

**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**  
**ESCUELA DE DERECHO**

“LOS FACTORES DE CONEXIÓN EN EL DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO: LA NACIONALIDAD Y EL DOMICILIO  
EN LAS LEGISLACIONES ECUATORIANA Y ARGENTINA;  
PROBLEMAS QUE SE SUSCITAN Y POSIBLES SOLUCIONES”

Tesis previa a la obtención del Título  
de Doctora en Jurisprudencia y  
Abogada de los Tribunales de Justicia  
de la República del Ecuador

**ANA GABRIELA WEISSKOPF A.**

DIRECTOR: DR. HERNÁN COELLO GARCIA

CUENCA - ECUADOR

2007

## INDICE

* ABSTRACTO.....	VII
* ABSTRACTO (inglés).....	VIII
* INTRODUCCION.....	1
<b>* CAPITULO I: Los Factores de Conexión</b>	
1.1 La Nacionalidad.....	8
1.1.1 La nacionalidad de origen.....	10
1.1.2 La nacionalidad adquirida.....	12
1.1.3 La nacionalidad automática.....	14
1.1.4 Pérdida y Recuperación de la nacionalidad.....	15
1.1.5 La nacionalidad de las personas naturales.....	16
1.1.6 La nacionalidad de las personas jurídicas.....	18
1.2 El Domicilio.....	19
1.3 La fórmula Locus Regit Actum.....	23
1.4 La fórmula Lex Rei Sitae.....	25
1.5 El lugar de la Comision del Delito o Cuasidelito.....	28
1.6 La residencia.....	29
1.7 La Religión.....	29
1.8 La Autonomía de la Voluntad.....	29
<b>* CAPITULO II: La Nacionalidad como Factor de Conexión</b>	
2.1 La Nacionalidad como factor de conexión en el Derecho Ecuatoriano.....	31
2.2 La nacionalidad en lo referente a:	
2.2.1 Estado Civil, Capacidad y Derechos de Familia.....	36
2.2.2 La Situación de los Bienes.....	37
2.2.3 La Forma Externa de los Actos.....	38
2.2.4 Derecho Sucesorio y la forma de Otorgar Testamento.....	38

**\* CAPITULO III: El Domicilio como Factor de Conexión**

3. El Domicilio como factor de conexión .....	40
3.1 El domicilio como factor de conexión en el Derecho Argentino.....	47
3.2 La domicilio en lo referente a:	
3.2.1 Estado Civil, Capacidad y Derechos de Familia.....	49
3.2.2 La Situación de los Bienes.....	60
3.2.3 La Forma Externa de los Actos.....	61
3.2.4 Derecho Sucesorio y la forma de Otorgar Testamento.....	62
3.2.5 Teoría de la Lex Loci.....	64
3.2.6 Teoría de la Lex Fori.....	65

**\* CAPITULO IV: Análisis Comparativo de las Legislaciones Ecuatoriana y Argentina**

4.1 La Cuestión de Preferencia entre la Nacionalidad y el Domicilio.....	66
4.2 Semejanzas entre las Legislaciones Ecuatoriana y Argentina en cuanto a la aplicación de los factores de Conexión.....	68
4.3 Diferencias entre la aplicación de la Nacionalidad y el Domicilio como Factor de Conexión.....	69

**\* CAPITULO V: Problemas Y Soluciones**

5. Problemas que se suscitan en la aplicación de la Nacionalidad y el Domicilio como factor de conexión	
5.1 Breve referencia a casos de la vida real.....	71
5.2 Comentario.....	75
CONCLUSIONES.....	77
BIBLIOGRAFIA.....	79

## **ABSTRACTO**

El Derecho Internacional Privado, es el que establece de entre varias normas discordantes, pertenecientes a diversos Estados, cuál es la aplicable a una relación jurídica que las pone en conflicto, para lo que utiliza una serie de factores de relacionamiento que se denominan puntos de contacto o elementos de conexión.

Actualmente no cabe ninguna duda que la migración es un factor sumamente importante en nuestro país; día a día miles de personas, entre ellos estudiantes, viajan a otros países con el fin de acceder a mejores posibilidades de trabajo, de estudio, en general con el objetivo de lograr una mejor calidad de vida, que en nuestro país se ha tornado cada vez mas de difícil de conseguir; los índices de migración que se realizan cada año de personas ecuatorianas (por lo general estudiantes) para Argentina son cada vez mayores, por lo que los problemas que se están generando versan sobre los mas diversos puntos, los mismos que deben ser solucionados y que por lo general las personas que se encuentran en otro país, no ven las luces que les demuestren que si existen soluciones a sus problemas; por lo que pretendemos dar un aporte y demostrar que sin bien ambas legislaciones aplican un diferente factor de conexión para resolver sus conflictos, éstos pueden solucionarse de manera concreta y efectiva.

## **ABSTRACT**

The International Private Law, is the one that settles down of among several tuneless norms, belonging to diverse Countries, which the applicable one is to a juridical relationship that puts them in conflict, for what uses a series of relationship factors that are denominated contact points or connection elements.

Nowadays there is no doubt about that migration is an extremely important factor in our country; day by day thousands of people, among them students, travel to other countries with the purpose of acquire better working possibilities, better chance to obtain education and overall with the objective of achieve a better quality of life that in our country is really difficult to get; migration indexes that are carried out every year of Ecuadorian people (most of the time students) going to Argentina are bigger every time, therefore the problems that are generating turn into diverse points, the same ones that should be solved and that people that are in another country do not see the lights at the end of the tunnel, the ones that tell them that there is a solution toward their problems; that is why we want to demonstrate that even when both legislations apply different factors in order to solve their problems, these can be solve in an effective and concrete way.

## INTRODUCCION

El Derecho Internacional Privado, es el que establece de entre varias normas discordantes, pertenecientes a diversos Estados, cuál es la aplicable a una relación jurídica que las pone en conflicto. Si, un ecuatoriano quiere comprar una casa en Argentina, ya que en la República Argentina se adquiere la mayoría de edad a los veinte y un años, el problema consiste en saber cuál de las leyes en conflicto rige la capacidad; y, la norma que así lo determine, es precisamente una norma de Derecho Internacional Privado. Pero, hay que entender bien, que éstas normas no resuelven directamente el problema (pues ello se hará según la ley argentina o ecuatoriana que se refieran a la capacidad -derecho interno-), sino que indican cual de las normas en conflicto es la que ha de resolverlo.

Es por esta razón que algunos autores califican al Derecho Internacional Privado como *Indirecto*, a diferencia del Derecho Directo que comprendería tanto el derecho llamado sustancial, como el procesal o adjetivo.

Como es lógico, el presupuesto necesario para que exista un problema de Derecho Internacional Privado -según la concepción más generalizada, con la que concordamos-, es que se presenten normas de distintos Estados, que regulen de diversa manera una relación jurídica que las ponga en conflicto. Por el contrario si las normas fueran iguales, no habría problema de Derecho Internacional Privado, y estaríamos frente a lo que se conoce como *derecho uniforme*.

Considero que indudablemente sería ideal el hecho de que existieran derechos estatales uniformes, al menos en muchos aspectos, para evitar de esta forma una gran cantidad de problemas, pero mientras dicha uniformidad no sea lograda, se requieren normas de derecho Internacional Privado, para solucionar los conflictos que se presenten.

Para establecer mejor la materia de la que nos ocupamos, creo conveniente hacer un aclaración: los sujetos de las relaciones jurídicas de Derecho Internacional Privado - y por consiguiente los mentados en dichas normas- no son los *Estados* como entidades soberanas, sino los sujetos de derecho privado, es decir, los particulares, ya sean éstas personas individuales o colectivas y también los Estados, cuando éstos actúan como sujetos de Derecho Privado.

Luego de haber analizado de manera breve, estos conceptos que a mí entender, resultan importantes, considero que será de gran ayuda tratar algunos principios y datos históricos que nos darán las luces para poder entrar de lleno al tema que nos ocupa: el de los elementos de conexión.

Aparece el Territorialismo como principio, el mismo que sostiene que el Tribunal debe aplicar exclusivamente su propia ley, por lo tanto la ley se impone a todos los individuos que residen en el territorio, o que se encuentren sometidos a la jurisdicción del Estado que la promulga, sin distinción entre nacionales y extranjeros.

En un principio el derecho tuvo vigencia territorial hasta 1228 en que aparece Acursio con su Glosa Magna dando nacimiento al principio rector del Derecho Internacional Privado: la aplicación extraterritorial del derecho, y que constituyó el arma con la cual se lucharía contra las autonomías regionales en donde se refugiaba el feudalismo y su idea de que todas las costumbres son reales.

Luego surge la figura del Extraterritorialismo; este principio sostiene que el Tribunal puede aplicar el derecho de otros Estados, y por lo tanto la ley sigue al súbdito de un Estado en su desplazamiento por el mundo, produciendo efectos fuera de su país de origen. La situación jurídica nace bajo un sistema de derecho determinado y se introduce en el tráfico externo. Frente a un caso absolutamente internacional se extraterritorializa y se asienta en un país distinto al del sistema legal que le da origen. De este modo toma conocimiento el juez local cuyo ordenamiento jurídico es el conducto mediante el cual aplica el derecho extranjero que da nacimiento a la situación jurídica.

Aparece también, y con gran importancia y fuerza el tema de la Reciprocidad: En el que se sostiene principalmente, que las leyes de un Estado pueden ser aplicadas en otro Estado que a su vez ha consentido en que sus leyes sean aplicadas en el primero. Tiene dos acepciones: una diplomática, cuando se establece mediante Tratados (ejemplo: art. 11 del Código Francés que dice que el extranjero gozará en Francia de los mismos derechos civiles acordados a los franceses por los tratados con la Nación a la cual el extranjero pertenezca) y una legislativa, cuando es admitida por la ley extranjera bajo condición de recibir la ley nacional igual trato.

El intenso tráfico internacional obligó a los juristas de principios de siglo XVII a tratar de encontrar una solución al problema de la territorialidad. Fue entonces cuando nace la doctrina del *comitas gentium ob reciprocam utilitatem* (cortesía internacional o recíproca utilidad). Esta posición es desarrollada por Huber cuya máxima es que si los gobernadores de cada imperio admiten por cortesía las leyes de cada pueblo, en vigencia dentro de sus límites, tendrán vigencia en todas partes, siempre que no perjudiquen los poderes o derechos de otros gobiernos o de sus ciudadanos.

Entrando un poco más al tema que debemos tratar aparecen los principios del Domicilio y la Nacionalidad; el primero toma como asiento de toda relación jurídica al domicilio -valga la redundancia-. Nuestro ordenamiento jurídico entiende por domicilio el lugar donde las personas tienen establecido el asiento principal de su residencia y sus negocios. Su principal exponente fue Federico Carlos Savigny a través de su concepción jurídica de los Estados. Estudia los conflictos de leyes en el espacio y llega a la conclusión de que éstas tienen imperio dentro de los límites locales. El lazo de unión de una persona con determinado derecho puede ser un territorio o su lugar de origen... El punto de partida es la relación jurídica, que trascendiendo los límites locales tiene supervivencia en lugares donde no impera la ley jurídica y la solución al conflicto tiene como fuente el derecho positivo (interno y externo), la proyección internacional y su dogma universal que manda aplicar a cada relación jurídica el derecho más acorde con su esencia.



La Nacionalidad: Este principio toma en cuenta para justificar la extraterritorialidad de las relaciones jurídicas a la persona y su Nación (es decir a la comunidad que la rodea y lo forma). Su principal exponente es Pascual Estanislao Mancini quien dice que la Nación es el conjunto de cualidades, costumbres, tradiciones, raza y tendencias económicas y sociales que imprimen una personalidad especial a una comunidad distinguiéndola de los otros pueblos. A través de este sistema se pretende proteger a los individuos desde el momento mismo de su nacimiento y permitiendo la aplicación de sus principios durante toda su vida.

Ahora bien, empecaremos a enfocarnos en el tema del que vamos a ocuparnos en el desarrollo de este trabajo: ***“Los Factores de Conexión en el Derecho Internacional Privado: La Nacionalidad y el Domicilio en las Legislaciones Ecuatoriana y Argentina; Problemas que se suscitan y posibles soluciones”***.

El Derecho Internacional Privado siempre ha ocasionado un sinnúmero de dudas y problemas que viéndolo en un primer término parecen no tener soluciones, o por lo menos no tener las soluciones que estén a nuestro alcance, ya que en cada oportunidad se presentan relaciones jurídicas diferentes, en las que aparece un elemento extranjero, sea porque uno de los sujetos de la relación lo es, bien porque las cosas sobre las que versa el problema se hallen ubicadas en un país extraño al lugar donde se dé lugar a la controversia, o en su defecto, porque la forma externa de los actos requiera para su validez, una solemnidad que deba sujetarse a una legislación extranjera; y que para la solución de dichos casos, que solo señalamos como manera de ejemplo, el derecho material, es decir, el derecho interno de los Estados no es suficiente para resolver las diversas situaciones que se presentan, por ser considerado un derecho incompetente en cuanto a dichas relaciones jurídicas; por lo que es necesario recurrir a la aplicación de un derecho extranjero.

Podemos decir que el Derecho Internacional Privado utiliza toda una serie de factores de relacionamiento para cumplir con su objetivo final, o sea vincular una persona, cosa, situación, relación jurídica, etc., con un ordenamiento jurídico nacional específico que las regule. A estos factores se les ha denominado de diversas formas como por ejemplo puntos de contacto, factor de conexión, punto de conexión, entre otros.

Wolf los define como: “*las circunstancias que pueden servir como criterios para la determinación del derecho aplicable*”.

La doctrina y el derecho comparado reconocen una serie de factores de conexión de general aceptación que permiten a los tratadistas esbozar una serie de clasificaciones atendiendo a distintos criterios. Una de las clasificaciones más aceptada es la del profesor español Miaja de la Muela, quien clasifica los factores de conexión de la siguiente forma:

- A. **Personales:** Nacionalidad de una persona. Domicilio. Residencia habitual. Estancia en el territorio de un país.
- B. **Reales:** Lugar de situación de un bien mueble o inmueble (*lex rei sitae*) Pabellón de una nave o aeronave.
- C. **Relación a los Actos:** Lugar de realización de un acto (*locus regit actum*), lugar de cumplimiento de la obligación, lugar de tramitación de un proceso (*lex fori*).
- D. **Voluntarios:** Lugar elegido por las partes.

Como es fácil advertir algunos factores de conexión son meros hechos o situaciones objetivas que no requieren calificación jurídica previa, la estancia en un lugar o la *lex fori* por ejemplo. Otros sin embargo son conceptos jurídicos en sí mismos, y como tales requieren definición y calificación previa, como son la nacionalidad y el domicilio, tema del que vamos a ocuparnos en el desarrollo de este trabajo.

Actualmente no cabe ninguna duda que la migración es un factor sumamente importante en nuestro país; día a día miles de personas, entre ellos estudiantes, viajan a otros países con el fin de acceder a mejores posibilidades de trabajo, de estudio, en general con el objetivo de lograr una mejor calidad de vida, que en nuestro país se ha tornado cada vez mas de difícil de conseguir; los índices de migración que se realizan cada año de personas ecuatorianas (por lo general estudiantes) para Argentina son cada vez mayores, por lo que los problemas que se están generando versan sobre los mas diversos puntos, los mismos que deben ser solucionados y que por lo general las personas que se encuentran en otro país, no ven las luces que les demuestran que si existen soluciones a sus problemas.

El Estado como una sociedad política jurídicamente organizada, está llamado a cumplir determinados fines con el objeto de satisfacer las necesidades de sus miembros, para llevar a cabo esta tarea es necesario contar con medios eficaces tendientes a lograr el bien común; y uno de sus fines es dotar de seguridad jurídica a sus habitantes mediante la expedición de normas eficaces y efectivas aplicables a determinados casos o situaciones que pueden generarse de la actividad del hombre. La cuestión de la que vamos a ocuparnos, no es la de proponer y resolver solamente un problema teórico; se trata de analizar los problemas que involucra al hombre, entendiéndolo como ser humano, el cual es sujeto de relaciones jurídicas, las mismas que provocan problemas que el derecho local al cual se halla generalmente sometido no puede resolver, por lo que será preciso recurrir al Derecho Internacional Privado.

Es sumamente importante darnos cuenta como dos países, hállese de Ecuador y Argentina, que se encuentran dentro de una misma familia que es la Romanista, están fundamentados en su Derecho Internacional Privado con diversos factores de conexión, por lo que, se pretende dar un aporte, una guía para todos nuestros compatriotas, en general, va enfocado a los estudiantes que emigran a ese país, para que se sepan cuales son las leyes que rigen los diversos problemas que puedan generarse y las posibles soluciones que nosotros plantearemos con el fin que este trabajo logre darles luces y lograr tener tranquilidad cuando se encuentran lejos de su Patria.

Numerosos son en Ecuador y Argentina los casos jusprivatistas con elementos extranjeros, dada la composición cosmopolita de la población. No obstante, poquísimos son los casos con elementos extranjeros que reciben un tratamiento respetuoso por medio de la aplicación del Derecho extranjero. Los jueces, en todos los países del mundo, están dominados por el afán de someter todos los casos exclusivamente al derecho propio. Este afán se basa sobre todo en el temor de equivocarse en la aplicación del derecho extranjero; por lo que podemos darnos cuenta que la dimensión sociológica que esto acarrea es bastante grande, lo cual requiere medidas y soluciones urgentes y concretas como las que nosotros pretendemos aportar.

