legal que las leyes conceden a los incapaces tendrá efecto cuando la ley del país en el que se ejerce el cargo de tutor o curador concuerda con la de aquel en donde están situados los bienes afectados por ella.

Difieren los tratados en cuanto a la ley que debe regir los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la tutela o curaduría. El de 1889 aplica la ley del lugar en que fue discernida. El de 1940 prefiere la ley del lugar del domicilio de los incapaces al momento en que se ejercen tales derechos o cumplen las obligaciones.

En cuanto a las facultades de los tutores o curadores respecto de los bienes de que los incapaces tuvieran fuera del lugar de su domicilio, el tratado del 89 disponía que se ejercitarían conforme a la ley del lugar en que dichos bienes se hallen situados; el de 1940, dice que se regirán por la ley del domicilio en cuanto no esté prohibido por el carácter real, por las leyes del lugar de la situación de los bienes.

El Código Sánchez de Bustamante adopta un sistema ecléctico, combinando la ley personal del menor, la del lugar y la ley personal del guardador; además se declara la extraterritorialidad de algunos efectos, y se limita la misma por el orden pú-

blico; finalmente, ciertos elementos se declaran de orden público internacional.

Según el Código de Derecho Internacional Privado se aplica la ley personal del pupilo: al objeto, organización y especies de tutela o curaduría; a la institución de protutor y de consejos de familia; a la fianza que deba dar el guardador (salvo la hipotecaria); a las reglas para el ejercicio de la guarda y a las cuentas que deben rendirse.

Se debe combinar (acumulación de estatutos) las leyes personales del pupilo y del guardador, para: las incapacidades y excusas del ejercicio de la guarda, y para lo relativo al registro de tutelas.

La ley territorial es aplicable: a las responsabilidades penales que resultaren del ejercicio de una guarda; a los alimentos que se deban dar al pupilo; a los castigos a que pueda someterse al menor, y a la forma de las actas y más procedimientos del consejo de familia.

Se declaran de orden público internacional (y por lo mismo deberá aplicarse normalmente el derecho territorial, aunque también justifica desconocer las medidas tomadas con respecto a los nacionales en el extranjero): la declaración de interdicción del demente o sordomudo. En cambio la interdicción del pródigo, no tendría valor fuera del país, si las leyes del Estado en que se pretende hacer valer no la reconocen. También es de orden público internacional la intervención del Ministerio Público.

El efecto extraterritorial del discernimiento de una guarda, se acepta sólo limitadamente, porque los Estados que tengan por ley personal la del domicilio pueden exigir nuevo discernimiento cuando el pupilo cambia de domicilio de un país a otro.

También el *Restatement of Law*, en líneas generales, sigue el principio del domicilio, con algunas razonables limitaciones¹³.

c) En cuanto a la legislación interna del Ecuador cabe señalar en primer lugar que no contiene disposiciones de Derecho Internacional Privado, expresas para las guardas, y por lo tanto, es preciso remitirse a las normas generales, contenidas en el Título Preliminar del Código Civil, y por su mismo carácter de generales, dan amplio campo de aplicación a las reglas más específicas, del Código Sánchez de Bustamante, que es también Ley de la República.

Se debe distinguir el caso de las guardas conferidas en el Ecuador, y las discernidas en el extranjero. Todos los habitantes del Ecuador están sometidos a las leyes ecuatorianas, en principio en virtud del artículo 13 del Código Civil, por lo cual

¹³ Cfr. JUAN LARREA HOLGUIN: *Manual de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano*. Quito, 1962, p. 178.

las incapacidades provenientes de minoría de edad, sordomudez, ebriedad, prodigalidad, demencia, toxicomanía, o delitos, se someten a la ley ecuatoriana y dan lugar a que se pueda poner en interdicción en nuestro país, según nuestras leyes, tanto a ecuatorianos como a extranjeros, y aún sin consideración del domicilio. Pero, no parece razonable que se procediera a la interdicción de un simple transeúnte, salvo que se tratara de la necesidad urgente de protegerlo, o de que pusiera en peligro el orden público, cosa que puede suceder en el caso de locura furiosa. Concede nuestro Código a los agentes consulares y representantes diplomáticos extranjeros, la facultad de provocar la interdicción de los extranjeros en nuestro país, en el caso de disipación o de demencia, y pueden también pedir curaduría de bienes (arts. 485, 500, 515 del Código Civil), pero se entiende que el trámite en todo se somete a la ley ecuatoriana.

En cuanto a los ecuatorianos en el extranjero, en virtud del artículo 14 del Código Civil están sometidos a las leyes de su patria en todo lo relativo a su incapacidad para ejecutar actos con tal de que deban verificarse en el Ecuador; de modo que podrían ser puestos bajo guarda conforme a nuestra ley, si tienen bienes en el Ecuador, o parientes o cónyuges en este país, o si por su trabajo, negocios, etc., los efectos de sus actos se producirán en el Ecuador. Pero si los efectos de sus actos se producen en el extranjero, no basta la nacionalidad ecuatoriana para que debe aplicarse fuera de nuestras fronteras el Derecho ecuatoriano, salvo los casos contemplados en tratados internacionales y principalmente en el Código Sánchez de Bustamante.