

biblioteca de derecho de la globalización

**Derecho internacional privado
– derecho de la libertad
y el respeto mutuo –**

**Ensayos a la memoria de
Tatiana B. DE MAEKELT**



©

Editado por el **Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP)**
y por la **Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP)**

Avenida Perú 1044
Asunción, Paraguay
Telefax: (595.21) 201.137
P.O. Box: 2437
E-mail: info@cedep.org.py
URL: <http://www.cedep.org.py>

Dirección Ejecutiva de José A. MORENO RODRÍGUEZ

Edición bajo el cuidado de Adriana SÁNCHEZ MUSSI
con la asistencia de Milena SLIVICH

Distribuidor exclusivo: CEDEP

Diagramación: Gilberto RIVEROS ARCE

Hecho el depósito que marca la Ley N° 1328/98

ISBN: 978-99953-881-7-1

biblioteca de derecho de la globalización

Directores

Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO – José Antonio MORENO RODRÍGUEZ

Comité científico

| | |
|---|---|
| Jean-Michel ARRIGHI (Washington) | Erik JAYME (Heidelberg) |
| Bernard AUDIT (París) | Gabrielle KAUFMANN-KOHLER (Ginebra) |
| Jürgen BASEDOW (Hamburgo) | Herbert KRONKE (Heidelberg) |
| Geneviève BASTID-BURDEAU (París) | Claudia LIMA MARQUES (Porto Alegre) |
| George A. BERMANN (Nueva York) | Hans VAN LOON (La Haya) |
| Michael Joachim BONELL (Roma) | Ricardo LORENZETTI (Buenos Aires) |
| Andrea BONOMI (Lausana) | Djamshid MONTAZ (Teherán) |
| Nuria BOUZA VIDAL (Barcelona) | Rui MOURA RAMOS (Coimbra) |
| Antônio CANÇADO TRINDADE (Brasilia/La Haya) | Horatia MUIR WATT (París) |
| Yves DAUDET (París/La Haya) | Yuko NISHITANI (Nara/Colonia) |
| Yves DERAIS (París) | María Blanca NOODT TAQUELA (Buenos Aires) |
| Franco FERRARI (Verona/Nueva York) | Didier OPERTTI BADÁN (Montevideo) |
| Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE (Montevideo) | Arturo OROPEZA GARCÍA (México) |
| Henry S. GABRIEL (Nueva Orleans) | Pilar PERALES VISCASILLAS (Madrid) |
| Emmanuel GAILLARD (París) | Leonel PEREZNIETO CASTRO (México) |
| Alejandro M. GARRO (Nueva York) | Luiz Otávio PIMENTEL (Florianópolis) |
| H. Patrick GLENN (Montreal) | Mónica PINTO (Buenos Aires) |
| Roy GOODE (Oxford) | Luca RADICATI DI BROZOLO (Milán) |
| Horacio GRIGERA NAÓN (Washington) | Julio C. RIVERA (Buenos Aires) |
| Ronald HERBERT (Montevideo) | Roberto RUIZ DÍAZ LABRANO (Asunción) |
| Eugenio HERNÁNDEZ-BRETÓN (Caracas) | Jorge SÁNCHEZ CORDERO (México) |
| Jean-Michel JACQUET (Ginebra) | Symeon SYMEONIDES (Salem) |

Responsables de edición

Paula M. ALL
Caroline KLEINER
Adriana SÁNCHEZ MUSST
Juan Manuel VELÁZQUEZ GARDETA

El domicilio en el derecho internacional privado argentino

Mario J. A. OYARZÁBAL *

Sumario: I. Competencia de la ley personal. Nacionalidad o domicilio. Residencia habitual. II. Concepto de domicilio: 1. Calificación según el derecho argentino (*lex fori*); 2. Caso de abandono de domicilio extranjero; 3. El domicilio de los inmigrantes sin admisión permanente, de los desterrados y de los prisioneros; 4. Calificación indirecta según la ley del lugar de residencia y calificación material directa; 5. El domicilio de las personas dependientes: menores y mayores incapaces; y la abolición de la dependencia de las mujeres casadas; 6. Otros casos de domicilio legal: el domicilio de los diplomáticos y de los militares en comisión de servicios en el exterior; 7. El problema de la remisión a un ordenamiento plurilegislativo; 8. Domicilio y fraude a la ley. III. Prueba del domicilio. IV. Casos particulares de sustitución del domicilio por la nacionalidad. V. Casos de inaplicabilidad de las leyes del domicilio y de la nacionalidad. VI. La actuación de la autonomía de la voluntad como medio para superar la divergencia de soluciones. VII. El domicilio como factor determinante de la jurisdicción. VIII. El domicilio en el contexto del derecho de la integración.

Abogado (Universidad Nacional La Plata, Argentina), ISEN, LL.M. (Harvard). Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de La Plata. Miembro del Cuerpo Diplomático argentino. Miembro pleno de ASADIP.

I. Competencia de la ley personal. Nacionalidad o domicilio. Residencia habitual

Salvo la derogación parcial operada por normas particulares, en el derecho internacional privado argentino el derecho domiciliario rige, sobre todo, la personalidad en general (arts. 6, 7 y 948, Código Civil). Ese derecho determina el momento exacto en que se inicia la personalidad humana y la condición jurídica de la persona por nacer; el estado civil; la capacidad; el nombre; el sexo; la ausencia; la protección de datos personales; y el fin de la personalidad, incluidos los supuestos de premoriencia y conmoriencia, la presunción de fallecimiento y en principio la validez de los "living wills". He aquí la importancia del domicilio¹. La ley del domicilio prevalece en el ámbito iberoamericano² así como entre los países del *common law*.

Otros países, en su mayoría europeos han optado, en cambio, por la aplicación de la ley de la nacionalidad. La controversia entre el principio de nacionalidad y el

1. He desarrollado el derecho aplicable a los diversos atributos de las personas físicas en publicaciones anteriores a las que remito, principalmente en cuanto contienen una extensa bibliografía argentina y extranjera sobre el domicilio como punto de conexión personal: M. J. A. OYARZÁBAL, "Aspectos internacionales de la presunción de fallecimiento", *LL*, t. F, 2001, pp. 1417 ss.; *Ausencia y presunción de fallecimiento en el derecho internacional privado*, Buenos Aires, Ábaco, 2003; "Observaciones generales sobre el estatuto personal en derecho internacional privado", *Revista de derecho, Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela*, n° 14, 2004, pp. 165 ss.; "El nombre y la protección de la identidad de las personas: cuestiones de derecho internacional público y privado", en: *Studia iuris clyllis—Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 459 ss., reproducido en la revista argentina *Prudentia Iuris*, n° 58, 2004, pp. 73 ss.; "La capacidad en el derecho internacional privado argentino", *JA*, t. III, 2004, pp. 1186 ss., reproducido en *Rev. mex. DIPr*, t. 17, 2005, pp. 9 ss.; "El inicio y el fin de la existencia de las personas humanas en el derecho internacional privado", *ED*, t. 210, 2005, pp. 1146 ss.; "Algunos problemas derivados del hermafroditismo y de la transexualidad en el derecho internacional privado argentino", *Revista de derecho de familia*, n° 30, 2005, pp. 97 ss.; "El derecho a la intimidad y el tratamiento de datos personales en el derecho internacional privado argentino, Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires", n° 83, 2007, pp. 49 ss., reproducido en D. Fernández Arroyo / N. González Martín (coords.), *Tendencias y relaciones: Derecho internacional privado actual (Jornadas de la ASADIP 2008)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Editorial Porrúa / Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, 2010, pp. 267 ss..
2. Ver R. GALLARDO, "La ley del domicilio: Punto de conexión admirable en el DIPr. latinoamericano", *Revista jurídica interamericana*, n° II, 1960, pp. 19 ss.; H. VALLADÃO, "Le droit international privé des Etats Américains", *Recueil des Cours*, t. 81, 1952, pp. 1-115. H. VALLADÃO, "The influence of Joseph Store on Latin-American Rules of Conflicts of Laws", *AJCL*, n° 3, 1954, pp. 27 ss.

de domicilio, como base para la ley personal, está en el origen de buena parte de la inseguridad que existe en los casos privados internacionales y del fracaso de numerosos intentos de unificación de los conflictos de leyes. DE WINTER la ha llamado la "cortina de hierro del derecho internacional privado", cuya caída reduciría dramáticamente el número de relaciones legales claudicantes, válidas en el país del domicilio de la persona pero desconocidas en el país de su nacionalidad o viceversa, así como de la mayoría de los problemas de reenvío y de calificaciones causados por ese contraste, a la vez que simplificaría significativamente la administración de justicia haciendo posible una mayor amplificación del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras³.

