

NACIONALIDAD Y DOMICILIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por Tatiana Bogdanowsky
Egresada de la Facultad.

Introducción.

El tema de este comentario no es el producto de una elección azarosa. Su actualidad y su vigencia, tanto en Europa como en América Latina, justifican esta elección. ¿Nacionalidad o domicilio?, es la pregunta más discutida en el Derecho Internacional Privado.

El mundo actual está dividido en dos sistemas: según el respectivo DIP se basa en el principio "domiciliario" o "nacional".¹ Hasta los comienzos del siglo XIX no se habla de tal división, prevaleciendo la tesis territorialista del Derecho.

La situación histórico-política de los Estados europeos, la Revolución Francesa y la aparición de la escuela manciniana, con sus tendencias unificadoras, determinan el gran desarrollo del concepto de la nacionalidad que responde el ambiente político en boga. A fines del siglo XIX la controversia se resuelve a su favor.²

1 Por el principio del domicilio se rigen: Inglaterra y todo el resto del British Commonwealth of Nation; EE. UU., Dinamarca, Noruega. Los países sudamericanos, con excepción de Cuba, Haití, República Dominicana y Venezuela.

El sistema de la nacionalidad: casi todos los países europeos, con excepción de los arriba nombrados. Algunos (también en América del Sur) son de tipo mixto. Suiza y URSS emplean la *lex domicilii* a los extranjeros residentes en el país y la *lex patriae* a los nacionales en el exterior.

2 Sólo permanecieron fiel al principio del domicilio Inglaterra, EE. UU., Noruega, Dinamarca y algunos países sudamericanos.

Las consecuencias de dos guerras mundiales, tanto en Europa, como en América del Sur, causando una fuerte corriente inmigratoria y la evolución sociológica de los continentes, obligan a revisar la antigua controversia. La tarea no es fácil. Los argumentos en pro y en contra de ambos sistemas aumentan sólo las dificultades de una solución definitiva.

Sin embargo, los científicos de Derecho se apartan progresivamente de la *lex patriae* para buscar en la *lex domicilii* la conexión más cónsona con el mundo actual.

Pero la simple sustitución de un concepto por otro no conduce a los resultados satisfactorios: ³ los inconvenientes de la nacionalidad serían reemplazados por los del domicilio. Los juristas del DIP se encuentran frente a la necesidad de buscar una nueva fórmula. Para ello existen dos vías: atenerse a los conceptos existentes, "prestarlos" del sistema de Derecho material, interpretar el domicilio según los términos del artículo 27 de nuestro Código Civil y adaptarlo a los fines del DIP. El segundo camino se identifica con la autonomía de Derecho Internacional Privado, que debe elaborar sus propios conceptos y apartarse del Derecho Privado nacional.

El padre del movimiento "emancipador" de la norma de conflicto ha sido Ernst Rabel, un eminente jurista alemán. Sus sabias enseñanzas se pueden resumir a lo siguiente: los conceptos de Derecho de Colisión deben ser emancipados del Derecho interno de cada país. Esta emancipación, a su vez, puede solamente realizarse a través del Derecho Comparado y las consideraciones críticas de las normas internas. ⁴ Con sus ideas Rabel inicia lo que

3 W. Müller-Freienfels: Fam. RZ. 58, pág. 76 y ss.

4 Ernest Rabel: *Le problème de la qualification*, "Revue Droit International Privé", 28/1933. Separata, pág. 56 y ss. Por su actualidad, la lectura de esta excelente obra se considera aun hoy indispensable para el estudio del problema que se enfoca.

En la obra de Rabel se habla de la **calificación del domicilio**, lo que conduce a confusiones. Se trata de una sutileza terminológica.

Calificar: es subsumir un elemento de hecho en la norma jurídica correspondiente.

Interpretar: es concretizar la norma para un elemento de hecho. Se trata de dos fenómenos inversos.