Se plantea el problema de única jurisdicción nacional o concurrente. Para que haya justicia unificada y las tesis sean reconocidas se plantea la cuestión de la uniformidad o armonía internacional de las tesis. Cuando una tesis argentina o ecuatoriana necesiten ser reconocidas o ejecutadas en una jurisdicción extranjera, la decisión tendrá que prever la posibilidad de reconocimiento, armonizando la tesis con aquel derecho que debe reconocerlo. Para esto será necesario estudiar los sistemas vigentes en dichas jurisdicciones sobre reconocimiento y ejecución de sentencias para establecer la posible extraterritorialidad de la decisión ya sea ecuatoriana o argentina. El derecho de los extranjeros no solo se vuelve extraterritorial mediante la aplicación de derecho foráneo por un juez nacional, sino también, lo hace en virtud del reconocimiento de sentencias y actos fundados en derecho extranjero. Tema del que también nos ocuparemos.

## **CAPITULO I**

### **LOS FACTORES DE CONEXIÓN**

#### **1.1 LA NACIONALIDAD**

Es importante manifestar que con respecto a la nacionalidad se han dado una gran cantidad de opiniones de los más diversos autores que se han preocupado por querer establecer un concepto sobre el tema, sin embargo podemos admitir que éstos resultan bastante coincidentes en su contenido. Entre tan abundante número de autores que se han preocupado por este tema, vamos a tomar para motivo de nuestra investigación el criterio que sobre el mismo sostiene Niboyet quien afirma: “la nacionalidad es un vínculo político y jurídico que relaciona a una persona con un Estado”. Ahora bien, aquí resulta importante que nos preguntemos, ¿qué es lo que entendemos por personas?, ¿se refiere solo a las personas naturales como sujetos de derecho?; o, ¿se refiere también a las personas jurídicas? Tema que analizaremos más adelante.

Ahora, retomando el concepto antes citado, podemos decir que este vínculo jurídico - político que mantiene una persona con el Estado, si bien es materia de estudio propiamente del Derecho Constitucional, es importante también tratarlo dentro del Derecho Internacional Privado ya que la nacionalidad es considerada como uno de los más importantes elementos de conexión, y más aún en el Ecuador,

ya que es considerado como el factor de conexión que prevalece, motivo suficiente para detenernos y analizarlo en detalle; ahora bien, veamos los aspectos más sobresalientes:

La nacionalidad es la encargada de determinar la condición jurídica de las personas, la misma que entonces dependerá exclusivamente de la nacionalidad que tenga determinado individuo. Cada Estado mantiene dentro su derecho interno una normativa con respecto a este tema, que trata principalmente la distinción entre los nacionales de su Estado y los extranjeros, ya que no se puede otorgar las mismas garantías y los mismos derechos a los nacionales que a los extranjeros que habitan en un Estado o que simplemente se hallan de paso por el mismo. Esta teoría la sostiene la doctrina clásica, la que afirma que la situación de los extranjeros es asunto exclusivo del derecho interno; que cada Estado en razón de su soberanía establece los derechos de los que gozan los extranjeros que se encuentran dentro de su territorio, pero debemos señalar que en la actualidad esta tesis resultaría poco acertada ya que el tema no le compete arbitrariamente al derecho interno de cualquier Estado por más soberano que sea, para eso es que hablamos de Derecho Internacional. Por más que existan ciertas legislaciones actuales que intenten equiparar los derechos, sobre todo civiles de los nacionales con los extranjeros esto no se ha dado, ya que la diferencia entre ellos determina *“una especie de status propio del nacional y otro distinto propio del extranjero”*.<sup>1</sup>

El trato con los extranjeros no ha sido igual en todas las épocas ni tampoco en todos los países, sino que siempre ha ido cambiando, evolucionando. Ha pasado por muchas etapas, desde el sistema de desconocimiento del elemento extranjero, el cual se caracterizaba principalmente por una gran forma de hostilidad en el trato que recibía de los “nacionales”, luego se evolucionó hasta cierto grado de considerar la hospitalidad hacia los extranjeros como una opción, esta hospitalidad ha sido practicada hace cientos de años por las civilizaciones antiguas; luego surge el derecho de aubana de la Europa feudal, el mismo que siguió por el mismo camino,

---

<sup>1</sup> COELLO GARCIA, Hernán. “Derecho Internacional Privado” Universidad del Azuay. Fundación Chico Peñaherrera. Cuenca-Ecuador 2004. Pág. 194

basándose en las enseñanzas de varios filósofos, pero sobre todo en el mensaje cristiano de la unidad del género humano, que se fundamentaba en el ideal de justicia que consistía en el reconocimiento de la igualdad entre nacionales y extranjeros para el uso y goce de los derechos civiles con el mismo grado de seguridad política.

Podemos decir, que en América Latina, los Estados han adoptado, en este sentido una legislación más avanzada, reconociendo, por lo general, a los extranjeros, los mismos derechos civiles, conjuntamente con la seguridad jurídica brindada en iguales términos para todos. De esta manera se esta consagrando, -por fin-, el principio de igualdad; pero no una igualdad absoluta, sino que señala al mismo tiempo que otorga derechos, los límites a las pretensiones que puedan tener los extranjeros; ya que, los extranjeros pueden aspirar a más derechos de los que la legislación local reconoce, lo cual no estaría permitido, por lo que podemos afirmar, que toda reclamación diplomática que se salga de esos límites, resulta ilegal.<sup>2</sup>

Volviendo a los aspectos sobresalientes que tiene la nacionalidad, podemos decir, que la forma más acertada de dar solución a diversos conflictos de leyes que se suscitan en diferentes Estados, dependen precisamente de la nacionalidad de las personas involucradas en la relación jurídica de que se trate, tema que ya profundizaremos llegado el momento; por ahora enfoquemos los diferentes tipos de nacionalidad que existen actualmente, y que son: la nacionalidad de origen, la nacionalidad adquirida y la nacionalidad automática; aunque esta última no tiene mayor relevancia, sino más que nada la citamos como referencia doctrinaria.

### **Nacionalidad de Origen**

La nacionalidad, entendiéndola como el vínculo jurídico-político que mantiene una persona con el Estado, como ya nos hemos referido, puede ser establecida desde diferentes puntos de vista a saber:

---

<sup>2</sup> CHICO PEÑAHERRERA, Rafael. “Temas de Derecho Internacional” Universidad del Azuay. Fundación Chico Peñaherrera. Cuenca-Ecuador 1999. Pág. 217, 218

La nacionalidad puede ser de origen, cuando es atribuida a las personas desde su nacimiento; pero existen dos factores, que han sido reconocidos de manera universal, estamos hablando del *jus soli* y el *jus sanguinis*; entendiéndolos como el derecho que proviene del nacimiento de la persona y el derecho que viene de la sangre, es decir de la nacionalidad de sus ascendientes (padres). Esta teoría resulta sumamente acertada, ya que se ocasionarían muchos problemas si se admitiera uno solo de éstos factores, sobre todo el del *jus sanguinis*, ya que si nace una persona en un determinado Estado y sus padres son de distinta nacionalidad entre ellos, el principio no se podría aplicar.

Ahora bien, analicemos cada uno de estos derechos que dan lugar a la nacionalidad de origen:

1. El *jus soli*, es el derecho que le atribuye la nacionalidad a las personas por el lugar de su nacimiento, sin considerar ninguna otra circunstancia, ni siquiera la nacionalidad de sus padres; cuestión que por su naturaleza resulta sencilla y no presenta ninguna dificultad.

Su fundamento resulta obvio, y es: el afecto natural que experimentan todas las personas por el suelo en que han nacido, cuestión que sin duda causa influencia en las personas, pero que no puede considerarse absoluta.

Existen excepciones que debemos señalar, como las relativas a los hijos de extranjeros que estén al servicio del gobierno de su país y que nacen en un país extraño al de su nacionalidad; o los hijos de los transeúntes que no tienen visa de residentes en un determinado Estado, o los que nacen en aviones de una aerolínea perteneciente a otro Estado, entre otros.

2. El *jus sanguinis* es el derecho que le atribuye al hijo la nacionalidad de la que gozan sus padres, sin importar cual sea el lugar en que se haya producido el nacimiento del pequeño, dicho en otras palabras, la nacionalidad se le otorga por el derecho que acarrea la sangre.



Este sistema podría causar un sin número de dificultades si se presentara en hijos de padres de nacionalidad distinta, o en el caso que uno de ellos necesite por algún motivo o por voluntad propia realizar el cambio de nacionalidad, y éste cambio se efectúe antes del nacimiento del hijo, o si hay caso de doble nacionalidad, entre otros.

Resulta entonces obvio, que para evitar todo este tipo de inconvenientes que hemos señalado, y que pueden presentarse dentro de las dos corrientes si se aplicara cada una de ellas en forma individual y por separado, la mayor parte de los países han optado, -y con total acierto-, por adoptar un sistema mixto, permitiendo de este modo la coexistencia del jus soli y jus sanguinis.

### **Nacionalidad Adquirida**

A este tipo de nacionalidad se la conoce también como electiva o nacionalidad jurídica, se entiende por esta expresión, a la nacionalidad que las personas pueden obtener en sustitución a su nacionalidad de origen. Ahora bien, ¿cómo podemos acceder a este tipo de nacionalidad?, pues depende de las formas como lo han establecido las legislaciones de los diferentes Estados que conforman el mundo. Cada Estado ha incorporado dentro de su derecho interno los requisitos necesarios para permitir la naturalización de una persona, los mismos que resultan bastante coincidentes dentro de las leyes de los diversos países y son: dentro de la naturalización individual: capacidad legal de la persona, la residencia más o menos prolongada en el país del que se trate de obtener la nacionalidad y la renuncia de la nacionalidad anterior.

Dentro del Ecuador se define a la naturalización como un acto soberano y discrecional del Estado, función que se le atribuye al Ejecutivo y que requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos que se encuentran en la Ley de Naturalización:

*Artículo 4:*

1. El solicitante debe ser capaz, conforme a las leyes ecuatorianas;
2. Debe poseer un patrimonio, industria, profesión u oficio lícitos que le permitan vivir independientemente;
3. Debe haber residido interrumpidamente en el país durante tres años, por lo menos, a partir de la fecha en que se haya concedido la cédula de identidad en el Ecuador. Este requisito no se le exige a las mujeres casadas con ecuatorianos, ni a las viudas de ciudadanos ecuatorianos. Para los extranjeros casados con ecuatorianas, o que tengan uno o más hijos nacidos en el territorio nacional, el plazo de residencia se reduce a dos años;
4. Haber observado durante el tiempo que haya residido en el Ecuador muy buena conducta;
5. Hablar y escribir el idioma castellano; y,
6. Tener conocimientos generales de Historia y Geografía del Ecuador, así como de la Constitución vigente a la fecha de presentación de la respectiva solicitud de naturalización.

El artículo 5 de la misma Ley, establece entre otras cosas, que también es necesario dentro de los requisitos la renuncia de la nacionalidad de origen o de la nacionalidad que a la fecha ostente el solicitante, la misma que debe hacerse mediante un acto juramentado y autorizado por un notario público, con el fin de evitar una posible doble nacionalidad.

Es importante señalar también que así como la nacionalidad puede ser adquirida por medio de una carta de naturalización, esta también puede ser revocada, es decir, la carta de naturalización puede cancelarse, y para ello la Ley de Naturalización en su artículo 6 nos informa cuales son las causas por la que esta cancelación puede darse; veamos:

#### *Artículo 6.- Causales para la cancelación de la Carta de Naturalización*

1. Las enunciadas en la Constitución Política de la República para los casos de pérdida de la nacionalidad ecuatoriana;
2. La obtención de la Carta de Naturalización con fraude a la ley o de los reglamentos;
3. El hecho de que el naturalizado se convierta a juicio del Ministerio de Gobierno en elemento de inquietud moral, social o política; y,
4. Si el naturalizado se ausenta del país por más de tres años ininterrumpidos, salvo que, a juicio del Ministerio de Relaciones Exteriores, la ausencia fuere justificada.

En este punto es necesario que nos detengamos a analizar un poco el texto del artículo que antecede, ya que el primer numeral habla de “las causas enunciadas en la Constitución Política de la República”; entonces aquí nos preguntamos; ¿De cuáles causas estamos hablando? La Constitución no nos habla en ninguno de sus preceptos de causas para perder la nacionalidad; podemos manifestar que esto se encontraba expuesto en Constituciones anteriores, las mismas que establecían como causas para perder la nacionalidad el que una persona se naturalice en otro Estado, salvo con los Estados con los que existe convenio - anotemos que en la actualidad el único convenio que existe para que sea admitida la doble nacionalidad es con España-; y por traición a la Patria.

La actual Constitución simplemente habla en su artículo 12 de la pérdida de la ciudadanía; y al respecto dice: “La ciudadanía ecuatoriana se perderá por cancelación de la carta de naturalización y se recuperará conforme a la ley.”

#### **Nacionalidad Automática**

Esta teoría fue presentada por un jurista argentino el doctor Estanislao Zeballos, el cual sostiene que debe suprimirse las formalidades relativas a las cartas de naturalización o documentos similares, proponiendo que se debería exigir como únicos requisitos la residencia del extranjero por más de tres años consecutivos dentro del país del que se trate y la inscripción de esta persona en los registros electorales.

Según Zeballos al cumplir con estos dos -mínimos- requisitos se estuviera renunciando automáticamente a su nacionalidad de origen y se produciría un acuerdo de voluntades entre el Estado (al conceder esta forma de naturalización) y la de la persona (al inscribirse en los registros electorales) luego de cumplido el plazo.

Pero las consecuencias negativas que tuviera la aplicación de esta teoría saltan a la vista de todos, pues primero debería crearse la ley dentro de los Estados que pensarán en adoptar este método de naturalización, y segundo, -y sumamente importante- sería el hecho de que resultaría muy fácil que el extranjero cometa fraude a la ley y se naturalice como ciudadano de un país diferente cada tres años, y no surja solamente la figura de la doble nacionalidad, sino sabe quien cuantas más.

### **Pérdida y Recuperación de la Nacionalidad**

Si bien la nacionalidad ha sido considerada desde hace mucho tiempo como un vínculo permanente que debía acompañar a la persona durante el transcurso de toda su vida, actualmente esa teoría ha evolucionado y se ha visto desplazada, ya que con la idea cosmopolita del hombre, ya no puede hablarse de que una persona se vea vinculada con el suelo en el que nació durante toda su vida, si no más bien, ahora cualquier individuo puede cambiar fácilmente de nacionalidad solamente con su voluntad y el cumplimiento de ciertos requisitos como los que vimos anteriormente.

Pero, así como el Estado puede otorgarle a una persona la carta de naturalización para que sea considerado como ciudadano de su Estado, así mismo goza del derecho correlativo de privar de la nacionalidad a sus ciudadanos en ciertos casos, los mismos que pueden resultar tan variados como varias son las formas de actuar de los seres humanos, pero como bien lo establece el Doctor Hernán Coello en su libro “Derecho Internacional Privado” estas causas pueden encasillarse en dos grandes grupos: las que pertenecen a la voluntad de las mismas personas u otras que importan una sanción a quienes han infringido las normas vigentes sobre la materia.

Entre las causas más frecuentes para que se produzca la pérdida de la nacionalidad podemos citar a las siguientes:

- La naturalización en otro Estado;
- El ejercicio de funciones públicas en otro Estado sin la autorización previa del Estado de origen;
- La ausencia prolongada del país; y,
- Por traición a la Patria.

Ahora bien, en caso de que la nacionalidad haya sido cancelada por motivos que no se consideren con un alto grado de importancia, es decir, que no sean relevantes por considerarse que no contienen un hecho de mayor gravedad como por ejemplo con la ausencia prolongada del país, la nacionalidad puede ser recuperada, siendo necesario para ello seguir un trámite similar al necesario para lograr adquirir la carta de naturalización.

Como ya dejamos enunciado en su momento, la nacionalidad puede atribuirse a dos tipos de personas, hablese de personas naturales y personas jurídicas. Para las primeras existen unos principios fundamentales, los mismos que han sido aceptados doctrinariamente y que tienen una importancia relevante dentro de nuestra tesis, estos son:

### **La Nacionalidad de Personas Naturales**

- a. Toda persona debe tener una nacionalidad: Esto resulta sin duda importante y se fundamenta en que actualmente, como todos sabemos, el mundo se encuentra dividido en Estados, cada uno de ellos cuenta con un Derecho Interno propio, el mismo que le brinda a sus ciudadanos ciertas prerrogativas, ciertos derechos y garantías fundamentales para cada uno de ellos, por lo tanto cada individuo cuenta con la protección del Estado del que forma parte. En conclusión podemos afirmar -como lo establece nuestro Código Civil- que la nacionalidad es un atributo de la personalidad.