Los defensores del principio de la nacionalidad enfatizan principalmente que esta ofrece una estabilidad y una seguridad de las cuales el domicilio carece, sobre todo si es necesario localizarlo en una fecha bastante anterior en el tiempo. La cuestión de la validez de un contrato por falta de capacidad de la persona, puede plantearse mucho tiempo después del momento adecuado para determinar el domicilio, que es el de la celebración del contrato. Además, la noción de domicilio varía significativamente según los países, lo que da lugar a difíciles problemas de calificaciones que, a su turno, resultan en una gran inseguridad jurídica. Por ejemplo, en el Reino Unido el concepto de domicilio que prevalece, que es el domicilio de origen⁴, está más cercano al concepto de nacionalidad que al concepto de domicilio en tanto que "residencia" de los países americanos –incluido Estados Unidos– y de la Europa continental. En la mayoría de los países el domicilio se adquiere *animo et corpore* como en el derecho romano. Pero los requisitos del *animus* y aún de la presencia física, así como las reglas relativas a la prueba del domicilio, no son los mismos en todos los países. Finalmente, la *lex domicilii* aumenta el riesgo de fraude, ya que se cambia más fácilmente y más frecuentemente de domicilio que de nacionalidad.

-
3. L. I. DE WINTER, "Domicile or Nationality. The Present State of Affairs", *Recueil des Cours*, t. 128, 1969, pp. 357-60 y 487-93.
 4. El domicilio de origen es atribuido a toda persona al nacimiento por imperio de la ley, y depende del domicilio del padre o, en su defecto, de la madre, al momento del nacimiento. Como resultado, el domicilio de origen puede ser transmitido de generación en generación aun cuando ningún miembro de la familia haya residido por un considerable período de tiempo en el país del domicilio de origen. Cfr. DICEY & MORRIS, *The Conflict of Laws*, 12th ed., L. Collins (ed.), London, Sweet & Maxwell, t. I, 1993, pp. 124-126, y la jurisprudencia citada.

A la crítica de la imprevisibilidad del factor domiciliario, sus defensores oponen que la ley nacional constituye una opción frecuentemente inapropiada en materia de estatuto personal. Siendo el lugar donde la persona vive y trabaja, la ley del domicilio se adapta mejor a las condiciones actuales de su existencia, que la ley del país de su nacionalidad, que ha cesado de manifestarse por vínculos tan efectivos. En los países de inmigración, este argumento aparece reforzado por consideraciones de oportunidad política, en cuanto la aplicación de la ley del domicilio a los extranjeros acelera su asimilación⁵. Además, como la gran mayoría de los problemas legales relativos al estatuto personal se plantean en el país donde la persona vive, la unidad de *forum* y de *ius* simplifica substancialmente la administración de justicia. Otro argumento alude a que la aplicación de la ley nacional a menudo perjudica los intereses de terceros, que pueden verse afectados en su buena fe comercial respecto de la capacidad del co-contratante. Por último, la evolución del derecho de la nacionalidad tiende a multiplicar el conflicto de leyes nacionales, y aun el cúmulo de nacionalidades en virtud del principio de igualdad de sexos, por el que ambos progenitores tienen el derecho de transmitir su nacionalidad a sus descendientes. En defecto de una nacionalidad común, es previsible que los miembros de una familia compartan al menos el mismo domicilio. Todas estas razones explican, quizás, el prestigio de que goza la ley del domicilio en la actualidad y el avance constante de sus partidarios en aquellos países donde la conexión del estatuto personal a la ley nacional es tradicional⁶.

5. Ver L. PEREZNIETO CASTRO, "La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays d'Amérique Latine", *Recueil des cours*, t. 190, 1985, pp. 275 ss. Sobre los argumentos históricos-políticos, ver igualmente, D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Personas físicas", en: D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional privado de los Estados del MERCOSUR: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, pp. 505-512.
6. Ver L.J. DE WINTER, "Le principe de la nationalité s'effrite-t-il peu à peu", *Netherlands International Law Review*, 1962 (*De Conflitu Legum, Mélanges Kolloewijn-Offertas*), pp. 514-28. En Venezuela, la Ley de derecho internacional privado de 1998 abandonó el punto de conexión de la nacionalidad, utilizado desde la segunda mitad del siglo XIX, para determinar la ley aplicable a las personas naturales en asuntos concernientes a la familia y a las sucesiones, y dio preferencia al domicilio, debido a las condiciones demográficas, económicas y sociales vigentes en Venezuela, como se indica en la Exposición de Motivos; ver E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, "El domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado", en: F. Parra-Aranguren (coord.), *Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Addendum, 2001, pp. 147-159. Ver también G. PARRA-ARANGUREN, "The Venezuelan Act on Private International Law of 1998", *YBPIL*, n° 1, 1999, pp. 110-114.

En verdad, los argumentos a favor de los principios de la nacionalidad y del domicilio son tan válidos como contrapuestos, sin que ninguno esté en condiciones de ofrecer una solución totalmente satisfactoria. Precisamente para superar esta controversia se ha ido abriendo camino, principalmente a través de los trabajos de la Conferencia de La Haya desde la década de 1950, un criterio funcional que refleja de mejor modo la situación real: la ley de la residencia habitual⁷. La residencia habitual representa una aproximación al principio domiciliario, si bien significa una situación *de hecho*, por oposición al domicilio que es un concepto *legal*. La noción de "residencia habitual" denota el *factum* de la presencia física de una persona en un lugar por un considerable período de tiempo, sumado, en opinión de algunos autores, al *animus* de permanecer allí, mientras que para otros tal voluntad es solo de establecer un "centro de existencia" en ese lugar. En todo caso, "residencia habitual" alude al hogar, el lugar donde una persona habita y que constituye el centro de su vida doméstica, social y civil (*Restatement of the Law Second, Conflict of Laws 2d*, § 12)⁸, su centro de vida efectivo (*centre effectif de la vie*). Es lo que DE WINTER ha llamado el *domicilio social* (*maatschappelijke woonplaats*)⁹, y que implica las relaciones sociales de una persona —culturales, políticas, económicas y personales— con una comunidad legal. La intención de la persona afectada es irrelevante, si no puede inferirse de ciertas circunstancias de hecho. De ahí que los incapaces tienen su residencia habitual en el lugar donde ellos mismos viven; no existe una residencia habitual dependiente de la del representante. Cierto es que, aunque se la reputa "puramente objetiva", la residencia no es siempre despojable de todo componente intencional. En el caso de pluralidad de lugares de residencia o de cambios múltiples de lugares de residencia, es precisamente difícil hacer

7. V.gr., art. 1, Convención sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores de 1961; art. 4, Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias de 1973; art. 4, Convención sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales de 1978; art. 3, Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980; art. 2, Convención sobre la protección internacional de menores y la cooperación en materia de adopción internacional de 1993; arts. 5 y 15, Convención relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación internacional en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños de 1996. Ver D. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 5), pp. 509-510.
8. As Adopted and Promulgated by The American Law Institute, at Washington D.C., May 23, 1969, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 1971, t. I, pp. 50-53.
9. L. I. DE WINTER, *De maatschappelijke woonplaats als aanknopingsfactor in het internationaal privaatrecht*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1962 (traducido al italiano en *Rivista di diritto internazionale*, 1963, pp. 233-246).

enteramente abstracción de la intención del interesado. Lo mismo sucede en el caso de permanencias prolongadas pero discontinuadas, donde la determinación de si hay residencia habitual obliga a renunciar a contabilizar de forma puramente aritmética la duración de la estadía para tomar en consideración la causa de las ausencias reiteradas. Por lo demás, un análisis del derecho comparado sugiere que la residencia habitual responde frecuentemente a la idea de una integración efectiva de la persona en un medio social, de suerte tal que no refleja siempre una realidad diferente del domicilio¹⁰.