Es evidente que el punto de conexión "domicilio" se interpreta y no se califica.

hoy se denomina en Alemania la Tercera Escuela de Derecho Internacional Privado.⁵

Para explicar su teoría, Rabel se vale justamente del concepto "domicilio".⁶ ¿Cuál es su correcta interpretación? El jurista alemán no se pronuncia por una fórmula definitiva, invita a buscarla en el Derecho Comparado. No importa que esta concretización de la "norma" puede fácilmente obtener una base negativa, es decir, la siguiente afirmación: la norma del Derecho material no es adecuada para el DIP.⁷ El concepto debe ser determinado de acuerdo con el criterio dogmático, propio a la naturaleza y a la finalidad de la institución. La base comparatista parece ser indispensable para estos fines.⁸

El "nuevo" concepto tampoco podrá permanecer alejado de las modernas tendencias sociológico-políticas y de los fines de justicia que persigue el Derecho Internacional Privado.

Quintín Alfonsín sugiere "dejar librado el problema a los factores sociales que lentamente han de resolverlo en su dimensión universal, dado el carácter mundial que ha adquirido el *commercium* internacional en los últimos tiempos".⁹

El gran interés que se ha despertado alrededor de la pregunta ¿Nacionalidad o domicilio?, la aparición de una serie de trabajos y artículos sobre el controvertido tema, son buenos indicios para su pronta y satisfactoria solución.¹⁰

Esbozo histórico.

La época anterior del siglo XIX no reviste interés para el estudio de nuestro tema: ambos conceptos se confunden y carecen

5 Konrad Zweigert: Die Dritte Schule im IPR, en "Festschrift für Raape", pág. 35 y ss.

6 Rabel: *The Conflict of Laws, a comparative Study*. Chicago 1945. T. I, pág. 143 y ss.

7 A. N. Makarov: *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*. Tübingen 1949. Pág. 37.

8 Makarov: Obra citada, pág. 44.

9 Quintín Alfonsín: *Nacionalidad o domicilio*, "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Montevideo, núms. 3-56. Pág. 529.

10 Ver J. Z.: 1953, pág. 710. En el año 1953 ha sido fundado "El Consejo Alemán para el Derecho Internacional Privado". En su primera sesión, celebrada el 9-9-1953, surgió la pregunta "Domicilio o Nacionalidad". Desde la mencionada fecha el problema ha sido debatido en los Congresos de tipo nacional e internacional.

de delimitación precisa.¹¹ El siglo pasado determina la marcha triunfal de la nacionalidad.

Francia se considera su patria cronológica: el **Code Civil** contiene su consagración.¹² La explicación no es difícil: se quiere garantizar a los ciudadanos franceses el respeto de aquellos principios que han sido conquistados por la Revolución.

La idea de los codificadores del Código Napoleón encuentra un ambiente muy propicio en Italia. Su situación histórica nos explica este fenómeno. El país, dividido aún en la primera mitad del siglo XIX en una serie de pequeños Estados, clama por la unidad y la libertad. La escuela de Mancini pretende cumplir esta labor unificadora en su triple aspecto: unificar Italia, unificar su Derecho civil y unificar el Derecho del mundo entero.¹³ Se logran las dos primeras metas. La realización de la tercera tropieza con serias dificultades. Pero son notables los esfuerzos de Mancini a su favor: las intervenciones en los Congresos internacionales y la labor universitaria. Su primera conferencia, dictada en enero de 1851 en la Universidad de Turín, causa un sinfín de debates y se considera su primera victoria.¹⁴

El legislador italiano proclama el sistema de la nacionalidad en su forma pura y abstracta en el artículo 6 de la Ley de Introducción al Código Civil (1866): "Lo stato e la capacità delle persone ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui esse appartengono".

Una evolución paralela a la de Francia se observa en Austria. Alemania abre sus puertas a la nacionalidad el 1 de enero de 1900, fecha para la cual entra en vigencia el Código Civil (BGB).