- b. Ninguna persona puede tener más de una nacionalidad: En este punto es importante que señalemos que nuestra Constitución actual en su artículo 11 establece en su inciso segundo que: “los ecuatorianos por nacimiento que se naturalicen o se hayan naturalizado en otro país, podrán mantener la ciudadanía ecuatoriana (...)” Entonces aquí surge el problema de que según nuestra Carta Magna sería permitido mantener una doble nacionalidad, pero este sería otro de los múltiples errores en los que incurre nuestra ley; para hablar con propiedad deberíamos decir, que solamente se permite mantener una doble nacionalidad con los Estados con los que se tenga un convenio previo para eso, como sería en nuestro país el caso de España. Cualquier otro caso de doble nacionalidad que se mantuviera con otro país podría considerarse como ilegal.
- c. Toda persona puede cambiar de nacionalidad: Ningún Estado por mas soberanía que ejerza puede obligar a ninguno de sus ciudadanos a mantener de por vida su nacionalidad de origen y menos aún si eso se da en contra de su voluntad; así como tampoco podrá en nombre de su soberanía negar a los extranjeros que residan dentro de su territorio optar por adquirir la nacionalidad de su Estado, si es que cumplen previamente con los requisitos que están establecidos dentro de su derecho interno para éstos casos.
- d. La renuncia pura y simple de la nacionalidad no basta para perderla: para que la renuncia de la nacionalidad pueda ser aceptada como válida, esta debe ir acompañada por la adquisición de una nueva, ya que como hemos visto la nacionalidad es un atributo de la personalidad y por tanto, no resultaría posible que una persona se vuelva apátrida, ya que esto acarrearía múltiples dificultades y serios problemas.
- e. La nacionalidad puede ser revocada: como ya lo señalamos en su momento, cuando tratamos el tema de la pérdida de la nacionalidad, esta puede ser revocada por varios motivos, ya sea por voluntad de la misma persona que la adquirió, o porque halla incurrido en faltas que merezcan, a juicio del Estado, ser sancionadas.

- f. Toda persona puede recuperar su nacionalidad perdida: Este punto también ya lo hemos analizado en párrafos anteriores, y como hemos dicho si las causas por las que la nacionalidad se ha perdido, no revisten una gravedad considerable, no existiría motivos para que ésta no pueda ser recuperada por la persona que le interese mantenerla, y menos aún si es que el individuo cumple con los requisitos establecidos para el caso.<sup>3</sup>

### **La Nacionalidad de Personas Jurídicas**

Es importante que empecemos estableciendo un concepto de Persona Jurídica; Guillermo Cabanellas en su “Diccionario Jurídico Elemental” nos da la siguiente definición: “Ente que, no siendo el hombre o *persona natural* es susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. A esa noción más bien negativa, o meramente diferenciadora de la otra especie de sujetos del Derecho, de los individuos humanos, cabe agregar la nota activa de integrar siempre las *personas jurídicas* un grupo social con cierta coherencia y finalidad, con estatuto jurídico peculiar”. Ahora nos preguntamos, ¿si las personas jurídicas son entes ficticios cabe o no la posibilidad de que estos entes gocen de una nacionalidad? Algunos autores sostienen que es imposible que las personas jurídicas cuenten con una nacionalidad; que, de lo que debería hablarse más bien es de que las personas jurídicas cuentan con un domicilio.

Actualmente se considera el criterio que si bien la nacionalidad de las personas jurídicas jamás podría equipararse con la que mantienen las personas naturales, por obvias razones, si se puede hablar de que estos entes ficticios -como se refiere nuestra ley, específicamente el Código Civil- pueden acceder a una nacionalidad, entonces, se consideran como personas jurídicas nacionales a aquellas que se hallan vinculadas con el Estado donde se encuentran ubicadas con intereses económicos, sociales o políticos y que carecen de conexiones con un Estado extranjero.

Es importante advertir que cuando hablamos nacionalidad de las personas jurídicas, nos estamos refiriendo exclusivamente a las personas jurídicas de derecho privado, que a su vez pueden ser de varias clases a saber:

---

<sup>3</sup> Los principios fueron tomados del texto “Derecho Internacional Privado” del Doctor Hernán Coello García.

- Fundaciones: cuando no persiguen fines de lucro; se trata de entes ficticios formados para cumplir con determinados fines generalmente sociales en forma lícita, y para lo cual se afectan sus bienes;
- Corporaciones: entendiéndose por tales, a asociaciones de varios individuos que pretenden alcanzar un fin no lucrativo manejado en forma lícita; y,
- Sociedades: éstas pueden ser civiles o mercantiles, en las cuales existe una diferencia: las primeras no persiguen fines de lucro, mientras que las segundas si lo hacen. Las sociedades civiles están reguladas por el Código Civil, las mercantiles en cambio, se sujetan al Código de Comercio y demás leyes mercantiles.

Para resolver el problema de las personas jurídicas de derecho privado se ha establecido que pueden agruparse dentro de alguno de los siguientes supuestos:

1. La nacionalidad de estas personas jurídicas dependen del lugar en que se constituyan;
2. La nacionalidad depende de la nacionalidad de los asociados o de los fundadores;
3. La nacionalidad depende del lugar donde se encuentre ubicada su sede social; o,
4. La nacionalidad depende del lugar en que obtenga la autorización para su funcionamiento.

## 1.2 EL DOMICILIO

Existen un sin número de tendencias en cuanto a la doctrina del Derecho Internacional se refiere con respecto a este tema, ya que se considera que el domicilio es un importante elemento de conexión, que serviría para resolver algún problema que pueda darse dentro del Derecho Internacional Privado.



Este tema del domicilio como factor de conexión se ha venido tratando a lo largo de la evolución del derecho, tanto así que en Roma -considerada como la cuna del Derecho-, el sistema romano ya los consideraba como elementos de conexión tanto a la nacionalidad como al domicilio, refiriéndose como origen y domicilio, y aunque el primero fue el que revistió más importancia ya se dejó sentado un precedente con respecto a este asunto, para que luego fueran los estatutarios los que le dieran un mayor grado de importancia, hasta el punto de que cuando se cursaba el siglo XVIII el estado y la capacidad de las personas se regía por el domicilio; entendiéndose por éste al domicilio de origen, aunque luego las personas se trasladaren a otros lugares, ya que su estado y su capacidad se regían por las costumbres del lugar de su domicilio de origen.

Su principal exponente fue Federico Carlos Savigny a través de su concepción jurídica de los Estados. Estudia los conflictos de leyes en el espacio y llega a la conclusión de que éstas tienen imperio dentro de los límites locales. El lazo de unión de una persona con determinado derecho puede ser un territorio o su lugar de origen. El punto de partida es la relación jurídica, que trascendiendo los límites locales tiene supervivencia en lugares donde no impera la ley jurídica y la solución al conflicto tiene como fuente el derecho positivo (interno y externo), la proyección internacional y su dogma universal que manda aplicar a cada relación jurídica el derecho más acorde con su esencia.

Nuestra ley dentro del Código Civil, en su artículo 45 nos da la definición de domicilio; dicho cuerpo legal establece lo siguiente: “El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Divídase en político y civil”

Para efectos de nuestra materia el que nos interesa es el domicilio político y para ello es importante que veamos a que se refiere nuestra ley cuando habla de esta clase de domicilio:

*Artículo 46 (Código Civil).-*

“El domicilio político es relativo al territorio del Estado en general. El que lo tiene o adquiere, es o se hace miembro de la sociedad ecuatoriana, aunque conserve la calidad de extranjero. La constitución y efectos del domicilio político pertenecen al Derecho Internacional”

Con esta definición podemos advertir que el domicilio político, que es el que para efectos de nuestra materia nos interesa, es un factor de conexión, que nos sirve para dar solución a conflictos que puedan suscitarse con una persona que se halle domiciliada en un determinado país y requieran la aplicación de este elemento.

Para el domicilio civil en cambio, le corresponde el ámbito del derecho interno, en el que, cada rama del derecho se ha encargado de darle al domicilio un carácter particular, tanto así que se habla de las más variadas clases de domicilio como por ejemplo el domicilio procesal, comercial, fiscal, electoral, entre otros.

El domicilio político dentro de nuestro sistema de derecho mantiene una importancia relevante, si bien el elemento más importante es la nacionalidad, el domicilio es el que regula la cuestión relativa a la sucesión por causa de muerte, además de que muchas de las diferencias en la legislación ecuatoriana entre nacionales y extranjeros se deciden precisamente por el domicilio, como por ejemplo la situación legal que establece que para el reconocimiento de los extranjeros es necesario que se encuentren domiciliados en el país.

Existen diversos tipos de domicilio; el domicilio de origen es el que se le atribuye a las personas según el lugar de su nacimiento; el legal, en cambio, es aquel que depende de la relación que tenga un individuo con otros. También podemos hablar de una tercera clase de domicilio que es el domicilio electivo, que depende de la voluntad de las personas y que por lo mismo les permite a las mismas cambiarse de domicilio con facilidad.

También existe diferencias en cuanto al domicilio de las personas naturales y de las personas jurídicas; ya que para las personas naturales el domicilio se decide, por dos elementos fundamentales: el ánimo y la residencia física; o, por otros motivos que den lugar al domicilio legal o contractual. En el caso de las personas jurídicas se hace una doble clasificación; las personas jurídicas de derecho público, las cuales no nos interesan para motivo de esta investigación y las personas jurídicas de derecho privado, que tienen la posibilidad de tener su domicilio en varias ciudades del país.

Con respecto a este tema la doctrina mexicana, que también es parte de la misma corriente romanista a la que pertenecen Ecuador y Argentina, que son las legislaciones que estamos analizando, da la siguiente definición de domicilio, que para motivo de estudio me parece importante señalar:

El domicilio de las personas en México tiene dos elementos para perfeccionarse: el *Corpus* y el *Animus*.

El *corpus* es el lugar de residencia; y el *animus* es una situación psicológica que consiste en el deseo de la persona de arraigar en un lugar determinado para establecer su hogar, negocio, ocupación, etc.

El artículo 29 del Código Civil del Distrito Federal (CCDF) establece que el domicilio de una persona física es el lugar donde reside una persona con el ánimo de establecerse en él.

En caso de inexistencia del domicilio, se contemplara por éste, al principal asiento en que se ubiquen los negocios de la persona. Y en caso de no lograrse ésta presunción, al lugar donde la misma se haya.

En el caso de las personas morales (para nosotros personas jurídicas), se tendrá por domicilio el lugar donde se encuentre su administración.

De acuerdo al domicilio de las personas morales, éste se puede dividir en tres aspectos:

- a) El Domicilio Corporativo.- Es el lugar donde se haya la administración y que se puede coincidir con el domicilio social;
- b) El Domicilio Social o Legal.- Es el lugar donde regularmente la entidad realiza actos relativos con su objeto; y
- c) El Domicilio Voluntario o Convencional.- Es el lugar que señala para el cumplimiento de determinadas situaciones jurídicas.

En México el domicilio es determinante para fijar la nacionalidad de las personas jurídico colectivas (morales), la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) previene que para considerar a una sociedad como mexicana debe conformarse de acuerdo a las leyes mexicanas y establecer su domicilio en el territorio nacional.

En México el domicilio de los extranjeros debe registrarse en el Registro de los Extranjeros aunque se internen en calidad de migrantes.

Las controversias internacionales que surgen en razón al domicilio, se basan en el hecho de que es posible poder atribuir varios domicilios a una misma persona, o en su defecto que una persona carezca de domicilio; y que, por consiguiente haya que atribuirle uno. Todos estos conflictos con respecto al domicilio pueden ser tanto positivos como negativos; se los considera positivos cuando dos o más legislaciones atribuyen un domicilio a una persona y será negativo cuando existan legislaciones que le nieguen el domicilio al sujeto.

Para resolver todos estos problemas que pueden presentarse y, considerando al domicilio como factor de conexión se han dado varios sistemas de solución, para facilitar su aplicación y que los enumeramos a continuación:

1. Teoría de la Autonomía de la Voluntad: Esta fundamentada en el ánimo como elemento básico del domicilio, ya sea éste real o presunto de permanecer en el lugar de la residencia. Entonces, según esta teoría bastaría la simple intención de la persona para determinar su domicilio, pero no cualquier domicilio, ya que el de origen por ejemplo no puede cambiarse por más ánimo de que se trate.

2. Teoría de la Ley Nacional: Se fundamenta en que el domicilio de la persona debe estar determinado por su ley nacional, asegura que el domicilio es un atributo de la personalidad y que por lo tanto debe estar sometido necesariamente a su ley personal; teoría a todas luces errada, ya que el domicilio no es un atributo de la personalidad, sino un hecho del cual pueden surgir consecuencias jurídicas.

3. Teoría de la *Lex Fori* (Ley del Tribunal): Esta doctrina se basa en que sea la ley del tribunal la única competente para determinar si una persona tiene su domicilio en un lugar determinado o no.

4. Teoría de la *Lex Loci* (Ley del Lugar): Esta teoría sostiene que la *lex fori* solamente debe aplicarse para establecer si una persona está o no domiciliada en el país al que pertenece el tribunal que está conociendo del caso, pero para establecer si un sujeto se ha domiciliado o no en un Estado, esto no cabría.

### 1.3 LA FORMULA LOCUS REGIT ACTUM

Podemos decir que la fórmula *Locus Regit Actum* es una locución latina, que significa que “los actos jurídicos son regidos por la ley del lugar de su celebración”<sup>4</sup> En conclusión, cualquiera que fuere la nacionalidad que tengan las partes que estén celebrado el contrato y el lugar en que ha de realizarse el negocio, es la ley local la que debe determinar las formalidades extrínsecas de los actos jurídicos.

Podemos decir entonces, que esta fórmula no rige solamente dentro de los límites de un Estado determinado sino que son aplicables a otros Estados, por lo que forma parte del gran estudio que abarca el Derecho Internacional Privado. Estas teorías surgen, en un primer término en Europa entre los siglos XIII y XIV, principalmente en Italia y España.

En Italia la fórmula *locus regit actum* surge principalmente para dar valor a los testamentos, lo cual resulta obvio, ya que si un ciudadano italiano estaba residiendo en otro Estado y tenía bienes en ese Estado, si el testamento era hecho según las formalidades italianas, este no tendría validez y lo mismo ocurriría si se diera en viceversa. Luego esta teoría toma fuerza en Francia, ya que los franceses consideraron que todos los actos privados debían estar sujetos a la ley del lugar de su celebración; y así de este modo esta teoría fue siendo aceptada por el resto de países de occidente.

---

<sup>4</sup> CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental” Editorial Heliasta. Bogotá-Colombia. Pág.240

Actualmente resulta obvio advertir, que este concepto se ha visto generalizado dentro del marco del derecho Internacional Privado, ya que resulta fácil y práctico el hecho de que sea ley que este vigente en el lugar donde ha de llevarse a cabo la celebración de los actos, la que regule la forma a la que deben someterse para que adquieran plena validez jurídica. Para la aceptación de esta teoría, los doctrinarios se han fundamentado en la siguiente afirmación: resulta que en muchas ocasiones la ley del domicilio de las personas que otorgan los actos o contratos no coincide con la ley del lugar en que han de celebrarse los mismos; y, de no permitirse la aplicación de este principio, no se podría efectuar la celebración de ningún acto o contrato y por ende se estuviera afectando los derechos de los individuos.

Nuestra legislación reconoce este principio, así lo demuestra el artículo 16 del Código Civil que dice lo siguiente:

*Artículo 16:*

La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en la que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de manera que en tales instrumentos se exprese.

#### 1.4 LA FORMULA LEX REI SITAE

Esta locución latina se refiere a la “ley del lugar de la cosa”, es decir, la ley de situación de los bienes y en general, de los derechos reales. Debemos considerar por derechos reales aquellos que tiene una persona sobre una o más cosas, objetos de derecho, respecto de los cuales surjan problemas relativos a un ordenamiento jurídico que debe decidir, por ejemplo la calidad que tiene una cosa, si es un mueble o un inmueble.

Según la doctrina, de la cual su máximo expositor es Savigny, es importante que se declare como competente para resolver cual es la naturaleza de las cosas corporales el llamado “derecho de la cosa sita”, por lo que podemos afirmar, que le corresponde a la ley de la situación del bien, resolver las controversias que puedan darse.

Ahora bien, la aplicación de este principio también puede dar lugar a que surjan ciertos inconvenientes, como por ejemplo en el caso de bienes muebles, los mismos que pueden ser transportados de un lugar a otro, y hasta ser traspasados a otro territorio; entonces a raíz de esto aparece otra teoría la *Lex loci futuro*, la cual ya se ha convertido en una ley positiva para Argentina (legislación que estudiamos en el desarrollo de este trabajo) mediante el Tratado de Montevideo, que al respecto manifiesta lo siguiente:

### ***Tratado de Montevideo de 1940***

*Artículo 32:* Los bienes, cualquiera sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar en donde están situados en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles.

*Artículo 33:* Los derechos sobre créditos se reputan situados en el lugar donde la obligación de su referencia debe cumplirse. Si este lugar no pudiera determinarse al tiempo del nacimiento de tales derechos, se reputarán situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor.

Los títulos representativos de dichos derechos y trasmisibles por simple tradición, se reputan situados en el lugar en donde se encuentran.

*Artículo 34:* El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar en donde existían al tiempo de su adquisición. Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo y de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición y conservación de tales derechos.

El cambio de situación de la cosa mueble litigiosa, operado después de la promoción de la respectiva acción real, no modifica las reglas de competencia legislativa y judicial que originariamente fueron aplicables.

*Artículo 35:* Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos privan sobre los del primer adquirente.

