
Nuevos desarrollos en torno a la conexión domiciliar con especial referencia a la reforma legislativa uruguaya

New developments around the domicile relationship focusing especially on the Uruguayan legislative reform

 Alejandro Matías
Ferreira Marino

Universidad de la República, Uruguay
alerourrii2017@gmail.com

Recibido: 21/4/2023

Aceptado: 10/6/2023

Resumen Entre las diversas metodologías existentes para abordar las dimensiones del caso privado con elemento extranjero, la tendencia general ha sido hacia la elección del tradicional enfoque conflictual con sus diversas variantes (*lex fori*, bilateral, unilateral y las perspectivas flexibilizadoras). El corazón de esta concepción es el “conflicto de leyes”, resuelto a través de la norma de conflicto, formal o indirecta. A nivel general –al menos en el continente americano– la tendencia general ha sido a la adopción del criterio domiciliar (tanto en los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo 1889 y 1940, en las Convenciones Interamericanas, en las disposiciones del Mercosur, entre otras). La reciente aprobación de la Ley General de Derecho Internacional Privado (Ley 19.920), nos obliga a revisitarse al localizador domiciliar, pues éste se erige como la piedra del sistema conflictual uruguayo.

Palabras clave derecho internacional privado, sistema conflictual, domicilio, conflicto móvil

Abstract Among today's very many methodologies to tackle the various dimensions of a private case with foreign elements, the dominant trend has been to choose one of the various options for the traditional dispute approach (*lex fori*, bilateral, unilateral and flexible perspectives). The heart of the matter is the so-called “conflict of law”, solved through the formal or indirect conflict rule. In general, at least in the Americas, countries tend to adopt the domicile criterion –both in the Treaties of Montevideo on International Civil Law from 1889 and 1940, in Inter-American Conventions and in Mercosur rules, among others. The latest enactment of the General Law on Private International Law (Act 19920) forces us to revisit the domicile localizer, given that it stands as the bedrock of the Uruguayan conflict system.

Keywords private international law, conflict system, domicile, mobile disputes

Cómo citar este artículo: Ferreira Marino, A. M. (2023). Nuevos desarrollos en torno a la conexión domiciliar con especial referencia a la reforma legislativa uruguaya. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 6, 048. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe048>

1. Introducción

El derecho internacional privado (en adelante, DIPr) tiene por objeto, desde una concepción conflictualista, ofrecer soluciones de ley aplicable y juez competente a las relaciones jurídicas privadas e internacionales. Ahora bien, el abordaje de las diferentes dimensiones de este caso multinacional no ha permanecido estático. Antes del nacimiento de la disciplina, teníamos la primacía de las concepciones territoriales que negaban las relaciones jurídicas creadas fuera de las tribus, pues estas se fundamentaban en deidades que no eran localmente aceptadas (territorialismo). Ahora bien, es en Roma donde aparecen las primeras regulaciones, sobre todo la *profesio iuris*, de carácter material, aunque desde el siglo XII hasta la segunda mitad del siglo XX la corriente hegemónica ha sido el conflictualismo, en sus diversas facetas y formas.

La base del sistema conflictual es la configuración de la norma formal, indirecta o de conflicto, la cual está compuesta –como se extrae de cualquier manual de DIPr– por una categoría (tema regulado por la norma), una disposición (su alcance extensivo) y un punto de conexión (que nos remite al único derecho material aplicable).

Para determinar cuál será la conexión utilizada para una determinada categoría es importante dimensionar que existen algunos vectores bien definidos, a saber: 1) la política legislativa o *ratio legis*, a través de la cual el legislador manifiesta su voluntad de aplicar por ejemplo, el derecho extranjero o no (en el caso de la *lex rei sitae* o ley del lugar de situación de los bienes en torno a la categoría bienes es claro que se busca la aplicación de la *lex fori*); 2) el centro de gravedad fáctico: el cual puede ser definido como el Estado con el cual el caso posee los contactos más significativos, y por tanto, el ordenamiento jurídico tenga una vocación reguladora del caso; 3) la armonización entre los intereses del demandado y el demandante, entre otros.

Sobre las conexiones elegidas existen dos escuelas bien demarcadas, los cultivadores de la conexión domiciliar y aquellos que se inclinan por la nacionalidad. Mas allá de los argumentos técnico-jurídicos que serán evaluados infra, es importante dimensionar que el factor central –al menos en Sudamérica– reside sobre los altos niveles de inmigración, sobre todo en Argentina y Uruguay. Si bien –al menos en el DIPr convencional– parece estar “todo dicho” con respecto a la conexión domiciliar, la reciente aprobación de la Ley 19.920 en la República Oriental del Uruguay nos obliga a revisitarse este localizador, a la luz de los cambios y continuidades que ha traído su aprobación. Para ello delimitaremos algunas notas introductorias sobre el sistema conflictual, para luego posicionarnos expresamente en la regulación convencional y étática.

2. Sobre el sistema conflictual

Siguiendo al maestro Henri Batiffol (1948), afirmamos que la distribución de competencias legislativas y jurisdiccionales es uno de los fenómenos más antiguos en el DIPr, en sus propias palabras, estamos ante una cuestión congénita. Pues, el otorgar continuidad jurídica a las relaciones privadas internacionales con una concepción formal tiene aproximadamente 800 años. No obstante, desde el surgimiento de los glosadores italianos¹ hasta la erección del método conflictual “moderno”, se dieron diversos fenómenos. Entre ellos destacan las escuelas estatutarias² –italianas, francesas y holandesas– cuyo enfoque es la concepción unilateral (que es seguida por la escuela americana denominada “neoestatutaria”), las cuales son superadas por los

¹Todo comenzó con los problemas de colisiones entre normativa y jurisdicciones en las ciudades del norte de Italia como Bolonia, Padua, Módena entre otras durante el siglo XII y XIII. En las cuales a raíz del comercio se gestaron relaciones jurídicas que poseían puntos de conexión con diferentes centros de poder independientes (Estados), los juristas italianos de la Edad Media se basaban en las técnicas de las “glosas”, es decir, los comentarios que se hacían sobre el Código de Justiniano y en materia de DIPr, entre ellos destacó Acursio.

²Entendemos por escuela estatutaria como “el conjunto de reglas doctrinales elaboradas en los siglos XIII y XVII por juristas de distintos países para la resolución de los conflictos de leyes” (Miaja de la Muela, 1956, p. 80).

sistemas de Savigny y Mancini en Europa y Dicey y Story en Estados Unidos. Por más que actualmente diversas escuelas estén superadas, sus enseñanzas persisten en la conciencia jurídica, puesto que elementos como la distinción entre elementos procesales y de fondo, de estatutos personales o reales, hunden sus raíces en los orígenes de la disciplina.

A fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX irrumpe en las relaciones internacionales el paradigma liberal y el principio nacional como ejes político-ideológicos. En 1776 se publica *La riqueza de las naciones* de Adam Smith y *El sentido común* de Thomas Paine y en 1817 ve la luz el libro sobre *Principios de economía política y tributación* de David Ricardo. A su vez, si bien la revolución francesa es abortada y se restaura el absolutismo monárquico en Viena (1815), el influjo liberal es irreversible (tal como se ve en las revoluciones europeas de 1830 y 1848). Esto socava la concepción del Estado identificado sobre la persona del monarca, por lo que surgen los primeros parlamentos, la burocratización llevada a cabo por Austria y Prusia, etc. Estos elementos influyeron notoriamente en el derecho, y es en este contexto que surge la obra de Karl Savigny, a partir de la cual comenzará a debilitarse la concepción estatutaria, que si bien había posibilitó una interconexión civilizatoria –la cual facilitó que los pueblos y culturas pudieran interconectarse de forma más eficiente–, estaba superada.

Reparar en la figura de Savigny es central pues a partir de su obra se consolida un método conflictual bilateral con vocación universal. Para caracterizar este método primero hay que distinguir que, tal como ha señalado la doctrina y cristalizado el derecho positivo, la elección de ley aplicable y de juez competente por normas de conflicto se configura con independencia entre sí. Es decir, una cosa son las reglas para la determinación del ordenamiento aplicable y, por otro lado, visualizamos las reglas de atribución de competencia judicial, tanto bilaterales como unilaterales. Esto permite que el legislador pueda realizar un justo equilibrio de intereses entre demandantes y demandados.

