



DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA DIPLOMÁTICOS



Mario J. A. Oyarzábal



CARI /

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA DIPLOMÁTICOS

MARIO J. A. OYARZÁBAL

MARIO J. A. OYARZÁBAL

Embajador del Cuerpo Permanente del Servicio Exterior de la Nación
Anterior Consejero Legal de la Cancillería
Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas
Membre associé de l'Institut de Droit international

Con la colaboración de:

ALDANA ROHR
LAURA PACE
FÉLIX ROMERO
DANIELA FERNÁNDEZ

Oyarzábal, Mario J. A.

Derecho internacional privado para diplomáticos / Mario J. A. Oyarzábal. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación Profesional del Cuerpo Permanente del Servicio Exterior de la Nación - APSEN, 2024.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-24758-7-1

1. Derecho Internacional Privado. I. Título.

CDD 346

© 2024, Mario J. A. Oyarzábal

© 2024, Asociación Profesional del Servicio Exterior de la Nación – APSEN

© 2024, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales – CARI

Asociación Profesional del Cuerpo Permanente del Servicio Exterior de la Nación

Esmeralda 1212

Esmeralda 909 1er. piso, sede externa

Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina

Tel. [+54 11] 4819 8049

www.apsen.org.ar

apsen@mrecic.gov.ar

Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales

Uruguay 1037, 1er. Piso

Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina

Tel. [+54 11] 4811 0071 al 0074

www.cari.org.ar

cari@cari.org.ar

Hecho el depósito que prevé la ley 11.723

Registro de la propiedad intelectual en trámite.

Coordinación: Milagros Vidaurre Valazza

Corrección: Analía Amarelle

Diseño de tapa y contratapa: Eliana Delfino

Todos los derechos reservados

Impreso en la Argentina

Printed in Argentina

AVISO LEGAL

Las opiniones expresadas en este libro pertenecen exclusivamente a su autor y no reflejan necesariamente puntos de vista o políticas del Gobierno argentino.

PREFACIO

El origen de este libro se remonta a 2008, cuando fui convocado por el Instituto del Servicio Exterior de la Nación (ISEN) a elaborar la tesina reglamentaria para poder aspirar a la promoción al rango de Ministro Plenipotenciario de Segunda Clase dentro del cuerpo diplomático argentino al que orgullosamente pertenezco desde 1997. El tema elegido, que es autoexplicativo, fue *“Derecho internacional para diplomáticos: El derecho internacional privado como herramienta indispensable para el cumplimiento eficiente de las funciones consulares y de la obligación de asistencia a los nacionales en el exterior – La necesidad de un derecho internacional privado orientado a la función de los diplomáticos”*. En la elección del tema me inspiró mi primera experiencia en el exterior, que fue un consulado, donde para mi sorpresa las cuestiones de derecho internacional privado se presentaban con cierta asiduidad.

La tesis fue aprobada en 2010 y desde entonces varios diplomáticos y diplomáticas me confiaron la utilidad de la que les había resultado el texto y me incentivaron a publicarla. En 2015 entró en vigor el nuevo Código civil y comercial de la Nación, que sistematizó el derecho internacional privado argentino e introdujo importantes innovaciones en sus contenidos. Con la idea de publicarla, realicé entonces una profunda actualización y revisión del texto original, en el curso de lo cual conté con valiosos y generosos aportes de los Doctores Carolina Iud e Ignacio Goicoechea, que me llevaron a rever varias cuestiones, permitieron enmendar errores y mejorar sustantivamente el texto. Carolina Iud es profesora de derecho internacional privado y miembro de la Comisión Asesora del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en materia de Derecho Internacional Privado. Ignacio Goicoechea es el Representante de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado para América Latina y el Caribe y titular de la Oficina de representación en Buenos Aires. A ambos les quedo enormemente reconocido y agradecido.

Por razones que me cuesta reconstruir, pero que seguramente se relacionan con mis responsabilidades como Consejero Legal de la Cancillería, el libro no llegó a materializarse. Y posiblemente haya sido lo mejor, ya que esta vez, al reemprender la tarea de editar y actualizar el manuscrito, fue posible enriquecerlo de dos maneras significativas: primero con mi experiencia en la Consejería Legal entre 2016 y 2020

donde debí dictaminar sobre varias cuestiones de las que trata el libro, experiencia que se suma a la de cónsul adjunto en Nueva York entre 1998 y 2005 y entre 2006 y 2007 y de profesor de derecho internacional privado durante más de dos décadas en la Universidad Nacional de La Plata. Segundo, y más importante aun, por el aporte de la Contadora Laura Pace, Directora de Técnica Consular de la Dirección General de Asuntos Consulares, y de la Doctora Aldana Rohr, Directora de Asistencia Jurídica Internacional de la Dirección General de Asuntos Jurídicos.

Con Laura Pace compartimos el compromiso y la pasión por la función consular, que constituye una de las columnas vertebrales del Servicio Exterior. He colaborado con ella en el ámbito de la Cancillería en distintas capacidades y circunstancias y hay pocos funcionarios que tengan un conocimiento más acabado de la normativa y la práctica consulares argentinas. La impronta de la Contadora Pace está reflejada principalmente en la edición de los capítulos V “Los actos de estado civil”, VI.3 “La adquisición de la nacionalidad argentina ‘por opción’ ante la autoridad consular” y VII “La circulación internacional de documentos”, sin perjuicio de otros aportes a lo largo del libro. A la par de la Contadora Pace trabajó el Secretario Félix Romero, entusiasta como yo del derecho internacional privado, con la colaboración de la Consejera Daniela Fernández, quienes también ofrecieron valiosos comentarios sobre otras partes del texto.

Con Aldana Rohr tuve el privilegio de trabajar en la Consejería Legal y en la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional cuando dependía administrativamente de la primera. Son conocidos el profesionalismo y el conocimiento jurídico de Aldana no solo aplicados a la función pública, sino también a la académica, donde se destaca en el ámbito del derecho internacional público en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Los aportes de Aldana Rohr se concentraron en la edición de los capítulos VII “La cooperación jurídica internacional” y VI.3 “La adquisición de la nacionalidad argentina ‘por opción’ ante la autoridad consular”, en adición a otras cuestiones de que trata el libro.

Las contribuciones de la Doctora Rohr y de la Contadora Pace y su equipo han sido fundamentales y les estoy reconocido por sus aportes y agradecido por aceptar acompañarme en este proyecto.

Este libro tiene una doble función. Por un lado académica, entendida la misma como dirigida a la enseñanza o la formación de los futuros diplomáticos y diplomáticas argentinos u otros estudiantes del

derecho internacional privado o de la función consular. Por el otro, igual o más importante, proporcionar una herramienta que guíe a nuestros diplomáticos en los aspectos de derecho internacional privado que pueden ser aplicables en el ejercicio de sus funciones consulares y diplomáticas en el exterior. Con ello en mente, he evitado tanto como consideré posible y deseable realizar un análisis crítico de las disposiciones legales y de las prácticas existentes. Naturalmente que este libro no reemplaza ni precluye la necesidad de seguir las instrucciones y consultar a las áreas competentes de la Cancillería, cuyo criterio podría variar en relación con los expresados en este texto y donde la normativa aplicable y la práctica evolucionan en función de los desarrollos legislativos y las necesidades del servicio.

Por último, deseo agradecer a la Asociación Profesional del Servicio Exterior de la Nación (APSEN) y al Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) por la publicación del libro. Dirigido como está principalmente a los diplomáticos y diplomáticas argentinos, me enorgullece que esta obra integre la colección de publicaciones del principal *think tank* del país dedicado a los problemas internacionales y de la asociación que representa a los diplomáticos y promueve su solidez y formación.