La progresiva influencia de la residencia habitual es en parte consecuencia, pero también en parte causa, de la creciente significación de este criterio en la opinión de autorizados autores modernos de derecho internacional privado, así como en más o menos recientes legislaciones nacionales y decisiones de la jurisprudencia, principalmente en los países tributarios del principio de la nacionalidad cuando los esposos poseen diferentes nacionalidades o en orden a proteger a los menores residentes allí, y aun para el nombramiento de curadores y en el campo del derecho sucesorio. También nuestras convenciones interamericanas de derecho internacional privado (CIDIP) han recurrido a la residencia habitual especialmente en cuestiones relativas a menores y familia¹¹. Mas, cabe advertir con PÉREZ VERA que, pese a los progresos realizados desde la perspectiva funcional abierta por la noción de residencia habitual, en cada sistema jurídico existe siempre un campo irreducible sometido respectivamente a la ley nacional o a la ley domiciliaria según los casos¹². Con lo que la controversia entre nacionalidad y domicilio no puede considerarse, ni mucho menos, cerrada.

En la Argentina, allende el ámbito convencional, la residencia carece de relevancia jurídica, salvo respecto de quien no tiene domicilio fijo, supuesto en que la ley eleva la mera residencia al rango de domicilio legal (art. 90 inc. 5, Cód. civ.), o en el marco de instituciones jurídicas particulares, como por ejemplo para determinar la jurisdicción de los tribunales argentinos para declarar la "ausencia" (art. 16,

10. Cfr. H. MUIR-WATT, "Le domicile dans les rapports internationaux", *Jcl Int.*, 1994, 543-A, §§ 7-8 y la bibliografía citada.

11. Ver arts. 3 y 15, Convención sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores (CIDIP III, La Paz, 1984); art. 6, Convención sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV, Montevideo, 1989); art. 6, Convención sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV, Montevideo, 1989); arts. 12 y 13, Convención sobre tráfico internacional de menores (CIDIP V, México, 1994). Ver D. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 5), pp. 510-511).

12. E. PÉREZ VERA, "Las personas físicas", en: E. Pérez Vera (coord.), *Derecho internacional privado*, Madrid, Colex/UNED, t. II, 1998, p. 27.

Ley n° 14.394)¹³. Otro caso es la residencia en el exterior durante un período superior a un año (siempre que en el último año la persona no hubiere realizado viajes ocasionales al país que excedieren de sesenta días) que una persona debe acreditar ante el consulado argentino, para poder importar sin el pago de aranceles los enseres personales o del hogar e instrumentos necesarios para su profesión, cuando regresa para residir permanentemente en la Argentina (Anexo IV, III, 2, Resolución General ANA n° 3751/1994 de la Aduana Argentina)¹⁴. También generalmente, cuando es preciso acreditar la buena conducta, por ejemplo, para la obtención de determinados tipos de residencia en el marco de la Ley n° 25.871 de política migratoria nacional¹⁵, o para obtener ciertos empleos en el exterior, se suele requerir certificados de carencia de antecedentes criminales de los lugares donde la persona residió en los últimos 3 a 5 años, según el caso.

La residencia a que me refiero, no debe confundirse con las categorías de residente que el derecho migratorio argentino o extranjero pueda establecer. La residencia habitual denota el hecho de vivir en un determinado lugar, aun por fuera de la ley. Naturalmente que haber sido admitido migratoriamente como residente permanente en un país, constituye un indicio de que la persona reside habitualmente allí.

Ambiguamente, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, somete en general a la persona humana al derecho de su domicilio (arts. 47 a 50), el que es definido a los efectos del Código como "el país donde la persona tiene su centro de vida" (art. 6 inc. b). En su defecto se aplica la ley de la "residencia habitual", que el Código no define quizás porque alude a su significado vulgar de lugar donde habita ordinariamente la persona. ¿Pero el país donde la persona tiene su centro de vida no es acaso el país donde la persona ordinariamente habita? Aparentemente no en la concepción de los redactores del Proyecto. De lo contrario no se explicaría tal distinción terminológica. Infiero que la noción adoptada de domicilio no difiere substancialmente del concepto técnico de "domicilio real" del Código civil vigente, que analizamos más abajo. No obstante, tiene la virtud de estar conceptualizado *ad hoc* para casos más o menos multiestatales, no internos, dejando un amplio espacio a la labor interpretativa de los jueces para determinarlo concretamente a la luz de las circunstancias y la justicia del caso.

13. BO, 30/12/1954.

14. Boletín Oficial de la República Argentina [BO], 2/1/1995. Aduana Argentina [ANA], disponible en http://biblioteca.afip.gob.ar/gateway.dll/Normas/ResolucionesComunes/rea_03003751_1994_12_29.xml (consulta: 30 de julio 2010).

15. BO, 12/6/1987.

II. Concepto de domicilio

1. Calificación según el derecho argentino (*lex fori*)

Sin disidencias aparentes, la doctrina considera que a los fines de la aplicación de las normas argentinas de conflicto, el domicilio se define por el derecho civil argentino (arts. 44 y 89 a 101, Cód. civ.)¹⁶. La definición de domicilio del derecho argentino determina el país donde la persona debe considerarse domiciliada, aun cuando se trate de un país extranjero cuyas normas definan el domicilio de manera diferente a nuestra legislación. Dicho de otro modo, una persona se considerará domiciliada, por ejemplo, en el Reino Unido, si el derecho argentino la considera domiciliada allí, a pesar de que para el derecho británico no hubiera o pudiera haber adquirido domicilio en aquel país.

En el derecho argentino el domicilio presenta los siguientes caracteres: es *legal*, en cuanto la ley lo instituye; es *necesario*, en cuanto no puede faltar en toda persona; y es *único*, en cuanto nadie puede tener dos domicilios simultáneos, ya que la constitución de un nuevo domicilio importa la cesación del anterior. El domicilio general puede ser legal o real. El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contrario, que la persona reside de forma permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté presente allí (art. 90, Cód. civ.). Por ejemplo, los funcionarios públicos tienen su domicilio en el lugar en que deben llenar sus funciones (art. 90 inc. 1), los incapaces tienen el domicilio de sus representantes (art. 90 inc. 6), y las personas que trabajan en casa de otros tienen el domicilio de la persona a quien sirven siempre que residan allí (art. 90 inc. 8). La caducidad del domicilio legal se produce por la cesación del hecho que lo motivó (art. 91). El domicilio real es el lugar de la residencia permanente de la persona (*corpus*) con la intención de establecer allí el asiento de su actividad (*animus*) (art. 89). Este domicilio es de libre elección en cuanto su constitución, mantenimiento o cambio y extinción dependen enteramente de la voluntad de la persona. La extinción del domicilio real o voluntario solo se produce por la constitución de un nuevo domicilio, sea real o legal (art.