Para poder comprender cabalmente esta concepción, partiremos de un breve análisis de los argumentos savignianos. Dado que “su teoría elevó claramente conflicto de leyes a nivel del derecho internacional. La territorialidad de leyes, punto de partida de la Escuela Holandesa, fue abandonada. En su lugar, las leyes privadas de los Estados que pertenecen a la comunidad de naciones “civilizadas” se consideran intercambiables” (Vischer, 1991, p. 33). La obra culmine de Savigny es *Sistema de Derecho Romano actual*, dispuesto en nueve tomos. En su IV tomo, evalúa el “Imperio de las reglas del derecho sobre las relaciones jurídicas”, constituyendo así la piedra angular sobre la que se edificará el sistema conflictual. Resulta interesante que su obra no busca ser un “tratado de DIPr”, aunque por “defender una aplicación amplia de las leyes extranjeras, el autor” (Audit, 2011, p. 212) expone una clara visión internacionalista.

Al analizar este problema parte de la siguiente idea, si “las reglas jurídicas están destinadas a regir las relaciones de derecho (...) ¿Cuáles son los límites de su imperio? cuya determinación es la única base para decidir sobre las colisiones que pueden presentarse entre varios derechos positivos” (Savigny, 1879, p. 121). Para el autor el elemento central radica en buscar una solución homogénea, es decir, que no varíe de un caso al otro³ (Savigny, 1879, p. 123), es una concepción y un método universalista⁴, entendiendo que es oportuno que estos localizadores bilaterales estén contenidos en los tratados para asegurar la uniformidad de las soluciones.

³El autor entiende necesario “determinar para cada relación jurídica el dominio del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esta relación (...)”, pues a la hora de resolver un caso privado internacional las autoridades judiciales aplicarán “el derecho local a que pertenece la relación de derecho litigiosa, sin distinguir si este derecho es el de su país o el de un Estado extranjero” (Savigny, 1879, p. 141).

⁴A partir de aquí se estructuró así la idea de un sistema abierto, en el que campea la norma de conflicto. Esta norma, de estructura bímembre, no da la solución del caso iusprivatista multinacional, indica cuál es el derecho que habrá de proporcionarle; describe un

Este sistema, como todos, parte de la distinción entre derecho público y privado, entendiendo que este último constituye “el espacio de libertad del individuo, donde la persona ejerce su libre albedrío actuando sobre sí misma, sobre las cosas del mundo exterior (a través de la propiedad privada) y sobre otras personas con las que interactúa” (Audit, 2011, p. 213) y se relaciona.

Puesto que la cuestión de fondo no es el carácter de la extraterritorialidad de las normas sino determinar el asiento de la relación y establecer los posibles límites de éstas (dados por el orden público internacional, el fraude a la ley y la institución desconocida). Determinando, por tanto, el único derecho aplicable a la relación multinacional⁵. La fundamentación de esta eficacia viene dada por la existencia de una comunidad de Derechos, que no es más que un orden occidental y cristiano que permite la tolerancia de las leyes extranjeras.

En este sentido debe crearse un sistema de DIPr que permita cierta estabilidad y unificación en las soluciones (refiriéndose a los tratados internacionales como solución). En consecuencia, es destacable mejorar las condiciones de continuidad jurídica de las relaciones mediante la creación de un sistema armonizable, no solo con el derecho étático, sino con el DIPr de otros países. Por lo que “las soluciones de conflicto uniformes a nivel internacional requieren necesariamente normas de conflicto bilaterales que atribuyen las cuestiones jurídicas de forma neutral a un ordenamiento jurídico” (Vischer, 1991, p. 34). El sistema propuesto por Savigny es determinar la *Sitz* de la relación jurídica de conformidad con las reglas del *Ius Civile* y crear condiciones para la salvaguarda de los derechos adquiridos e igualar los tratos procesales al litigante foráneo.

La configuración del método tiene como consecuencia medular que la *lex fori*, es decir, la ley del juez actuante en la causa, y la *lex causae*, que es el ordenamiento en el cual el litigio tiene su lugar de asiento, se encuentran en pie de igualdad, salvo por las excepciones a la aplicación del derecho extranjero. Esto no se debe interpretar como una subordinación, pues, en realidad si lo vemos desde un ámbito global, tanto la *lex fori* como la *causae* se encuentran sometidas a reglas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*).

Si bien la construcción formal ha sido el buque insignia de nuestra disciplina no se encuentra exento de fuertes críticas: sus mayores detractores aluden a la propia existencia de los problemas generales como argumento central. Pues este método tuvo que crear un enorme cúmulo de “institutos” para intentar solucionar las patologías de la norma formal o de conflicto, a través de la cual solo se puede llegar a una solución justa mediante la manipulación de sus soluciones. A su vez, la tesis de Savigny si bien intentan ser de carácter universal, termina provocando la territorialidad de la disciplina, puesto que los Estados erigen sistemas autónomos que en muchos casos provocan conflictos de competencia positivos y negativos. Es decir que en virtud de las normas formales de los Estados con los cuales el caso multinacional tiene puntos de contacto, otorga competencia a más de una autoridad jurisdiccional o a ninguna.

3. El método conflictual actual

La norma de conflicto “brinda solución al caso en forma indirecta, designando un derecho nacional” (Talice, 1980, p. 39), es decir, lo ubica o nacionaliza en el Estado donde posee su centro de gravedad fáctico obteniendo así “una solución de justicia de tipo instrumental a través de la elección de conexiones justas” (Talice, 198, p.39). Este ideal de justicia supone la “despolitización del DIPr” ya que “la determinación de la Ley aplicable (...) no debe hacerse a partir de los intereses del Estado” (Caravaca y Carrascosa, 2018, p. 199) sino, justamente, en visualizar dónde dicha relación tiene su asiento o lugar con mayor cantidad de contactos. A su vez, como señala Talice:

caso iusprivatista multinacional en su tipo legal y, en su consecuencia jurídica, determina y elige el derecho aplicable a través de conceptos neutrales” (Uzal, 2017, p.12).

⁵Expresando que cualquier imperio normativo tiene dos límites, los locales (que consisten en que el legislador modifique el ordenamiento jurídico), y los temporales (que implica la variación temporal del centro fáctico de la relación jurídica).

(...) d) La elección puede ser rígida o flexible. El método de elección es rígido cuando somete el caso al derecho precisamente señalado por la conexión. El método de elección es flexible cuando el juzgador goza de un margen de latitud para determinar el derecho material aplicable al caso, a fin de lograr una solución más justa en consideración a todas las circunstancias (1980, p. 40).

La erección de un sistema de conflicto es parte de la política legislativa, por lo que los Estados pueden querer elaborar complejos sistemas que regulen la mayor parte de las dimensiones del caso privado internacional o regular algunos aspectos básicos, dejando al arbitrio de la doctrina y la jurisprudencia la determinación del lugar de asiento de dichos casos iusprivatistas internacionales. Esto es el “**principio de independencia de las normas de conflicto**”, a través del cual “1. Cada Estado posee sus propias normas conflictuales; 2. La aplicación de estas normas es rigurosamente territorial, de tal suerte que cada juez o funcionario ha de aplicar las prescritas por su propio legislador” (Vallindas, p. 209, Op.Cit Míaja de la Muela, 1981, p. 281).

A partir de esta afirmación podemos presentar algunas conclusiones: 1) Los Estados son libres de regular las categorías que entiendan convenientes; 2) la aplicación e interpretación de las normas de conflicto se llevará a cabo en virtud de lo dispuesto por las normas del juez que está entendiendo en la causa, con independencia del derecho resultante de la norma de conflicto; y 3) las consecuencias por su mala aplicación o su desconocimiento serán resueltas por las normas nacionales. Con respecto a la construcción del método conflictual es posible visualizar tres grandes corrientes, a saber: 1) *lex fori*, 2) bilateralismo y 3) unilateralismo. La tendencia originaria en el DIPr uruguayo ha sido regular al caso privado internacional a través de soluciones de conflicto bilaterales, aunque a partir de la Ley General de Derecho Internacional Privado (en adelante, LGDIPr), la tendencia se revirtió, dado que los criterios de atribución de competencia directa se basaron en el método unilateral, por lo cual entendemos pertinente exponer brevemente sobre este.

La técnica unilateral resulta compleja de entender, pues en lo que refiere a la codificación del DIPr uruguayo, siguiendo las tesis de Savigny, se optó tradicionalmente por el sistema bilateral. A los efectos de dimensionar su alcance, debemos remontarnos al origen mismo de la disciplina, con el pensamiento de los primeros estatutarios italianos, quienes identifican al conflicto de leyes en base a la primera oración del “código” de Justiniano. Si bien en esta regla el emperador “habló sólo de personas bajo su poder, su dominio misericordioso o jurisdicción, Bartolo leyó esta frase como una limitación a su propio poder, y por tanto una delimitación implícita del alcance de la ley romana” (Symeonides, 2016, p. 47), pues a partir de aquí, comienza a delimitar el alcance de las leyes romanas y no romanas, dando origen al conflicto de leyes. Esta distinción entre estatutos es el origen del método unilateral en tanto que se centra en las propias leyes sustantivas en conflicto y trata de determinar si el caso en cuestión se encuentra dentro del alcance previsto en una u otra ley. Al emplear este método (Symeonides, 2016, p. 48) es que se produce la división entre estatutos reales y personales.