Mario J. A. Oyarzábal
La Haya, 4 de noviembre de 2023

ABREVIATURAS

art./arts.	<i>artículo/ artículos</i>
BO	<i>Boletín Oficial</i>
CApel.	<i>Cámara de Apelaciones</i>
C1aCiv.	<i>Cámara Primera en lo Civil</i>
CCiv.	<i>Cámara Civil</i>
CIDIP	<i>Conferencias interamericanas de derecho internacional privado convocadas por la OEA (refiere también a las convenciones adoptadas en estas Conferencias)</i>
CNCiv.	<i>Cámara Nacional Civil</i>
CNE	<i>Cámara Nacional Electoral</i>
CNEsp.	<i>Cámara Nacional Especial</i>
Cód. civ.	<i>Código civil (aprobado por Ley N° 340, con sus sucesivas modificaciones, rigió desde el 1 de enero de 1871 hasta el 31 de julio de 2015)</i>
Cód. civ. y com.	<i>Código civil y comercial (aprobado por Ley N° 26.994, reemplazó al Código civil y al Código comercial aprobado por las Leyes N° 15 y 2.637, a partir del 1 de agosto de 2015)</i>
Cód. proc. civ. y com.	<i>Código procesal civil y comercial de la Nación</i>
Const. Nac.	<i>Constitución Nacional</i>
CSJN	<i>Corte Suprema de Justicia de la Nación</i>
DIPr.	<i>derecho internacional privado</i>
DNI	<i>documento nacional de identidad</i>
DNM	<i>Dirección Nacional de Migraciones</i>
Fallos	<i>Colección de sentencias de la CSJN</i>

HCCH	<i>Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado</i>
ibíd	<i>del latín ‘en el mismo lugar’</i>
inc./incs.	<i>inciso/incisos</i>
MERCOSUR	<i>Mercado Común del Sur</i>
MRECIC	<i>Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto</i>
n.	<i>nota al pie</i>
Normas de aplicación	
Regl. cons.	<i>Normas de aplicación del Reglamento consular</i>
ob. cit.	<i>obra citada</i>
OEA	<i>Organización de Estados Americanos</i>
ONU	<i>Organización de las Naciones Unidas</i>
párr./párrs.	<i>párrafo/párrafos</i>
Recueil des cours	<i>Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye</i>
Reg. cons.	<i>Reglamento consular argentino</i>
ss.	<i>siguientes</i>
últ.	<i>último</i>
v.gr.	<i>del latín ‘verbi gratia’ [por ejemplo]</i>

ÍNDICE

Prefacio
Abreviaturas

§ I

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES CONSULARES

Introducción	23
--------------------	----

§ II

NOCIONES BÁSICAS Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DE LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

1) El fenómeno de la frontera. Caracterización del derecho internacional privado	29
2) Territorialidad y personalidad	30
3) La determinación de la competencia legislativa en base a las técnicas de localización	32
4) El funcionamiento del sistema	34
a) <i>La técnica de la aplicación de un determinado derecho positivo a partir de la intervención de un órgano estatal</i>	34
b) <i>La obligatoriedad de las normas de conflicto</i>	35
c) <i>La aplicación de oficio y el conocimiento del derecho extranjero</i> .	36
d) <i>Las calificaciones</i>	39
e) <i>El reenvío</i>	40
f) <i>Las cuestiones previas</i>	41
g) <i>La adaptación</i>	43
h) <i>El orden público</i>	43
i) <i>El fraude a la ley</i>	46
j) <i>La influencia del tiempo en los conflictos de leyes</i>	48
k) <i>El conflicto móvil</i>	48
l) <i>La remisión a un ordenamiento plurilegislativo</i>	49

5) El reconocimiento de sentencias y de actos administrativos extranjeros y la cooperación de las autoridades públicas y de las jurisdicciones de diversos Estados	50
6) El panorama normativo	53
a) <i>Las convenciones internacionales</i>	53
b) <i>Las convenciones internacionales (continuación): El MERCOSUR como nueva fuente de derecho internacional privado</i>	57
c) <i>Las normas de fuente nacional: la reforma introducida por el nuevo Código civil y comercial</i>	58
d) <i>La eficacia temporal del viejo y del nuevo derecho internacional privado argentino</i>	60
e) <i>La concurrencia y la carencia normativas</i>	62
f) <i>Los tratados de derechos humanos como criterio interpretativo ...</i>	64
7) La territorialidad del derecho público	64

§ III

RELEVANCIA Y DETERMINACIÓN DEL DOMICILIO

1) Competencia de la ley personal. Nacionalidad o domicilio. Residencia habitual	67
2) El domicilio y la residencia más allá del estatuto personal	73
3) Concepto de domicilio en el derecho positivo argentino	74
a) <i>El régimen del Código civil: Calificación según el derecho argentino (lex fori)</i>	74
b) <i>El régimen del Código civil y comercial: Calificación autónoma de domicilio y de residencia habitual a los fines de la aplicación de las disposiciones de derecho internacional privado</i>	76
c) <i>El régimen de los Tratados de Montevideo: Calificación indirecta según la ley del lugar de residencia y calificación material directa</i>	77
d) <i>El domicilio de los inmigrantes sin admisión permanente, de los desterrados y de los prisioneros</i>	78
e) <i>El domicilio de las personas dependientes: menores de edad y mayores incapaces; y la abolición de la dependencia de las mujeres casadas</i>	80
f) <i>Otros casos de domicilio legal: el domicilio de los diplomáticos y de los militares en comisión de servicios en el exterior</i>	83
g) <i>Domicilio y fraude a la ley</i>	84

4) Prueba del domicilio	84
5) Casos particulares de sustitución del domicilio por la nacionalidad: reenvío	85
6) Casos de inaplicabilidad de las leyes del domicilio y de la nacionalidad: protección de datos personales registrados en representaciones argentinas	86

§ IV

LA MINORIDAD Y OTRAS SITUACIONES DE INCAPACIDAD

1) Influencia de la caracterización de la capacidad en la determinación del derecho que la rige	89
2) Competencia de la ley domiciliaria	90
a) <i>La capacidad en general: aptitud de las personas para actuar por sí ante la autoridad consular</i>	90
b) <i>La minoría de edad</i>	92
c) <i>La emancipación</i>	96
d) <i>Cambio de domicilio y mayoría</i>	97
e) <i>La interdicción</i>	99
3) Excepciones a la ley domiciliaria	103
a) <i>Conflicto entre la ley personal y la ley real</i>	103
b) <i>Conflicto entre la ley personal y la ley del acto: capacidad para contraer matrimonio. Excepción a la excepción</i>	105
c) <i>Conflicto entre la ley personal y la ley argentina: capacidad para optar por la nacionalidad argentina, para votar en elecciones argentinas y para entrar y salir del territorio argentino sin ir acompañado o ser recibido por un mayor. Excepción de orden público</i>	106
(i) Capacidad para optar por la nacionalidad argentina	106
(ii) Capacidad para votar en elecciones argentinas	107
(iii) Capacidad para fines migratorios	108
(iv) Excepción de orden público	109

§ V
LOS ACTOS DE ESTADO CIVIL:
LA COMPETENCIA REGISTRAL DE LOS CÓNSULES Y EL
RECONOCIMIENTO DE EFICACIA DE PARTIDAS EXTRANJERAS

1) Naturaleza y alcances de las funciones consulares en materia de estado civil	113
2) Las funciones específicas de los agentes diplomáticos y consulares argentinos en materia de estado civil	114
<i>a) Marco normativo. Libro de registro del estado civil de las personas</i>	114
<i>b) Inscripciones</i>	115
(i) De partidas de nacimiento	115
(ii) De partidas de matrimonio y sentencias de divorcio	120
(iii) De partidas de defunción	121
(iv) De otros actos que modifiquen el estado civil de las personas	121
<i>c) Traducciones</i>	122
<i>d) Rectificación de actos de estado civil extranjeros</i>	123
3) La identificación consular de argentinos nacidos en las Islas Malvinas	124
4) El reconocimiento en sede consular de nacimientos y defunciones, de cambios de nombre y de rectificaciones registrales de sexo, de matrimonios y divorcios, y de emplazamientos filiales, realizados al amparo de una legislación extranjera	125
<i>a) Eficacia y valor probatorio de las partidas extranjeras, en particular de nacimiento y de defunción</i>	125
<i>b) Reconocimiento de cambios de nombre y de rectificaciones registrales de sexo pasados ante una autoridad extranjera</i>	127
<i>c) Reconocimiento de matrimonios extranjeros y de sentencias extranjeras de divorcio</i>	131
<i>d) Reconocimiento de emplazamientos filiales constituidos en el extranjero. La filiación por técnicas de reproducción humana asistida y el reconocimiento de hijo</i>	136
<i>e) Reconocimiento de adopciones extranjeras</i>	138

§ VI

NACIONALIDAD:

LA DETERMINACIÓN Y PRUEBA DE LA NACIONALIDAD ARGENTINA ANTE LA AUTORIDAD CONSULAR. LAS CUESTIONES PREVIAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO QUE SUSCITA LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ARGENTINA POR OPCIÓN. LA DETERMINACIÓN DE UNA NACIONALIDAD EXTRANJERA ANTE EL CÓNSUL ARGENTINO

- 1) Modos de adquirir la nacionalidad argentina: por nacimiento, por opción y por naturalización. Pérdida de la nacionalidad 141
- 2) La prueba de la nacionalidad argentina ante la autoridad consular 147
- 3) La adquisición de la nacionalidad argentina “por opción” ante la autoridad consular y las cuestiones previas de estatuto personal que suscita 150
- 4) Los problemas de “doble nacionalidad” ante la autoridad consular 153
- 5) La determinación de una nacionalidad extranjera ante el cónsul argentino 159

§ VII

LA CIRCULACIÓN INTERNACIONAL DE DOCUMENTOS: LA LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS, LAS FUNCIONES NOTARIALES DE LOS CÓNSULES Y EL RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS DE EXTRAÑA JURISDICCIÓN