En esta lucha entre ambos sistemas no se puede subestimar

11 Werner V. Steiger: *Der Wohnsitz als Anknüpfungsbegriff im Internationalen Privatrecht*. Bern, 1934. Pág. 3 y ss.

12 Art. 3, ord. 3 del Código Napoleón: *Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même réhidient en pays étranger*. Estrictamente interpretada, es esto una norma unilateral. Sólo a través de la influencia de las teorías mancinianas se les da un tratamiento igual a los extranjeros domiciliados en Francia.

13 Werner Goldschmidt: *Sistema y filosofía de DIP*. Barcelona, 1948. T. I, pág. 98.

14 Mancini: *Della nazionalità come fondamento del Diritto delle genti*, citado en Gerhard Kegel, "Internationales Privatrecht". München, Berlin, 1960, pág. 58.

la importancia decisiva de las Conferencias internacionales de Derecho Internacional Privado. Las sesiones del Instituto de Derecho Internacional en Oxford (1880) y en Lausanne (1882) se pronuncian por la ciudadanía.¹⁵ El Congreso Internacional de Juristas celebrado en Lisboa (1888) hace un tímido hincapié en la importancia del domicilio para los países inmigratorios. Las primeras conferencias de La Haya (1902 y 1905) aceptan y refuerzan el sistema de la *lex patriae*.

El concepto del domicilio efectivo surge por vez primera en las sesiones del Instituto de Derecho Internacional (Cambridge y Oslo). El proyecto, de gran interés práctico, no se acepta en su totalidad, admitiéndose sólo la residencia habitual para las personas de doble ciudadanía o sin nacionalidad alguna.

Estos fracasos no interrumpen el desarrollo de la controversia y Francia es de nuevo el escenario de las tendencias en boga.

En el año 1939 el Comité Français de Droit Privé junto con la Société de Législation Comparée, presentan al gobierno un proyecto del Decreto-ley sobre el Derecho Internacional Privado (elaborado por Niboyet). Su principio es: el estado y la capacidad de las personas están sometidas a la ley del país de su domicilio. La tirante situación política del año 1939 no permite la aceptación del proyecto. Después de la Segunda Guerra Mundial, el sistema de la *lex domicilii* se acepta, con ciertas limitaciones, por la Comisión de Reforma del Código Civil.

En Italia, a pesar de ser cuna de ideas mancinianas, vuelve a surgir el sistema domiciliario.¹⁶

Es remarcable la tendencia de Suecia, quien, junto con Finlandia, permaneció fiel a la nacionalidad: su reciente jurisprudencia ostenta una franca posibilidad de convertirse en un país domiciliario.

Es de observar que los nuevos conceptos se han infiltrado en las Conferencias de La Haya, aferradas anteriormente a la *lex*

15 Existe una diferencia sutil entre la ciudadanía y la nacionalidad, lo que carece de importancia en el ámbito de este trabajo.

16 Vittorino Tedeschi: *Il domicilio nel Diritto Internazionale Privato*. Padova, 1936.

patriae. Para citar sólo una: la octava conferencia admite la ley de la "residencia habitual" (concepto paralelo al de domicilio) para las demandas alimenticias de los menores (1956).

Alemania también busca nuevas soluciones. Son de relevante importancia las aportaciones de Frankenstein y últimamente de Braga.¹⁷

A pesar de ser un conocido "nacionalista", Frankenstein, en su proyecto para un Código Europeo de Derecho Internacional Privado, se pronuncia por el concepto del "domicilio estatuido".¹⁸

El nuevo concepto lo explica así: "Dos características distinguen el domicilio estatuido del domicilio ordinario. No se trata más de una simple situación de hecho, sino de una noción jurídica que puede ser probada irrefutablemente. No se puede adquirir, sino en condiciones estrictamente determinadas (en general, después de tres años de residencia permanente) . . . Este sistema presenta, según mi opinión, ventajas considerables. A través de un procedimiento simple que, sin embargo, ofrece todas las garantías necesarias, permite a cada uno establecer la ley personal, sea de sí mismo, sea de otra persona, con tal que exista un interés legítimo. Garantiza a la ley personal la estabilidad y la certitud indispensables, sin subordinarla al régimen inamovible de la nacionalidad. El concepto permite al hombre mismo una movilidad dentro de la esfera de sus derechos que marcará, evidentemente, el porvenir".