Esta técnica es conflictual en tanto que no proporciona una solución directa al caso privado internacional y rechaza “la idea de que los casos multiestatales deben ser regulados por un cuerpo normativo supranacional” (Juenger, 2006, p. 176), basados en una concepción “soberana”. Aunque el enfoque es diferente, mientras que los bilateralistas entienden que la soberanía es un obstáculo los unilateralistas “pretenden obedecer [sus mandatos] aplicando las leyes de acuerdo a los deseos de los respectivos legisladores. Razón por la cual quedan bloqueados si más de un soberano “quiere” que su derecho se aplique a un determinado caso, o si a ninguno le importa hacerlo”⁶ (Juenger, 2006, p. 176).

Un concepto mínimo de unilateralismo puede ser el siguiente: esta norma evalúa el alcance de las competencias legislativas y jurisdiccionales del Estado. Es decir, la norma de conflicto no remite el caso al derecho

⁶“Para los unilateralistas, la norma bilateral hería la soberanía de los demás Estados, dándole un alcance a la norma de éstos que su legislador no le había dado. Es al legislador extranjero al único que le compete decir dónde alcanzan sus propias normas” (Fresnedo, 2013, p. 35).

material aplicable o determina qué juez asume competencia, sino que dispone las condiciones en que un juez uruguayo puede entender en un caso privado internacional y en qué condiciones puede aplicar su propia ley⁷. Los autores que postulan las tesis “unilaterales hablan del alcance de las normas, los conflictualistas de la “sede” de las relaciones jurídicas (o de “su centro de gravedad”) o “derechos adquiridos” en un lugar en particular” (Juenger, 2006, p. 171).

Con estos elementos podemos afirmar que, en principio, no dispone conexiones, sino que instituye el alcance de la *lex fori* o los tribunales nacionales (o, por lo menos, lo es en estilo puro⁸). Desde el punto de vista “técnico”, esto es un acierto de enormes dimensiones por varios motivos. Cuando una norma de conflicto dispone una distribución de competencias legislativas está presuponiendo que el Estado remitido tiene voluntad de entender en el juicio. Dicha “voluntad” –o *ratio legis*– se manifiesta en la norma de conflicto **¿Qué significa esto?** Que mientras el artículo 56 de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 (en adelante, TDCIM 1889 y 1940 respectivamente), y el derogado artículo 2401 del Apéndice del Código Civil (en adelante APCC), disponen como base de competencia el criterio ASSER y domicilio del demandado, el Estado remitido no está obligado a tener dicho localizador, por lo que esto posibilita la generación de reenvíos negativos. Esto no es algo menor, sino que representa uno de los argumentos más importantes para adoptar criterios unilaterales en la determinación de la competencia directa. Con la aprobación de la LGDIPr la orientación conflictual del sistema autónomo de DIPr cambia de forma sustantiva. A raíz de que el artículo 57 de la LGDIPr, instituye (cuando no hay tratado vigente, no opera la autonomía de la voluntad y lo dispuesto en el art. 59 de la presente ley) las condiciones en que los tribunales uruguayos son competentes para entender un caso privado internacional, y no qué país tiene competencia internacional directa.

Otra de las ventajas de la adopción del sistema unilateral resulta de evitar la aplicación de leyes contrarias a la OPI. Por ejemplo, las normas francesas de DIPr regulan al divorcio por la ley de la nacionalidad común de los cónyuges, pero:

El creciente número de extranjeros establecidos en Francia hace que se apliquen con frecuencia leyes extranjeras, que a menudo son difíciles de conocer y algunas de las cuales plantean también un problema de compatibilidad con el orden público (Audit, 1998, p. 439).

En este sentido, la legislación francesa decidió adoptar un criterio unilateral para la determinación de la ley aplicable a esta categoría (art. 310 de su Código Civil), según el cual aplican las leyes francesas cuando las partes tienen dicha nacionalidad o cuando los cónyuges están domiciliados en Francia.

Ahora bien, cuando a partir de este tipo de normas no resultare aplicable la *lex fori*, siguiendo el ejemplo de la normativa francesa, cuando las partes tuvieren su domicilio conyugal en otro Estado y no fueran nacionales franceses, se otorga vocación reguladora a cualquier otro Estado. Esto quiere decir que no aplican, a priori, la “ley del domicilio conyugal”, este sería un enfoque estrictamente “bilateral”. La información proporcionada por el artículo 310 del Código Civil francés refiere a que el caso privado internacional no cae dentro del ámbito de aplicación de las normas francesas.

La no aplicación nunca significa una denegación de justicia, pues cuando ningún ordenamiento jurídico reclame vocación reguladora, se aplicará en forma subsidiaria la *lex fori*. Un ejemplo de esto es el artículo 57 lit. H de la Ley 19.290, donde se disponen una serie de condiciones acumulativas para que nuestros tribunales

⁷ Este tipo de normas consideran “que no es posible realizar un reparto o distribución de leyes y, por tanto, renuncia a abocarse a dicha tarea: las reglas de conflicto de un Estado solo pueden determinar el ámbito de aplicación espacial de su propio Derecho Material y de acuerdo a las necesidades de ese Derecho Material” (Santos, 2021, p. 178).

⁸“El enfoque unilateral “puro” se basa en el supuesto de que la norma sustantiva tiene necesariamente un ámbito espacial específico. El alcance de una norma viene determinado por la cuestión de para quién tiene la norma fuerza legal o, en otras palabras, quién es su destinatario” (Vischer, 1991, p. 37). A través de una faz interna (“determinar el ámbito de aplicación de las normas sustantivas de la *lex fori*”) y una externa (“se ocupa del alcance de las normas extranjeras”).

puedan asumir competencia para evitar la “denegación de justicia”, conjunto con otras causales, aunque este tema será analizado en profundidad en el capítulo de función jurisdiccional.

La adopción del presente no resulta inocua, pues a partir de esta concepción el DIPr no tiene por objeto la resolución del conflicto de leyes, sino la determinación del ámbito de aplicación de las leyes y tribunales nacionales.

4. El domicilio en el derecho internacional privado

a. Aspectos de derecho positivo

En nuestro sistema de DIPr, así como en diversos países latinoamericanos y europeos, la conexión domiciliar constituye la piedra angular sobre la cual se edifica la distribución de competencias legislativas. Nuestro país adoptó dicho localizador en la categoría capacidad (art. 1 TDCIM 1889 y 1940 art.17 a 20 LGDIPr); protección de los incapaces (arts. 14,19 y 20 TDCIM 1889 y art.18 y 19 TDCIM 1940 y art. 21 LGDIPr); relaciones personales entre los cónyuges (art.12 y 14 TDCIM 1889 y 1940 respectivamente y art.24 LGDIPr); divorcio (art.13 TDCIM 1889 y art.26 LGDIPr); filiación (art. 21 TDCIM 1940 art.27 LGDIPr); capacidad para testar (art. 31 LGDIPr); obligaciones alimentarias (arts. 6 CIDIP-IV Obligaciones alimentarias y art. 29 LGDIPr); actos jurídicos (como interpretación de la conexión lugar de cumplimiento para contratos de género o fungible o el criterio residual para contratos de servicios, arts. 34 y 37 TDCIM 1889, 1940 y art. 48 LGDIPr), entre otros.

A su vez, el domicilio también funge como criterio atributivo de la jurisdicción directa, ya sea por el criterio ASSER –es decir, que la categoría prevea como ley aplicable dicha conexión, y por tanto, el juez sea el de ésta– o por el “domicilio del demandado”, contenido en el artículo 56 de los TDCIM 1889 y 1940 respectivamente; el artículo 7 del Protocolo de San Luis sobre Accidentes de Tránsito, artículo 7 Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción en materia contractual; artículo 8 CIDIP-IV Obligaciones alimentarias; artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Letras de Cambio, Pagarés y Facturas. Con la aprobación de la LGDIPr, no se abandonó la centralidad del domicilio puesto que el artículo 57 inc. A y B hacen especial referencia a ello.