- 1) Forma de los actos jurídicos. La regla *locus regit actum*: su fundamento y alcance 163
- 2) La legalización de documentos: la intervención consular, la “Apostilla” de La Haya y otros supuestos de exención y de simplificación de legalizaciones con determinados países para fines específicos 165
 - a) La legalización consular 165
 - b) La “Apostilla” de La Haya 169
 - c) El “Programa de Apostillas Electrónicas” 174
 - d) Las legalizaciones en el MERCOSUR. Exención de legalizaciones para fines migratorios 176
 - e) Otros tratados que simplifican los trámites de legalización 178

3) Las funciones notariales y de certificación de los cónsules argentinos	181
4) El testamento consular	184
5) Las formas de la autorización para el egreso e ingreso de menores de edad al territorio argentino	185
6) El reconocimiento de documentos de extraña jurisdicción	186
7) La traducción de documentos	187

§ VIII

LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL: LA TRAMITACIÓN DE EXHORTOS Y CARTAS ROGATORIAS. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS. LA INFORMACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO. LA COOPERACIÓN EN MATERIA PENAL

1) El auge de la cooperación jurídica internacional y los principales ámbitos y canales por los que se manifiesta	191
2) Exhortos. Notificaciones. Medidas cautelares	194
3) Obtención de pruebas por los agentes diplomáticos y consulares	202
4) Información del derecho extranjero	206
5) Protección internacional de niños, niñas y adolescentes	209
a) <i>Restitución de niños, niñas y adolescentes. Tráfico de niños</i>	209
b) <i>Obligaciones alimentarias</i>	215
6) Cooperación internacional en materia penal	219
a) <i>Extradición</i>	219
b) <i>Traslado de personas condenadas</i>	225
c) <i>Asistencia en la investigación y juzgamiento de delitos</i>	228
d) <i>Acción internacional en asuntos criminales</i>	231
7) Empleo de los medios de información y comunicación tecnológicos en la cooperación jurídica internacional. Uso de la videoconferencia	233

§ IX

EL ACCESO INTERNACIONAL A LA JUSTICIA

1) Contenido y alcance del derecho internacional de acceso a la justicia	237
--	-----

- 2) Admisión de extranjeros. Situación de los extranjeros después de su admisión. Expulsión de extranjeros 239
- 3) Los extranjeros en el proceso. Igualdad de trato procesal: derecho de defensa gratuita; beneficio de litigar sin gastos; excepción de arraigo; gastos y costas 242

§ X

CONCLUSIONES

Conclusiones	247
Índice de Legislación	253
Índice de Tratados Multilaterales en Vigor	257
Bibliografía	263

§ I

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES CONSULARES

Introducción

El régimen jurídico del Servicio Exterior de la Nación –la Ley N° 20.097 y el Decreto N° 1973/1986 que la reglamenta– establece como una obligación del personal diplomático argentino “prestar la atención necesaria a los nacionales argentinos y a sus intereses, de acuerdo con las normas pertinentes” (art. 21 inc. g). En esa obligación de carácter general se enmarcan las funciones de autorizar actos jurídicos para que tengan validez en la República, incluidos los de carácter notarial (como es el otorgamiento de un poder) y aquellos que originen, modifiquen o alteren el estado civil de las personas (como son las inscripciones de nacimiento, matrimonio o defunción (arts. 20 incs. b y c).

Diversas disposiciones, a su vez, del Reglamento consular (aprobado por el Decreto N° 8714/1963; modificado por los Decretos N° 332/1989, N° 1629/2001, N° 658/2005, N° 1423/2008 y N° 88/2011; y complementado por las Resoluciones del Registro Nacional de las Personas N° 834/1997 y N° 1266/2011) precisan que las funciones consulares incluyen las de “[p]roteger en el Estado de su residencia los intereses de [los] nacionales, personas naturales y/o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional” (art. 9 inc. a), “[e]xtender pasaportes y documentos de viaje [...] u otros documentos pertinentes a las personas que deseen viajar a la República” (inc. d), “[p]restar ayuda y asistencia a sus connacionales, sean personas naturales o jurídicas” (inc. e), “[a]utorizar todos los actos que según las leyes de la Nación y de las provincias pueden efectuar los escribanos públicos, y ejercer funciones administrativas inherentes a su cargo” (inc. f), “[v]elar por los intereses de sus connacionales, personas naturales y/o jurídicas, en las cuestiones de sucesión por causa de muerte en el territorio del Estado de su residencia” (inc. g), “[v]elar por los intereses de sus connacionales menores y/o incapaces, en particular cuando se requiera instituir una tutela o una curatela para ellos” (inc. h), “[r]epresentar a sus connacionales o disponer su representación apropiada ante los tribunales y demás autoridades del Estado de su residencia, de conformidad con las prácticas y los procedimientos vigentes en el mismo, cuando por estar ausentes los interesados o por

cualquier otra razón, se encuentren impedidos de defender oportunamente sus derechos e intereses, para solicitar que se adopten las medidas provisionales de preservación de esos derechos e intereses” (inc. i), y “[c]omunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias, de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y a falta de los mismos, de manera que sea compatible con el derecho del Estado de su residencia” (inc. j).

Para dar vigencia a las prescripciones reglamentarias establecidas en el Reglamento Consular, por Resolución del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto N° 154/1964 se adoptaron las Normas de aplicación del Reglamento consular que contienen las numerosas y variadas instrucciones relativas al desempeño de la función consular, permitiendo consecuentemente a las oficinas consulares de la República el fiel cumplimiento de sus tareas específicas. Las Normas de aplicación se actualizan mediante circulares consulares, boletines consulares y demás comunicaciones. A partir de 2001, la Dirección General de Asuntos Consulares de la Cancillería elaboró una serie de Cuadernos de actualización consular, que constituyen un aporte a las tareas desarrolladas por los funcionarios consulares en el exterior que deben realizar una actividad notarial continua, instrumentar opciones por la nacionalidad argentina, inscribir partidas, realizar certificaciones y legalizaciones y documentar a los hijos de diplomáticos y otros funcionarios argentinos, entre otras actuaciones, sin tener, en algunos casos, los conocimientos jurídicos adecuados por provenir de distintas actividades formativas, sin haberse dedicado intensamente al estudio del derecho¹. Más recientemente, los Cuadernos fueron siendo sustituidos por Manuales, que complementan los Instructivos, Formularios y Modelos aplicables a los diversos trámites.

Estas funciones y obligaciones se complementan con las que surgen de otras normas aplicables como son las relacionadas con la recepción y tramitación de exhortos (arts. 198 y 199 del Decreto N° 7743/1963 que aprobó el Reglamento para las representaciones diplomáticas de la República Argentina), con el otorgamiento de la nacionalidad argentina por opción (art. 2 y relacionados del Decreto N° 3213/1984, reglamentario de la Ley N° 346 de ciudadanía, modificado por el Decreto N° 1601/2004), y con la emisión de pasaportes (cap. III

¹ Trillo, José María y Noemí Gladys Huarte (compiladores). *Derecho consular: Cuadernos de actualización consular*. Buenos Aires: Instituto del Servicio Exterior de la Nación, 2014.

del Decreto N° 261/2011 que aprobó el Reglamento para la emisión de pasaportes, modificado por el Decreto N° 749/2019), etc.

El ejercicio de las funciones mencionadas plantea, en no pocas ocasiones, cuestiones de derecho internacional privado. Por ejemplo, para obtener pasaporte argentino la persona debe ser mayor de edad, en defecto de lo cual deberá concurrir acompañado por quienes ejercen la responsabilidad parental o presentar una autorización de los padres que lo habilite a ese fin; pero una persona puede ser considerada “mayor” por la legislación extranjera del lugar donde reside o donde se encuentra el consulado argentino, y en cambio ser considerada “menor” por la legislación argentina, o viceversa. ¿Qué legislación determina su mayoría? El padre o la madre de un menor argentino pueden haber sido privados de la patria potestad por decisión de un tribunal extranjero. ¿En qué casos y bajo qué condiciones esa decisión será reconocida por las autoridades consulares argentinas para concederle al menor la nacionalidad por opción prescindiendo de la voluntad de aquel progenitor? ¿Si un argentino cambió de nombre en el exterior, puede obtener en un consulado argentino documentación con el nuevo nombre? ¿Cuáles son los pasos que se deben cumplimentar para que una sentencia de divorcio o de adopción extranjera tenga efectos en nuestro país? ¿Un menor cuya adopción fue conferida por una autoridad extranjera puede optar por la nacionalidad argentina del adoptante ante la autoridad consular? ¿Cómo se tramita un exhorto recibido de un juez argentino para la realización de una diligencia probatoria o de otro tipo en el Estado receptor? ¿Un argentino que se encuentra residiendo en la jurisdicción consular en violación de la legislación migratoria local, puede adquirir legalmente “domicilio” en el lugar de su residencia, a los diversos efectos legales, como votar en las elecciones argentinas en el exterior? ¿Qué ley se aplica a la definición del domicilio, la argentina o la local? ¿A qué recaudos y procedimientos está sometida la inscripción del nacimiento de un argentino nacido en las Islas Malvinas? ¿Y un matrimonio celebrado o un título de estudios emitido y apostillado por la autoridad ocupante, surte efectos en el territorio continental? ¿Un extranjero que contrajo válidamente matrimonio con un argentino sin haber disuelto un vínculo anterior preexistente, podrá obtener una residencia permanente ante el consulado argentino para emigrar a nuestro país? En determinados países de régimen federal, como Estados Unidos, la circunscripción del consulado o de la sección consular en Washington comprende diversos estados o jurisdicciones con capacidad

de legislar autónomamente sobre cuestiones de derecho sustantivo, por lo que el reconocimiento de una situación jurídica o de una decisión local exige determinar el derecho de qué estado es aplicable y cuándo prevalece el derecho federal.