El continente americano nos muestra francas tendencias de abandonar la *lex patriae* que sólo se conserva en Cuba (influencia del Código español), Haití, República Dominicana y Venezuela (influenciados por el Código Napoleón). Los tratados de Montevideo de 1940 se pronuncian por la *lex domicilii*, sin vacilación alguna.

Los artículos 9 y 26 de nuestro Código Civil afirman la ubicación de Venezuela dentro de los países aferrados a la *lex patriae*.

17 Sevold Braga: *Staatsangehörigkeitsprinzip oder Wohnsitzprinzip?* Erlangen, 1954. Es una excelente contribución al desarrollo de Derecho Internacional Privado.

18 Ernst Frankenstein: *Projet d' un Code Européen de Droit International Privé*. Tomo XVI de la Bibliotheca Visseriana, Leiden, 1950. Págs. 10-11.

La revisión de estos artículos es, según nuestra opinión, una necesidad inminente.¹⁹

Análisis crítico de ambos conceptos.

Los defensores de la *lex patriae* se esfuerzan en esgrimir los argumentos a su favor y a formular críticas contra la *lex domicilii*.

Ellos se pueden resumir así:

1. **La nacionalidad es una relación objetiva, frente al domicilio que es subjetivo y difícil de determinar.**
2. **La estabilidad de la *lex patriae* se opone a los frecuentes cambios de domicilio. (El cambio de nacionalidad tropieza con mayores dificultades y es menos frecuente.)**
3. **La nacionalidad no requiere interpretaciones especiales.** Su concepto es común en todas partes. Las interpretaciones del domicilio varían de país a país.
4. **La continuidad histórica de la nacionalidad.**
5. **Las razones sociológico-políticas exigen la aplicación de la *lex patriae*.**
6. **El sistema "nacional" supone el respeto a los Derechos extranjeros, basados en la reciprocidad.²⁰**

La argumentación arriba expuesta no es fácil de sostener.

Es falso de oponer la objetividad de la *lex patriae* a la subjetividad del domicilio. Este último puede ser interpretado de dos maneras: como una situación de hecho (un lugar determinado) y un concepto de Derecho: la ley fija, prescribe, ordena lo que

¹⁹ Art. 9: Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los venezolanos, aunque residan o tengan su domicilio en país extranjero.

Art. 26: Las personas extranjeras gozan en Venezuela de los mismos derechos civiles que los venezolanos, con las excepciones establecidas o que se establezcan. Esto no impide la aplicación de las leyes extranjeras relativas al estado y capacidad de las personas en los casos autorizados por el Derecho Internacional Privado.

²⁰ Laurent afirma que el Derecho nacional forma parte de una persona como su sangre y sus huesos. Al aplicar las leyes internas a los extranjeros se irrespetarían sus derechos fundamentales.

debe ser el domicilio (relación de una persona con un lugar). Así concebido, el domicilio deja de ser un concepto subjetivo, adquiriendo la misma objetividad que ostenta la ley nacional.²¹ La nacionalidad es un lazo entre el Estado y el individuo; el domicilio —entre el individuo y un territorio determinado—.

Las condiciones del mundo actual son muy propicias para el cambio de la ciudadanía. Su estabilidad, por eso, es muy relativa. No son imposibles los casos de tres y cuatro ciudadanía simultáneas, adquiridas con determinados fines y en pos de las ventajas personales.²²

La ciudadanía no es un concepto común y requiere una interpretación. Su contenido y sus consecuencias varían de un país a otro, de una época a otra. Domicilio, al contrario, se interpreta en forma substancialmente similar en todos los ordenamientos jurídicos.