Afirmar que el domicilio constituye la conexión central en el DIPr vigente, no es una afirmación semántica o teórica, sino una realidad empírica perfectamente constatable, tanto a nivel de DIPr de fuente supranacional como nacional. Es por esto que en los tres grandes sistemas de DIPr vigente contamos con disposiciones de conflicto y materiales que se expresan sobre la determinación de factor de localización; éstas son: 1) sistema tradicional: Título II arts. 5 a 9 TDCIM 1889 y arts. 5 a 10 del TDCIM 1940; 2) sistema interamericano; Convención Interamericana sobre Domicilio de la Persona física arts. 1 a 5. 3) DIPr de fuente nacional: durante la vigencia de la Ley 10.084, denominada apéndice del Código Civil (de ahora en más CC), la conexión domiciliar estaba dispuesta para la categoría Estado y Capacidad de las personas (art. 2393); las relaciones personales entre los cónyuges; la separación de cuerpos y el divorcio (2396); y la relación de bienes entre los esposos (2397). La interpretación de estas conexiones al no estar previstas en el APCC se recurre al art. 16 del CC y se terminaban utilizando las soluciones contenidas primero en el TDCIM 1889 y 1940, y al aprobarse la CIDIP sobre Domicilio de la persona física, recurrimos a este. Al aprobarse la Ley 19.920, que sustituye al Apéndice del CC (artículo 62), contaremos con un sistema de normas étático que regulen el domicilio internacional de forma directa.

Estas normas se refieren a la capacidad de la persona “capaz” (art.5 TDCIM 1889 y 1940 respectivamente; art. 2 CIDIP Domicilio y art. 14 LGDIPr); del incapaz (arts. 6 y 7 TDCIM 1889; art. 7 TDCIM 1940; art. 3 CIDIP- Domicilio y art. 16 LGDIPr), conyugal (art. 8 TDCIM 1889; art.4 CIDIP-Domicilio y art.23 LGDIPr), del deudor; diplomático (art.5 CIDIP-Domicilio y art.15 LGDIPr), entre otros.

b. Fundamento

El profesor Henri Batiffol expresaba que “la división del mundo contemporáneo en estados que vinculan el estatuto personal a la ley nacional y estados que lo sujetan a la ley del domicilio es la fuente más importante de los conflictos de sistemas” (1948, p. 498). Porque la elección de una u otra conexión no es un factor espontáneo, sino que responde a una política legislativa (*ratio legis*), en nuestro caso, y el de la mayoría de Estados hispanoamericanos, en torno al domicilio dado que era imperante para la consolidación de sus independencias.

Recordemos que, al surgir los Estados liberales en la primera mitad del siglo XIX, muchos carecían de límites claros –estos se sentían herederos del Tratado de San Ildefonso de 1777, sobre todo los hispánicos, mientras que el Imperio del Brasil impondría el *uti possidetis*–; con intervenciones extranjeras muy notorias (sobre todo franco-británicas) que, entre otras cosas, tenían el interés de que a sus súbditos se les aplicará “su” derecho, incluso en territorios tan lejanos como el Estado Oriental. Siguiendo esta línea de pensamiento Manuel Adolfo Vieira sostiene que “el domicilio [en el derecho Sajón] es utilizado para los intereses de orden internacional” (1958, p. 76). Es por esto que ya en el Tratado de Lima de 1878 “se admitió el principio del domicilio para regir el régimen de bienes muebles del matrimonio (a falta de capitulaciones matrimoniales), para el testamento y la jurisdicción” (Vieira, 1958, p. 70). Una tarea previa es poder entender que, al determinar la distribución de competencias legislativas y jurisdiccionales en el estatuto personal, tenemos esta dicotomía entre domicilio y nacionalidad, siendo importante definir y diferenciar ambas nociones.

La nacionalidad ha sido objeto de estudio de diversas disciplinas (sociología, ciencia política, filosofía, etc.), aquí le daremos un enfoque jurídico. El derecho regula las condiciones en que determinados valores históricos, sociales, económicos y culturales constituyen una categoría jurídica denominada nacionalidad. A su vez, dentro del “mundo jurídico”, diversas ramas han estudiado esta realidad (derecho constitucional, internacional público⁹ y privado). Con la revolución francesa irrumpe el principio de la nacionalidad por oposición al dinástico, alterando toda la cosmovisión jurídica del momento, incluyendo las normas de DIPr. Pues el código de Napoleón instituye como conexión central a la nacionalidad. Su objetivo es claro, unificar a Francia en los principios de la revolución, aunque esta tendencia centralista no es nueva, pues orientó todo el desarrollo de la estatutaria francesa de los siglos XV y XVI.

Los argumentos prácticos a favor de las tesis de la nacionalidad vienen dados porque ésta es más estable que el domicilio, con lo cual, permite que la ley aplicable al estatuto personal sea más estable y, por tanto, más predecible las soluciones a los casos privados internacionales. Aunque esta posición ha sido controvertida por algunos sectores de la doctrina, los que consideran que es más fácil cambiar de nacionalidad que de domicilio.

Ahora bien “en el siglo XVIII se planteó la cuestión, al menos entre los autores franceses, de sí, en caso de cambio de domicilio, la ley personal estaría determinada por el nuevo domicilio o, por el contrario, por el domicilio original” (Batiffol, 1948, p. 500), por lo que nace la distinción entre nacionalidad (domicilio de origen) y el domicilio en sí mismo (como abstracción legal), por lo que la conexión “nacionalidad”, a muy grandes rasgos, empieza a encontrar resistencias.

Los argumentos para volver a las tesis del domicilio como conexión central al estatuto personal pueden resumirse en:

1. Las relaciones se fundan sobre un territorio, más allá de la nacionalidad, ya que la “fijación de la persona en un lugar determinado; la vivienda y las relaciones familiares y económicas” (Vieira, 1958, p. 28) provocan la creación de un centro de vida en el lugar donde la persona tiene su asiento material.

⁹Para los publicistas clásicos, sobre todo de los siglos XVIII y XIX, la nacionalidad era uno de los caracteres atributivos de la personalidad jurídica internacional.

2. Hay personas que emigraron al país siendo chicos, incluso en el vientre de su madre. Por lo que es lógico que su conocimiento del Estado de la nacionalidad sea muy remoto y, por tanto, conozca a cabalidad la ley del Estado donde vive, se relaciona y trabaja.
3. Cuando una persona es hijo de padre y madre de diferente nacionalidad, puede darse un conflicto de “leyes” aplicables al estatuto personal. Por lo que “la sumisión al derecho de nacionalidad provoca conflictos de leyes dentro de la familia, con los cónyuges regidos por diferentes leyes, al igual que los hijos” (Dolinger, 1997, p. 269).
4. Si entendemos que además de la ley aplicable, el juez competente al estatuto personal de una persona es el juez del Estado de su nacionalidad, esto podría traer problemas prácticos a la hora de entablar un juicio, perjudicando los intereses de ambas partes.
5. Por otro lado, la complejidad que tendría tener que aplicar soluciones materiales de países que han dejado de existir, o como sucedía a mediados del siglo XX, aplicar derecho extranjero de regímenes como la Alemania Nazi, la Italia de Mussolini o la Unión Soviética de Stalin.
6. (...) “el principio del domicilio responde cabalmente, al concepto del crédito público, fundamental para la seguridad de la vida comercial; en él es donde se cumplen normalmente todos los actos de la vida de relación de una persona, constituyendo la fuente natural y lógica de todos aquellos que deseen informarse sobre el estado y capacidad de las personas con las cuales contratan” (Vieira, 1958, p. 29).

Es por esto que ya en el primero congreso sudamericano de Montevideo, y en el anterior congreso de Lima que los Estados hispanoamericanos adoptaron el criterio domiciliario. Pasemos ahora a analizar su determinación a nivel de derecho interno para posteriormente dimensionarlo a los efectos del DIPr.

c. El domicilio como “concepto jurídico”

Si bien el domicilio puede ser entendido como “el lugar donde se habita, con ánimo de permanecer como realidad material” (Howard, 2016, p. 401) a los efectos jurídicos, lo debemos considerarse como una categoría jurídica, una abstracción, porque es “el asiento legal, jurídico de la persona. Y decimos asiento jurídico, porque el domicilio no [son aspectos materiales] (...) es una cosa puramente ideal, moral, abstracta resultante solamente de la creación de la ley” (Guillot, 1928, p. 194). A su vez, como esgrime Howard, “suele vincularse el domicilio con los derechos de la personalidad”, constituyendo “la esfera inmediata y esencia de la libertad del individuo” (Howard, 2016, p. 403).

No hablamos de cuestiones meramente teórico- doctrinarias, pues según diversos sectores de la doctrina estos elementos tienen base legal, a saber: 1) art. 11 de la Convención Americana de DDHH, 2) art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 3) el art. 12 de la Declaración Universal de DDHH. No obstante, el profesor Howard remarca que “al catalogar al domicilio como derecho de la personalidad, me parece que se llega demasiado lejos y no se distingue correctamente el concepto jurídico de la figura en indagación con ciertos derechos de aquella especie” (Howard, 2016, p. 405). Pues “la protección constitucional, civil y penal del domicilio no persigue la defensa de un elemento material como la morada, casa o habitación”, sino que salvaguarda “valores intangibles de las personas, tales como la intimidad, la privacidad y la reserva personal y familiar de los individuos” (Howard2016, p. 405).