El cumplimiento de las funciones consulares se encuentra, por así decirlo, “a caballo” de dos o más legislaciones que reclaman aplicación: por un lado la legislación argentina que regula el accionar, las obligaciones y las responsabilidades de los funcionarios argentinos en el exterior; por el otro la legislación extranjera que el propio derecho argentino en muchas ocasiones ordena aplicar y los actos jurisdiccionales y de otro tipo (sentencias, actas de estado civil, certificados de estudios, etc.) que es preciso reconocer para la justa consolidación de derechos adquiridos válidamente por la persona en el exterior, así como para evitar relaciones jurídicas claudicantes (válidas en el país de origen pero inválidas en el nuestro o viceversa) que a la vez que perjudican al ciudadano, vulneran principios esenciales de la cooperación internacional. Sin embargo, ni la legislación argentina ordena, ni ningún país del mundo aplica legislación extranjera o reconoce actos extranjeros que vulneren principios esenciales de su orden jurídico nacional. Toda aplicación de un derecho extranjero exige precisamente una comparación con los principios esenciales del derecho argentino.

La resolución de las cuestiones que se presentan a los diplomáticos y a los cónsules argentinos en el curso de sus funciones, relacionadas con la determinación del derecho aplicable (el argentino, o el extranjero del lugar de la circunscripción consular o de otro país) y su aplicación, y el reconocimiento de actos administrativos y decisiones judiciales extranjeros, requieren que los funcionarios estén familiarizados con el fin, los principios, los métodos y las soluciones del derecho internacional privado respecto de las materias particulares. Tales fines, principios, métodos y soluciones, aun cuando no pueden sino ser las del derecho internacional privado en general y del derecho internacional privado argentino en particular, deben enfocarse al contexto específico en que actúa el Servicio Exterior –teniendo en cuenta su situación extraterritorial y su representatividad internacional– y las funciones específicas que le asigna la legislación.

El desconocimiento del derecho internacional privado puede conducir a la aplicación irrestricta del derecho material argentino cuando, en las circunstancias del caso, es el propio derecho argentino el que manda aplicar un derecho extranjero. Si la legislación extranjera aplicable

es más permisiva que la argentina, la aplicación “ilegal” de nuestro derecho puede conducir a privar al ciudadano de derechos que le corresponden, válidamente adquiridos bajo la ley extranjera, vulnerando sus intereses legítimos. Inversamente, si la legislación extranjera aplicable es más restrictiva, la aplicación del derecho argentino conducirá a darle a una persona un beneficio al que no tenía derecho, interviniendo en un acto jurídicamente viciado que puede perjudicar a terceros.

Los procesos de globalización y de integración regional, que se traducen en un aumento de las comunicaciones, en la circulación de personas y de bienes, y en una internacionalización cada vez mayor de las relaciones jurídicas (de familia, contractuales, patrimoniales y de otro tipo), con el consiguiente impacto que generan respecto de los trámites y servicios que se ofrecen en los consulados y en las secciones consulares de las embajadas, tanto en términos cuantitativos (mayor número de “recurrentes”) como cualitativos (complejidad de los casos planteados), hacen que sea más pertinente que nunca abordar de manera comprensiva, estructurada y analítica las cuestiones de derecho internacional privado que se plantean con motivo del desempeño de las funciones de los consulados argentinos en el exterior.

Abordaremos esta tarea en el siguiente orden: comenzaremos en el capítulo II pasando revista a algunas cuestiones generales del derecho internacional privado que son de aplicación para resolver las problemáticas especiales analizadas en los capítulos subsiguientes, y que permitan al lector familiarizarse con la terminología que es característica de esta disciplina. En el capítulo III explicaremos cómo se determina el domicilio de una persona y por qué y cuándo la ley del domicilio “sigue” a cada persona para regir los diversos aspectos de su personalidad, sin importar su nacionalidad. Ese análisis se continúa en el capítulo IV donde abordaremos los problemas principales que se plantean respecto de la persona humana, en particular las atinentes a la capacidad o incapacidad para llevar a cabo actos consulares o jurídicos en general. Veremos que hay casos en que la ley del domicilio cede a favor de la ley argentina por razones de orden público o de interés nacional; así como también en los casos de intervención de un servicio público en las cuestiones atinentes a la registración de actos de estado civil, como se verá en el capítulo V. Concomitantemente y en el mismo capítulo, se impone abordar cuándo los cónsules argentinos deberán reconocer nacimientos, matrimonios, etc., registrados en el exterior. Pasando al capítulo VI, se evidenciará que, pese a lo anteriormente explicitado, la

nacionalidad de una persona no es siempre totalmente irrelevante para solucionar temas de derecho internacional privado en el ejercicio de la función consular, y explicaremos cuál nacionalidad importa en casos de que una persona tenga más de una. Los tres últimos capítulos puede afirmarse a grandes rasgos que tratan de la cooperación jurídica internacional. El capítulo VII se dedica específicamente a la circulación internacional de documentos y las garantías que suelen exigirse para salvaguardar su origen e integridad. El capítulo VIII trata varias otras cuestiones de cooperación en materia civil y penal, en particular los objetivos y mecanismos por los que se canaliza dicha cooperación. El capítulo IX, finalmente, orienta en materia de asistencia jurídica, en particular a personas detenidas, o que sean partes en procesos judiciales en causas civiles, comerciales, penales, laborales, etc. El capítulo final estará dedicado a las conclusiones.

Este libro no agota —ni tiene aspiración de hacerlo— el estudio del derecho internacional privado, ni es tampoco un manual de derecho o de práctica consular. El objetivo es aplicar los métodos y las soluciones del derecho internacional privado a los problemas que se plantean en el ofrecimiento de los distintos servicios consulares. Mas como no es posible prever todos los casos de la vida diaria, igualmente buscamos brindar una guía de cómo, a nuestro juicio, los eventuales problemas se deberían resolver, en el marco de la legislación argentina aplicable.

§ II

NOCIONES BÁSICAS Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DE LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

1) El fenómeno de la frontera. Caracterización del derecho internacional privado

En su célebre curso general de derecho internacional privado en la Academia de La Haya de Derecho Internacional en 1977, el profesor Pierre Lalive de la Universidad de Ginebra captaba la manifestación fenomenológica de la vida internacional en los siguientes términos: “La reflexión comienza desde que uno se enfrenta al fenómeno de la *frontera*. El niño que viaja por primera vez percibirá del otro lado, concretamente, las diferencias de idioma, de moneda, de uniformes, posiblemente de horarios, todos signos o símbolos de otras leyes y poderes. Es probable que un niño comprenda instintivamente que las leyes y reglamentos se aplican ‘a todo lo que pasa y se encuentra’ sobre el territorio: ¿comprenderá tan fácilmente que no siempre es suficiente atravesar la frontera para escapar al efecto de las leyes de su país o para beneficiarse con las facilidades ofrecidas, sobre tal o cual punto, por una ley extranjera?”². Lalive advierte que en cuanto se toma conciencia de la diversidad de derechos, se tropieza con la dicotomía entre los dos grandes principios de la “territorialidad” y de la “personalidad” de las leyes.

El procedimiento de solución de los problemas *entre particulares* en el orden internacional, originados en el hecho de que las legislaciones difieren notablemente de un Estado al otro, constituyen “la materia esencial del derecho internacional privado”³. De aquí el nombre “derecho internacional *privado*” con que se lo conoce en Europa y también en América Latina, por oposición al “derecho internacional *público*” o simplemente derecho internacional que administra las

² Lalive, Pierre. “Tendances et méthodes en droit international privé: Cour général”. *Recueil des cours*. 155 (1977-II): 15.