16. Este consenso se vio reflejado en el Proyecto de Código de derecho internacional privado elaborado por los titulares de cátedra de las universidades nacionales argentinas, art. 6 (texto presentado el 14 de mayo de 2003 por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto designada por las Resoluciones del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos n° 191/02 y 134/02).

97). En virtud del carácter de "unidad" a que hiciera referencia, en caso de conflicto, el domicilio legal desplaza al domicilio real, pues en verdad en tal supuesto la persona solo tiene residencia pero no domicilio real¹⁷.

2. Caso de abandono de domicilio extranjero

Un caso plantea dificultades especiales. El artículo 96 del Código civil establece que si una persona domiciliada en el extranjero abandona su domicilio sin ánimo de volver a él, tiene el domicilio de origen. El domicilio de origen es el domicilio del padre en el día del nacimiento de los hijos (art. 89 2ª parte). Si el padre no fuera conocido, el domicilio de origen debería fijarse en el domicilio de la madre que lo reconoció. Los hijos de filiación desconocida tienen el domicilio de origen en el hospicio que los hubiese recogido. El domicilio de origen es otra hipótesis de domicilio legal, aunque no enunciada en el artículo 90. BOGGIANO¹⁸, siguiendo a BUSO¹⁹, ha propugnado la siguiente distinción: si la persona que abandona su domicilio extranjero carece de domicilio durante considerable tiempo, habría que tenerla por domiciliada en el lugar de su residencia (art. 90 inc. 5); pero si se hallare en viaje con la intención de establecer un nuevo domicilio, el último domicilio debería prevalecer. Esta interpretación es congruente con el principio según el cual el domicilio perdura mientras no se constituya uno nuevo, establecido en el artículo 98 para el caso de abandono de domicilio argentino. Si el último domicilio fuera desconocido, habría que recurrir a la residencia, y solo ante la imposibilidad de aplicar el artículo 90 inciso 5 acudir al domicilio de origen. Naturalmente que se trata de una posición doctrinaria que, hasta donde sé, no tiene recepción jurisprudencial. Tampoco tiene fundamento positivo la interpretación de GOLDSCHMIDT para quien el artículo 96 quiere probablemente favorecer el domicilio de origen *argentino* y solo debería aplicarse en este caso²⁰.

-
17. Ver, en general, J. LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, 18ª ed., P. Raffo Benegas (ed.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pp. 533-62.
 18. A. BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, t. I, 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, p. 637.
 19. E. BUSO / F. VIDELA ESCADA / M. LÓPEZ OLACIREGUI, *Código civil anotado*, t. I, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1944, § 3.
 20. W. GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional privado: Derecho de la tolerancia*, 8ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 183.

3. El domicilio de los inmigrantes sin admisión permanente, de los desterrados y de los prisioneros

El domicilio de los inmigrantes sin admisión permanente se determina de conformidad con los criterios antes expuestos, sin que quepa hacer diferenciación alguna a los efectos del funcionamiento de las normas argentinas de conflicto con fundamento en su precaria condición. El ingreso o la permanencia ilegal en un país ni el fantasma de la expulsión impiden la constitución de domicilio, si la persona tiene la requerida intención así como la requerida residencia actual. Resulta, no obstante, dudoso si el conocimiento de que uno está viviendo al margen de la ley, y que continuará así indefinidamente, hace posible tener un *animus manendi* de la calidad requerida para adquirir un domicilio de elección. Es que el *animus manendi*, si bien no requiere una absoluta intención de residir permanentemente, al menos debe ser una intención incondicional de residir por un indefinido período de tiempo. Se podría sostener que una intención condicionada a que la persona escape a la atención de las autoridades que tienen la obligación legal de deportarla, no alcanza a configurar el *animus manendi* requerido por la ley para establecer un domicilio de elección. Pero si la persona obtuvo la admisión como residente permanente, los temores de que la misma pueda ser revocada de producirse alguna de las circunstancias que causan la declaración de ilegalidad y cancelación de la permanencia, como puede ser la condena judicial por determinados delitos, no impiden necesariamente un suficiente *animus*. Inversamente, el hecho de que la persona posea un permiso de residencia fija o prolongada puede jugar positivamente en la apreciación del elemento intencional; y recíprocamente para la adquisición de un domicilio²¹.

Otra cuestión íntimamente relacionada es si una persona pierde el domicilio cuando es deportada o expulsada en cumplimiento de la legislación migratoria. Por cierto que una persona que ha adquirido un domicilio de elección, no lo pierde, porque se haya dictado una orden de expulsión en su contra. Solo lo pierde cuando es realmente expulsado, aun cuando tenga la intención de regresar, si su reingreso está legalmente prohibido. No obstante, cabría considerar subsistente dicho domicilio hasta que constituya uno nuevo en otro país (art. 98, Cód. civ.). Salvo que el extranjero se proponga tener una situación ambulante, en cuyo caso debería considerárselo domiciliado en su residencia (art. 90 inc. 5). Lo mismo se aplica en el caso de refugiados políticos e incluso de los fugitivos de la justicia criminal, si bien

21. H. MUIR-WATT (nota 10), § 16.

la intención del exiliado o del fugitivo de abandonar su domicilio en el país y de adquirir uno nuevo en el exterior, es una cuestión de hecho en cada caso. Si un exiliado conservó en la Argentina su familia o el asiento principal de los negocios y regresó tan pronto como la situación política argentina cambió, retuvo su domicilio aquí (art. 95, Cód. civ.). Pero si no tenía intención de regresar o no regresó a residir a la República luego de transcurrido un cierto lapso del advenimiento de la democracia, pudo haber adquirido un nuevo domicilio en el país a donde se refugió. En el caso de un fugitivo de la justicia criminal, cabría presumir su intención de abandonar su domicilio en el país, a menos que el castigo del que busca escapar sea trivial o el plazo de prescripción del delito o de la pena sea relativamente corto. De igual modo, una persona que deja el país para evadir a sus acreedores puede perder su domicilio argentino, salvo que planea regresar tan pronto haya pagado o se haya liberado de sus deudas²².

Al igual que los desterrados, los encarcelados retienen el anterior domicilio (art. 95, Cód. civ.). Ni siquiera la condena perpetua alcanza para conferir al prisionero un domicilio en el país donde se encuentra alojado, si no lo tenía al momento de su detención, ya que una persona privada de la libertad carece de la necesaria (libre) intención para elegir su lugar de residencia²³. Solo cuando el domicilio anterior haya dejado de subsistir por desintegración de los elementos que lo constituyen, el penado tendrá a título de domicilio legal el establecimiento carcelario, que es donde habitualmente reside, por aplicación del artículo 90 inciso 5 del Código civil²⁴.

-
22. Sugiero, en general sobre este tema, la siguiente literatura: DICEY & MORRIS (nota 4), pp. 139-40 y 143-4; P.B. KUTNER, *Common Law in Southern Africa: Conflict of Laws and Torts Precedents*, New York y otras, Greenwood Press, 1990, pp. 23-28 (buena reseña de los *leading cases* resueltos por los tribunales de Sudáfrica y de Rodesia del Sur —actualmente Zimbabwe); E. SPIRO, "Domicile of Illegal Immigrants (Based on Smith vs. Smith)", *ICLQ*, n° 12, 1963, pp. 680-684; E. SPIRO, "Deportation and Domicile", *South African Law Journal*, n° 81, 1964.
 23. Cfr., en la doctrina extranjera, P. DIWAN / P. DIWAN, *Private International Law. Indian and English*, 4th ed., New Delhi, Deep & Deep Publications, 1998, p. 164. Expresando dudas de si un prisionero transportado por vida mantiene el domicilio anterior a su confinamiento, ver *Cheshire & North's Private International Law*, 13th ed., P. M. North / J. J. Fawcett (eds.), London y otras, Butterworths, 2004, p. 146.
 24. Cfr. J. LLAMBIAS (nota 17), p. 546.