La continuidad histórica (como todos los argumentos históricos) no puede justificar la aplicación de un concepto desligado del mundo actual que se identifica con el desarrollo de las vías de comunicación, con el comercio, el intercambio internacional, los mercados comunes, las tendencias hacia la comunidad internacional, hacia cierto cosmopolitismo jurídico.

Las razones sociológico-políticas justifican más el sistema domiciliario. Se trata esencialmente de una **comunidad geográfico-económico-social**, del medio ambiente en el cual se desarrolla la vida de esta comunidad.

El respeto al Derecho propio de cada persona es un arma de doble filo. Es el reflejo del utópico romanticismo nacional y, a la vez, un medio peligroso para ligar estrechamente al país a los nacionales que se encuentran en el extranjero y distanciarse de los extranjeros que se encuentran en el país. El problema de los re-

21 Algunos autores consideran que esta objetividad constituye una desventaja de la *lex domicilii*. Neuner, por ejemplo, dice que la dificultad consiste en que el domicilio no se puede reducir a un concepto de hecho, ya que su determinación supone el estudio de los problemas de Derecho o respuestas a ciertas preguntas jurídicas.

22 Este fenómeno se puede observar muy bien a través del Arrêt Ferrari. Cuán justas son las palabras de Pillet, dirigidas a la Corte de Casación con motivo de esta sentencia: "L'erreur de la Cour a été de penser que l'on peut donner une solution nationale à une question internationale".

fugiados, exilados políticos, de las llamadas personas desplazadas, que surgió como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, refleja la gravedad del planteamiento. Ellos, al adquirir un nuevo domicilio en el extranjero, se someten tácitamente a la ley de este domicilio. La aplicación de la *lex patriae* en estos casos sería muy poco equitativa y supondría un atentado a los más elementales derechos humanos.²³

La reciprocidad en la cual se basa el respeto al Derecho extranjero se descarta como el fundamento del DIP. Su sustituto es la armonía internacional, cuyo alcance es más fácil a través del sistema domiciliario.

Algunos argumentos que justifican el sistema domiciliario.

1. La *lex domicilii* coincide con frecuencia con la *lex fori*, lo que facilita su empleo por el juez.
2. Las partes pueden conocer este Derecho por vía más rápida y menos costosa.²⁴
3. Su prueba no reviste dificultad alguna.
4. En su interesante obra, Braga recalca que el mundo actual está dominado por dos tendencias: de **individualización** y de **socialización**. Ambas, a pesar de su aparente controversia y siguiendo caminos diferentes, conducen al sistema domiciliario.²⁵
5. Los más aferrados defensores de la *lex patriae* admiten —**vollens nollens**— ciertas excepciones: en el campo del orden público, en el reenvío, en el fraude a la ley, a favor de la regla *locus regit actum* y a la autonomía de la voluntad.²⁶ Excepciones a favor del domicilio se hacen

23 Martin Wolff *Derecho Internacional Privado* (traducción). Barcelona, 1936, pág. 70 y ss.

24 André Weiss: *Manual de Derecho Internacional*. París, 1912. Tomo III, pág. 71.

25 Braga: *Obra citada*, pág. 37 y ss.

26 Weiss: *Obra citada*, págs. 164-165: "El estado y la capacidad del extranjero están gobernados siempre por su ley personal (que es la nacional), a menos que se hayan ocultado fraudulentamente sus disposiciones o que estas últimas sean contrarias al orden público internacional. Sólo si el extranjero hubiese ocultado voluntariamente su nacionalidad o recurrido a maniobras dolosas destinadas a sorprender la bue-