A su vez, destacamos que es posible distinguir dos tipos de domicilio: “el elegido por una persona dotada de una plena capacidad para el ejercicio de sus acciones y aquél determinado por el imperio de la ley, en virtud de razones puramente legales” (Vieira, 1958, p. 141). En nuestro ordenamiento jurídico, éste se encuentra determinado por el art. 24, según el cual “El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. El domicilio civil es relativo a una sección determinada del territorio del Estado”. Siguiendo la tradición románica el domicilio se constituye en virtud de dos elementos, por un lado, el “corpus” (la residencia) y el animus, que alude al ánimo de permanecer allí. El primer elemento



es denominado material u objetivo, pues es la dimensión palpable, física y tangible del domicilio, mientras que la dimensión inmaterial o “valorativa”, alude a una intencionalidad particular. Nuestro código, a los efectos de la prueba de este elemento subjetivo “dispone que (...) puede surgir de modo real (esto es, cuando resulta de una manifestación expresa de la persona, por ejemplo, en un documento o en un trámite ante un órgano administrativo) o a través de ciertas presunciones” (Howard, 2016, pp. 419-420). Aunque el código sí determina algunas situaciones donde no debemos presuponer la existencia de este elemento, más específicamente en el art. 26 del CC, donde el legislador entendió que:

No se presume el ánimo de permanecer ni se adquiere consiguientemente domicilio en un lugar, por el solo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico o por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental, como la del viajero o la del que ejerce una comisión temporal o la del que se ocupa en algún tráfico ambulante.

A los efectos del derecho civil, el domicilio tiene las siguientes implicancias: primero, le asigna a la persona derechos políticos (art. 332 de la Constitución de la república Oriental del Uruguay) y lo hace pasible de ser titular de los derechos, deberes y garantías previstos en los arts. 7 a 72 de la Constitución; el Estado consagra la inviolabilidad del "hogar" (como elemento material del domicilio) en el art. 11 de, entre otras garantías. A su vez, es importante “en la determinación de la competencia interna de los tribunales para acciones personales (art. 21 Ley N° 15.750) y para el proceso de conciliación previa (art. 293 CGP); en la realización de determinados actos procesales a las partes del proceso (art. 79 del C.G.P)” (Mariño, 2017, p. 46), entre otros.

d. Domicilio a los efectos del derecho internacional privado

En el campo del DIPr, el domicilio tiene como función determinar el derecho material aplicable al estatuto personal. Razón por la cual las reglas, ya sean materiales o conflictuales, deben determinar un único domicilio, en caso contrario dicha conexión sería de imposible realización. Ahora bien, cuando estamos ante normas de conflicto se puede “derivar en un conflicto positivo (cuando ambas leyes consideran a la misma persona domiciliada en su territorio)” o un “conflicto negativo (cuando ambas consideran que está domiciliado en otro país)” (Dolinger, 1997, p. 270). Por ello destacamos la existencia de normas materiales, tanto en el TDCIM 1940, CIDIP-II Domicilio y la LGDIPr. Aunque en el caso de la LGDIPr, la solución material no es vinculante con el otro Estado, es decir, al no existir un tratado, dicho país puede tener normas atributivas del domicilio distintas a las nuestras que presuponen que se configura en otro país (aunque estas hipótesis tienden a ser marginales). Por lo que aquí volvemos al problema de la calificación, subsumirse en la LGDIPr es claramente una visión *in ordine*, en forma contraria se ha expresado la doctrina brasileña, en los siguientes términos: “el domicilio debe estar calificado por la ley en cuestión, la ley invocada, es decir la *lex causae*, o sea el sistema jurídico territorial cuyo domicilio se refiere, siendo el domicilio nacional fijado por la ley nacional” (Valladao, como fue citado en Dolinger, 1997, p. 271) y el domicilio constituido en el extranjero por dicha ley. Como expresaremos en el capítulo de calificación, no somos partidarios de hacerla teniendo en cuenta la *lex causae*, dado que produce notorios círculos viciosos.

Antes de la aprobación de la mencionada ley, el DIPr de fuente nacional o autónomo estaba dado, entre muchos otros, por el Apéndice del Código Civil (Ley 10.084), el cual consagraba la conexión domiciliar para varias categorías. Ahora bien, al no disponer los mecanismos para su interpretación, como sucede con todo localizador jurídico, debíamos recurrir al mecanismo de integración dispuestos en el artículo 16 del Código Civil.

e. Domicilio de la persona capaz

i. *Tratados de Montevideo de 1889*

Como hemos esgrimido, las diversas fuentes que rigen al domicilio internacional se desagregan en tipos dependiendo de la categoría en cuestión. La primera regulación es el domicilio de la persona capaz, regulado

en el art. 5 de los TDCIM 1889 y 1940, art. 2 de la CIDIP Domicilio y el art. 14 de la LGDIPr. La solución contenida en el TDCIM 1889 es de carácter indirecto, pues es el Estado donde “reside” la persona, el que determina las condiciones para que dicha residencia constituya domicilio. Este tratado se encuentra vigente con Bolivia, Colombia y Perú. Con los primeros dos rige plenamente en materia de domicilio, por lo que dependerá de los arts. 24 y 25 del Código Civil boliviano y 75 ss. del colombiano o 24 de nuestro CC para determinar las condiciones en que la residencia constituya domicilio¹⁰. Ahora bien, Perú ratificó la CIDIP-II Domicilio de la Persona física, por lo que podemos suponer que en virtud del art. 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 con dicho país podrían aplicarse dichas soluciones.

ii. *Tratado de Montevideo de 1940*

Con la vigencia del TDCIM 1940, el legislador internacional siguiendo tendencias modernas, designó una norma material subsidiaria para la determinación del domicilio internacional, en los siguientes términos:

Artículo 5.- En aquellos casos que no se encuentren especialmente previstos en el presente Tratado, el domicilio que atañe a las relaciones jurídicas internacionales, será determinado en su orden, por las circunstancias que a continuación se enumeran: 1) La residencia habitual en un lugar, con ánimo de permanecer en él; 2) A falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar integrado por el cónyuge y los hijos menores o incapaces; o la de cónyuge con quien haga vida común; o, a falta de cónyuge, la de los hijos menores o incapaces con quienes conviva; 3) El lugar del centro principal de sus negocios. 4) En ausencia de todas estas circunstancias, se reputará como domicilio la simple residencia.

El artículo 5, vigente para Argentina y Paraguay, comienza haciendo alusión a que este artículo representa un sistema de normas tendientes a regular el domicilio, y que esta disposición aplica solo para los casos que “no se encuentren especialmente previstos en el Presente tratado”, como ser el domicilio del incapaz o el conyugal (reservado por nuestro país). Posteriormente menciona una lista de condiciones atributivas del domicilio. La primera de ellas hace especial referencia a nuestro art. 24 del CC, al aludir al corpus y animus, es decir, la residencia acompañada del ánimo de permanecer allí.

En defecto de esto se instituye el criterio domiciliario; pero uno muy especial, el de familia biológica o el que constituya con la/el cónyuge, por lo que inferimos que deben estar casados (el matrimonio, en caso de ser internacional, se rige por la ley del lugar de celeria en virtud del art.11 y 13 de los TDCIM 1889 y 1940 respectivamente y el art. 22 de la LGDIPr). A su vez, el art. 5 numeral 2, determina una “sub-escalerilla”, en los siguientes términos “la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar integrado por el cónyuge y los hijos menores o incapaces; o la de cónyuge con quien haga vida común”. No tiene en cuenta otros tipos de “familia”, como ser una unión de hecho, que un grupo de amigos decidan vivir en conjunto u otros tipos de vínculos, afectivos o no.

Cuando la persona no está casada ni tiene hijos o residencia en un mismo Estado –ya sea porque por razones de trabajo se desplaza de un Estado a otro de forma indistinta, sin permanecer en uno de forma fija, o porque se dedica a vivir de forma nómada, sin una residencia fija– el domicilio estará determinado por “el centro principal de sus negocios”. Entendido como aquel donde percibe algún tipo de ingresos, ya sean salariales o no.

Finalmente, el TDCIM 1940 entiende que si resulta imposible determinar el domicilio de la persona por la residencia con ánimo de permanecer; núcleo familiar o centro principal de sus negocios, se deberá entender que esta persona se encuentra domiciliada por la simple residencia.