4. Calificación indirecta según la ley del lugar de residencia y calificación material directa

Ya en el ámbito convencional, el Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1889, somete la definición del domicilio a la ley del lugar en el cual la persona reside (art. 5). Es decir que la ley del país de la residencia de una persona determina las condiciones para que la residencia constituya domicilio, incluidos la legalidad y los motivos del ingreso y de la permanencia de la persona en su territorio. Así, los cónsules argentinos en los países con que este Tratado nos vincula, que son Bolivia, Colombia y Perú, deben aplicar la legislación *local* boliviana, colombiana o peruana respectivamente de la residencia de la persona para poder tenerla por domiciliada allí, incluso si se trata de consignar ese domicilio en su documento nacional argentino de identidad. Esta solución es susceptible de conducir a un *conflicto negativo* si las condiciones de adquisición del domicilio impuestas por la legislación local no están reunidas. De ser el caso, opino que cabría asimilar a las personas "sin domicilio" a las de "domicilio desconocido", que el Tratado de Montevideo considera domiciliada en el lugar de su residencia (art. 9), para salir del círculo vicioso.

Por su parte, el Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1940, que vincula a Argentina con Paraguay y Uruguay, adopta un criterio uniforme de derecho substancial definiendo el domicilio civil de una persona física como la residencia habitual en un lugar con ánimo de permanecer en él (art. 5 inc. 1). A falta de tal elemento, se determina por la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar (inc. 2); y, en su defecto, por el lugar del centro principal de sus negocios (inc. 3). En ausencia de todas estas circunstancias, se reputa como domicilio la simple residencia (inc. 4). El ánimo de cambiar de domicilio hay que buscarlo en las declaraciones del residente ante las autoridades del lugar a donde llega y, en su defecto, de las circunstancias del cambio. De esto último resulta que la legalidad del ingreso no constituye necesariamente un requisito para que la residencia constituya domicilio. El artículo 6 consagra los principios de *necesidad* y *unidad* de domicilio.

5. El domicilio de las personas dependientes: menores y mayores incapaces; y la abolición de la dependencia de las mujeres casadas

Hay dos clases de personas dependientes: los menores y los mayores incapaces.

El domicilio de quienes se encuentran sometidos a la patria potestad fuera de la órbita montevideana se rige por las disposiciones del Código civil, aun cuando se

acuda por analogía al artículo 18 del Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1940 para determinar la patria potestad frente a la laguna que presenta al respecto la fuente interna (art. 16, Cód. civ.). La diferencia no es irrelevante. En ambos regímenes, los hijos tienen el domicilio de los padres (art. 90 inc. 6, Cód. civ.; art. 7, Tratado de Montevideo de 1940). Pero mientras en el Código civil el domicilio de los padres se rige por los principios generales (arts. 44 y 89 a 101); en el Tratado de Montevideo su domicilio está en el lugar de su representación (art. 7 *in fine*), que no es otro que el lugar donde el hijo habitualmente reside porque, como bien señala BOGGIANO, mal se puede ejercer aquel poder sino en el lugar donde se encuentra la persona sometida a la potestad²⁵. Supongamos que un padre domiciliado en la Argentina traslada a Suiza la residencia suya y de su familia sin intención de constituir allí su domicilio; o que un padre domiciliado en la Argentina interna a su hijo en un establecimiento educativo o médico de Suiza como ocurrió en un caso de la jurisprudencia²⁶. El menor conserva el domicilio en Argentina porque se aplica el Código civil. Pero cambiemos en nuestros ejemplos Suiza por Bolivia o Uruguay, con quien Argentina está vinculada por Tratados de Montevideo (de 1889 y de 1940, respectivamente), y al menor habrá que reputarlo domiciliado en el exterior. La solución del Tratado de Montevideo de 1889 (arts. 6 y 7) es análoga a la del Tratado de 1940.

Los mismos principios rigen el domicilio de los incapaces sometidos a tutela o curatela. En el derecho internacional privado de fuente interna, luego del discernimiento de la tutela o de la curatela, el incapaz tiene el domicilio de su representante legal (art. 90 inc. 6, Cód. civ.), aun cuando este resida en otro lugar²⁷. En el derecho internacional privado convencional, el domicilio de los incapaces es el de sus representantes legales, y el de estos, el lugar de desempeño de las funciones (art. 6, Tratado de Montevideo de 1889; art. 7, Tratado de Montevideo de 1940) que es, en principio, la residencia habitual del incapaz²⁸.

En cuanto al domicilio de mujeres casadas, hasta 1987, la regla era que el domicilio del marido se comunicaba a la esposa desde el mismo momento de las nupcias, aun cuando se hallase en otro lugar (art. 90 inc. 9, Cód. civ.). Con la sanción

25. A. BOGGIANO (nota 18), pp. 1011-1012.

26. Cámara Civil 1ª de la Capital Federal, "caso Zucker, Carlos Octavio", 19/7/1932, en *Gaceta del Foro*, t. 92, pp. 223 ss; *JA*, t. 38, 1932, pp. 1045 ss.

27. Cfr. J. LLAMBIAS (nota 17), p. 548, y la jurisprudencia citada. Cfr. también "caso Zucker" (nota 26).

28. Cfr. A. BOGGIANO (nota 18), pp. 1014-1015.

de la Ley n° 23.515 de divorcio vincular, que derogó la norma precitada, la mujer casada no solo no adquiere automáticamente el domicilio de su esposo, sino que debe ser considerada capaz de adquirir un domicilio independiente; aunque en la inmensa mayoría de los casos, luego del matrimonio, mujer y marido adquirirán el mismo domicilio. Sin embargo, es perfectamente posible que dos personas felizmente casadas tengan domicilios separados cuando, por ejemplo, un estudiante en una universidad argentina con domicilio en Londres contrae matrimonio con otro estudiante domiciliado en Buenos Aires, y ambos tienen la intención de ir a vivir a Londres luego de finalizados sus estudios²⁹.

Es de suma importancia destacar la tendencia del derecho internacional a reconocer a la mujer la misma libertad que al hombre para elegir su domicilio, específicamente prevista en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (art. 15 inc. 4), conocida generalmente como CEDAW³⁰. A partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 que dio a la CEDAW jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22), la aplicación del artículo 8 de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 que disponen que en ausencia de un domicilio común la mujer casada tiene el domicilio del marido, afecta un principio constitucional argentino.

6. Otros casos de domicilio legal: el domicilio de los diplomáticos y de los militares en comisión de servicios en el exterior

Los diplomáticos argentinos que desempeñan funciones en el exterior, conservan su domicilio legal en la República, por imperio del artículo 95 de la Ley n° 20.957 del Servicio Exterior de la Nación³¹. Esta norma de carácter especial ha derogado tácitamente la norma general del artículo 90 inciso 1 del Código civil, en cuanto a los funcionarios comprendidos en el nuevo régimen. Ahora bien, después de su jubilación o retiro, sí pueden adquirir un domicilio de elección en el país donde

29. Cfr. CHESHIRE & NORTH (nota 23), p. 158.

30. Los siguientes países hicieron reservas con respecto al art. 15 inc. 4 de la CEDAW en relación con el derecho de la mujer a elegir su domicilio: Argelia, Bahrein, Jordania, Malta, Marruecos, Níger, Omán, Siria, Tunes y Turquía. Por su parte, los siguientes países objetaron las reservas al art. 15 inc. 4 por considerarlas contrarias al objeto y fin de la Convención: Alemania, Austria, Dinamarca, España, Estonia, Finlandia, Francia, Italia, México, Noruega, Países Bajos, Rumania y Suecia. Estas reservas y objeciones ponen en evidencia los conflictos entre cultura o religión y las normas de derechos humanos.