también en casos de la nacionalidad insegura y de los apátridas.²⁷

A pesar de las consideraciones y evidentes ventajas de la *lex domicilii* como factor de conexión, éste puede ser objeto de justificadas críticas.²⁸ Pero estas críticas parten de un error de base: el factor de conexión "domicilio" se confunde con el domicilio concebido por el Derecho civil. Así interpretado, es inestable, es influenciado por la voluntad del individuo (y la ciudadanía, ¿no lo es?), es objeto de distintas interpretaciones, conduce fácilmente a la poco valorizada aplicación de la *lex fori*. Además, procediendo del Derecho interno, no puede, al mismo tiempo, indicar cuál es el Derecho interno aplicable. Así, el factor de conexión requiere, a su vez, otro factor de conexión. Se agrega que el concepto está actualmente demasiado tecnificado y degenerado, confundiendo con el territorialismo antiguo. Y, sobre todo, que el criterio del domicilio es peligroso para "la soberanía personal del Estado",²⁹ argumento éste de carácter netamente político que hace retornar a los móviles del nacimiento y éxito del criterio de la nacionalidad.

La evaluación crítica de los sistemas permite afirmar que

na fe del francés, no podrá admitírsele posteriormente la invocación de la incapacidad que proviene de su ley personal. *Fraus omnia corrumpit.*"

- 27 En las Recomendaciones de la Conferencia de Derecho Internacional celebrada en Oxford (1880) leemos: "lorsque une personne n'a pas de nationalité connue, son état et sa capacité sont régis par la loi de son domicile".
- 28 Niboyet recalca las dificultades sentimentales relacionadas con el sistema domiciliario: "Debe de reconocerse que la competencia de la *lex domicilii* presenta ciertos reversos. Somete a los franceses que se encuentran fuera de Francia a las leyes extranjeras y disminuye los lazos que los unen con su país de origen. En muchas partes la aceptación de esta nueva posibilidad tropezará con dificultades, debido a las razones más bien sentimentales que jurídicas."
- 29 Ver interesantes aportaciones de Weiss, obra citada, T. III, pág. 70: "Ce système ne nous satisfait pas. Directement issu du régime féodal qui faisait de l'homme l'accessoire du sol, il ne saurait, selon nous, lui survivre, même à titre de transaction. Il n'y a pas de transaction possible entre la vérité et l'erreur: et la doctrine absolue de la territorialité des lois est, à notre sens, la plus dangereuse des erreurs; entre elle et la doctrine rivale il faut de toute nécessité prendre parti; et c'est une solution empirique que celle qui consiste à désarmer ses partisans par une concession qui ne résout rien et que rien ne justifie rationnellement. Le domicile n'est pas, ne peut pas être une base suffisante pour la souveraineté personnelle de l'Etat."

la real importancia de la conexión “nacional” continúa disminuyendo y está, sin duda alguna, condenada a desaparecer.

Aún no se ha llegado al criterio uniforme sobre el concepto que deberá sustituir la *lex patriae*. La doctrina y la ciencia modernas están acordes que este factor será propio de Derecho de colisión y emancipado de Derecho interno. ¿Por qué esta insistencia en diferenciar los conceptos?

No sólo por las críticas arriba enumeradas. Domicilio, en el Derecho privado nacional es un lugar, un establecimiento, una morada, el asiento principal de negocios. Esta delimitación espacial resulta inadecuada para el Derecho Internacional Privado. Domicilio —punto de conexión— debe identificarse con todo un Estado, con el área de eficacia de un ordenamiento jurídico (la separación conyugal dentro del mismo Estado carece de importancia para el DIP).

Es obvio de añadir que los domicilios legales, forzosos, especiales y electivos son inadmisibles como puntos de conexión.³⁰

Establecida la diferencia y afirmada la necesidad de un “nuevo domicilio”, se tratará de precisar su contenido.

Factor de conexión “domicilio”.

No es nuevo el afán de encontrar el factor de conexión “domicilio”, inherente a la naturaleza de DIP.

Ludwig von Bahr somete el concepto a una condición determinada: al **derecho a un domicilio** (permiso de residencia, etc.). **Asser** se refiere a la permanencia en un determinado país durante seis años. **Frankenstein** exige sólo tres años y un **certificado de domicilio estatuido**. Otra corriente propone el concepto de la “residencia habitual”, especialmente útil en los casos de los apátridas (Sexta y Octava Conferencias de La Haya).