Como podemos ver al haber aceptado la legislación argentina este tratado se resuelven muchas situaciones que podrían ocasionar un sin número de problemas, pero debemos señalar que el Ecuador no ha ratificado este tratado y por lo tanto esta situación no se encuentra regulada dentro de nuestra legislación de manera amplia y esto origina que esta situación se torne compleja, al respecto podemos citar los siguientes principios dentro del derecho positivo ecuatoriano:

#### ***Código Civil Ecuatoriano***

*Artículo 15:* Los bienes situados en el Ecuador están sujetos a las leyes ecuatorianas, aunque sus dueños sean extranjeros y residan en otra nación.

Esta disposición no limita la facultad que tiene el dueño de tales bienes para celebrar, acerca de ellos, contratos válidos en nación extranjera.

Pero los efectos de estos contratos, cuando hayan de cumplirse en el Ecuador, se arreglarán a las leyes ecuatorianas.

#### ***Código Sánchez de Bustamante***

*Artículo 105:* Los bienes, sea cual fuere su clase, están sometidos a la ley de la situación.

*Artículo 106:* Para los efectos del artículo anterior se tendrá en cuenta, respecto de los bienes muebles corporales y para los títulos representativos de créditos de cualquier clase, el lugar de su situación ordinaria o normal.

*Artículo 107:* La situación de los créditos se determina por el lugar en que deben hacerse efectivos, y, si no estuviere precisado, por el domicilio del deudor.

*Artículo 112:* Se aplicará siempre la ley territorial para distinguir entre los bienes muebles o inmuebles, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros.



*Artículo 113:* A la propia ley territorial se sujetan las demás clasificaciones jurídicas de los bienes.

Con todos estos antecedentes de derecho positivo podemos darnos cuenta que tanto Ecuador como Argentina manejan el principio *Lex rei sitae*, para resolver los conflictos que se presenten dentro de esta materia.

### 1.5 EL LUGAR DE LA COMISIÓN DEL DELITO O CUASIDELITO

En primer lugar debemos establecer qué es lo que entendemos por delito; el delito es considerado como la expresión de un hecho antijurídico y doloso o culposo, el mismo que está castigado con una pena. Según nuestra legislación, el Código Penal en su artículo 10 sostiene lo siguiente: “son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar”, y continúa el artículo 14 del mismo texto legal: “la infracción es dolosa o culposa. La infracción dolosa, es aquella en que hay el designio de causar daño (...). La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes”

Por otra parte por cuasidelito entendemos a la acción con que se causa mal a otro por descuido, imprudencia o impericia, sin intención de dañar, como podemos observar esta definición es lo que se equipara con lo que nuestra ley penal considera como infracción culposa.

El principio que trata sobre el lugar de la comisión del delito o cuasidelito, se basa fundamentalmente, en permitir que la víctima del delito o cuasidelito, o en su defecto sus sucesores, tengan acceso a la reparación del daño en forma económica por parte de la ley del lugar donde el ilícito ha sido cometido, ya que si el delincuente es juzgado por la ley de su nacionalidad a lo mejor este resarcimiento no podría darse. Además existe un principio de política criminal que establece que el delito se sancione en el lugar de la comisión, con la ley positiva que rige dentro de ese territorio.

Es importante que señalemos que esta ley no es absoluta, ya que quedan exentos de este principio los agentes consulares o diplomáticos.

#### 1.6 LA RESIDENCIA

Por residencia entendemos al domicilio, morada o habitación de una persona, también se la define como la permanencia o estancia en un lugar o país, aunque este tema ya se trató cuando hablamos del domicilio, por estar relacionado íntimamente con el mismo, igual resulta importante anotar que la residencia dentro del Derecho Internacional Privado es considerada como un punto de conexión subsidiario condicional. En defecto de un domicilio se aplica la ley de residencia. Sin embargo la legislación argentina no lo acepta; los tratados de Montevideo la desconocen. No se justifica aplicar inmediatamente en alguna controversia la ley residencial, a no ser que intervenga el orden público.

#### 1.7 LA RELIGIÓN

Aunque este elemento de conexión a simple vista no reviste una gran importancia, es necesario analizarlo aunque sea de manera breve. Actualmente en el mundo existen varios tipos de religiones, las mismas que son practicadas por miles de personas; algunas de ellas mantienen un aspecto fundamental dentro de la vida no solo social, sino política de las naciones como ocurre por ejemplo con las religiones de oriente.

Si bien es cierto, que en nuestros días la religión para todos los países que están dentro del sistema romanista ha perdido importancia, no deja de ser cierto también, que el Ecuador todavía admite pruebas de derecho canónico para fundamentar ciertos hechos, como actas bautismales o de matrimonio eclesiástico, para ordenar la inscripción de estados civiles que no han sido efectuados a tiempo.

## 1.8 LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La teoría de la autonomía de la voluntad es importante reconocerla, ya que cualquier persona por su propia voluntad puede someterse a diferentes ordenamientos jurídicos si así lo decide, esto puede darse precisamente en virtud de la posibilidad que tienen todas las personas a renunciar sus derechos. Sobre este tema nuestro derecho positivo en el Código Civil habla al respecto y sostiene lo siguiente:

*Artículo 8:* A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley.

*Artículo 11:* Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.

Por su parte el derecho positivo argentino en el artículo 19 del Código Civil presenta una regla bastante similar a la ecuatoriana:

*Artículo 19:* La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y no esté prohibida su renuncia.

## **CAPITULO II**

### **LA NACIONALIDAD COMO FACTOR DE CONEXIÓN**

Como ya hemos tenido oportunidad de observar en el capítulo anterior, cuando nos referimos a todos los elementos de conexión del Derecho Internacional Privado; la nacionalidad es el factor de conexión preponderante dentro de la legislación ecuatoriana. La nacionalidad en sentido estricto, se la entiende como: “el vínculo jurídico-político que relaciona a los individuos con un Estado determinado”. La nacionalidad es una noción jurídica, pero al mismo tiempo, es una noción de hecho que supone la pertenencia de un individuo a una comunidad.

En Derecho Internacional Privado, la nacionalidad tiene una suprema importancia para los sistemas que la adoptan como factor de conexión, ya que mediante este elemento de conexión se determina cuál es la condición jurídica de la gozan las personas; sean éstas nacionales o extranjeras. Además podemos mencionar que el factor de conexión “nacionalidad”, brinda muchas soluciones a los problemas que pueden presentarse dentro de la rama del Derecho Internacional Privado y más aún en el Ecuador, ya que la nacionalidad rige las cuestiones referentes a la capacidad de las personas, su estado civil y en general, a todo lo relacionado a los derechos de familia.

#### **2.1 LA NACIONALIDAD COMO FACTOR DE CONEXIÓN EN EL DERECHO ECUATORIANO**

Dentro de la legislación ecuatoriana, la nacionalidad como factor de conexión se ha visto incorporada por el texto que al respecto de este tema nos muestra el Título Preliminar del Código Civil, que en su artículo 14 dice:

*Artículo 14:* Los ecuatorianos, aunque residan o se hallen domiciliados en lugar extraño, están sujetos a las leyes de su patria:

1°. En todo lo relativo al estado de las personas y a la capacidad que tienen para ejecutar ciertos actos, con tal que éstos deban verificarse en el Ecuador; y,

2°. En los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de su cónyuge y parientes ecuatorianos.

Hasta antes de la vigencia de la actual Constitución Política de la República, la nacionalidad como factor de conexión dentro del Derecho Internacional Privado no presentaba ningún problema, más bien con el texto del Código Civil que hemos citado no quedaba duda que la nacionalidad podía resolver los problemas que se presentaran en cuanto a la condición jurídica de los extranjeros, o los problemas que se diesen en cuanto a la capacidad, estado civil y derechos de familia de los nacionales. Pero, el 3 de Abril de 1997, en el Registro Oficial N° 38, se publicó el Decreto Ejecutivo N° 201, expedido por el entonces Presidente de la República; por medio de este decreto se llamó a todos los ciudadanos a una consulta popular, que incluía entre las preguntas a las que debían responder, si procedía o no convocar a una Asamblea Nacional con el fin de que se reforme el texto de la Constitución. Como la consulta resultó en forma positiva, se convocó a las elecciones correspondientes para elegir a los miembros que conformarían la Asamblea.

Luego de varios días de reuniones y debates los miembros de la Asamblea decidieron incorporar la noción de ciudadanía que tiene el sistema norteamericano, dejando de lado el principio de la nacionalidad que es el que había regido en el Ecuador desde su fundación como República.

La Constitución Política vigente a partir del 11 de agosto de 1998 dentro de las disposiciones transitorias, creo una modificación a éstos principios que son los que habían regido hasta la fecha, y establece:

### *Disposiciones Transitorias*

*De los habitantes. Primera.-* Cuando las leyes o convenciones internacionales vigentes se refieran a “nacionalidad”, se leerá “ciudadanía”, y cuando las leyes se refieran a “derechos de ciudadanía”, se leerá “derechos políticos”

A raíz de esta disposición surgen un sinnúmero de observaciones no solo en cuanto al Derecho Internacional Privado, sino también a la interpretación del contexto de la ley, ya que si lo analizamos con una lógica bastante elemental es imposible que leamos ciudadanía donde esta escrito nacionalidad. Si bien es cierto, algunas disposiciones legales resultan incompletas, sin embargo existen otros preceptos legales que nos hablan de la interpretación de ley, para poder, de esta forma, aclarar las lagunas o los vacíos de ley que pueden surgir de ciertos preceptos. Al respecto nuestro Código Civil en su artículo 18 dispone lo siguiente:

*Artículo 18:* Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos se juzgarán atendiendo a las reglas siguientes:

1°. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desentenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento;

2°. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

3°. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les es propio en la ciencia o arte que profesan esa ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

4°. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto; (...)

Como podemos darnos cuenta la disposición transitoria, -que en realidad no lo es porque por transitorio se entiende algo temporal, momentáneo, breve y no definitivo como ha quedado el texto constitucional- de la Constitución Política hace imposible cualquier tipo de interpretación ya que, si se analiza el precepto legal no se pueden entender las palabras de esa ley en su sentido natural y obvio, y menos aún el contexto de la ley ilustra el sentido de la misma con correspondencia y armonía.

Esta disposición a dado lugar a problemas de diversos tipos como los que el Doctor Hernán Coello García en su texto “Derecho Internacional Privado” nos hace notar.

En primer lugar podemos decir que la disposición transitoria viola la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la misma que resulta obligatoria para todos los Estados civilizados, que en su artículo 15 proclama los siguientes principios:

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad
2. A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad.

Dentro del término nacionalidad, podemos decir que se encuentran contemplados los elementos relacionados con la raza, la geografía, la lengua, la religión, las costumbres, maneras de pensar y de actuar que diferencian un Estado de otro.

En cuanto a la ciudadanía podemos decir que dicho término debe utilizarse para designar la condición de ciudadano, es decir, el individuo sujeto de relaciones jurídicas y políticas dentro de un Estado de derecho; este concepto es propio del Derecho Político e implica la participación activa en el poder del Estado; en cuanto se participa en la función política y se ejercitan los derechos políticos; la ciudadanía solo cabe en cuanto a las personas naturales, mientras que la expresión nacionalidad pertenece al Derecho Internacional Privado y supone un vínculo público respecto de una persona natural y por analogía de una persona jurídica, es una condición jurídica que otorga derechos e impone deberes, y que hace a los nacionales de un Estado beneficiarios de ciertas garantías particulares.

En la legislación ecuatoriana la nacionalidad -como ya lo hemos dicho- es un factor de conexión, que vincula un problema de derecho en el que interviene un elemento extranjero, con un derecho determinado; aplica tanto para las personas naturales como para las personas jurídicas; y, parte de su sustento legal se encuentra dentro del

Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante; al cual se sujeta el derecho ecuatoriano.

*Código Sánchez de Bustamante Artículo 7:* Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior.

En este caso la legislación interior del Ecuador, escoge como factor de conexión principal a la nacionalidad, en lo que tiene que ver con la capacidad, estado civil y derechos de familia. Para otros casos como por ejemplo en el caso del derecho sucesorio se aplica en ciertos casos la ley del domicilio como elemento de conexión para la resolución de conflictos.

*Artículo 274:* La nacionalidad de las naves se prueba por la patente de navegación y la certificación del registro, y tiene el pabellón como signo distintivo aparente.

Este artículo trata de la nacionalidad de ciertos bienes, tema que resulta importante porque con este caso podemos observar que no sólo las personas naturales o las personas jurídicas tienen acceso a una nacionalidad.

#### *Código Civil*

*Artículo 14:* Los ecuatorianos, aunque residan o se hallen domiciliados en lugar extraño, están sujetos a las leyes de su patria:

1°. En todo lo relativo al estado de las personas y a la capacidad que tienen para ejecutar ciertos actos, con tal que éstos deban verificarse en el Ecuador; y,

2°. En los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de su cónyuge y parientes ecuatorianos.

#### *Constitución Política*

*Artículo 15:* Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir, a ningún título, con fines de explotación económica, tierras o concesiones en zonas de seguridad nacional.



Con este precepto que contempla nuestra Carta Magna queremos demostrar como la Constitución mediante la aplicación del elemento nacionalidad distingue la condición jurídica de los nacionales y extranjeros; y vemos, como por razones obvias, en este artículo se plasma tal diferencia entre personas nacionales o extranjeras.

Todos los principios que están expuestos en estas disposiciones legales nos demuestran que la nacionalidad tiene una importancia relevante dentro de nuestra legislación en cuanto tiene que ver tanto con el Derecho interno como con el Derecho Internacional Privado, que es el tema que nos ocupa, y que por lo mismo no podemos leer ciudadanía donde diga nacionalidad; ya que además de ser físicamente imposible, resulta jurídicamente inaceptable.

## 2.2 LA NACIONALIDAD EN LO REFERENTE A:

### 2.2.1 CAPACIDAD, ESTADO CIVIL Y DERECHOS DE FAMILIA

Como fundamento principal a este tema esta al artículo 14 del Título preliminar del Código Civil al que ya nos hemos referido; además existen varios preceptos legales de nuestras leyes que resultan procedentes para dejar aún más claro este tema; veamos:

*Artículo 41:* Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Divídanse en ecuatorianos y extranjeros.

*Artículo 43:* La ley no reconoce diferencia entre el ecuatoriano y el extranjero, en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código.

Una de las instituciones más importantes en lo se refiere al estado civil de las personas es el matrimonio, y al respecto nuestro Código Civil instituye lo siguiente:

*Artículo 91:* El matrimonio celebrado en nación extranjera, en conformidad a las leyes de la misma nación o a las leyes ecuatorianas, surtirá en el Ecuador los mismos efectos civiles que si se hubiese celebrado en territorio ecuatoriano.

Pero si la autoridad competente ha declarado la insubsistencia o nulidad de un matrimonio celebrado en nación extranjera, se respetarán los efectos de esa declaratoria.

Sin embargo si un ecuatoriano o ecuatoriana contrajere matrimonio en nación extranjera de algún modo a las leyes ecuatorianas, la contravención surtirá en el Ecuador los mismos efectos que si se hubiere cometido en esta República.

*Artículo 92:* El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo lugar, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes ecuatorianas, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse en el Ecuador, mientras no se disolviera válidamente el matrimonio en esta República.

*Artículo 93:* El matrimonio que, según las leyes del lugar en que se contrajo, pudiera disolverse en él, no podrá sin embargo disolverse en el Ecuador sino de conformidad a las leyes ecuatorianas.

Como podemos observar en cuanto se refiere al estado civil de las personas, éstas se rigen por su ley nacional y este caso esa ley, para efecto de este tema resulta la ley de la nacionalidad.

### 2.2.2 LA SITUACION DE LOS BIENES

*Artículo 15:* Los bienes situados en el Ecuador están sujetos a las leyes ecuatorianas, aunque sus dueños sean extranjeros y residan en otra nación.

Esta disposición no limita la facultad que tiene el dueño de tales bienes para celebrara acerca de ellos, contratos válidos en nación extranjera.

Para los efectos de los contratos cuando hayan de cumplirse en el Ecuador, se arreglarán a las leyes ecuatorianas.

En el caso de la situación de los bienes no interviene el elemento de conexión nacionalidad, sino que cómo podemos observar mediante este artículo es la ley del domicilio la que rige, lo cual resulta lógico ya que si un bien esta situado dentro del país debe regirse según sus leyes para efectos de poder resolver cualquier asunto que sobre ellos se presente; y, si ha de realizarse acerca de ellos contratos en otra nación, para que éstos adquieran plena validez legal deben sujetarse a las leyes ecuatorianas, caso contrario no tendría sentido.

### 2.2.3 LA FORMA EXTERNA DE LOS ACTOS

En cuanto a la forma externa de los actos podemos decir, que para que todos los actos y contratos celebrado dentro de un determinado Estado adquieran validez jurídica y legal, es necesario que éstos se hayan regido en base a las leyes del país donde se celebró. Este principio se ha generalizado alrededor del mundo, lo cual además de ser necesario resulta lógico; ya que no tendría ningún sentido el hecho de que se celebrara un acto o contrato sujetándose a las leyes de otro Estado porque ni las mismas autoridades que deben darle validez podrán hacerlo.

Con respecto a este tema el artículo 16 del título Preliminar del Código civil que rige para todas las demás leyes, manifiesta lo siguiente:

*Artículo 16:* La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese.