¹⁰En igual sentido se expide la profesora Córdoba, al argumentar que “todos los Estados parte deben sujetarse a la definición que el punto de conexión domicilio brinde [de conformidad] con la ley del lugar de la residencia. Lo que si ocurre es que la definición del punto de conexión domicilio puede variar a medida que varíe la residencia del individuo” (Córdoba, 1990, p. 206).

f. Convención interamericana sobre domicilio de la persona física

En 1975 se inicia un gran proceso codificador en materia de DIPr con la conferencia de Panamá. Ahí se suscribieron tratados sobre Letras de Cambio, pagarés y facturas; Cheques; Arbitraje Comercial Internacional; Exhortos o Cartas Rogatorias; Recepción de Prueba en el extranjero y poderes. En 1979 se realiza en Montevideo la segunda conferencia interamericana de DIPr, donde entre otros tratados, tenemos la Convención Interamericana sobre Domicilio de la persona física.

A los efectos de redactar una convención sobre domicilio, se creó “un grupo de trabajo conformado por: Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Honduras, México, Perú, Uruguay y Venezuela” (Parra Aranguren, 1988, p. 151), que se empieza a reunir en mayo del 79. Nótese que de conformidad con el art. 1, el objetivo de este convenio es generar normas de “derecho uniforme”, es decir, materiales. A diferencia de la primera conferencia donde primaron (y seguirán primando también) las normas de conflicto, incluso en la propia denominación de las convenciones. En lo que atañe al domicilio de la persona física, la convención se expresó en los siguientes términos:

El domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias: 1. En lugar de la residencia habitual; 2. En lugar del centro principal de sus negocios; 3. En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia; 4. En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare (art. 2).

Al igual que en el TDCIM de 1940 se optó por una norma material subsidiaria, no obstante, se evidencian algunas modificaciones. La primera es en torno al literal primero, donde se elimina el *animus manendi* como criterio para caracterizar el domicilio internacional de la persona física. Este cambio fue aprobado por unanimidad por la comisión redactora (Parra Aranguren, 1988, p. 152), modificación que encontramos muy positiva.

Posteriormente, y en una lógica de análisis comparativo con el TDCIM 1940, se optó por eliminar el criterio familiar como atributivo del domicilio internacional, con la objeción de Argentina que había propuesto incorporar “la residencia habitual del grupo familiar” (1979, p. 151). Encontramos este cambio como negativo, pues debe primar la familia como centro de la vida humana, pues este es el núcleo sobre el que se desarrolla la propia civilización. Otra incorporación realizada por la CIDIP-II Domicilio, es un último numeral de excepción, cuando no se pudiera determinar el domicilio de una persona por su residencia habitual, el centro principal de sus negocios o la simple residencia se reputará como domicilio el lugar donde se encontrare.

i. Soluciones en la LGDIPr

Las reglas contenidas en la LGDIPr operan en los casos que no resultará aplicable los TDCIM 1889, 1940 y la CIDIP-II sobre Domicilio, y presupone una interpretación *in ordine*, pues las conexiones de domicilio en la ley se rigen por las soluciones contenidas en el Capítulo II objeto de análisis. Con respecto al domicilio de las personas físicas capaces, el art. 14 dispone:

El domicilio de la persona física capaz debe ser determinado, en su orden, por las circunstancias que a continuación se enumeran: A) La residencia habitual. B) La residencia habitual del núcleo familiar con el cual convive. C) El centro principal de su actividad laboral o de sus negocios. D) La simple residencia. E) El lugar donde se encuentra.

La redacción del art. 14 se hizo en base a las disposiciones ya vigentes del TDCIM 1940 y la CIDIP-II sobre Domicilio, en torno a la metodología empleada y las soluciones contenidas en él. El legislador reafirma la posición sustentada en la segunda conferencia interamericana de DIPr y elimina el *animus manendi* en el primer criterio de atribución de domicilio. A su vez, con una redacción moderna, retoma el criterio del “núcleo familiar” como en el TDCIM 1940 (en espíritu). Se presupone que “allí donde está radicada la familia de la persona investigada para determinar su domicilio, es donde se concentran sus intereses personales preponderantes” (Santos, 2021, p. 210). Entendemos muy oportuno este retorno a la familia como centralidad

del domicilio, como ya hemos mencionado supra. Finalmente, destacamos la incorporación del lit. E, copia fiel del artículo 2 de la CIDIP-II Domicilio, como criterio de última ratio.

g. Domicilio del incapaz

La protección internacional de los incapaces es una de las cuestiones más dinámicas del actual Derecho Internacional de familia, pues esta, por los fenómenos de la mundialización, tiende a trasladarse (voluntariamente o no) de un Estado a otro. Esta categoría macro tiene diversas derivaciones, como ser los institutos que se erigen ante la existencia de una incapacidad: **patria potestad, tutela y curatela**, regulado en los TDCIM 1889 y 1940 respectivamente; el Convenio de La Haya sobre Responsabilidad parental de 1996 (síntesis) y la LGDIPr.

A su vez visualizamos los institutos que nacen para garantizar los derechos de guarda y custodia de padres, tutores y curadores como ser: Restitución Internacional de Menores (regido por la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción de menores; Convención Interamericana sobre restitución Internacional de menores, convenios bilaterales con Argentina, Chile y Perú, y regulado a nivel nacional por la ley 18.895) y tráfico internacional de menores (Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores).

Nosotros nos centraremos en la determinación del domicilio del incapaz a los efectos de determinar la “ley aplicable y juez competente” a dicha protección internacional. Regulada en los artículos 6 y 7 del TDCIM 1889, artículo 7 TDCIM 1940 y artículo 3 CIDIP-II Domicilio, se entiende que estamos ante un domicilio ficto forzoso, pues el menor queda sujeto al domicilio que tengan sus representantes legales. Esto es producto de la “influencia de la concepción romanista, de la posición subjetiva, en la que no era posible que el incapaz tuviera un domicilio propio, porque al estar configurado el concepto de domicilio por dos elementos –la residencia y el ánimo, la voluntad de permanecer en un lugar– el *alieni iuris* no tenía una voluntad jurídicamente relevante” (Córdoba, 1990, p. 208). A su vez destacamos que no es una posición foránea en nuestro ordenamiento jurídico, pues de conformidad con el art. 34 del CC “El menor no emancipado o habilitado, así como el mayor a quien se ha nombrado curador, no tiene otro domicilio que el de sus padres¹¹tutores o curadores”.

La existencia de la incapacidad “les veda la constitución de un domicilio voluntario, aun cuando de sus condiciones psicológicas se desprende que tienen la aptitud para hacerlo” (Howard, 2016, p. 432). Por ejemplo, si un menor de 15 años viene a vivir a Uruguay para estudiar, y sus padres se encuentran domiciliados en Argentina, su domicilio estará en dicho país, mientras que en Uruguay tendría su residencia habitual. En los casos en que el menor se encontrara en un “Estado A”; su madre en un “Estado B” y el padre en el “Estado C”, esta conexión domiciliar resultaba de realización imposible, por lo que la doctrina entendía que se debía configurar el domicilio en la residencia habitual del menor.

Tendencia que adopta la LGDIPr, pues en el art.16 se determinó que:

Los menores sujetos a patria potestad tienen su domicilio en el Estado en que se domicilian sus padres cuando estos ejercen efectivamente su representación. Fuera de este caso, así como cuando dichos padres se encuentran domiciliados en Estados diferentes, los menores incapaces se consideran domiciliados en el lugar de su residencia habitual. Los incapaces sujetos a tutela, curatela u otro mecanismo equivalente de protección, se consideran domiciliados en el lugar de su residencia habitual.

Son diversos los comentarios que podemos realizar en torno al art. 16. El primero de ellos es que, a diferencia de los TDCIM 1889, 1940 y la CIDIP-II Domicilio, en la LGDIPr se optó por una determinación del domicilio

¹¹El artículo hace alusión a la existencia de una función específica, que es la representación y administración. Coincidimos con Howard cuando afirma que es inexacta la redacción del presente art. 34 en referencia a los padres, “cuando debería haber dicho que el menor se encuentra domiciliado en el domicilio de aquel que ejerce la patria potestad” (Howard, 2016, p. 432).

de los incapaces separando patria potestad, por un lado, y por el otro tutela y curatela. En segundo lugar, se aprecia una cuestión meramente nominativa, y es que a diferencia de los TDCIM 1889, 1940 y la CIDIP-II Domicilio, la LGDIPr ya no habla de los “padres”, sino de quienes ejercen la patria potestad, dado que, en nuestro país, con la aprobación de la ley 19.075, cambiaron las condiciones para la adopción.

En tercer término, observamos que a priori se adoptó la solución tradicional del domicilio ficto forzoso para la determinación del domicilio del incapaz sujeto a patria potestad. Ahora bien, si los padres no ejercen su representación o están domiciliados en Estados diferentes, primará la “residencia habitual” (y el art. 5 y 15 del Convenio de La Haya sobre Responsabilidad Parental de 1996). La exposición de motivos de la LGDIPr, sobre este aspecto, dejó sentado que:

El capítulo de protección de los incapaces recoge básicamente la solución de conflicto anterior adoptando el punto de conexión domicilio, aunque debe tenerse en cuenta que la definición de este localizador se ha adecuado a las circunstancias históricas actuales, jerarquizando las conexiones fácticas y en especial el centro de vida del incapaz.