³ Batiffol, Henri et Paul Lagarde. *Droit international privé*. 5^e éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970. I, 1-3.

relaciones entre los Estados, las organizaciones internacionales y otros sujetos de la comunidad internacional⁴.

Frente a una relación jurídica privada internacional, el derecho internacional privado designa qué sistema de derecho interno se aplicará, o lo que es lo mismo por referencia al derecho de qué país se alcanzará la solución del caso. Desde otra perspectiva, se trata de determinar entre dos o más sistemas de derecho (incluido el argentino) que reclaman competencia para gobernar el tema, el que prevalecerá. Por eso la denominación de “conflicto de leyes” (*conflict of laws*) que es común en los países anglosajones.

2) Territorialidad y personalidad

La doctrina del derecho internacional reconoce dos títulos de competencia estatal: la territorialidad y la personalidad. Esto significa que las disposiciones que emanan del Estado tienen validez en su territorio y se dirigen a sus nacionales dondequiera que se hallen⁵.

La “territorialidad” de la ley tiene su origen en que, como norma general, los órganos de un Estado ejercen sus funciones en el territorio propio de ese Estado⁶. En los casos excepcionales en que los órganos del Estado, calificados como extraterritoriales, actúan fuera del territorio nacional, obedecen a la ley que los ha creado y no al derecho del país en que se encuentran⁷. Así, cuando un agente diplomático o consular interviene en la confección de un testamento de uno de sus ciudadanos, cumple las formalidades previstas en la legislación del Estado que representa, y no las del lugar de su otorgamiento.

El concepto de territorialidad se desprende de la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Lotus*: “la limitación primordial que impone el derecho internacional al Estado es excluir –salvo la existencia de una norma permisiva en contrario– todo ejercicio de su poder en el territorio de otro Estado. En este sentido, la

⁴ Moncayo, Guillermo, Raúl Vinuesa y Hortensia Gutiérrez Posse. *Derecho internacional público*. Buenos Aires: Zavalía, 1990. 13-14 y 18-19.

⁵ Rigaux, François. *Droit public et droit privé*. Paris: Pedone, 1977. 299 y la bibliografía citada en nota 1.

⁶ Rigaux, François. *Derecho internacional privado: Parte general*. Madrid: Civitas, 1985 (traducción al español de A. Borrás-Rodríguez). 67.

⁷ *Ibid.* 70. 67-68.

jurisdicción es en principio territorial; no puede ser ejercida por un Estado fuera de su territorio sino en virtud de una norma permisiva derivada del derecho internacional consuetudinario o de una convención”⁸. Una de esas normas permisivas del derecho consuetudinario internacional da a las misiones diplomáticas y consulares un derecho legal a ejercer funciones consulares sin depender del consentimiento del Estado receptor⁹.

La segunda base generalmente reconocida para la jurisdicción es la nacionalidad, como marca de lealtad y un aspecto de la soberanía. La aplicación del principio puede extenderse con base en el domicilio, la residencia u otras conexiones como evidencia de la lealtad debida por los extranjeros¹⁰. No deja de ser significativo que ya los primeros teóricos del derecho natural reconocieran a la competencia ejercida sobre las personas un carácter original y principal¹¹. Sin embargo, como la inmensa mayoría de los nacionales residen de hecho en el territorio nacional, donde la territorialidad basta para justificar la aplicabilidad de la ley, la invocación de la nacionalidad del destinatario de la norma no sirve más que si el sujeto se encuentra de hecho fuera del territorio nacional¹².

Cuando los agentes privados se encuentran fuera del territorio nacional o, de otro modo, están comprometidos en relaciones jurídicas internacionales, pueden vacilar sobre el derecho que las regula, ante el conflicto fundamental entre la territorialidad y la nacionalidad. Por un lado, deben conducirse según las leyes y reglamentos locales (*when in Rome, do as the Romans do*); por el otro, deben obediencia a las disposiciones del Estado de su nacionalidad¹³.

⁸ Corte Permanente de Justicia Internacional. “Caso Lotus”. 7/9/1927. Série A, N° 10, 18-19.

⁹ Para un comentario sobre las prolongadas discusiones en el seno de la Comisión de Derecho Internacional y durante la Conferencia de Viena que adoptó la Convención sobre relaciones diplomáticas, en relación con el derecho de las misiones diplomáticas de ejercer funciones consulares, Denza, Eileen. *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1998. 31-34.

¹⁰ Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. 301-302.

¹¹ Grotius, Hugo. *De iure belli ac pacis*. 1625 (traducción francesa de J. Barbeyrac). II, III, 4.

¹² Rigaux, ob. cit. n. 6. 71.

¹³ *Ibid.* 70.

También el agente público –el diplomático o el cónsul– se debate en esas situaciones entre aplicar a la materia la solución *propia*, de *derecho material* que surge del ordenamiento legislativo del que él mismo deriva su competencia (del Estado acreditante), o la norma jurídica territorial que posee fuerza obligatoria por haber sido dictada por una autoridad pública que ejerce funciones estatales en el territorio del Estado (del Estado receptor).

3) La determinación de la competencia legislativa en base a las técnicas de localización

Se ha visto que cuando las personas privadas o las empresas mantienen relaciones conectadas a varios Estados, sea por su nacionalidad o por la localización de los diversos elementos de la situación, necesitan saber qué *derecho material* se aplica a una relación jurídica así constituida. Consultado acerca de la redacción de un poder o de un testamento, de la conclusión de un contrato o de la adquisición de un bien, el cónsul o el diplomático deben hacer prevalecer el orden jurídico estatal aplicable o, en su caso, recomendar a la persona acomodarse a derecho a fin de que las intenciones perseguidas sean eficazmente alcanzadas.

En este punto, es preciso romper definitivamente un mito: que el funcionario argentino está sujeto exclusivamente al derecho sustancial nacional o que la validez o invalidez jurídica de actos destinados a surtir efectos en el ordenamiento argentino depende de que se conformen a las normas sustanciales aplicables de nuestro país. Seguramente que ello será muchas veces así. Pero otras veces tendrá que aplicar *obligatoriamente* un derecho sustancial extranjero, generalmente del Estado donde ejerce la representación.

Para identificar el derecho que debe resolver una relación jurídica transfronteriza, el diplomático o el cónsul han de recurrir –al igual que las autoridades argentinas territoriales cuando la situación se plantea en el territorio nacional, como los jueces, los funcionarios del Registro Civil o los escribanos públicos– a los métodos de solución elaborados por la doctrina del derecho internacional privado.

El derecho internacional privado actual sigue utilizando básicamente el método elaborado por Federico Carlos von Savigny en el

siglo XIX¹⁴. Su método, que hoy puede considerarse clásico, consistió en correlacionar las relaciones jurídicas con los territorios en los cuales esas relaciones parecían por naturaleza estar más adecuadamente conectadas. Así como las personas tienen un lugar donde habitan –el domicilio (*Wohnsitz*)–, también las relaciones jurídicas tienen su sede social (*Sitz*). Se trata, pues, de un método “localizador”, “nacionalizador”, porque determina o precisa la ubicación concreta de la situación jurídica y, por esa vía, el derecho que decidirá sustancialmente el caso. También se puede llamar a este método “indirecto”¹⁵ o “método de elección” siguiendo la tradición inglesa (*choice of law*).

La Argentina, al igual que los diversos países, han adoptado los criterios de localización de los casos en sus legislaciones internas y en tratados firmados con otros países. A veces, esos criterios se exteriorizan por la práctica estatal (costumbre) que posee su manifestación más importante en la jurisprudencia. Tampoco se deben desdeñar las enseñanzas de los técnicos (doctrina) para orientar la interpretación que cuadra efectuar del derecho. La elección del derecho aplicable por vía de la decisión legislativa o judicial constituye la positivización de los criterios especiales de gravitación o conexión considerados justos en virtud de la naturaleza concreta de los casos, del contacto “esencial” del caso con un determinado país (justicia de la elección)¹⁶. En ocasiones, los criterios de localización también persiguen una finalidad de justicia material, como cuando el lugar de celebración del matrimonio se elige como criterio localizador y selector del derecho aplicable con miras a favorecer la validez de aquel (*favor matrimonii*) (art. 159, Cód. civ.; art. 2622 1º párr., Cód. civ. y com.)¹⁷. La elección de los criterios de localización relevantes se plasma en las llamadas normas de conflicto, indirectas o de elección contenidas en el derecho internacional privado de cada país y que son las que la autoridad competente –juez, cónsul, etc.– debe aplicar para dar solución al caso que le fue sometido.

Las normas de conflicto se diferencian de las normas materiales, típicas de todo ordenamiento jurídico, en que mientras estas últimas

¹⁴ von Savigny, Friedrich Carl. *A Treatise on the Conflict of Laws*. 1849 (traducción al inglés por W. Guthrie. 2nd ed. 1880). 133.