#### 2.2.4 DERECHO SUCESORIO Y LA FORMA DE OTORGAR TESTAMENTO

En lo que tiene que ver con el Derecho Sucesorio, podemos decir que la legislación ecuatoriana ha adoptado el sistema universal que considera que la ley que mejor que se aplica a este asunto es la ley del domicilio, más bien la de su último domicilio, veamos que preceptos tratan el asunto:

En la codificación declarada “vigente” por la Comisión de Legislación y Codificación el artículo 1019 del Código Civil establece lo siguiente:

*Artículo 1019:* La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte, en su último domicilio, salvo los casos expresamente exceptuados.

La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre, salvo las excepciones legales.

*Artículo 1069:* La apertura y publicación del testamento se harán ante el juez del último domicilio del testador, sin perjuicio de las excepciones que a este respecto establezcan las leyes.

*Artículo 1087:* Valdrá en el Ecuador el testamento escrito, otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere constar su conformidad a las leyes del País donde se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo, en la forma ordinaria.

*Artículo 1088:* Valdrá, así mismo, en el Ecuador el testamento otorgado en país extranjero, con tal que concurran los requisitos que van a expresarse:

1. No podrá testar de este modo sino un ecuatoriano, o un extranjero que tenga domicilio en el Ecuador;
2. No podrán autorizar este testamento sino un agente diplomático, un secretario de legación que tenga título de tal, expedido por el Presidente de la República, o un cónsul que tenga patente del mismo; pero no un vicecónsul. Se hará mención expresa del cargo, y de los referidos título y patente.

3. Los testigos serán ecuatorianos, o extranjeros domiciliados en la ciudad donde se otorgue el testamento;
4. Se observarán en lo demás, las reglas del testamento solemne otorgado en el Ecuador; y,
5. El instrumento llevará el sello de la legación o consulado.

### **CAPITULO III**

#### **EL DOMICILIO COMO FACTOR DE CONEXIÓN**

Antes de entrar de lleno al tema del que vamos a ocuparnos en este capítulo es importante que analicemos, aunque de manera sucinta, la forma como la legislación argentina considera a los elementos de conexión, y además cuáles son las fuentes de su ordenamiento jurídico internacional; es decir, las leyes en las que se fundamentan para aplicar los principios de Derecho Internacional, para luego analizar propiamente lo que tiene relación con el domicilio, que es el factor de conexión que predomina en su sistema legal.

#### **Puntos de conexión y lo conectado**

Clasificación de los puntos de conexión: el "punto de conexión" es el concepto que en la consecuencia jurídica de la norma de conflicto, elige y determina el derecho aplicable al supuesto contemplado en su tipo legal.

Se pueden elegir puntos donde intervenga la autonomía de la voluntad como en el caso de los contratos internacionales comerciales y otros casos en los que no intervenga esta autonomía como por ejemplo: Se declara aplicable a la validez del contrato obligatoriamente el derecho del lugar de celebración.

Los puntos de conexión pueden ser personales, es decir, aquellos que contemplan cualidades abstractas de los hombres como son: la nacionalidad, el domicilio, la residencia. Otros puntos de conexión en cambio, se refieren a los objetos como la situación del inmueble y del mueble, el lugar de matriculación de un buque o una aeronave, un automotor y todo lo concerniente a la propiedad intelectual. Otros puntos se enfocan a los sucesos, es decir, al lugar de celebración o cumplimiento de un contrato, al puerto de salida o destino o partes referentes al derecho aplicable de un contrato.

Puntos de conexión adicional: El artículo 90 del Código Civil Argentino declara aplicable el derecho del domicilio y no existiendo domicilio el de residencia; o se declara aplicable el derecho elegido por las partes (autonomía) y no habiendo elegido las partes ninguno, el derecho del lugar de cumplimiento del contrato. En este caso la teoría de la lex fori, se entiende como la ley del país en donde el juez que ha de conocer de la controversia ejerce su jurisdicción.

La nacionalidad: El domicilio como punto de conexión personal es preferido dentro de legislación argentina antes que la nacionalidad. Sin embargo, la nacionalidad figura como punto de conexión en materia de forma testamentaria en personas visibles, siendo punto de conexión alternativa, corresponde la elección a la autonomía del testador. En el Tratado de Montevideo, la nacionalidad no es considerada nunca punto de conexión. Aunque el principio del domicilio es superior al de nacionalidad en ciertos países de América y dentro de los países anglosajones, no ocurre lo mismo en Europa. Según el derecho argentino la teoría de la nacionalidad resulta antifuncional para el Derecho Internacional Privado.

En el caso de las personas jurídicas, y según lo establece el derecho positivo de la Nación Argentina, una persona jurídica tiene la nacionalidad de aquellas personas visibles que controlan a dicha persona jurídica. La Constitución Nacional establece el fuero federal para los juicios en los cuales extranjeros comparecen como demandantes o demandados.

A los efectos del fuero federal son extranjeras las sociedades anónimas constituidas en el extranjero para ejercer su principal comercio en la Argentina si no han levantado la mayor parte de sus capitales en este país, ni tienen en el mismo su directorio central. La nacionalidad de las sociedades anónimas constituidas en el extranjero se determina por la ley del lugar de su creación, con independencia de la nacionalidad de sus componentes (lugar de celebración del contrato social).

El domicilio: punto de conexión principal dentro del Tratado Montevideo y el derecho interno argentino. Rige en lo que se refiere a la capacidad de las personas, a las sociedades comerciales, en lo que tiene que ver con su existencia y capacidad por el país que las reconoció como tales; sobre bienes muebles sin situación permanente y sobre asuntos sucesorios.

La calificación del concepto de domicilio se hace conforme al derecho civil argentino.

Las personas jurídicas tienen su domicilio en el asiento principal de sus negocios. Las sucursales tienen sus propios domicilios, es decir el lugar donde funcionan dichas sucursales.

La patria potestad se rige por el domicilio del padre. Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes legales. En el Tratado de Montevideo de 1940 el representante legal tiene su domicilio en el lugar de representación. La patria potestad en lo que se refiere a su aspecto personal y patrimonial se rige por el domicilio del titular y la tutela por la ley del domicilio del incapaz.

Residencia: Es el punto de conexión subsidiario condicional con el que cuenta el domicilio; en defecto de un domicilio se aplica la ley de residencia. Es importante señalar que los Tratados de Montevideo desconocen a la residencia como factor de conexión para el Derecho Internacional Privado. Sobre este tema se han dado una gran variedad de opiniones doctrinarias que sostienen, entre otras cosas, que no se justifica aplicar inmediatamente en alguna controversia la ley residencial, a no ser que intervenga el orden público.

Ahora bien, para entender a cabalidad todo lo relativo a la residencia, es necesario que hagamos un paréntesis para analizar qué es lo que la ley argentina entiende cuando se refiere al orden público.

La extraterritorialidad del derecho privado extranjero significa que en la Argentina resulta aplicable en ciertos casos, el derecho privado de otros países, y que está condicionada por la compatibilidad de aquel con el orden público de la Nación.

El concepto del orden público. Supone dos circunstancias:

1. Una diversidad ideológica dentro de la comunidad de pueblos que aplican mutuamente sus respectivos derechos; y,
2. El reconocimiento de una obligación jurídica de aplicar derecho extranjero.

La imitación del uso jurídico extranjero conectado por la norma de conflicto Argentina no es incondicional. Los jueces argentinos lo imitan a condición de que respete el "espíritu de la legislación" del país. Los Principios del Derecho argentino actúan como cláusula de reserva frente a las soluciones del derecho extranjero. Las cuestiones formales no ofenden a su orden público. Si los principios son afectados; es decir, si la aplicación de un derecho extranjero afectase un principio Constitucional argentino, infringiría la cláusula de reserva del Derecho Internacional Privado argentino.

Son principios generales comunes al Derecho público y privado que forman parte del derecho interno: los conceptos jurídico-valorativos de moral, buenas costumbres, tolerancia de cultos, reconocimiento injurioso para los derechos, intereses o conveniencias del Estado o de sus habitantes. Si algún derecho extranjero fuera en contra de cualquiera de éstos principio, dicho derecho extranjero no se aplicará, y se optará por la inmediata sustitución del derecho privado argentino.

Conexión de la cosa mueble e inmueble: La situación de los bienes es considerada como punto de conexión dentro del Tratado de Montevideo, que como ya hemos señalado es la norma positiva de mayor importancia dentro del Derecho Internacional Privado que se aplica en la Nación Argentina.



Dentro de la conexión de la cosa mueble e inmueble, se trata lo referente a los problemas sucesorios, en caso de existir controversia con respecto a estas dos clases de bienes, ésta se resuelve por el derecho de su situación; lo mismo aplica para buques y aeronaves del país en donde hayan sido matriculadas.

Autonomía de las partes: Dentro del Derecho Privado interno se conoce a la autonomía de las partes, como aquella que abarca el derecho a celebrar contratos, así como el derecho a sustituir normas subsidiarias o dispositivas por estipulaciones propias, pero siempre han de respetarse las normas imperativas o coactivas que formen parte del derecho positivo del Estado. La autonomía conflictual es el derecho de las partes a elegir por declaración propia el derecho aplicable al contrato.

La celebración del contrato: El lugar en que ha de celebrarse el contrato aparece dentro del Tratado de Montevideo como punto de conexión principal, aunque también puede ser considerado como subsidiario según se presenten las circunstancias. El artículo 36 del Tratado Derecho Civil Internacional de 1940, habla sobre la celebración del contrato entre personas presentes y dice: "la ley que rige los actos jurídicos decide sobre la calidad del documento correspondiente. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde se celebran u otorgan (...)"; lo cual resulta lógico, es decir, los derechos deben ser coincidentes para que el contrato adquiera plena validez jurídica, tanto los que deben imponer la forma en la que ha de realizarse el contrato, como el derecho que debe decidir si la forma en que se lo realizó cumple con las exigencias impuestas para el caso.

Entre ausentes, el problema ya no es el de la forma del contrato, sino más bien el de su validez. Y es la ley del lugar en donde los contratos deben cumplirse la que rige su existencia, su naturaleza, su validez, sus efectos, sus consecuencias y su ejecución.

Un contrato sólo es entre ausentes cuando las partes están en diferentes países. Los tratados dicen que el derecho del país del que partió la oferta aceptada determinará dónde el contrato se perfecciona. Si este país fuera Argentina, el contrato se perfecciona en el país desde el cual se remite la aceptación.

Pero el Código Civil argentino elude el problema y recurre a la ley que le resulta más favorable, la misma que considera que, en cuanto a la forma y para la validez de los contratos se debe aplicar la ley que rija dentro de cada lugar de ejecución.

La validez intrínseca de los contratos no se debe regir por la ley del lugar de celebración. Un contrato tiene su sede en el país de su ejecución, es la ley del país donde ha de ejecutarse el contrato la que debe imperar sobre su validez intrínseca y sus efectos. Cuando no se tenga un lugar de ejecución determinado, se recurrirá al lugar de celebración.

La ejecución del contrato: En los Tratados de Derecho Civil. Internacional, los contratos se rigen, en todos sus aspectos; en principio, por la ley del lugar de su cumplimiento; no se nombra a la autonomía de las partes. Si los contratos se clasifican según recaigan sobre cosas ciertas e individuales, o sobre prestaciones de servicios; entonces el lugar de ejecución se establece o donde están dichas cosas, o en el país donde el deudor se domicilia al tiempo de celebración del contrato. Considerándose la situación o el domicilio como lugar de cumplimiento del contrato.

Según el Tratado de Montevideo de 1940 (para ausentes) se someten todas las cuestiones de validez y efectos a la ley del lugar desde el cual partió la oferta aceptada. Esto no indica el momento de la perfección del acuerdo, mientras que luego todos los problemas, inclusive el de validez de la celebración, se sometan a la ley del domicilio o situación de los bienes.

Los contratos de tracto sucesivo deben regirse en cuanto a su validez por el derecho del país donde se celebran. En cuanto a su efecto y consecuencia por el derecho del país donde se ejecutan, como por ejemplo el contrato de trabajo, o el matrimonio.

Lugar de perpetración del acto ilícito: Según los tratados internacionales los hechos considerados como ilícitos se rigen por la ley del lugar en donde se produjo el hecho ilícito. Los hechos serán justiciables por las autoridades del Estado donde se produjeron los efectos. Si el hecho surte efecto en varios Estados, todos tienen derecho a juzgarlos, pero prevalecerá el Estado en el cual se capture al delincuente. Si el individuo que cometió el acto ilícito se encuentra en otro Estado, prevalece la ley del país que tenga la prioridad en el pedido de extradición.

Lo conectado: Cuando se habla en derecho argentino de “lo conectado” debemos entender que se está relacionando el hecho no solo con el país del derecho aplicable para el caso, sino con un determinado lugar de él. El factor de conexión domicilio lo lleva hacia un derecho regional, el elemento nacionalidad en cambio, no se considera como de resolución regional. Luego hay que calificar el caso (los conceptos) y atribuirles respeto, este respeto del que habla la legislación argentina consiste en darle al caso que se está ventilando, un tratamiento igual al que se le daría en el país al que hemos adjudicado el caso.

### **Fuentes del Ordenamiento Normativo Jusprivatista Internacional**

Existen varias clases de fuentes, primero están las Reales que son aquellas que se fundamentan en el conocimiento directo de las normas; a su vez éstas presentan otro tipo: las Fuentes de Conocimiento de las normas, esto en lo que concierne al conocimiento de las leyes de derecho privado. Luego se encuentran las Fuentes Materiales; aquellas en que la descripción de la norma no está hecha; también aparecen dentro de esta clasificación las Fuentes Formales, las que nos presentan una auto descripción de las normas; y los Tratados adicionalmente son Fuentes de Constancia de las normas junto con la ley y la costumbre.

Normas de fuente nacional: las normas de conflicto argentinas oriundas del derecho interno se hallan en el Código Civil, la Ley de Propiedad Intelectual, el Código Aeronáutico, la Ley sobre adopción, la Ley de Sociedades Comerciales, la Ley de Entidades de Seguros, y la Ley sobre navegación.

#### Normas de fuente internacional:

**Tratados**: Convenios de Montevideo, con antecedente en el Congreso de Lima de 1879, que elaboró convenciones basadas en el principio de la nacionalidad (no ratificadas).

Entre Argentina, Bolivia, Colombia y Perú rigen los tratados de Montevideo de 1889 sobre derecho civil, comercial, penal, procesal, propiedad literaria y artística, patentes de invención, marcas de comercio y fábrica y ejercicio de profesiones liberales.

Desde el 25 de agosto de 1888 al 18 febrero 1889 se elaboraron en Montevideo ocho convenios y un protocolo adicional. Los ocho convenios pueden agruparse en dos secciones:

1. Contratos o convenios fundamentalmente referentes al Derecho Civil, al derecho comercial, al derecho penal y al derecho procesal.
2. Se ocupa de propiedades especiales, literarias y artísticas, patentes de invención y marcas de comercio y de fábrica; y, al ejercicio de profesiones liberales. Argentina lo ratificó en 1894.

Los tratados de Montevideo unifican el Derecho Internacional Privado, sin embargo, son tratados comunes pero no universales. Se aplican exclusivamente por los países para los que se rigen. En 1939, se realiza el segundo Congreso de Montevideo, se firmaron convenios homónimos a los anteriores, pero rigen para Argentina, Paraguay y Uruguay, bifurcándose el tratado de derecho comercial en uno comercial terrestre internacional y otro de navegación internacional y segregándose del antiguo tratado de derecho penal uno referente al asilo.

En total se llega a ocho tratados nuevos y se protocoliza uno adicional. Algunos países no ratificaron los segundos, y en relación entre los países miembros, para unos rigen los tratados de 1889 y para otros los de 1940.

Otra de las normas de fuente internacional es el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial y convenio de Berna para protección de obras literarias, convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional.

Estos tratados contienen normas de conflicto uniformes basadas en el método de elección internacional (Montevideo). Sólo los aplican las autoridades de los países en que están vigentes y únicamente a los casos multinacionales conectados a los territorios de esos países. Los demás tienen normas materiales.

### 3.1 EL DOMICILIO COMO FACTOR DE CONEXIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

La definición del domicilio esta regida por la ley Argentina conforme al principio general según el cual la calificación de los puntos de conexión de las normas de conflicto se rige por *lex fori*. Aunque el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 califica el domicilio de una persona física como el lugar de residencia habitual, es importante señalar que el Tratado de 1889 lo hacia simplemente por el derecho del lugar de residencia en ese momento determinado. Si la persona sale del país sin previo aviso se le regirá por el domicilio de origen; si tuviera la persona una situación ambulante, se le consideraría como domicilio al lugar de la residencia, si tiene ánimo de constituir un nuevo domicilio, prevalece el último domicilio, pues no se pierde el domicilio hasta que no constituya uno nuevo.

El domicilio de origen se aplica únicamente en última instancia si no se pueden aplicar los demás. Si el último domicilio no es conocido se aplica la residencia; y, si ésta no se encuentra, se aplica el domicilio de origen, entendiéndolo como aquel domicilio legal del hijo el día de su nacimiento. Según la ley positiva el último domicilio conocido prevalece ante el nuevo domicilio desconocido, sin embargo en el tratado de 1940, el cambio de domicilio no contiene como recurso al domicilio de origen; y sobre el tema sólo establece lo siguiente:

*Artículo 11:* En caso de cambio de domicilio, el ánimo resultará, salvo prueba en contrario, de la declaración que el residente haga ante la autoridad local del lugar donde llega; y, en su defecto, de las circunstancias del cambio.