31. BO, 16/6/1975.

estaban destinados o en otro país, si han establecido allí *animo y facto*, sin perder por ello el estado diplomático (el grado correspondiente a su categoría de funcionario del Cuerpo Diplomático, con sus obligaciones, derechos y prohibiciones inherentes al mismo). Los funcionarios del cuerpo permanente pasivo que son convocados por el Poder Ejecutivo a prestar servicios en la Argentina o en una embajada o consulado en el exterior, adquieren domicilio en Argentina por autoridad de la norma citada, aunque no hubiesen tenido intención de abandonar su anterior domicilio y retornen a él al finalizar la comisión.

Paradójicamente, los militares que estén prestando servicios en el exterior tienen el domicilio (legal) en el país del destino, a menos de tener establecimiento permanente (con la familia) o asiento principal de sus negocios en Argentina o en otro país (art. 90 inc. 2, Cód. civ.). La excepción viene dada por los militares que integran las agregadurías militares de las embajadas y misiones permanentes argentinas ante organismos internacionales, que quedan abarcados por las previsiones de la Ley del Servicio Exterior.

7. El problema de la remisión a un ordenamiento plurilegislativo

Cuando la norma de conflicto argentina designa, un Estado cuyas subdivisiones territoriales poseen competencia legislativa en la materia de que trata el caso, el asiento del domicilio se ubica en el territorio del país extranjero en su conjunto. La identificación del Estado federado o de la provincia en que el interesado tiene su domicilio debe realizarse conforme a la norma interterritorial de la ley extranjera, y no aplicarse la calificación del derecho argentino o de un tratado internacional. Esta solución goza de amplio consenso en la doctrina e incluso está hoy prevista en numerosas convenciones elaboradas por la Conferencia de La Haya³².

32. V.gr. art. 1, penúlt. párr., Convención sobre la forma de las disposiciones testamentarias de 1961; art. 11, Convención sobre la competencia de autoridades, la ley aplicable, y el reconocimiento de las decisiones en materia de adopción de 1965. En la doctrina, ver especialmente P. ARMINJON, "Les systèmes juridiques complexes et les conflits de lois et de juridictions auxquels ils donnent lieu", *Recueil des Cours*, t. 74, 1949, pp. 73-190; R. De Nova, "Les systèmes juridiques complexes en droit international privé", *Rev. crit. DIP*, n° 1, 1955, pp. 1-16.

8. Domicilio y fraude a la ley

Puede ser innecesario recurrir a la noción del fraude para privar de efectos al domicilio fraudulento. Bastaría con constatar que el elemento intencional del domicilio es defectuoso³³.

III. Prueba del domicilio

La prueba del domicilio de elección se determina según la ley a la que está sujeta su constitución (arts. 2 de los Tratados de derecho procesal internacional de Montevideo de 1889 y de 1940, aplicables incluso fuera de la órbita de estos Tratados ante la ausencia de norma en la fuente nacional). Así, fuera de la órbita convencional, la admisibilidad e imposición de una forma de prueba y su apreciación así como la carga de la prueba y las presunciones se regirán siempre por el derecho argentino, aunque la persona esté domiciliada en el exterior.

Para el derecho argentino, la prueba de su existencia se debe efectuar por medios indubitados. Si surge de un instrumento privado, como puede ser una factura de un servicio público o un contrato, que carece de autenticidad, hay que comenzar por establecer la autenticidad del documento donde consta el domicilio³⁴. En cambio, si el domicilio ha sido constituido en instrumento público, como puede ser el documento nacional de identidad [DNI], la cédula de identidad de la Policía Federal o una cédula de identidad provincial o incluso una licencia de conducir, debe atribuírsele la plenitud de sus efectos. En todo caso, hay que tener presente que la aplicación del derecho argentino a la prueba del domicilio no implica que el domicilio solamente se pueda probar por instrumentos *argentinos*. Lo importante es que, si se trata de un documento extranjero, sea considerado instrumento público para la legislación local. Pensemos en una tarjeta de residente del tipo de la "*green card*" que expide la autoridad migratoria estadounidense, o la "*carta di soggiorno*" de las comunas italianas. No es indispensable que el domicilio esté identificado por la calle y el número; si está consignado al menos la localidad o distrito respectivo. Naturalmente, que tampoco se excluye la prueba por instrumentos públicos *argentinos*, porque la persona se encuentre domiciliada en el exterior; debiendo recordarse la obligación de todos los argentinos de comunicar a las oficinas seccionales consula-

33. Cfr. H. MUIR-WATT (nota 10), § 27.

34. Ver J. LLAMBIAS (nota 17), pp. 568-569 y 574-575, y la jurisprudencia citada.

res el cambio de domicilio dentro de los treinta días de haberse producido la novedad (art. 47, 2º párr., y art. 1, 2º párr. *in fine*, Ley nº 17.671 de Registro Nacional de las Personas)³⁵. Los cónsules procederán a asentar dicho cambio en el DNI y a inscribir a la persona en el Libro de matrícula de residentes argentinos en el exterior de la representación consular. El certificado de matrícula que expida la autoridad consular a pedido del interesado debe considerarse un instrumento público en los términos del artículo 979 del Código civil. Cabe recordar, empero, que el domicilio anotado en el DNI (o para el caso, la libreta cívica o libreta de enrolamiento) es el único válido a los efectos electorales, esto es de inscribirse en el Registro de Electores Residentes en el Exterior de la respectiva circunscripción consular (art. 47, 1º párr., Ley nº 17.671; art. 2, Decreto Nacional nº 1138/93³⁶, reglamentario de la Ley Nº 24.007 de Creación del Registro de Electores Residentes en el Exterior)³⁷.

En el ámbito del Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1889 hay que aplicar las reglas sobre la prueba del lugar donde la persona reside como son interpretadas por su jurisprudencia; salvo las que por su naturaleza no están autorizadas por el derecho argentino.

IV. Casos particulares de sustitución del domicilio por la nacionalidad: reenvío

Al estatuto personal (capacidad, nombre, etc.) de los argentinos domiciliados en la Argentina se aplica, naturalmente, la ley domiciliaria (art. 6, Cód. civ.). A los extranjeros domiciliados en la Argentina también (*idem*). Los argentinos domiciliados en el extranjero se rigen por el derecho de su domicilio (art. 7 Cód. civ.), salvo que las normas de conflicto del país extranjero *reenviaran* el caso al derecho argentino de la nacionalidad, en cuyo caso se aplicará el derecho privado argentino³⁸. Cuando el derecho del domicilio *reenviara* al derecho de la nacionalidad de un individuo que posee dos o más nacionalidades, el conflicto de nacionalidades debería resolverse siguiendo los pasos del juez del país cuyo derecho indica como aplicable la norma de conflicto, sin que quepa hacer prevalecer arbitrariamente la nacionalidad argen-

35. BO, 12/3/1968.

36. BO, 9/6/1993.

37. BO, 5/11/1991.

38. Cfr., en general, A.M. Soto, *Derecho internacional privado: La importación del derecho extranjero*, Buenos Aires / Madrid, Ciudad Argentina / Universidad del Salvador, 2001, pp. 166-167.

tina (en tanto que nacionalidad del foro o nacionalidad efectiva) de modo de aplicar la *lex fori* ³⁹. Si el juez extranjero fallaría, en definitiva, según su propio derecho privado interno o transmitiría el caso a un tercer derecho, siguiendo eventualmente con transmisiones ulteriores, el cónsul argentino también lo hará. Es preciso tomar como referencia al juez del país cuyo derecho resulta aplicable para el caso de que la controversia se hubiera radicado allí. A esta solución conduce la aplicación del artículo 2 de la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado (CIDIP II, Montevideo, 1979), al que cabe recurrir por analogía frente a la laguna en las fuentes internas (art. 16, Cód. civ.).