¹⁵ Goldschmidt, Werner. *Derecho internacional privado: Derecho de la tolerancia*. 8ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1992. 8-9.

¹⁶ Boggiano, Antonio. *Del viejo al nuevo derecho internacional privado*. Buenos Aires: Depalma, 1981. 92-108.

¹⁷ *Ibid.* 89 y 110; Goldschmidt, ob. cit. n. 15. 301-304.

resuelven directamente el problema planteado, las primeras seleccionan, eligen el derecho, nacional o extranjero, que lo ha de decidir. Identificado que sea este derecho (que puede ser el argentino o uno extranjero), habrá que examinar y aplicar en principio su solución. Por ejemplo, para decidir sobre la capacidad o incapacidad de una persona con miras a la renovación del pasaporte, el cónsul identificará y aplicará la norma de derecho internacional privado, por ejemplo las contenidas en los artículos 6 y 7 del antiguo Código civil y en el artículo 2616 del nuevo Código civil y comercial que indican aplicar la ley del país del domicilio del interesado para regir la capacidad, y una vez determinado dónde la persona está domiciliada, el cónsul identificará y aplicará las normas del derecho interno de aquel país que establecen los supuestos de incapacidad.

4) El funcionamiento del sistema

a) La técnica de la aplicación de un determinado derecho positivo a partir de la intervención de un órgano estatal

En el sistema trazado, la determinación de la competencia legislativa viene dada en primer lugar en función de las normas indirectas de la autoridad ante la cual se plantea la cuestión. He aquí el punto de partida. El cónsul o el diplomático argentino de la sección consular de la embajada, cuando se les somete una situación jurídica internacional, ponen en práctica el sistema *argentino* de derecho internacional privado, cuyas reglas designan las normas sustanciales aplicables. Se trata de aplicar el método clásico que parte de la doctrina de la *jurisdiction* – delimitación de las competencias del Estado y de sus órganos– que implica que la situación jurídica internacional está sometida al examen de una autoridad o de una jurisdicción estatales. Tal método, que se dirige normalmente al juez nacional, se adapta también para el caso en que la situación internacional se presenta ante una autoridad estatal distinta de un tribunal, como es un agente diplomático o consular¹⁸.

¹⁸ Rigaux, ob. cit. n. 6. 75.

b) *La obligatoriedad de las normas de conflicto*

La aplicación de las normas de conflicto no es facultativa para el cónsul. El cónsul no puede preferir aplicar las normas sustanciales argentinas a una situación jurídica internacional justificándolo en que el acto surtirá efectos en el ordenamiento argentino, cuando el propio legislador argentino considera que la mejor justicia se alcanza mediante la aplicación de la ley extranjera¹⁹. Las normas indirectas, como las que someten los derechos reales sobre inmuebles argentinos a la ley argentina (art. 10, Cód. civ.; art. 2667 1º párr., Cód. civ. y com.) y la existencia y validez del matrimonio a la ley del lugar de su celebración (art. 159, Cód. civ.; art. 2622 1º párr., Cód. civ. y com.), son normas del mismo derecho argentino como las que establecen que el dominio sobre un inmueble requiere de título (escritura pública) y tradición (entrega de la posesión) y que la celebración del matrimonio debe estar rodeada de determinadas formas y solemnidades y ausente de impedimentos que provoquen su inexistencia. Por consiguiente, excepto que se trate de una materia – como los contratos – en que las partes pueden desplazar mediante una elección del derecho aplicable las normas de conflicto argentinas (arts. 1209, 1210 y 1212, Cód. civ.; art. 2651, Cód. civ. y com.) con fundamento en la autonomía que el legislador les concede, o que el legislador haya ordenado *imperativamente* la aplicación a determinada materia del derecho sustancial nacional en virtud del interés superior que se considera que está en juego, los funcionarios argentinos deben aplicar *obligatoriamente* un derecho extranjero cuando la norma de conflicto argentina conecta el caso a aquel.

La obligación de la autoridad consular de aplicar el derecho extranjero cuando así corresponde por las circunstancias del caso resulta, por lo demás, de las Disposiciones generales del Capítulo I del Título IV del Libro Sexto del nuevo Código civil y comercial (arts. 2594 y 2595, en particular, y ss.). Además, la obligatoriedad de aplicar derecho extranjero se encuentra en los Protocolos adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 (art. 1), pudiendo advertirse que ya en 1889 se daba importancia al funcionamiento de las normas de conflicto. La misma respuesta jurídica da la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado (CIDIP II, Montevideo, 1979, art. 2).

¹⁹ Boggiano, Antonio. *Derecho internacional privado*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991. I, 445-448.

Excepcionalmente, el derecho designado por la norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. He aquí la “cláusula de excepción” que aparece en el artículo 2597 del nuevo Código civil y comercial; cláusula que ha sido criticada por sembrar dudas sobre la razonabilidad de la elección hecha por el legislador, y porque no contribuye a la seguridad jurídica²⁰. De darse este supuesto excepcional, el cónsul deberá aplicar el derecho de aquel país con el que el caso se encuentra más estrechamente conectado (que puede ser el de otro Estado extranjero o el argentino).

c) La aplicación de oficio y el conocimiento del derecho extranjero

Un corolario de la obligatoriedad de las normas de conflicto consiste en que los cónsules deben en la medida de lo razonable investigar el contenido del derecho extranjero y aplicarlo a la relación jurídica objeto del caso, sin perjuicio de que las partes *puedan* –y hasta *deban*– colaborar en esa tarea.

El nuevo Código civil y comercial prescribe que “[c]uando un derecho resulta aplicable: el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino” (art. 2595 inc. a). Si bien el Código no ha establecido expresamente la obligatoriedad de aplicar de oficio el derecho extranjero, esa es la opinión de la doctrina especializada²¹ y lo ha interpretado la jurisprudencia²².

²⁰ All, Paula María y Jorge R. Albornoz. “Disposiciones generales”. Rivera, Julio César y Graciela Medina (directores). *Código civil y comercial comentado*. Buenos Aires: La Ley, 2015. VI, 787-788.

²¹ Scotti, Luciana. *Manual de derecho internacional privado*. Buenos Aires: La Ley, 2017. 126, Soto, Alfredo M. *Temas estructurales del derecho internacional privado*. 5ta ed. Buenos Aires: Editorial Estudio, 2020. 120.

²² CApel. Civ., Com., Minas, de Paz, Trib. y Flia. Mendoza, Expte. 27.523 – “F., M.C. C/ K., M. P/ Alimentos provisorios – Compulsa”. 19/8/2015.

La aplicación de oficio del derecho extranjero es también la posición de los Protocolos adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 (art. 2)²³, y de la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado (CIDIP II, Montevideo, 1979, art. 2).

El antiguo Código civil, en cambio, consideró que el derecho extranjero es un hecho que debe alegarse y probarse (art. 13). No obstante, hay jurisprudencia de larga data que declara que el juez puede aplicar derecho extranjero oficiosamente, aunque las partes no hubieran arrimado su texto, con distintos fundamentos: que el derecho extranjero aplicable constituye un “hecho notorio” (que no significa que todo el mundo lo conoce sino que todo el mundo es capaz de averiguarlo de manera fidedigna); haciendo una interpretación literal del artículo 13 que se refiere a los casos en que el Código civil “autoriza” la aplicación de leyes extranjeras (los contratos), pero no a aquellos otros en que el Código civil la impone; que la prueba de la ley extranjera puede ser hecha de oficio como medida para mejor proveer; y teniendo en cuenta lo normado en el último párrafo del artículo 377 del Código procesal civil y comercial de la Nación (conf. ley 24.871) que dispone que si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

El cónsul debe agotar los esfuerzos para investigar el derecho extranjero, teniendo en cuenta los gastos que pueda requerir y las demoras que se puedan producir en relación con la trascendencia del asunto. No se exige la investigación del derecho extranjero a cualquier costa. Empero, como ha sostenido un autor, “la aplicación de oficio es la regla, y la dosis de flexibilidad ha de ser mínimamente excepcional”²⁴. Solo en último lugar debe aplicar el cónsul su propio derecho.

La información y prueba del derecho extranjero puede obtenerse, entre otros medios, por informes de autoridades y tribunales del país de referencia, por textos legales y precedentes jurisdiccionales, y dictámenes de especialistas (abogados especializados sobre el ámbito que se desea conocer)²⁵. Normalmente, la dificultad que provoca la averiguación será

²³ Ramayo, Raúl, “Aplicación del derecho extranjero en el ámbito de los Tratados de Montevideo de derecho internacional privado”. *ED.* 167-155.

²⁴ Boggiano, ob. cit. n. 19. I, 622-623.