Hay una orientación material hacia el derecho más favorable a la capacidad. Si la ley Argentina considera mayor de edad a la persona cuando siempre ha residido en el país, la considera capaz entonces, de radicar su domicilio real por actos propios desestimando la incapacidad del derecho que otorga el domicilio anterior. Se trata de aplicar el derecho más favorable. Y en el artículo 139 del Código Civil, un mayor o menor emancipado según el derecho de su domicilio anterior, sigue siéndolo aunque las leyes argentinas no lo juzguen así, pues no deja de serlo al transitar o residir en la república; ocurre lo mismo en cuanto al cambio de domicilio.

El derecho domiciliario rige la personalidad en general. Ese derecho determina el momento exacto en que comienza la personalidad y la situación del concebido en el vientre. También rige el nombre de la persona, aunque la *lex fori* argentina puede poner ciertas normas de control.

### 3.2 EL DOMICILIO EN LO REFERENTE A:

#### 3.2.1 CAPACIDAD, ESTADO CIVIL Y DERECHOS DE FAMILIA

La capacidad jurídica o de derecho no va siempre acompañada por la capacidad de hecho, que consiste en la capacidad que tiene una persona de ejercer sus derechos y de cumplir sus obligaciones por actos propios. No hay dudas en torno al derecho aplicable a la capacidad e incapacidad de hecho: es el derecho del domicilio de la persona como lo demuestra el Código Civil en sus artículos 6, 7 y 948.

*Artículo 6:* La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras, será juzgada por las leyes de este Código, aún cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero.

*Artículo 7:* La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República.

Tanto la capacidad como la incapacidad de hecho están regidas por la ley domiciliaria, como lo demuestra el artículo 949, que dice: “La capacidad o incapacidad de derecho, el objeto del acto y los vicios sustanciales que pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las leyes de este Código”; esta norma de aplicación exclusiva está fundada en la protección del orden público internacional.

Para el derecho argentino la capacidad civil de derecho es el grado de aptitud de cada clase de personas para adquirir derechos, o ejercer actos por sí o por otros, que no le sean prohibidos. Las personas a quienes se les prohíbe la adquisición de ciertos derechos, o el ejercicio de ciertos actos, son a los que la ley considera como incapaces de derecho. Dentro de la legislación argentina no se habla de capacidad civil según se trate de personas nacionales o extranjeras, ya que no existe diferencia entre nacionales o extranjeros para el goce y ejercicio de los derechos civiles; este artículo se refiere a aquellas personas que estén declaradas incapaces de ejercer actos jurídicos, sometidas a la *lex fori* argentina exclusivamente.

*Artículo 948:* La validez o nulidad de los actos jurídicos entre vivos o de las disposiciones de última voluntad, respecto a la capacidad o incapacidad de los agentes, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio

Presunción de fallecimiento: la ausencia esta vinculada a la personalidad y se la juzgará por el derecho del último domicilio del causante. El juez del último domicilio argentino del presunto fallecido tiene jurisdicción internacional exclusiva para declarar la presunción de fallecimiento. Si el ausente posee bienes en Argentina., los tratados nacionales también tienen jurisdicción internacional concurrente. En cuanto a los efectos de ausencia, se carece de norma dentro del Código Civil, pero en el Tratado de Montevideo de 1940, que puede usarse por analogía, el artículo 12 establece que los efectos de la declaración de ausencia respecto de los bienes del ausente son determinados por la ley del lugar de la situación de los bienes (calificación de bienes como propiedad). El artículo 12 dice también que las relaciones personales resultan afectadas por la muerte presunta según el derecho de cada relación. Así por ejemplo, los efectos de la muerte sobre un contrato quedan determinados por la *lex contractus*, sobre sociedades se aplica la *lex societatis*, sobre el matrimonio, la ley que rige disolución del vínculo matrimonial; sobre la herencia, la ley que rige la sucesión.

### Personas Jurídicas:

La legislación argentina, dentro del Código Civil define a las personas jurídicas de la siguiente manera:

*Artículo 33:* Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado.

Tienen carácter público:

1° El Estado nacional, las provincias y los municipios.

2° Las entidades autárquicas.

3° La iglesia Católica.

Tienen carácter privado:

1° Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar.

2° Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar.

*Artículo 34:* Son también personas jurídicas los Estados extranjeros, cada una de sus provincias o municipios, los establecimientos, corporaciones, o asociaciones existentes en países extranjeros, y que existieren en ellos con iguales condiciones que los del artículo anterior.

*Artículo 46:* Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles o religiosas, según el fin de su instituto. Son sujetos de derecho, siempre que la constitución y designación de autoridades se acredite por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público. De lo contrario, todos los miembros fundadores de la asociación y sus administradores asumen responsabilidad solidaria por los actos de ésta. Supletoriamente regirán a las asociaciones a que este artículo se refiere las normas de la sociedad civil.



Es importante que señalemos, que luego de haber analizado el texto de la ley que se refiere al tema de las personas jurídicas, podemos darnos cuenta que existe una laguna legal en cuanto al Derecho Internacional Privado de fuente interna respecto de la elección del derecho aplicable a la existencia y capacidad de las personas jurídicas en general; por lo que resulta necesario recurrir a una posible aplicación análoga fundamentándonos en el texto que respecto de este tema nos dice el artículo 16 del Código Civil: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”. En este caso podemos decir entonces que la existencia y capacidad de personas jurídicas debe estar regida por el domicilio. *Artículo 44:* Las personas jurídicas nacionales o extranjeras, tienen su domicilio en el lugar en que se hallaren, o donde funcionen sus direcciones o administraciones principales, no siendo el caso de competencia especial.

Se ha de entender por domicilio al lugar en donde se gobierna la persona jurídica (no el domicilio donde se emitió el estatuto). Entonces el reconocimiento extraterritorialidad de las personas jurídicas es concedido sobre la base de su domicilio.

El Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1889 somete la existencia y capacidad de personas jurídicas a la ley del país en el cual ha sido constituida y reconocida como tal. Pero el Tratado de 1940 elige el derecho del domicilio definido como asiento principal de los negocios, sería entonces, el lugar en el cual se dirige y decide dichos negocios de la persona jurídica (no ejecución y celebración del negocio, pues se dispersaría el derecho). El gobierno de los negocios esta en su sede o administración centrales.

Esta ley personal rige la existencia y capacidad como los aspectos atinentes a sus funciones, las relaciones entre las personas jurídicas y sus miembros y la disciplina interna; también rige la extinción.

No obstante lo dicho, si bien es verdad que según los preceptos anteriores podría encontrarse un vacío en la ley, se debe advertir que la República Argentina cuando ratificó la Convención y el Código Sánchez de Bustamante hizo presente que respeta la vigencia de los Tratados de Montevideo; que no acepta ninguno de los principios que modifiquen la ley del domicilio y que, en consecuencia debe aplicar para el régimen de las personas jurídicas la regulación que consta en los artículos 31, 32, 33, 34 y 35 del Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante.

*Artículo 31:* Cada Estado contratante, en su carácter de persona jurídica, tiene capacidad para adquirir y ejercitar derechos civiles y contraer obligaciones de igual clase en el territorio de los demás, sin otras restricciones que las establecidas expresamente por el derecho local.

*Artículo 32:* El concepto y reconocimiento de las personas jurídicas se regirán por la ley territorial.

*Artículo 33:* Salvo las restricciones establecidas en los dos artículos anteriores, la capacidad civil de las corporaciones se rige por la ley que las hubiere creado o reconocido; la de las fundaciones, por las reglas de su institución aprobadas por la autoridad correspondiente, si lo exigiere su derecho nacional, y la de las asociaciones por sus estatutos, en iguales condiciones.

*Artículo 34:* Con iguales restricciones, la capacidad civil de las sociedades civiles, mercantiles o industriales, se rige por las disposiciones relativas al contrato de sociedad.

*Artículo 35:* La ley local se aplica para atribuir los bienes de las personas jurídicas que dejan de existir, si el caso no está previsto de otro modo en sus estatutos, cláusulas fundacionales, o en el derecho vigente respecto de las sociedades.

En cuanto al Estado Civil de las personas es importante que tratemos el tema del matrimonio, ya que es la principal institución en cuanto al tema que nos ocupa.

Dentro del sistema de Derecho Internacional Privado argentino, el tema del matrimonio aparece materialmente orientado y esta orientación material esta dada por el derecho civil argentino.

*Artículo 159:* Las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio se rigen por el derecho del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen.

Sin embargo, no se reconocerá ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si mediaren algunos de los impedimentos de los incisos 1, 2, 3, 4, 6 ó 7 del artículo 166

*Artículo 166:* Son impedimentos para contraer el matrimonio:

1. La consaguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación;
2. La consaguinidad entre hermanos o medios hermanos;
3. El vínculo derivado de la adopción plena, en los mismos casos de los incisos 1, 2 y 4.
4. El derivado de la adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada;
4. La afinidad en línea recta en todos los grados;
5. Tener la mujer menos de dieciséis años y el hombre menos de dieciocho años;
6. El matrimonio anterior, mientras subsista;
7. Haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges;
8. La privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere;
9. La sordomudez cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera

En referencia a estas causales rige la ley Argentina y el matrimonio es inválido en jurisdicción argentina aunque sea válido según ley del lugar de celebración. En los tratados de Montevideo también aparece la interrelación entre la elección del derecho aplicable y la consideración material del derecho elegido. También las leyes de policía impiden la *lex loci celebrationis*. En lo concerniente al divorcio, las leyes sobre esta materia se relacionan con el elemento moral del matrimonio y de allí tienen el carácter de leyes obligatorias. Así el juez llamado a pronunciarse sobre un divorcio con domicilio conyugal o del esposo en Argentina no puede sino seguir las leyes de su país. Pues la disolución del matrimonio afecta fundamentalmente las concepciones sobre moralidad, religión y orden público.

Existe la Convención de la Haya de 1978 sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios. Allí rige el principio general de la *lex loci celebrationis*, sumándose el rechazo al reconocimiento del matrimonio por las causas que se encuentran en el antedicho artículo 166 (causas materiales de desconocimiento).

La Convención de la Haya de 1970 trata sobre el reconocimiento de los divorcios y las separación de cuerpos. Aquí el reconocimiento queda sujeto a las condiciones de residencia habitual específica del Estado que decretó el divorcio o la separación. Lo que se persigue con esta teoría es que el país que decreta el divorcio o la separación sea el que más estrechamente se ha relacionado con la vida real de los esposos.

Veamos otros preceptos legales que tienen relación con el Estado Civil de las personas en lo que se refiere al domicilio como factor de conexión en la legislación argentina, que es el tema que estamos tratando en el desarrollo de este capítulo.

*Artículo 164:* La separación personal y la disolución del matrimonio se rigen por la ley del último domicilio de los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 161.

*Artículo 161:* La prueba del matrimonio celebrado en el extranjero se rige por el derecho del lugar de celebración.

El matrimonio celebrado en la República cuya separación personal haya sido legalmente decretada en el extranjero, podrá ser disuelto en el país en las condiciones establecidas en el artículo 216, aunque el divorcio vincular no fuera aceptado por la ley del Estado donde se decretó la separación. Para ello cualquiera de los cónyuges deberá presentar ante el juez de su actual domicilio la documentación debidamente legalizada.

*Artículo 216:* El divorcio vincular podrá decretarse por conversión de la sentencia firme de separación personal, en los plazos y formas establecidos en el artículo 238.

En cuanto a la Separación personal y disolución del matrimonio (divorcio) podemos decir que antes de la nueva ley de matrimonio no había una norma de conflicto interna que indicara el derecho aplicable a la disolución.

La ley sólo contenía una norma unilateral de aplicación exclusiva, en virtud de la cual un matrimonio que pudiere disolverse según la *lex loci celebrationis* no se disolverá en la República sino por muerte. La nueva ley 23515 admite el divorcio vincular (art. 164 CC reformado), rigiéndose la ley personal y la disolución del matrimonio por la ley del último domicilio de los cónyuges.

El artículo 161 dispone que el matrimonio celebrado en la República cuya separación personal haya sido decretada en el extranjero, podrá ser disuelto en el país en las condiciones del artículo 216. Se trata de una norma especial a favor del divorcio del matrimonio celebrado en la Argentina. Uno de los cónyuges tiene que estar domiciliado en el país al pedir el divorcio.

Además el artículo 227 del Código Civil dice: Las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos del matrimonio, deberán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado.

El último domicilio conyugal es la conexión decisiva. Se trata del lugar de la última e indiscutida convivencia conyugal y esta convivencia ha de ser efectiva. Existe un paralelismo entre derecho aplicable y jurisdicción internacional.

El artículo 162 del Código Civil, en su inciso primero, somete las relaciones personales de los cónyuges al derecho del domicilio afectivo, o sea el lugar donde ellos viven de consuno. En caso de duda o desconocimiento de este se aplicara la ley de última residencia. El primer punto de conexión es el domicilio conyugal efectivo.

En lo que tiene que ver con las relaciones patrimoniales de los cónyuges; las convenciones sobre matrimonio de las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal. El cambio de domicilio no altera la ley aplicable.

*Artículo 163:* Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes. El cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir

las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio

Si bien la ley argentina trata dentro de su Código Civil el tema de la filiación; este cuerpo legal no contiene normas de Derecho Internacional Privado con respecto de la filiación; simplemente nos da la definición; la misma que se encuentra contemplada dentro del artículo 240 que dice: La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código.

Para las calificaciones cabe recurrir por analogía a las normas que se encuentran contempladas dentro de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil, que manifiesta que la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio quedan regidas según los tratados por la ley aplicable a la celebración del matrimonio. Habrá que determinar el derecho aplicable a la validez del matrimonio.

En primer término hay que elegir el derecho más favorable a la filiación. Las cuestiones sobre legitimación de filiación que no solo dependen de la validez del matrimonio sino que se rigen por el derecho del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo; si en ese momento no hubo domicilio efectivo, se aplicará el derecho del último domicilio conyugal o del cónyuge que favorezca la filiación.

Los derechos y obligaciones de la filiación ilegítima se rigen por el derecho del Estado en el que se harán efectivos (tratados Montevideo). El punto de conexión para estos casos de filiación será el domicilio o residencia habitual del hijo o de uno de los progenitores; también puede serlo el lugar de reconocimiento voluntario o el lugar donde se está llevando a cabo el proceso de reconocimiento, que coincidirá con el domicilio del padre demandado. Todos esos derechos rigen en forma alternativa, pero siempre se aplicará el derecho que resulte más favorable para el reconocimiento del hijo.

El derecho aplicable a la adopción conferida en el extranjero resulta del domicilio del adoptado. En Argentina la acción debe ser interpuesta ante el juez del domicilio del adoptante. Es una norma de competencia territorial interna.

Empero la jurisdicción del domicilio del adoptante en el exterior debe ser admitida también concurrentemente por la legislación argentina, siempre que la adopción se ajuste al derecho del domicilio del adoptado. El juez puede tener en cuenta las normas de conflicto del país en que el adoptado se domicilió.; pero, la ley somete la adopción conferida en el exterior al derecho del domicilio del adoptado, sin embargo, en jurisdicción Argentina el domicilio del adoptante o el lugar de otorgamiento de la guarda son decisivos para habilitar la jurisdicción para el derecho aplicable argentino y en cambio, el domicilio del adoptado será decisivo para regir la adopción otorgada en el extranjero.

El Tratado de Montevideo de 1889 también hace referencia a la Patria Potestad y establece que los jueces del domicilio de los padres tienen jurisdicción para atender las acciones que procedan del ejercicio de la patria potestad. Y la patria potestad en lo referente a derechos y deberes personales se rige por la ley del lugar en que se ejerce. La jurisdicción depende del derecho aplicable, pues estos lugares pueden concurrir (lugar de cumplimiento de la patria potestad es el lugar de desempeño de las funciones y el lugar del domicilio de los padres).

El tratado de 1940 dice que la patria potestad, en sus aspectos personales, se rige por el derecho del domicilio de quien la ejerce; y se lo considera domiciliado en el lugar de representación. En caso de existir circunstancias que requieran la toma de medidas urgente, éstas se las efectúan ante el juez de domicilio de los padres.

En el Derecho Internacional Privado argentino se aplican las normas análogas que están dentro de los tratados, en vista que no hay fuentes internas sobre la patria potestad. Se aplica igualmente el derecho más favorable a la protección del hijo, sea éste el domicilio de residencia habitual del hijo o el domicilio del título de Patria Potestad.

*Artículo 264:* La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Su ejercicio corresponde:

1ro. En el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el art. 264, quater, o cuando mediare expresa oposición:

2do. En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.

3ro. En caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad, o suspensión de su ejercicio, al otro;

4to. En el caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por uno solo de los padres, a aquel que lo hubiere reconocido;

5to. En el caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres, a ambos, si convivieren y en caso contrario, a aquel que tenga la guarda otorgada en forma convencional, o judicial, o reconocida mediante información sumaria;

6to. A quien fuese declarado judicialmente el padre o madre del hijo, si no hubiese sido voluntariamente reconocido.