V. Casos de inaplicabilidad de las leyes del domicilio y de la nacionalidad: protección de datos personales registrados en representaciones argentinas

Un problema acuciante y relativamente novedoso que plantea el avance de la informática y de la tecnología de las telecomunicaciones se relaciona con el tráfico de datos personales, que incide sobre uno de los atributos más caros de la persona humana: su *derecho a la intimidad*, una de cuyas proyecciones consiste precisamente en "preservar en la confidencialidad y la reserva bienes personales como los que hacen al honor, la dignidad, la información 'sensible', [por ejemplo, la referida a orientación sexual, identidad étnica o racial, religión, ciertas enfermedades, e ideas políticas], la privacidad, la verdad, la autodeterminación informativa [y] la igualdad [que incluye el derecho a la identidad personal y el derecho a ser diferente]"⁴⁰.

Las representaciones argentinas manejan numerosa información personal, tanto de nacionales argentinos como de extranjeros que concurren o recurren a

-
39. Sobre la determinación de la nacionalidad argentina y de una nacionalidad y los eventuales conflictos de nacionalidades, remito a mis siguientes trabajos: M. J. A. OYARZÁBAL, *La nacionalidad argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2003; "La doble nacionalidad en el derecho internacional y en la legislación argentina", *Revista de derecho internacional y del Mercosur*, n° 1, 2003, pp. 7 ss.; "El Protocolo adicional al Convenio de nacionalidad entre España y Argentina", *REDI*, t. 56, 2004, pp. 759 ss.; "La revisione dell'Accordo italo-argentino di doppia cittadinanza", *RDIPP*, t. 41, 2005, pp. 101 ss.; "Il Protocollo aggiuntivo che modifica l'Accordo italo-argentino sulla cittadinanza", *Rivista di diritto internazionale*, t. 90(3), 2007, pp. 749 ss.
40. G. J. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires, Ediar, 1998. II, 389; I, 529 y 532.

aquella para trámites o asistencia de naturaleza principalmente consular, aunque también comercial y cultural así como, menos habitualmente, para otros fines como puede ser la solicitud de asilo. Quizás la base de datos más importante es la llamada "matrícula consular", libro donde se registra la información personal y de filiación de los argentinos residentes en la circunscripción. Otra base que contiene información sensible de argentinos es el registro de electores, que obra en las representaciones. Igualmente, las mismas coleccionan, almacenan y "tratan" información personal de extranjeros, por ejemplo, de aquellos que concurren a solicitar una visa, presentan documentación comercial o de otra índole a ser intervenida consularmente y/o buscan la asistencia de nuestras agregadurías comerciales para localizar potenciales proveedores argentinos. Finalmente, y no menos importantes, son las bases de datos manejadas por otros entes oficiales argentinos, a los que las representaciones tienen acceso en el ejercicio de sus funciones. Huelga mencionar el daño que la divulgación de estos datos, por negligencia o por desidia, podría ocasionar a los titulares de los datos. En estos casos, se plantea la cuestión de determinar qué derecho reglamenta el funcionamiento de estos bancos de datos que son de carácter público, pero que se encuentran fuera del territorio argentino, así como las responsabilidades de la representación (y del Estado argentino, del que la representación es un órgano) y del funcionario que se puedan derivar.

La protección de los datos personales asentados en registros gestionados por las embajadas y consulados argentinos en el exterior, se rige por el derecho administrativo argentino y está sometida exclusivamente al derecho argentino y exento de la jurisdicción local. Toda acción de protección de los datos personales almacenados en tales bancos de datos debe interponerse ante los jueces nacionales, sin que quepa reconocer ninguna intervención ni decisión extranjera que invada la jurisdicción argentina exclusiva. La coincidencia entre jurisdicción y derecho aplicable es total. Las doctrinas de la inmunidad del Estado por actos *iure imperii* y de la inmunidad diplomática y consular justifican sobradamente esta solución⁴¹. Cabe recordar que ambas Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas (art. 24) y sobre relaciones consulares (art. 33) establecen la inviolabilidad de los archivos consulares de las representaciones extranjeras donde quiera que se encuentren.

El problema que se presenta es que la Ley n° 25.326 de protección de los datos personales⁴² argentina, deja fuera del ámbito de protección legal, a la mayoría de los

41. Cf. F. RIGAUX, "La loi applicable à la protection des individus à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel", *RCDIP*, 1980: 467-68.

42. BO, 2/11/2000.

datos personales registrados en los archivos de las embajadas y consulados argentinos en el exterior. El artículo 2 define como "titular de los datos" a "[t]oda persona física o persona de existencia ideal con domicilio legal o delegaciones o sucursales en el país, cuyos datos sean objeto del tratamiento al que se refiere la presente ley". Como los "libros de matrícula" y otros ficheros que llevan las representaciones se conforman principalmente –si no únicamente– de datos de personas residentes en el exterior (los domiciliados en el territorio que cubre la respectiva misión), esas personas no son "titulares de los datos" en el sentido de la Ley n° 25.326. Situación esta que es grave y paradójica. Es grave por cuanto los ficheros de las embajadas y consulados están exentos de la jurisdicción del Estado receptor; con lo que la persona cuya privacidad ha sido menoscabada no puede ampararse en ningún sistema nacional de protección. Y es paradójica, si se tiene en cuenta que las representaciones argentinas en el extranjero, en tanto que órganos del Estado argentino, sí están sometidas a las obligaciones (y los funcionarios están sujetos a las sanciones) legales y administrativas que establece la Ley n° 25.326 (arts. 1, 21, 22, 31, 32 y concordantes). Frente a este sistema incompleto de protección, creo que a las víctimas de las violaciones solo les queda prevalerse de una normatividad superior, constitucional (art. 43, Const. Nac., que reconoce el *habeas data*) e internacional (art. 5, Declaración americana de los derechos y deberes del hombre; art. 12, Declaración universal de derechos humanos; art. 11, Pacto de San José de Costa Rica; art. 17, Pacto internacional de derechos civiles y políticos; art. 16, Convención sobre los derechos del niño, etc.; que garantizan el derecho a la vida privada) para reclamar reparación.

Asimismo, y en relación con los nacionales y residentes del Estado receptor que no sean al mismo tiempo nacionales argentinos, hay que tener presente que la gestión indebida de sus datos por las representaciones argentinas podría dar lugar a una reclamación diplomática invocando el principio de supremacía territorial y el deber de los agentes diplomáticos y consulares de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor (art. 41, Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas; y art. 55, Convención de Viena sobre relaciones consulares).

VI. La actuación de la autonomía de la voluntad como medio para superar la divergencia de soluciones

El *Institut de Droit International* en su sesión de El Cairo preconizó una autonomía limitada de la voluntad de las partes en materia de estatuto personal como método

de conciliación de los principios de nacionalidad y domicilio⁴³. Es que, como ha señalado FERNÁNDEZ ARROYO, "en la medida en que las partes puedan elegir el derecho aplicable...se evitan problemas de la determinación posterior de ese derecho, que dependerá del criterio seguido por el derecho internacional privado del Estado donde se plantee la controversia y de la mayor o menor aceptación del reenvío en su legislación"⁴⁴.