Debe reconocerse la importancia del único intento práctico de encontrar el concepto del domicilio para los fines de DIP. Se trata del **Proyecto Magelhaes** que jamás ha dejado de ser un pro-

³⁰ Quintín Alfonsín: Apostillas sobre el punto de conexión “domicilio” en Derecho Privado Internacional, Madrid, 1957. Separata de la Revista Española de Derecho Internacional, Vol. X. núms. 1-2. Pág. 53 y ss. Esp. pág. 53.

yecto. Su artículo primero dice: "Le domicile d'une personne naturelle est au lieu que la loi lui assigne, ou à défaut de fixation légale, au lieu où elle a sa residence et le centre de ses affaires et de ses intérêts, avec l'intention de permanence".³¹

Las consideraciones anteriores nos permiten fijar dos elementos objetivos indispensables para la formulación del nuevo concepto: **un territorio estatal con su ordenamiento jurídico respectivo** (en el caso de que este ordenamiento no coincida con la soberanía de un Estado, Inglaterra, por ejemplo, debe tomarse en cuenta el área de eficacia de este ordenamiento jurídico) y **la relación del individuo con esta área.**

La determinación del primero no reviste dificultades. El segundo trata de responder a la pregunta: ¿Dónde transcurre verdaderamente la vida de un hombre? La respuesta no puede limitarse al aspecto netamente territorial. Debe abarcar los factores sociales, políticos y culturales. Debe excluir los domicilios doloosos, elegidos en fraude a la ley y ficticios. En una palabra, **debe ser sincero y determinar los nexos del individuo con una comunidad geográfico-sociológico-política.**

Hay dos elementos auxiliares para facilitar la tarea. El **animus**³² que es el elemento subjetivo, la voluntad de permanecer, de quedarse. (El Derecho francés e italiano se refieren a la intención, al deseo de establecerse. En el Derecho anglosajón es la intención de una más o menos larga permanencia.)

Este factor subjetivo puede sustituirse por un factor objetivo, evitando las dificultades propias a las valorizaciones internas. Quintín Alfonsín propone dos factores para ello: **la residencia habitual y la residencia principal.**³³ Ambos conceptos revis-

31 Citado en la obra de von Steiger, pág. 117.

32 P. H. Neuhaus: *Familieneinheit im Internationalen Privatrecht?* Separata de la *Rebels*, núm. 20/1955. Pág. 52 y ss. Esp., pág. 61. Ver también H. Batiffol: *Traité élémentaire de Droit International Privé*. París, 1959. "Esprit de retour", pág. 442.

33 Quintín Alfonsín: *Apostillas*, pág. 57:
 "... sería provechoso para el *commercium* internacional recurrir a una concepción autónoma y objetiva del domicilio en cuanto punto de conexión, que, prescindiendo del elemento subjetivo, que tantas dificultades origina, hiciera fácilmente asequible el conocimiento del domicilio de cada cual para todo el mundo... Para este fin existen dos medios posibles: ... la residencia habitual ..., la residencia principal ...".

ten graves inconvenientes. La residencia habitual se determina o por la intención de permanecer en un lugar determinado (y así volvemos al elemento subjetivo que se pretende sustituir) o mediante un lapso de tiempo determinado que siempre reviste carácter arbitrario. ¿Cómo se puede justificar un lapso de dos, tres o seis años?

La residencia principal es un concepto demasiado vago. Dice Alfonsín: "no porque se presuma que la persona tiene ánimo de permanecer allí, sino porque se escoge esta residencia como "domicilio". El hecho de escoger involucra de nuevo un elemento subjetivo. Continúa Alfonsín: "... la apreciación de "principal" debe ser objeto de una norma sencilla y eficaz. Por ejemplo, puede establecerse que "cada persona está domiciliada en el Estado o circunscripción donde tiene su hogar; a falta de éste, en el Estado o circunscripción donde tiene el centro principal de su trabajo, profesión, comercio u ocupación; a falta de éste, en el Estado o circunscripción donde pasa la mayor parte de su tiempo, y no siendo posible establecer este último, en el Estado o circunscripción donde se encuentra la persona . . .".