Ahora trataremos otro tema del cual se ocupa la legislación argentina y es lo que se refiere a la Tutela. La obligación de ser tutor o curador se rige por el derecho del domicilio de la persona llamada a la representación. Según el Tratado de Montevideo de 1940, el derecho del domicilio de los incapaces rige los derechos y obligaciones de los tutores y curadores y sus facultades respecto de los bienes de los incapaces. Los jueces del domicilio de los incapaces son competentes para conocer el juicio de rendición de cuentas.

El domicilio de los incapaces es el de sus representantes legales y el de éstos su lugar de representación. El juez de la residencia del incapaz rige la representación.

*Artículo 400:* El discernimiento de la tutela corresponde al juez del lugar en que los padres del menor tenían su domicilio, el día de su fallecimiento.



*Artículo 401:* Si los padres del menor tenían su domicilio fuera de la República el día de su fallecimiento, o lo tenían el día en que se trataba de constituir la tutela, el juez competente para el discernimiento de la tutela será, en el primer caso, el juez del lugar de la última residencia de los padres el día de su fallecimiento, y en el segundo caso, el del lugar de su residencia actual.

*Artículo 403:* En cuanto a los expósitos o menores abandonados, el juez competente para discernir la tutela será el del lugar en que ellos se encontraren.

*Artículo 405:* La mudanza de domicilio o residencia del menor o de sus padres, en nada influirá en la competencia del juez que hubiese discernido la tutela, y al cual sólo corresponde la dirección de ella hasta que venga a cesar por parte del pupilo

### 3.2.2 LA SITUACIÓN DE LOS BIENES

*Artículo 8:* Los actos, los contratos hechos y los derechos adquiridos fuera del lugar del domicilio de la persona, son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado; pero no tendrán ejecución en la República, respecto de los bienes situados en el territorio, si no son conformes a las leyes de país, que reglan la capacidad, estado y condición de las personas.

*Artículo 10:* Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos, y, a las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República.

*Artículo 11:* Los bienes muebles que tiene situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados; pero los muebles que el propietario lleva siempre consigo, o que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o trasportados a otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño.

*Artículo 1211:* Los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos y se presentaren legalizados. Si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces, la tradición de éstos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un juez competente.

Con estas disposiciones podemos manifestar que respecto a la situación de los bienes el derecho argentino considera que la soberanía territorial exige que en cuanto a los bienes muebles que no tiene intención de ser transportados, pero sobre todo en el caso de los bienes inmuebles; éstos deben regirse por las leyes de su domicilio, o sea a la ley argentina.

### 3.2.3 LA FORMA EXTERNA DE LOS ACTOS

Existen diferentes métodos para la aplicación del Derecho Internacional Privado, uno de los más importantes dentro de la aplicación del Derecho Internacional Privado en la legislación argentina es el método conocido como indirecto, que consiste en que, es la consecuencia jurídica la que indica el derecho que debe resolver el caso en el que se encuentre de por medio elementos extranjeros; de esta forma, es posible distinguir entre el derecho aplicable y el juez competente para conocer de la acción.

El método indirecto inspira el Derecho Internacional Privado argentino; al respecto el artículo 12 del Código Civil establece que las formas y solemnidades de los contratos de todo instrumento público, son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado, es decir, al derecho del lugar de su celebración; pero este concepto resulta multivoco en casos de bienes absolutamente internacionales. Es por eso que el Derecho Internacional Privado argentino reclama la presencia de un método auxiliar que es el método analítico, a fin de dirimir las pretensiones de varios derechos sobre una sola controversia. Así se somete a la capacidad de las partes, la forma del negocio y la validez intrínseca.

Por ejemplo, en una compraventa de bienes absolutamente internacionales, hay que aplicar la capacidad de derecho y de hecho de las partes según sus derechos domiciliarios (Arts 6, 7 y 948 del código. Civil); la forma del derecho del país de su celebración (art. 950 y 12) y su validez intrínseca; y, en ciertas ocasiones el derecho del lugar de su ejecución (artículo 1210 y 1209 del código civil).

#### 3.2.4 DERECHO SUCESORIO Y LA FORMA DE OTORGAR TESTAMENTO

En cuanto al derecho sucesorio podemos decir que los jueces argentinos tienen jurisdicción si el último domicilio del causante esta en el país o el domicilio del único heredero que acepta la herencia radica en Argentina.

*Artículo 3284:* La jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto. Ante los jueces de ese lugar deben entablarse:

- 1 - Las demandas concernientes a los bienes hereditarios, hasta la partición inclusive, cuando son interpuestas por algunos de los sucesores universales contra sus coherederos;
- 2 - Las demandas relativas a las garantías de los lotes entre los copartícipes, y las que tiendan a la reforma o nulidad de la partición;
- 3 - Las demandas relativas a la ejecución de las disposiciones del testador, aunque sean a título particular, como sobre la entrega de los legados;
- 4 - Las acciones personales de los acreedores del difunto, antes de la división de la herencia.

*Artículo 3285:* Si el difunto no hubiere dejado más que un solo heredero, las acciones deben dirigirse ante el juez del domicilio de este heredero, después que hubiere aceptado la herencia.

También hay jurisdicción Argentina en razón del fuero del patrimonio. La jurisprudencia admite el forum causae y derecho de la jurisdicción del derecho aplicable. Si bien se cumple el artículo 3284, se ha decidido que si el último domicilio del causante estuviera en el extranjero y hubiera bienes en la República sujetos a la ley argentina, se debe abrir la sucesión en el país, es decir en Argentina.

No solo los inmuebles situados en el país sino también los muebles con situación permanente en él se consideran sujetos a la ley sucesoria argentina por reiterada jurisprudencia. Se admite la jurisdicción porque el derecho aplicable es argentino.

El lugar de situación de los bienes determina la jurisdicción para entender la sucesión internacional. Una sentencia dictada por el juez del último domicilio del causante o del lugar de otros bienes situados en el extranjero podrá ser reconocida en Argentina, pero no si pretende hacérsela valer sobre bienes argentinos o cuestiones sucesorias en contra del derecho argentino. No tratándose de bienes inmuebles situados en la República ni de bienes muebles con situación permanente que se conservan sin intención de transportar, sino de muebles sin situación permanente (cuenta bancaria) corresponde reconocer la sentencia extranjera pronunciada en el domicilio del causante.

En lo referente a la Sucesión por Causa de Muerte, el Derecho Internacional Privado argentino somete la validez sustancial del testamento y la sucesión por causa de muerte al derecho del domicilio del causante al tiempo de la muerte.

*Artículo.3612:* El contenido del testamento, su validez o invalidez legal, se juzga según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte.

En cuanto a la forma de otorgar testamento el Código Civil argentino establece lo siguiente:

*Artículo 3634:* Los testamentos hechos en el territorio de la República, deben serlo en alguna de las formas establecidas en este Código, bien sean los testadores argentinos o extranjeros. No es formalmente válido el testamento hecho en la Argentina ante un cónsul extranjero.

*Artículo 3635:* Cuando un argentino se encuentre en país extranjero, está autorizado a testar en alguna de las formas establecidas por la ley del país en que se halle. Ese testamento será siempre válido, aunque el testador vuelva a la República, y en cualquiera época que muera.

*Artículo 3636:* Es válido el testamento escrito hecho en país extranjero por un argentino, o por un extranjero domiciliado en el Estado, ante un ministro plenipotenciario del Gobierno de la República, un encargado de negocios, o un cónsul, y dos testigos argentinos o extranjeros, domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento, teniendo el instrumento el sello de la legación o consulado.

*Artículo 3638:* El testamento del que se hallare fuera de su país, sólo tendrá efecto en la República, si fuese hecho en las formas prescriptas por la ley del lugar en que reside, o según las formas que se observan en la nación a que pertenezca, o según las que este Código designa como formas legales.

*Artículo 3611:* La ley del actual domicilio del testador, al tiempo de hacer su testamento, es la que decide de su capacidad o incapacidad para testar.

*Artículo 3612:* El contenido del testamento, su validez o invalidez legal, se juzga según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte.

*Artículo 3613:* Para calificar la capacidad de testar, se atiende sólo al tiempo en que se otorga el testamento, aunque se tenga o falte la capacidad al tiempo de la muerte

### 3.2.5 TEORÍA DE LA LEX LOCI

El lugar de celebración como punto de conexión de la norma de conflicto en los asuntos de Derecho Internacional Privado de legislación argentina se define según el concepto jurídico que determine la *lex fori*. La forma se rige por la *lex loci*, pero la definición del lugar de celebración por la *lex fori*.

*Artículo 174 C.C:* El matrimonio a distancia se reputará celebrado en el lugar donde se presta el consentimiento que perfecciona el acto. La autoridad competente para celebrar el matrimonio deberá verificar que los contrayentes no están afectados por los impedimentos legales y juzgará las causas alegadas para justificar la ausencia. En caso de negarse el oficial público a celebrar el matrimonio, quien pretenda contraerlo con el ausente podrá recurrir al juez competente.

### 3.2.6 TEORÍA DE LA LEX FORI

Dentro del Derecho Internacional argentino es importante que se establezcan qué tipos de normas son las que van a regir los conflictos que se presenten, en los cuales aparezca como interviniente un elemento extranjero, para eso contamos con las normas que la legislación argentina llama indirectas o de conflicto; las mismas que se caracterizan por dar solución al caso mediante la elección indeterminada del derecho material nacional o de un derecho material extranjero, mediante dicha elección se localiza el caso multinacional, indicándose el derecho competente para solucionarlo. Se las denomina indirectas porque brindan indirectamente la solución material designando el derecho que decidirá sustancialmente el caso. El derecho puede ser lex fori o derecho extranjero. Se basa en el principio de mayor proximidad, una certeza probable por conveniencia práctica. La unidad de elección se alcanza por vía de acuerdos multinacionales entre los países sobre la elección común de un criterio localizador.

Hay que analizar la relación con la vinculación a los distintos sistemas que resulte de importancia decisiva para la solución del caso. La relación elegida indica el sistema jurídico del cual se podrá extraer la solución del caso. Llama al derecho que ha de brindar la solución de fondo. Si no hay tratados se busca armonizar los derechos, para hacer que la sentencia sea reconocida en el exterior como si su juez hubiese aplicado tal derecho.

## CAPITULO IV

### ANALISIS COMPARATIVO DE LAS LEGISLACIONES ECUATORIANA Y ARGENTINA

#### 4.1 LA CUESTION DE PREFERENCIA ENTRE LA NACIONALIDAD Y EL DOMICILIO

El tema que trata sobre los factores de conexión en el Derecho Internacional Privado, ha dado lugar a los más variados comentarios en cuanto a qué elemento de conexión es el que ha adoptado una importancia preponderante en el mundo contemporáneo.

Son tantas las teorías y las opiniones como las autores y doctrinarios se han pronunciado sobre el tema, sin duda los factores de conexión que han adquirido más importancia son la nacionalidad y el domicilio, a los cuales ya nos hemos referido con todo el detalle que el tema amerita; sin embargo en este punto analizaremos los fundamentos en los que se basan los autores que defienden a cada una de éstas tendencias.

El Doctor Hernán Coello García en su libro “Derecho Internacional Privado” hace un claro y completo resumen de los planteamientos que defiende cada uno de los dos factores de conexión que hemos mencionado:

Quienes se inclinan por la nacionalidad, argumentan lo siguiente:

La nacionalidad es un vínculo estable que mantiene una persona con el Estado del cual forma parte, por lo mismo resulta fácil establecerlo y a su vez reconocerlo; y por consiguiente (sostiene el Dr. Coello), la aplicación de las normas que dependen de este vínculo es más segura. Por su parte el domicilio puede ser cambiado con facilidad, y por esta razón la estabilidad y la firmeza de los principios también puede cambiarse de la misma manera, lo que en consecuencia ocasiona, en muchas oportunidades, que las personas comentan lo que se considera como fraude a la ley;

Además, como ya lo hemos dicho en su momento, la nacionalidad al ser considerada como atributo de la personalidad, adquiere una jerarquía mayor a la que mantiene el domicilio.

Dicen los doctrinarios que mantienen su postura a favor del elemento “nacionalidad”; que recurrir al domicilio sería como quitarle importancia a los vínculos que mantiene una persona con el Estado, dejando que adquiera mayor fuerza el derecho de cualquier otro Estado pasando por encima del derecho del Estado del cual la persona formaría parte; produciendo de esta manera que los problemas legales que surjan en torno a los nacionales de un Estado puedan regularse por normas que no fueron elaboradas para los nacionales, es decir por las normas del domicilio.

Por su parte quienes se inclinan por el elemento de conexión “domicilio” sostienen lo siguiente:

Que, si por domicilio debemos entender al domicilio de origen, ya que de esta manera desaparecen los problemas que pueden surgir a raíz de la inestabilidad del domicilio; pues podemos darnos cuenta que el domicilio de origen es completamente estable, aún más que la nacionalidad ya que ésta -como todos sabemos- puede, previo cumplimiento de ciertos requisitos, ser cambiada, mientras que el domicilio de origen no cambia jamás; por lo que, no resulta argumento suficiente el hecho de manifestar que el domicilio puede cambiar, si hablamos de domicilio electivo, ya que la nacionalidad también puede cambiarse.

Otro argumento, a mi criterio bastante lógico, es que en muchas oportunidades el individuo por las más variadas circunstancias se ha tenido que radicar en un país diferente a su lugar de origen, se ha adaptado a sus costumbres, a la idiosincrasia del lugar hasta el grado que -como en mi caso- ni siquiera se llega a conocer el idioma que se habla en el Estado al cual por la teoría de la nacionalidad debería formar parte, lo cual vuelve aplicable, respecto de esa persona, un sistema jurídico que desconoce y del cual no se siente parte.



Además el domicilio facilita la integración jurídica de los inmigrantes, que en la época en la que vivimos forman una parte importante de la sociedad de todos los países del mundo; por lo que el domicilio es un principio de más fácil aplicación sobre todo en los países en que viven muchos extranjeros. Con el principio de la nacionalidad se dificulta y en algunas ocasiones hasta resulta imposible el tráfico jurídico relativo a determinados aspectos.

#### 4.2 SEMEJANZAS ENTRE LAS LEGISLACIONES ECUATORIANA Y ARGENTINA EN CUANTO A LA APLICACIÓN DE LOS FACTORES DE CONEXIÓN

Tanto el Ecuador como la República Argentina han ratificado el Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante; aunque éste último Estado hizo presente que respeta los Tratados de Montevideo, y por consiguiente realizó la reserva al Código Sánchez de Bustamante de que no acepta ninguno de los preceptos que modifiquen la ley del domicilio.

Con estos antecedentes podemos manifestar con total convicción, que ambas legislaciones tienen regulaciones coincidentes en cuanto a la aplicación del domicilio como factor de conexión, en lo que tiene que ver con el domicilio político, que es el que corresponde dentro del estudio del Derecho Internacional Privado; al respecto el Código Sánchez de Bustamante sostiene lo siguiente:

*Artículo 22:* El concepto, adquisición, pérdida y recuperación del domicilio general y especial de las personas naturales y jurídicas, se regula por su ley territorial.

*Artículo 23:* El domicilio de los funcionarios diplomáticos y el de los individuos que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su gobierno o para estudios científicos o artísticos, será el último que hayan tenido en su territorio nacional.

*Artículo 24:* El domicilio legal del jefe de familia se extiende a la mujer y a los hijos no emancipados y el del tutor o curador a los menores incapacitados bajo su guarda, si no dispone lo contrario la legislación personal de aquellos a quienes se atribuye el domicilio de otro.

*Artículo 25:* Las cuestiones sobre cambio de domicilio de las personas naturales o jurídicas, se resolverán de acuerdo con la ley del tribunal, si fuere el de uno de los Estados interesados, y, en su defecto, por la ley del lugar en que se pretende haber adquirido el último domicilio.

*Artículo 26:* Para las personas que no tengan domicilio se entenderá como tal el de su residencia, o en donde se encuentren.

#### 4.3 DIFERENCIAS ENTRE LA APLICACIÓN DE LA NACIONALIDAD Y EL DOMICILIO COMO FACTORES DE CONEXIÓN EN LAS LEGISLACIONES ECUATORIANA Y ARGENTINA

La principal diferencia entre las legislaciones tanto ecuatoriana como argentina que son motivo de nuestro estudio, presentan como diferencia más importante el hecho de que tanto la nacionalidad para el derecho ecuatoriano, como el domicilio para la legislación argentina rigen en lo referente al estado civil, la capacidad y los derechos de familia de los individuos que pertenecen a dichos Estados como lo demostramos con los preceptos que anotamos a continuación:

Dentro de la legislación ecuatoriana, la nacionalidad como factor de conexión se ha visto incorporada por el texto que al respecto de este tema nos muestra el Título Preliminar del Código Civil, que en su artículo 14 dice:

*Artículo 14:* Los ecuatorianos, aunque residan o se hallen domiciliados en lugar extraño, están sujetos a las leyes de su patria:

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

Dentro del derecho argentino, la capacidad jurídica o de derecho no va siempre acompañada por la capacidad de hecho, que consiste en la capacidad que tiene una persona de ejercer sus derechos y de cumplir sus obligaciones por actos propios. No hay dudas en torno al derecho aplicable a la capacidad e incapacidad de hecho: es el derecho del domicilio de la persona como lo demuestra el Código Civil en sus artículos 6, 7 y 948.

*Artículo 6:* La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras, será juzgada por las leyes de este Código, aún cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero.

*Artículo 7:* La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República.