Finalmente verificamos que en lo que respecta a la tutela y curatela se eliminó la solución del domicilio ficto forzoso, aceptándose únicamente la residencia habitual.

h. Domicilio del agente diplomático

Los Estados, en el desarrollo de sus relaciones exteriores, hacen uso de diversos agentes diplomáticos y consulares. Entendidos como “todos aquellos que, según las leyes constitucionales de los Estados y las reglas del Derecho Internacional, tienen poder y facultad de mantener las relaciones diplomáticas de los Estados, y realizar actos que los representen oficialmente” (Fiore, 1879, p. 395). Más allá de las funciones que ejercen en temas de DIPr (sobre todo los cónsules al amparo de la ley 19.268), aquí nos atañe la problemática de su domicilio.

Con respecto a esto, ni los TDCIM 1889 y 1940 se pronunciaron al respecto, por lo que su domicilio internacional quedaba contenido en los arts. 5 de ambos tratados. Al ratificar Uruguay la CIDIP-II sobre domicilio, el art. 5 consagró qué:

El domicilio de los funcionarios diplomáticos será el último que hayan tenido en el territorio del Estado acreditante. El de las personas físicas que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su Gobierno, será el del Estado que los designó.

Es decir, si un funcionario diplomático en ejercicio de funciones es enviado desde México hacia nuestro país, se considerará domiciliado (a los efectos del DIPr) en dicho país, tendiendo en el nuestro su residencia (esta distinción es importante en categorías como Obligaciones Alimentarias, ver artículos 6 y 8 de la CIDIP-IV y el artículo 29 de la LGDIPr).

A nivel de DIPr étático o nacional, el derogado APCC no disponía solución al respecto, por lo que la incorporación del art. 15 resulta interesante, en ésta se legisla que:

El domicilio de los funcionarios diplomáticos será el último que hayan tenido en el territorio del Estado acreditante. El de las personas físicas que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su Gobierno, será el que tengan en el Estado que los designó. El de los funcionarios de organismos internacionales será el de la sede de su organismo, salvo disposición en contrario del respectivo Acuerdo de Sede.

La redacción, con respecto a las soluciones de la CIDIP-II Domicilio, es más completa y atiende a todo tipo de despliegues de misiones diplomáticas, ya sean estas permanentes o especiales. A su vez, hace especial alusión a los funcionarios de organismos internacionales, los cuales se consideran domiciliados en el Estado sede de su organización “salvo disposición contrario del respectivo acuerdo de sede”, esta frase se armoniza con lo que es la aplicación del sistema de fuentes en el DIPr, pues siempre priman los tratados (art. 27 de la Convención de Viena de 1969; art. 1 CNG; art. 525.3 CGP y art. 1 LGDIPr).

i. La mujer casada y el domicilio conyugal

La existencia del domicilio de la mujer casada parte de una concepción machista, pues tiene su origen en el Código francés “que se debió a la influencia de Napoleón Bonaparte, que no gustaba de las mujeres y dudaba de su discernimiento para actuar” (Vieira, 1958, p.144). Esta arcaica concepción (que se hunde en las profundidades de la historia) se vio consagrada en el art. 8 del TDCIM 1889, en el que se entendió que:

El domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio y en defecto de éste, se reputa por tal el del marido. La mujer separada judicialmente conserva el domicilio del marido, mientras no constituya otro.

Se ha discutido mucho acerca de la validez de esta conexión, al ser de carácter discriminatorio y contrario a la vocación igualitarista de nuestra república, sobre todo después de la aprobación de la Ley 10.783 sobre derechos civiles de la mujer. La posición de mayor recibo es que la igualdad entre hombres y mujeres es una norma de *jus cogens* y, por tanto, sobre este artículo 8 recaería una nulidad absoluta (ver arts. 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969).

Al aprobarse el TDCIM 1940, el artículo 9 y 59 mantienen la lógica del primer congreso sudamericano de 1889, aunque ahora, nuestro país realizó una reserva en torno a este (en virtud de los arts. 19 y siguientes de la Convención de Viena de 1969). Treinta y nueve años después se realiza la segunda conferencia especializada de DIPr se volvió a tratar la cuestión del domicilio en general, y particularmente el ahora denominado domicilio conyugal, legislándose de la siguiente manera “El domicilio de los cónyuges será aquel en el cual éstos vivan de consuno, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 2” (art. 4). Se recogió la existencia del domicilio común (donde “viven de consuno”) “pero el aspecto más importante consiste en la aceptación unánime del derecho que tiene cada cónyuge a - establecer un domicilio autónomo, conforme a las reglas consagradas por el artículo segundo del convenio” (Parra Aranguren, 1988, p. 153).

Como en otros temas, el domicilio conyugal estaba previsto como conexión en el apéndice del código civil (arts. 2396 y 2397), pero no tenía una definición expresa, por lo que recurrimos al TDCIM 1940 y posteriormente la CIDIP-II sobre domicilio. Al aprobarse la Ley 19.920, se dio una definición de domicilio conyugal, curiosamente fuera del capítulo del domicilio, en los siguientes términos:

El domicilio conyugal se configura en el Estado donde los cónyuges viven de consuno o en aquel donde ambos tienen sus domicilios propios. Fuera de estos casos no existe domicilio conyugal, y cada cónyuge tendrá su propio domicilio, determinado de acuerdo al artículo 14 de la presente ley.

Tanto la solución del art. 2 de la CIDIP-II Domicilio, y el art. 23 de la LGDIPr vienen a solucionar un inconveniente, y era la configuración de la conexión domiciliar cuando las partes no tuvieran domicilio común¹² (más allá de la solución discriminatoria del art. 8 y 9 de los TDCIM 1889 y 1940, que también intentaron solucionar esto). Puesto que, en defecto de estas, le otorga la libertad a los cónyuges de tener “su propio domicilio, determinado de acuerdo al art. 14 de la presente ley”.

¹²“La interpretación mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia ha sido que, no existiendo domicilio común, resultaba aplicable al divorcio, por ejemplo, la ley del Estado del domicilio del actor, aunque también existen pronunciamientos doctrinarios y jurisprudenciales a favor del domicilio del demandado y del último domicilio conyugal” (Fresnedo y Lorenzo, 2021, p. 160).

5. Conflicto móvil

Los hechos fácticos de nuestra existencia no son estáticos, las personas podemos nacer en un determinado Estado y posteriormente mudarnos hacia otro, sea por las condiciones económicas o políticas, o por cualquier otra circunstancia. Ello puede traer aparejado algunas consideraciones en torno al DIPr, sobre todo en lo que atañe al Estatuto personal. Pongamos un ejemplo, la capacidad de la persona física se regula por la ley del domicilio (art.1 TDCIM 1889 y 1940 respectivamente y art. 20 de la LGDIPr), y dicha conexión tiende a ser variable¹³, por lo que se puede alterar el derecho material aplicable. Es decir, que es posible adquirir la capacidad conforme al Estado “A”, pero al cambiar de domicilio internacional ver que las condiciones requeridas por el Estado “B” (a los efectos de adquisición de la capacidad) pueden ser diferentes, teniendo por consiguiente un típico problema de conflicto móvil.

Hasta aquí podemos visualizar una concepción intuitiva de los conflictos móviles, no obstante, para lograr una comprensión a cabalidad, es necesaria una definición “formal” y “abstracta”. Este “problema” se genera cuando tenemos un localizador variable (tal como ser el domicilio, la ley del lugar de situación de los bienes inmuebles, nacionalidad en los países que la admiten, etc.) y en virtud de esa conexión se genera un “derecho adquirido” (ej.: capacidad), y por tanto se nos presenta el problema de su reconcomiendo extraterritorial. Las causales por las que puede configurarse esta “problemática” pueden sintetizarse en: “1) Un cambio en el tiempo de una circunstancia utilizada como punto de conexión mutable (...) 2) Un cambio de Soberanía estatal sobre el territorio” (Calvo Caravaca y Carrascosa, 2018, p. 228). Ante esto pueden configurarse tres hipótesis, a saber: (a) “que la propia norma especifique un momento determinado a ser tenido en cuenta;” (b) “que la norma aproveche la variabilidad del punto de conexión para hacer variar con él el derecho aplicable, en base a determinada política legislativa” y (c) “si la norma no dice nada, se recurre a los medios generales de interpretación e integración” (Calvo Caravaca y Carrascosa, 2018, p. 286).