Esta norma reviste el peligro de conducir a las interpretaciones netamente territoriales.

Según nuestra opinión, el *animus manendi* es imprescindible para la interpretación correcta del factor "domicilio". El vacío que forma su ausencia resulta difícil de llenar eficazmente.

En resumen: el factor de conexión "domicilio" debe interpretarse como un territorio estatal en el cual se desarrolla verdaderamente la vida de un hombre.

Conociendo su contenido, queda la pregunta: ¿Cuál es la vía de encontrar el "nuevo" factor de conexión?

Dos criterios merecen ser mencionados: una solución previa, indispensable para la armonía internacional (Savigny, Kahn, últimamente Wengler) o la interpretación del concepto en cada caso concreto (Arminjon y otros).

No puede haber vacilación alguna: debe ser preferida una fórmula previa que conduce al minimum de conflictos, hace desaparecer los conflictos latentes (que tantas confusiones han causado) y allana el camino para la armonía jurídica internacional.

La unificación de las normas de Derecho Internacional Privado sería inútil si su factor de conexión pudiera interpretarse individualmente y en forma variada.

No cabe duda que esta norma debe ser establecida por el legislador de Derecho Internacional Privado. Aquí parece imposible de evitar la creación de una norma "auxiliar".³⁴ Ella, acorde con el espíritu y con la naturaleza del DIP, contendrá los elementos objetivos del domicilio. El *animus manendi* quedará a la interpretación del juez.

Se logra así la solución de compromiso entre el legislador y el juez, cónsona con el espíritu de la libre interpretación de la norma de conflicto, dejando de existir la alternativa anterior.

La norma general no sacrificará la equidad del caso concreto y el juez contribuirá a su correcta interpretación.

Conclusión.

En un país eminentemente inmigratorio, como el nuestro, el sistema de la *lex patriae* no tiene justificaciones posibles. La fidelidad al principio sólo se debe a la tradición histórica del Código Napoleón.

Pero los juristas de Derecho Internacional Privado no pueden sustituir un concepto por otro, sacrificando enteramente uno de ellos. No se puede conformar con la elección de una de las dos alternativas: ¿Nacionalidad o domicilio?; ¿Conexión local o personal? Así concebida, la respuesta podría ser el simple resultado de un estudio matemático.

No debe desanimar el hecho de que no se haya encontrado una solución satisfactoria. Más aún: el discutido concepto de la "ley personal", introducido como fórmula de compromiso en el Código Bustamante, aleja a los países sudamericanos de una solución unitaria.³⁵

34 Neuhaus: Artículo citado, pág. 62.

35 El art. 7 del Código Bustamante reza así: "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 legislador anterior."

No se quiere negar que esta fue la única fórmula que ha podido ser aceptada por los países de ambos sistemas.³⁶ Pero su inclusión en un texto legal sólo causa las interpretaciones equívocas, como tantas veces se ha hecho sentir en el controvertido campo sucesoral.³⁷

En la obra de Weiss, encontramos una afirmación que podría servir de guía para el legislador de Derecho Internacional Privado: domicilio es un compromiso entre la territorialidad y la personalidad de la ley. Es personal, porque determina la sede jurídica de una persona y es territorial, porque ubica al individuo dentro de una relación estable con el territorio.³⁸

La interpretación correcta del factor "domicilio" conduce a estos compromisos. Librado de su aspecto netamente territorial, servirá de un punto medio, de una zona neutra para el encuentro de ambos sistemas.

El factor de conexión "domicilio" está destinado a constituir una de las bases de la armonía jurídica internacional.

36 J. Muci A.: *Obra citada*, pág. 41.

37 Ernst Mezger: *Das Personalstatut der Flüchtlinge seit dem 25. Dezember, 1953*. J. Z. 1954, pág. 663 y ss.

38 Weiss: *Obra citada*, pág. 61.