En jurisdicción argentina, habría que admitir una autonomía completa si la ley del domicilio extranjero de la persona le autorizara a elegir el derecho aplicable al estatuto personal o a alguna de sus materias. Hipotéticamente, el derecho elegido podría carecer de toda vinculación con la persona o con el caso, pero tiene que ser uno de los que figura en la opción. Una vez más: el juez argentino debe fallar como lo haría el juez del país cuyo derecho resulta aplicable. Los límites vienen dados por las normas imperativas del derecho elegido y, en última instancia, por el orden público internacional argentino del juez.

Allende este supuesto, cabría considerar, de *lege ferenda*, una autonomía de la voluntad bipolar entre el domicilio (o la residencia habitual) y alguna de las nacionalidades del individuo⁴⁵, como factor que favorece la justicia efectiva, la armonía internacional, el respecto de la expectativa de las persona y de los objetivos perseguidos por el legislador en su derecho interno⁴⁶.

Pero la autonomía de la voluntad en materia de estatuto personal no podría ejercerse sin límites. Por un lado, el estatuto personal debería ser establecido por referencia a una ley y solo una. La referencia a diferentes órdenes jurídicos para los diversos aspectos de una *misma* relación personal, además de la complejidad que introduce, pone en peligro la seguridad (permanencia) del estatuto personal. Ello no implica la introducción de la inmutabilidad de la elección de la ley aplicable en materia contractual. El cambio de nacionalidad o, más frecuentemente, de la residencia habitual de la persona puede modificar, no ya la regla de conflicto *ad hoc*, sino el derecho material aplicable (solución del conflicto móvil). Además, sería

43. "Résolution sur la dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé", *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 62-II, 1987, p. 290.

44. D. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 5), p. 511.

45. J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel: Etude prospective de droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 261-3, y las fuentes citadas. Ver también P. GANNAGÉ, "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Rev. crit. DIP*, n° 3, 1992, pp. 425-54.

46. J.-Y. CARLIER (nota 45), pp. 246-54.

razonable permitirle a una persona que considere que ha perdido vínculos con su nacionalidad o no ha logrado aún conformar vínculos suficientemente estrechos con su nueva residencia habitual, modificar su opción a favor de la ley de la residencia habitual o de su nacionalidad respectivamente. Sometiendo eventualmente la modificación a un procedimiento judicial o administrativo de homologación de forma simplificada en el cual se verifique la voluntad del interesado y la realidad del punto de conexión elegido, con miras a evitar cambios múltiples o abusivos⁴⁷. Por otro lado, el sistema de la opción impone a las personas someterse a la ley designada, incluidas sus normas imperativas. Las que no podrán ser dejadas de lado sino por la acción del orden público del foro⁴⁸ y, excepcionalmente, de la ley no designada en el caso de que este orden jurídico presente manifiestamente los vínculos más estrechos con la situación, y por el fraude, cuyo campo, al permitirse la elección entre la ley de la nacionalidad y del domicilio, se reduce a aquellos casos en que la persona modifica su nacionalidad o, más fácilmente, su residencia habitual, con la intención de quedar sujeto a una ley que, a la vista de sus nacionalidades o residencias habituales normales, no sería aplicable⁴⁹.

Se ha dicho, a mi juicio con acierto, que así concebida, la autonomía de la voluntad presenta la ventaja de poder ser un principio "intermediario" entre el principio primario de proximidad y el elemento material localizador, una fuerza de atracción entre dos polos o línea directriz que permite obtener el resultado concreto deseado⁵⁰.

VII. El domicilio como factor determinante de la jurisdicción

El domicilio, de modo análogo que la nacionalidad, reviste importancia muy grande no solo para la determinación del derecho aplicable, sino también como factor determinante de la jurisdicción internacional⁵¹.

Como el derecho internacional privado argentino de fuente interna no contiene normas de jurisdicción internacional propias del estatuto personal, es menester recurrir a los principios generales, para cubrir la laguna normativa, por analogía, al artículo 56 del Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1940, que

47. J.-Y. CARLIER (nota 45), pp. 269-70 y 274-80.

48. D. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 5), p. 512.

49. J.-Y. CARLIER (nota 45), pp. 270-4.

50. J.-Y. CARLIER (nota 45), pp. 254-7.

51. W. GOLDSCHMIDT (nota 20), pp. 184-185.

establece que las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio o *ante los jueces del domicilio (actual) del demandado*. A falta de domicilio conocido del demandado, la Ley 14.394 otorga competencia a las autoridades argentinas en el juicio de ausencia y de presunción de fallecimiento cuando la persona reside en el país (arts. 16 y 24 respectivamente), solución igualmente aplicable a otros casos como el de las personas sin domicilio (art. 90 inc. 5, Cód. civ.), o cuando medien razones de urgencia. También cabría afirmar la jurisdicción internacional argentina en el caso de movilidad espacial continua del domicilio del demandado para impedir la denegación internacional de justicia, con base en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia "Vlasof"⁵².

Los mismos criterios deben ser aplicados, en principio, para controlar la competencia del juez de origen con miras al eventual reconocimiento de eficacia de una sentencia extranjera en nuestro país (art. 517 inc. 1, Código procesal civil y comercial de la Nación).

VIII. El domicilio en el contexto del derecho de la integración

En una era marcada por una creciente integración en casi todos los campos, el principio del domicilio (o de la residencia, para el caso), presenta importantes ventajas prácticas y conduce a soluciones satisfactorias de la mayoría de las situaciones internacionales.

La libertad de circulación de personas y de establecimiento entre los países miembros de espacios política y económicamente integrados, como son la Unión Europea o el MERCOSUR⁵³, producen –o son susceptibles de producir– el establecimiento de substanciales poblaciones de inmigrantes que, durante su permanencia en el extranjero, celebran contratos, contraen matrimonios, tienen y adoptan hijos, son nombrados tutores o privados de la patria potestad, se divorcian y redactan

52. CSJN, 21/3/1960, *Fallos*, 246-87, JA 1960-III-216; con comentario de W. GOLDSCHMIDT, "La jurisdicción internacional argentina en materia matrimonial y las Naciones Unidas", LL, t. 98, p. 287.

53. Ver el Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR del 6/12/2002, MERCOSUR/CMC/DEC n° 28/2002, aprobado por Ley n° 25.902 (BO, 16/7/2004), y el Acuerdos sobre residencia de nacionales de Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile de 6/12/2002, MERCOSUR/CMC/DEC n° 28/2002, aprobado por Ley n° 25.903 (BO, 16/7/2004), que consideran el derecho a la residencia y el derecho al trabajo para los nacionales de los países signatarios.

testamentos. Si para juzgar sobre la validez y las consecuencias legales de aquellos actos, es necesario aplicar la ley de la nacionalidad, o del domicilio *legal* de la persona (por oposición al lugar *real* o efectivo donde vive), cuyo concepto puede por lo demás variar de país a país, será necesario recurrir constantemente a asistencia jurídica autorizada, eventualmente extranjera, con los costos en dinero, tiempo e inseguridad jurídica que trae aparejado. Ello así, la adopción de un concepto común de domicilio dentro del MERCOSUR acarrea un importante potencial político.

Como agudamente observó SCHWIND cuarenta años atrás: "El principio de la nacionalidad diferencia, mientras que el principio del domicilio amalgama... Dondequiera que la unidad política y económica haya sido establecida frente a los que son, al menos a grandes rasgos, antecedentes históricos, espirituales y culturales comunes, como en la Comunidad Británica o en los Estados Unidos, o donde esa unificación está en curso, como en Europa Occidental, la amalgamación es un requisito esencial y absolutamente deseable, para decir lo menos"⁵⁴.

54. F. SCHWIND, Fritz, *Festschrift für Hans Dölle*, t. II, Tübingen, 1963, p. 113. Ver también C. KOHLER, "L'article 220 du Traité CEE et les conflits de juridictions en matière de relations de famille", *RDIPP*, 1992, pp. 221-240.