²⁵ Sosa, Gualberto Lucas. “La prueba de las normas jurídicas y la reforma procesal”. *LL.* 132-1222.

menor cuando el derecho designado fuese el del país donde el cónsul ejerce la representación. Pero inclusive si se tratara de aplicar el derecho de un tercer Estado, el cónsul podrá solicitar la colaboración de la representación diplomática o consular argentina con competencia en el país de que se trate, o de la representación que exista de aquel país en la sede del consulado o la embajada argentina ante la que se plantea el caso, o recurrir a jurisconsultos (profesores, investigadores) en el país donde el cónsul ejerce el cargo especializados en el derecho extranjero cuyo derecho necesita conocer. Existen también instituciones –como el Instituto Max Planck de Hamburgo²⁶, o la Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional de la Unión Internacional del Notariado Latino con sede en Buenos Aires²⁷, que expiden información sobre el derecho de diferentes países.

Asimismo, hoy en día, una de las principales vías de información del derecho extranjero es Internet, que permite acceder no solo a las normas (tratados, leyes, decretos, ordenanzas, etc.), sino a las sentencias de los tribunales, y a la opinión de los juristas vertida en libros, artículos y conferencias; en particular cuando los documentos jurídicos están almacenados en bancos de datos gubernamentales, judiciales o de instituciones especializadas reconocidas, con indicación de su vigencia (el equivalente extranjero que pudiera existir del Sistema Argentino de Información Jurídica –INFOJUS–, del Centro de Información Judicial –CIJ–, o de la Biblioteca Digital de Tratados de la Cancillería argentina, por ejemplo).

La Argentina ha firmado dos tratados específicos sobre información del derecho extranjero: la CIDIP II sobre prueba e información acerca del derecho extranjero (Montevideo, 1979), y el Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre aplicación e información del derecho extranjero de 1980. En el ámbito del MERCOSUR rige el Protocolo de Las Leñas de 1992 de asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, que exige a los Estados partes del MERCOSUR cooperar proveyéndose información del derecho extranjero en las materias de que

²⁶ Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<http://www.mpil.de/de/pub/aktuelles.cfm>>.

²⁷ UINL/ONPI: Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<http://www.onpi.org.ar>>.

trata el Protocolo. Hay tratados bilaterales de cooperación que también incluyen esta temática en el mecanismo entre autoridades centrales.

d) Las calificaciones

Ahora bien, el funcionamiento de la norma indirecta exige, ante todo, *interpretarla*, para ajustar la solución del caso a lo que fue la voluntad del legislador. Esto significa averiguar el sentido que el autor de la norma (normalmente el legislador) quiso asignar a sus conceptos. La particularidad de la norma indirecta es que conecta una situación jurídica con un determinado país, mediante un índice de localización o *punto de conexión*: el domicilio o la residencia de la persona, el lugar del acto, la situación del bien, etc. Pero “domicilio” puede significar cosas distintas según el derecho argentino y según el derecho del país donde se presume que la persona está domiciliada. Volveremos más en detalle sobre este punto al hablar de domicilio en el capítulo siguiente. Por el momento, baste con señalar la idea fuerza de que los puntos de conexión se definen (*califican*) en virtud del derecho del cual extraen su existencia. Es decir que el cónsul argentino calificará los puntos de conexión de las normas de conflicto argentinas por el derecho argentino, por la *lex fori* (locución latina que significa que será aplicable la ley del Estado al que pertenece la autoridad que entiende en el asunto). En el caso del domicilio, la determinación de si una persona está domiciliada en Argentina o en el extranjero se debe decidir (se “califica”) siempre por el derecho argentino.

También el problema de las calificaciones se puede plantear con relación a la propia situación jurídica. Así, la legislación argentina considera matrimonio al contraído por dos personas con independencia de que sean del mismo o de distinto sexo (Ley N° 26.618 de matrimonio igualitario). Pero, como no podía ser de otro modo, la Ley N° 26.618 modificó el instituto del matrimonio civil en la República Argentina y no se refiere a los matrimonios celebrados en el exterior. Los artículos 159 del antiguo Código civil y 2622 1° párrafo del nuevo Código civil y comercial se refieren, en cambio, al matrimonio en el sentido del derecho internacional privado, que no es solo lo que la legislación argentina entiende por matrimonio, sino primera y principalmente, lo que entiende por matrimonio la ley del lugar de su celebración, que puede o no admitir los matrimonios entre personas del mismo sexo. Pasando a los derechos

reales, la calidad de bien inmueble se determina por la ley del país de su situación (art. 10, Cód. civ.; art. 2663, Cód. civ. y com.).

El principio, se podría decir que se invierte cuando se trata de localizar la situación jurídica o de definir la cuestión que se debe resolver. Mientras que las calificaciones de los puntos de conexión deben tomarse de la *lex fori*; las calificaciones de las situaciones jurídicas se resuelven según el derecho indicado por la norma de conflicto —la *lex causae*— de acuerdo con la máxima de que “toda norma jurídica toma sus clasificaciones del sistema jurídico al que pertenece”²⁸.

En ocasiones, encontramos calificaciones “autárquicas” de puntos de conexión así como de algún otro concepto de la norma de conflicto; es decir que es la propia convención o el derecho internacional privado interno aplicable el que define qué se entiende por el término empleado. El nuevo Código civil y comercial explicita qué se entiende por domicilio y por residencia habitual a los fines del derecho internacional privado en el artículo 2613. Por su parte, el Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1940 enumera las circunstancias que determinan el domicilio (art. 5); en tanto que para su predecesor de 1889 la ley del lugar en el cual reside la persona determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio (art. 5).

e) *El reenvío*

Es legítimo preguntarse si cuando el legislador indica como aplicable el derecho de un país extranjero, se refiere a sus normas materiales, a la solución de fondo que da ese derecho extranjero, o si, por el contrario, alude a todo el ordenamiento jurídico extranjero, incluidas sus propias normas de conflicto.

El derecho internacional privado argentino somete la capacidad de los contrayentes a la ley de la celebración del matrimonio (art. 159, Cód. civ.; art. 2622 1º párr., Cód. civ. y com.), supongamos de Francia, pero el derecho internacional privado francés aplica en la determinación de la capacidad de la persona para contraer matrimonio la ley de su nacionalidad. Si los cónyuges tienen nacionalidad francesa, no hay problema. Pocas dudas caben que se aplica el derecho material francés para determinar si las personas tenían capacidad para contraer

²⁸ Wolff, Martin. *Internationales Privatrecht*. Berlin: Springer's Enzyklop, 1933. 30 ss.

matrimonio; siendo irrelevante el fundamento de su aplicación (en tanto que ley del matrimonio o que ley de la nacionalidad). También la elección podría soslayarse si los posibles derechos aplicables –el de la celebración del matrimonio, y el de la nacionalidad de los cónyuges, supongamos ahora que fueran respectivamente italiano y argentino, y los derechos a los que las normas de conflicto italiana y argentina pudieran eventualmente remitir– coincidieran en cuanto a la solución material, es decir que para todos aquellos derechos los contrayentes tenían capacidad, o no tenían capacidad.

Pero veamos las hipótesis en que las soluciones bajo los diversos derechos eventualmente aplicables sí difieren. Podrían ocurrir dos supuestos. El primero es que el derecho internacional privado extranjero designado por la norma argentina de conflicto termine devolviendo el caso al derecho argentino, por ejemplo en el supuesto del matrimonio celebrado en Francia anteriormente planteado, los contrayentes (o uno de ellos, cuya incapacidad esté en juego) sea argentino de nacionalidad. En este caso, en que la ley designada declina su competencia mediante una vuelta a la ley del foro, hay que aplicar el derecho material argentino, evitándose de este modo que se produzca un reenvío sin fin (*ping pong* internacional). Este es llamado reenvío de primer grado, o *reenvío* propiamente dicho. El segundo supuesto se presenta cuando para la ley designada hay que aplicar la ley de un tercer país y quizás para la de este último hay que aplicar la ley de un cuarto país (reenvío de segundo grado). Aquí, la solución del reenvío debe tomar en cuenta de qué manera habría resuelto el caso el juez del país designado por nuestra norma de conflicto si hubiera tenido jurisdicción, además del principio de armonía internacional de soluciones que indica que la solución debería ser la misma, cualquiera que sea el país donde la decisión se pronunciare²⁹.

El nuevo Código civil y comercial reconoce expresamente el reenvío en el artículo 2596, por primera vez en el derecho internacional privado argentino de fuente interna.

f) Las cuestiones previas

En ocasiones, el cónsul tendrá que resolver previamente cuestiones concatenadas de las que depende la solución de un caso. Así,

²⁹ Boggiano, ob. cit. n. 16. 85-86.

v.gr., la posibilidad de optar por la nacionalidad argentina puede depender de la validez del reconocimiento del hijo extramatrimonial o de la adopción. La validez de un matrimonio puede depender de la validez de la disolución del matrimonio anterior de uno de los contrayentes el cual, a su vez, puede depender de la validez de la disolución de su primer matrimonio. La ley aplicable a la cuestión *principal* de nacionalidad o de validez del matrimonio se determina conforme al sistema de derecho internacional privado del cónsul siguiendo la técnica normal. Pero en relación con las cuestiones previas, ¿se tendrá en cuenta el mismo principio, o por el contrario se aplicará el derecho material, o el derecho internacional privado, de la ley reguladora de la cuestión principal?