Tanto la capacidad como la incapacidad de hecho están regidas por la ley domiciliaria, como lo demuestra el artículo 949, que dice: “La capacidad o incapacidad de derecho, el objeto del acto y los vicios sustanciales que pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las leyes de este Código”; esta norma de aplicación exclusiva está fundada en la protección del orden público internacional.

## CAPITULO V

### PROBLEMAS Y SOLUCIONES QUE SE ORIGINAN EN CUANTO A LA APLICACIÓN DE LOS FACTORES DE CONEXIÓN

#### 5.1 BREVE REFERENCIA A CASOS DE LA VIDA REAL

##### 5.1.1 CASO

Un ciudadano turco obtuvo la carta de naturalización en la República del Ecuador; como ecuatoriano contrajo matrimonio en la ciudad de Quito con una ciudadana norteamericana. Los cónyuges se trasladaron al estado de Florida en los Estados Unidos, lugar en donde establecieron su domicilio. Ante los jueces de Florida se demandó el divorcio por parte de la cónyuge; el ecuatoriano se opuso alegando que si bien es verdad que para los ciudadanos norteamericanos el factor de conexión que rige es el domicilio; para los ecuatorianos el factor es la nacionalidad probando este hecho ante el Tribunal. El juez ordenó el archivo de la causa (artículo 14 y 129 del C.C y 409 de C S B)

##### 5.1.2 CASO

Un ciudadano norteamericano contrajo matrimonio con una ciudadana argentina en los Estados Unidos de Norte América; se radicaron en el Ecuador en la ciudad de Cuenca y decidieron terminar su estado civil de casados por divorcio; para hacer posible este propósito y puesto que él tenía visa de residente, domiciliados como estaban en la ciudad de Cuenca, legalizaron el acta de matrimonio, la tradujeron y la inscribieron en el Registro Civil del Cantón Cuenca.

Inscrito el matrimonio otorgaron poder especial y a través de un procurador obtuvieron la disolución del matrimonio mediante un divorcio por mutuo consentimiento. La sentencia legalizada por vía diplomática (no se había legalizado aún la Convención de la Apostilla) se inscribió tanto en Estados Unidos cuanto en Argentina en razón de que los dos cónyuges tenían como factor de conexión para el Estado Civil el domicilio.

### 5.1.3 CASO

Un ciudadano ecuatoriano obtiene una beca para estudiar en Alemania, se radica en la ciudad de Bon en donde contrajo matrimonio con una ciudadana alemana; después de cinco años de residencia en Alemania, el matrimonio se trasladó a Ecuador a la ciudad de Cuenca donde decidieron divorciarse; se legalizó el matrimonio y se divorciaron por mutuo consentimiento, el cónsul de Alemania en Cuenca legalizó la copia de la sentencia pronunciada por el juez de lo civil e inscrita en el Registro Civil de Cuenca de dicho divorcio para los efectos legales pertinentes; al tiempo llegó un comunicado a un Juez de lo Civil de este Cantón, en el que el abogado de la señora decía al juez que el divorcio se había inscrito en Bon en vista de que la sentencia había sido decretada en el país del domicilio de los cónyuges.

### 5.1.4 CASO

Un matrimonio maltés, luego de permanecer algunos años en su patria, se traslada a Argelia, donde el cónyuge adquiere distintos bienes inmuebles. Al fallecer el cónyuge en su país, la viuda solicita al magistrado la entrega del usufructo de la cuarta parte de los bienes, institución dispuesta por el Código de Rohan (vigente en Malta) para la viuda pobre. En tal emergencia es necesario fijar si ésta es una medida que regula el régimen patrimonial del matrimonio, situación en la que corresponde acordar el beneficio por aplicarse el derecho del primer domicilio conyugal.

Por el contrario, si se tratase de un derecho que integrara el régimen sucesorio, la demandante perdería el juicio, dado que el derecho francés rige las sucesiones por la ley del último domicilio del causante en relación a los bienes muebles y la ley del lugar de situación para los inmuebles. El código de Rohan incluye el instituto dentro del régimen matrimonial de los bienes, mientras que el francés lo legisla en la parte sucesoria. El veredicto fue favorable a la viuda calificando la Corte la relación jurídica como encuadrada dentro del régimen de bienes del matrimonio.

#### 5.1.5 CASO

Se libra una orden de pago en Montevideo sobre un Banco en Nueva York. Esta orden se endosa luego en la Argentina por el Establecimiento Vitivinícola Sulim Melman S.A. a un segundo endosante quien a su vez también en Argentina lo endosa al actor, quien por último lo endosa igualmente en la República en procura al Banco Argentino de Comercio. A éste se notifica que la orden fue protestada por falta de pago en Nueva York según la ley local, sin embargo el Banco Argentino de Comercio, o al menos el actor, no notifican el protesto a los anteriores endosantes. Según el derecho argentino vigente en la época se había extinguido la acción de regreso contra el endosante Sulim Melman porque no se le había cursado el aviso que exigía el art. 663 del Código de Comercio. El actor al tropezar en el ejercicio de su acción regresiva contra la demandada con la negativa de ésta pide la apertura de la quiebra por cesación de pagos.

Si la orden de pago constituyese una letra de cambio, cada declaración cambiaria se regiría conforme al principio de la autonomía, por el derecho del país en el cual la declaración haya sido emitida (art. 23 y 23 del Tratado de Montevideo de 1940) Por lo tanto la validez de la emisión de la orden de pago se regiría por el derecho uruguayo, mientras que sobre la validez y los efectos de los endosos imperaría el derecho argentino. Como ambos actos han tenido lugar en países ratificantes del Tratado, el mismo resultaría sin duda alguna aplicable. Todo cambiaría si creyéramos que la orden de pago constituyese un cheque. En este supuesto, parece que habríamos de acudir a la ley del Estado en que el cheque debe pagarse. Como tal sería la de Nueva York, el Tratado de Montevideo sería a todas luces inaplicable.

Según el derecho del Estado de Nueva York el tenedor conservaba el derecho contra los endosantes entre ellos Sulin Melman pues había formalizado el protesto en Nueva York conforme a las leyes de ese Estado.

La sentencia califica la orden según el derecho comercial uruguayo como letra. Llega así al principio de la autonomía y aplica en fin de cuentas a los endosos el derecho argentino.

#### 5.1.6 CASO

Un inglés fallece domiciliado en la Argentina y deja una sucesión mobiliaria a la que se aplicará la ley argentina. El domicilio conyugal al tiempo de su matrimonio estaba en Inglaterra y la ley inglesa determina el régimen matrimonial. El derecho inglés establece el régimen de separación de bienes y no otorga a la mujer derecho alguno sobre las ganancias realizadas por el marido durante la vida en común, compensando esto con su derecho sucesorio, en el que reconoce a la viuda una vocación hereditaria. La ley argentina otorga a la viuda la mitad de los bienes en la liquidación de la sociedad conyugal y le rehúsa vocación sucesoria sobre esos bienes en presencia de parientes cercanos. En este ejemplo la viuda no recibe nada en la liquidación de bienes del matrimonio (derecho inglés) ni en la sucesión (derecho argentino) lo que es contrario al los fines de ambos derechos.

La contradicción puede resolverse dando preeminencia a una de los dos normas de derecho internacional privado del juez. No se puede aplicar simultáneamente una ley a la sucesión y otra al régimen de bienes.

#### 5.1.7 CASO

Se trata de una familia de nacionalidad inglesa originaria de la India, donde habitaban. El jefe de familia era dueño de una gran fortuna, constituida en parte por inmuebles situados en lo que entonces era territorio francés (Con Chinchiná). Tenía varios hijos legítimos, y uno adoptivo. La adopción había sido hecha conforme a la ley de la India. El hijo adoptivo fallecido antes que su padre adoptante, había dejado un hijo legítimo. El jefe de familia fallece en 1925 y deja un testamento hecho en 1922 ante notario de las Indias francesas, por el que deshereda a su nieto adoptivo.

Este representado por su madre, impugna el testamento, en razón de que la ley francesa llama a la sucesión en calidad de heredero legitimario al nieto adoptivo, que por derecho de representación ocupa el lugar de su padre premuerto. El tribunal de Saigón (1928) la Corte de Saigón (1929) y la Corte de Casación (1931) rechazan la demanda, sosteniendo que si bien la adopción es válida según la ley de la India, la ley personal del adoptante y adoptado y que sería la aplicable no lo es; si la validez de la adopción fuese el único problema planteado, no es válida la adopción de acuerdo con el derecho francés que rige la sucesión, prohibiendo el art. 344 del C.C. francés la adopción realizada por un adoptante con hijos matrimoniales.

#### 5.1.8 CASO

En otro caso, el causante de nacionalidad y de domicilio italiano, había adoptado en 1937 en Italia a una niña, también italiana y domiciliada en la península apenina. En 1943 fallece el adoptante con último domicilio en Italia, siendo conforme el derecho italiano su única heredera su hija adoptiva. El causante deja en la Argentina un inmueble y una cuenta corriente. Ambos bienes relictos son reclamados por el Consejo Nacional de Educación. El juez de primera instancia declara nula la adopción por estimarla contraria al orden público argentino que en aquella época no la admitía. La Cámara aplica a la adopción el derecho italiano, la considera válida y compatible con el orden público argentino. Luego somete la Cámara la sucesión de los inmuebles argentinos al derecho argentino en virtud de lo dispuesto por el art. 10 del C.C. que se basa en la soberanía territorial y niega a la hija adoptiva la vocación sucesoria. Por último se regula la cuenta corriente por el derecho italiano y por consiguiente la hija adoptiva tiene derecho a heredarla.



## 5.2 COMENTARIO

Si bien es cierto, que con los casos antes mencionados podemos brindar algunos ejemplos sobre los problemas que se suscitan a raíz de la aplicación de los factores de conexión dentro del Derecho Internacional Privado, y hemos intentado demostrar mediante las sentencias de esos casos cual es la solución más acertada para resolver el problema; éstos ejemplos no son los únicos casos que pueden presentarse, ni tampoco las únicas soluciones que puede brindarnos el Derecho Internacional, como tampoco podemos decir, que los ejemplos que hemos expuesto se hallan por orden de importancia; sino que, simplemente son los casos que se presentan con una mayor frecuencia.

Es necesario que notemos que los problemas que pueden darse dentro del Derecho Internacional Privado son tan variables que no los alcanzaríamos a enumerar, ya que mientras existan diversos sistemas jurídicos internos aplicables a cada Estado siempre habrá tal cantidad de problemas como personas habiten el mundo.

Dicen los expertos que, de las cuatro familias del Derecho que existen en el mundo, se han formado 10.000 (sí, diez mil) sistemas jurídicos; entonces imaginemos la cantidad de problemas que podrían presentarse, pero eso sí, todos ellos con soluciones prácticas para resolver los conflictos.

## CONCLUSIONES

Al haber llegado a la culminación de nuestro trabajo hemos podido demostrar que sin duda alguna día a día se presentan diferentes tipos de conflictos de leyes no sólo en el tiempo sino también en el espacio, que el derecho material, es decir, el derecho interno de los Estados no resulta suficiente para resolverlos por ser considerado un derecho incompetente en cuanto a dichas relaciones jurídicas; por lo que es necesario recurrir a la aplicación de un derecho extranjero; lo que ha dado lugar por supuesto a la aparición del Derecho Internacional Privado como medio para la resolución de cada problema que se presenta en la vida cotidiana de las personas que habitan dentro de los Estados del mundo.

Actualmente la aplicación extraterritorial del Derecho está a la vista de todos, es un hecho innegable que junto con el desarrollo de los Estados y sus pueblos se presenta la necesidad de crear la posibilidad de la aplicación de derecho extranjero en un Estado determinado; lo cual se ha venido dando de una forma tan acertada como lo hemos podido comprobar con este trabajo, ya que, en nuestros días todos los países han incorporado dentro de sus sistemas de Derecho Positivo Interno, normas de Derecho Internacional Privado contempladas en los Tratados Internacionales previamente celebrados y ratificados por los países contratantes. Los sistemas ecuatoriano y argentino, que han sido motivo de nuestro estudio, no son la excepción como lo hemos podido constatar.

Hemos demostrado también, que sin duda la aplicación extraterritorial del Derecho se hace posible mediante la aplicación de los elementos de conexión; y que de éstos, los que han adoptado mayor relevancia en nuestros tiempos son el factor nacionalidad y el domicilio, por ser considerados como conceptos jurídicos en si mismos y que, como tales requieren definición y calificación previa, cada uno de ellos cuenta con fundamentos lógicos y sustentables para sostener la prioridad en la aplicación de uno de ellos en las legislaciones internas de los Estados.

Es sorprendente como dos países que se encuentran dentro de la misma familia del derecho que es la Romanista, en cuanto a la aplicación de normas de Derecho Internacional Privado, imponen la utilización de diferente factor de conexión para la resolución de conflictos de leyes en el espacio; considero que hemos dado un aporte con respecto a este tema y que hemos demostrado que en muchas oportunidades las soluciones a los problemas que se presentan no son de naturaleza tan compleja como se piensa, sino que simplemente es importante conocer y entender la aplicación del Derecho Internacional Privado como fuente de resolución de conflictos en donde concurren dos legislaciones distintas.

Hemos realizado, como podemos observar, un análisis exhaustivo de los factores de conexión más importantes y que además son los que se aplican dentro de las legislaciones en estudio; hemos argumentado todo lo necesario para darle fuerza a las tesis que nos presenta cada uno de ellos; sin embargo considero que se evitarían una gran cantidad de problemas e inconvenientes si el factor de conexión preponderante fuera el domicilio, entendiéndolo como ya la hemos dicho como domicilio de origen; el mismo que no puede cambiarse bajo ninguna circunstancia, como si ocurre con la nacionalidad o el lugar de residencia, considerándolo como domicilio electivo.

Sin embargo de todo lo expuesto, y por mi propia experiencia personal, considero que la nacionalidad como factor de conexión da lugar a que surjan más problemas, ya que como establecen los doctrinarios que defienden la tesis del domicilio; dada la tendencia cosmopolita de la población, actualmente muchos individuos se ven en la necesidad, por las más variadas circunstancias, de abandonar su país de nacimiento y no se ven vinculados con ese Estado ni siquiera afectivamente peor aún en cuanto al sistema jurídica al que deberían someterse.

Además el domicilio es un factor de más fácil aplicación para las personas que habitan en un determinado territorio, ya que considero con total convicción que las personas deben estar sujetas a las normas del lugar donde se encuentren, respetando eso sí, a las personas que consideren lo contrario.

## BIBLIOGRAFIA

ALCORTA, Amancio. “Curso de Derecho Internacional Privado” Tomo I, II y III. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires-Argentina 1927

ARELLANO GARCIA, Carlos. “Derecho Internacional Privado” Editorial Porrúa. México. 1980

CHICO PEÑAHERRERA, Rafael. “Temas de Derecho Internacional” Universidad del Azuay. Fundación Chico Peñaherrera. Cuenca-Ecuador 1999

COELLO GARCIA, Hernán. “Hacia la Codificación del Derecho Internacional Privado ecuatoriano” Universidad del Azuay. Cuenca-Ecuador 2003.

COELLO GARCIA, Hernán. “Derecho Internacional Privado” Universidad del Azuay. Fundación Chico Peñaherrera. Cuenca-Ecuador 2004

HERRERA MENDOZA, Lorenzo. “Derecho Internacional Privado y Temas Conexos” El Cojo. Caracas-Venezuela 1960

INSTITUTO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL. “Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo” Buenos Aires-Argentina 1940.

LARREA, Juan Ignacio. “Derecho Internacional Privado” Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador 1986

LARREA, Juan Ignacio. “Manual de Derecho Internacional Privado” Universidad Católica del Ecuador. Quito-Ecuador 1962

LASCANO, Carlos Alberto. “Derecho Internacional Privado” Editora Platense. Buenos Aires-Argentina 1965

MANTILLA REY, Ramón. “Apuntes de Derecho Internacional Privado: Parte General” Editorial Temis. Bogotá-Colombia 1982

MINISTERIO DE GOBIERNO. “Derecho Internacional Privado” Quito-Ecuador

NIBOYET, J.P y BORJA Y BORJA, Ramiro. “Principios de Derecho Internacional Privado; Síntesis del Pensamiento Humano”

ROMERO Y LEON, Remigio. “Derecho Internacional Privado” Universidad de Cuenca. Cuenca-Ecuador. 1979.

SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Antonio “Derecho Internacional Privado” Editorial Carasa y Cía. La Habana-Cuba 1939

VICO, Carlos “Curso de Derecho Internacional Privado” Biblioteca Jurídica Argentina. Buenos Aires-Argentina 1938

VINACRES MOSCOSO, Jorge “Hacia un Derecho Internacional Privado Latinoamericano” Universidad de Guayaquil. Guayaquil-Ecuador 1979.

MARCO LEGAL

Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante

Convención Interamericana de Recepción de Pruebas en el Extranjero

Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de las Medidas Cautelares

Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos  
Arbitrales Extranjeros

Convención para una Ley Uniforme de un Testamento Internacional

Convención sobre la Condición de los Extranjeros

Convención sobre la Nacionalidad

Convenio Interamericano, Normas de Derecho Internacional Privado

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Constitución Política de la Republica del Ecuador

Constitución de la República Argentina

Código Civil Ecuatoriano

Código Civil Argentino