Veamos cómo las diversas fuentes han tratado el tema de los “conflictos móviles”. Los TDCIM 1889 y 1940 comienzan haciendo alusión a la existencia, estado (art. 1 TDCIM 1940) y capacidad (art. 1 TDCIM 1889 y 1940), regulados por la ley del domicilio. En lo que atañe a la capacidad adquirida, los tratados disponen lo siguiente:

- **TDCIM 1889:** el legislador internacional concordó en reconocer la “capacidad adquirida por emancipación, mayor edad o habilitación judicial” generada por un cambio de domicilio. Cómo ha señalado la doctrina nacional “En cierto modo, esta regla es ambivalente, por cuanto desconoce el conflicto móvil cuando la capacidad es mayor en el Estado del domicilio anterior del individuo, inclinándose a favor del mantenimiento de la ley antigua ocasionando una “ultra-actividad” de la ley anterior; pero acepta el conflicto móvil en la hipótesis de que se le reconozca una capacidad plena en el Estado del nuevo domicilio cuando no la tenía en el anterior” (Santos, 2022 p. 4).
- **TDCIM 1940:** en la comisión de Derecho Civil (Acta N° 1) realizada el 21 de julio de 1939 en el palacio legislativo, luego de analizar el artículo primero se procede a abordar el que atañe a la capacidad adquirida. El anteproyecto que fue presentado por la comisión versaba en los siguientes términos “**El cambio de domicilio no altera la capacidad adquirida**”. Veamos las principales posiciones: la delegación paraguaya representada por el Dr. De Gásperi quería incluir el término “ni restringe”, porque “la alteración es el género; la restricción es la especie”, posición que fue de recibo por las delegaciones presentes,

¹³“Aclaremos que la consagración de un punto de conexión susceptible de “moverse”, no se trata de un defecto o anomalía de la regla de conflicto, sino que esta variabilidad generalmente es querida por el legislador, quien considera adecuado que ciertas relaciones o situaciones jurídicas, se adapten o integren rápidamente al orden jurídico estatal de la nueva situación” (Santos, 2021, p. 3).

en especial la de Bolivia¹⁴ y Argentina¹⁵. La delegación uruguaya (representada por Vargas) entiende que se mantuviera la redacción del Artículo 2 tal cual está en el Tratado de 1889; en primer término, porque así se deja sentado el criterio general que informó a dichos Tratados. Y, en segundo término, por parecerle fundamental que en todo aquello que en realidad no haya una necesidad absoluta de cambiar” (1939 Acta N° 1 p.12) deberían mantenerse las disposiciones del TDCIM 1889. Por lo que al final se termina adoptando la siguiente resolución: art.2 “El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida”.

Asimismo, los artículos 30 del TDCIM 1889 y 34 del TDCIM 1940 disponen soluciones al conflicto móvil, en lo que atañe a el cambio de los bienes muebles. En el TDCIM de 1940 se agregó que “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 34).

6. Consideraciones finales

El hilo conductor de la codificación etática y plurietática (o interetática) del DIPr ha estado signada por la adopción –con diversos criterios, como ser conflictuales o materiales– del localizador domiciliario. Si bien la *ratio legis* obedecía a una cuestión de consolidación de las soberanías o evitar la falta de aplicabilidad que hubiera conllevado consagrar el principio de la nacionalidad –en países de alta inmigración– el domicilio ha demostrado proporcionar ser una conexión útil. Puesto que la nacionalidad no siempre se corresponde con el desarrollo de una persona. Si en el siglo XIX los movimientos migratorios de Europa hacia América eran relativamente frecuentes, más aún los son en la actualidad, dada la reducción de los costos de transporte.

Debemos subrayar la evolución entre los TDCIM 1889 a 1940, pues se substituyó la solución conflictual del primero, por una norma material y subsidiaria, la cual intentó tener presente los diversos tipos de situaciones que podían arraigar a una persona a determinado ordenamiento jurídico. Si bien persistió la conexión discriminatoria del domicilio de la mujer, que fue objeto de reserva en Uruguay. Aunque no siempre las evoluciones son positivas, puesto que la Convención Interamericana sobre Domicilio de la Persona Física no contempló el elemento familiar en los numerales taxativos para la configuración de la conexión. La Ley General de DIPr fue sabia al reinstaurar –en defecto de los TDCIM 1889, 1940 y la propia Convención Interamericana antes citada– los aspectos de familia, con una redacción moderna y omnicomprensiva.

Asimismo, es importante señalar la formulación de la interpretación del domicilio de los incapaces, el cual ya no tiene como única alternativa la vieja fórmula ficto-forzosa, sino que, en algunas circunstancias permite la adopción de la residencia habitual que ya ha sido reconocida a nivel plurietático¹⁶. Finalmente queremos señalar que más allá de las críticas que puede hacerse sobre el localizador domiciliario, entendemos que la reciente codificación del domicilio es positiva, puesto que: 1) colmó un importante vacío en el DIPr de fuente nacional; 2) incorporó tendencias doctrinales en torno al domicilio conyugal, de los incapaces y de agentes diplomáticos y 3) no supone una ruptura o desajuste con respecto a las soluciones convencionales; entre otras.

¹⁴El delegado boliviano (Terrazas) “expresó que encuentra una diferencia fundamental entre las palabras no altera y las palabras no restringe porque con consignar, según dice el anteproyecto argentino, que el cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida, se puede producir una alteración sin restringir” (1939 Acta N° 1 p. 12).

¹⁵ “El delegado Vico manifestó que le pareció que el término restringe tutela más que el régimen de ampliación y reconocimiento de una capacidad, que el término altera; porque cuando se pasa de un domicilio a otro, puede ocurrir que en el nuevo domicilio se aumenta la capacidad dada por el domicilio anterior. Si la Ley del nuevo domicilio se limitará a mantener esa capacidad ya adquirida, cumpliría con el principio del respeto de los derechos adquiridos, puesto que no la alteraría; pero si se limitara esa capacidad del domicilio anterior, menor que la establecida por la ley del nuevo domicilio (...)” razón por la cual se inclinan por “no restringe”.

¹⁶ Como ser el Convenio de La Haya, del 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y Medidas de Protección de los Niños.

Referencias bibliográficas

- Audit, B. (1998). Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul. *Revue internationale de droit comparé*, 50(2), 421-448.
- Audit, B. (2011). Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law (Volumen 305)*. http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789004143074_01
- Batiffol, H. (1948). Les tendances doctrinales actuelles en droit International Privé). *Collected Courses of The Hague Academy of International Law (Volume 72)*.
- Bogdan, M. (2011). Private International Law as Component of the Law of the Forum General Course on Private International Law. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law (Volume 348)*.
- Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (2018). *Derecho Internacional Privado Volumen I*. Decimotava edición. Ediciones Comares.
- Córdoba, E. (1990). Punto de conexión domicilio. *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, 76(7-12), 203-210.
- Dolinger, J. (1997). *Direito Internacional Privado (Parte General)*. Livraria e Editora Renovar LTDA.
- Fiore, P. (1879). *Tratado de Derecho Internacional Público*. Góngora y Compañía editores.
- Fresnedo, C. y Lorenzo, G. (2021). *Texto y Contexto Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Fresnedo, C. (2013). *Curso de Derecho Internacional Privado. Tomo I. Teoría General*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Guillot, A. (1929). *Comentarios del Código Civil*. Jerónimo Sureda editor.
- Howard, W. (2016). *Derecho de la Persona*. Tomo 1. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho.
- Juenger, F. (2006) *Derecho Internacional Privado y Justicia material*. Editorial Porrúa México y Universidad Latinoamericana.
- Mariño, A. (2017). *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y concordado. 6a. edición actualizada y ampliada*. La Ley.
- Miaja de la Muela, A. (1981). *Derecho internacional Privado Parte especial*. Octava edición, Lope de Vega.
- Parra Aranguren, G. (1988). General on Private International Law. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law (Volume 210)*.
- Santos, R. (2021). *Ley de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020. El texto y su contexto americano Curso General*. Asociación de Escribanos del Uruguay.
- Santos, R. (2022). Conflictos móviles y derecho transitorio en la ley general de derecho internacional privado. *Revista De La Facultad De Derecho*, (53), e20225305. <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/853>
- Savigny, F (1879). *Sistema del Derecho Romano Actual*. Tomo VI.

- Symeonides, C. (2016). *Choice of Law (Oxford Commentaries on American Law)*. Oxford.
- Uzal, M.E. (2017). *Derecho Internacional Privado. Parte General*. Thomson Reuters.
- Vieira, E. (1958). *El domicilio en el Derecho Internacional Privado*. Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo.
- Villinger, A. (2011). The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, 40 Years After. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law (Volume 344)*.
- Vischer, F. (1991). General Course on Private International Law. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law (Volume 232)*.