Ni la legislación interna ni los tratados firmados por Argentina nos dan una pauta rectora de todas las cuestiones³⁰. También el nuevo Código civil y comercial tiene una laguna respecto de la cuestión previa, aparentemente intencional por haber considerado el Equipo colaborador en el área del derecho internacional privado de la Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización, y unificación de los Códigos civil y comercial de la Nación, que no era conveniente “encerrar este tema en una norma dejando que el juez tenga las manos libres para resolver el criterio de justicia que corresponda y acudiendo a la teoría de la adaptación”³¹.

No existiendo una norma específica –como el artículo 36 del Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1889 y el artículo 41 del Tratado homónimo de 1940, que someten un contrato accesorio (v.gr. fianza) al mismo derecho que rige el principal (v.gr. préstamo)– no parece que el cónsul pueda dejar a un lado las normas del derecho internacional privado argentino³². Cuando el legislador manda aplicar una determinada ley, v.gr., del domicilio del adoptado a los

³⁰ El art. 8 de la CIDIP II sobre normas generales de DIPr. deja la cuestión abierta, al establecer que “[l]as cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última”; lo que ha sido considerado como la mejor solución en el estado actual del derecho positivo. Maekelt, Tatiana. “General Rules of Private International Law in the Americas”. *Recueil des cours*. 177 (1982-IV): 324-325.

³¹ Dreyzin de Klor, Adriana. *El derecho internacional privado actual*. Buenos Aires: Zavalia, I, 2015. 208-209.

³² Weinberg de Roca, Inés. *Derecho internacional privado*. Buenos Aires: Depalma, 1997. 37.

requisitos y efectos de la adopción (art. 339, Cód. civ., incorporado por Ley N° 24.779 que es de igual tenor que el anterior art. 32, Ley N° 19.134 de adopción; art. 2636, Cód. civ. y com.), o del último domicilio de los cónyuges al divorcio vincular (art. 164, Cód. civ.; art. 2626, Cód. civ. y com.), no ha hecho diferencia a si estas cuestiones se presentan como una cuestión previa o como una cuestión principal. Consiguientemente, cabría interpretar que el legislador ha querido resolver cada cuestión *independientemente* sometiéndolas a los respectivos derechos designados en las diversas normas de conflicto³³. Con distintos fundamentos, toda la doctrina argentina privilegia este principio de solución.

g) La adaptación

El nuevo Código civil y comercial sí resuelve otras cuestiones complejas, a saber: cuando diversos derechos resultan aplicables a diversos aspectos de un mismo acto (v.gr., se discute la validez en torno a la capacidad, la forma y las condiciones del reconocimiento de un hijo, en el marco de una solicitud de otorgamiento de pasaporte o de una opción por la nacionalidad argentina); y cuando diversos derechos resulten aplicables a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso (el caso de cuestiones previas abordado en el numeral anterior). En el supuesto de que la diferencia de ordenamientos jurídicos aplicables conduzca a resultados incoherentes, se establece que “esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos” (art. 2595 inc. c). La CIDIP II sobre normas generales de derecho internacional privado solo se refiere al primer supuesto de diversidad de leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica (art. 9).

h) El orden público

En este punto, se impone advertir que la aplicación de un derecho extranjero al caso no es incondicional. Si una solución concreta del derecho extranjero lesionara algún principio de orden público del derecho argentino, no cabría admitirla. Los principios del derecho

³³ Boggiano, ob. cit. n. 19. I, 464-466.

argentino actúan siempre controlando “crítica y *sustancialmente*” la solución del caso proyectada por el ordenamiento jurídico extranjero competente según las normas de conflicto argentinas, y prevalecen sobre la solución extranjera en condiciones de conflicto material³⁴. A fin de solucionar el caso, el cónsul debe “comparar” la reglamentación del derecho extranjero con los principios del derecho material argentino, y eventualmente declararlo inaplicable cuando existe una grave incompatibilidad con el “espíritu de la legislación” de nuestro país (art. 14 inc. 2, Cód. civ.; art. 2600, Cód. civ. y com.). Pero entiéndase bien que no basta la contradicción con una norma o disposición particular. Se requiere algo más grave: que la solución extranjera ofenda principios constitucionales³⁵ o principios fundamentales del derecho argentino (el *orden público*).

El orden público excluye la aplicación del derecho extranjero designado por normas del derecho internacional privado de fuente interna, pero también cuando es consecuencia de la aplicación de un tratado internacional. Se podría alegar que si un país ratifica un tratado que le obliga en ciertos casos a aplicar derecho extranjero, es irrazonable luego permitirle que repudie la aplicación de ese derecho. Sin embargo, hay que tener en cuenta que cada país se compromete a aplicar el derecho de los demás Estados partes no solamente tal cual es al momento de la ratificación sino en cualquier momento futuro; y tanto la legislación extranjera como las propias concepciones jurídicas argentinas (el orden público argentino) pudieron haber variado desde el momento de la ratificación³⁶. Naturalmente que siempre habrá que ver qué dice el tratado en cuestión, pero en caso de silencio, no cabe interpretar que la Argentina renunció a aplicar una ley extranjera considerada escandalosa por nuestra legislación.

Algunas veces, los *límites* del principio de orden público nos han sido dados por el propio legislador, como cuando estableció que no se

³⁴ Boggiano, ob. cit. n. 16. 90-91.

³⁵ Feldstein de Cárdenas, Sara L. “El control de constitucionalidad del derecho extranjero”. Oyarzábal, Mario J. A. (coordinador), *Derecho procesal transnacional: Homenaje al Prof. Dr. Gualberto Lucas Sosa*. Ábaco: Buenos Aires, 2012. 289-316; Perugini de Paz y Geuse, Alicia y Raúl Ramayo. “Constitución Nacional, derecho extranjero y orden público”. LL. 1978-D-925; Goldschmidt, Werner. “DIPr. y Constitución Nacional”. *Estudios insprivatistas internacionales*. 1969: 279 ss.

³⁶ Goldschmidt, ob. cit. n. 15. 152-154.

reconocerá en la Argentina ningún matrimonio extranjero celebrado por un contrayente que posea un matrimonio anterior no disuelto (art. 160, Cod. Civ.; art. 2622 2º párr., Cód. civ. y com.). Pero otros casos pueden producir dudas, como cuando uno de los contrayentes no habría tenido edad suficiente para casarse en el país. El derecho internacional privado argentino no condiciona el reconocimiento de un matrimonio extranjero a que la persona tenga 18 años o más (art. 166, inc. 5, Cód. civ.; art. 403 inc. f, Cód. civ. y com.). Ahora, pareciera que no debería admitirse el casamiento de una persona que todavía carecía de la madurez para haber prestado el consentimiento indispensable para que exista matrimonio (art. 172, Cód. civ.; art. 406, Cód. civ. y com.), aunque se trate de un matrimonio válido para la ley del lugar de la celebración.

No siempre es fácil concretizar las aplicaciones del orden público. Cuando una disposición del derecho positivo argentino inspirada en rigurosas consideraciones de orden público excluye la posibilidad de aplicar derecho extranjero, decimos que es una norma o ley “de policía”, “imperativa” o “de aplicación inmediata”. Como su nombre lo indica, frente a una norma de este tipo, el cónsul debe aplicar imperativa e inflexiblemente el derecho argentino (art. 2599, Cód. civ. y com.). Allende estos supuestos, el orden público opera como “cláusula de reserva” de defensa de los valores del derecho argentino que en sí resulta aplicable según las normas del derecho internacional privado.

La doctrina de las normas internacionalmente imperativas aparece en algunos tratados internacionales que facultan al juez a aplicar las normas de policía de cualquier Estado con conexión estrecha con la causa. En esta línea se inscribe también el nuevo Código civil y comercial cuando establece que, además de las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino, “[c]uando resulta aplicable un derecho extranjero también son aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas, y cuando intereses legítimos lo exigen pueden reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presentan vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso” (art. 2599 2º párr.).

Debe entenderse que las normas internacionalmente imperativas de un derecho extranjero no serán aplicables cuando colisionan con normas internacionalmente imperativas del derecho argentino³⁷.

³⁷ All y Albornoz, “Disposiciones generales”. Rivera y Medina, ob. cit. n. 20. VI, 793.

i) El fraude a la ley

Otra condición de aplicabilidad del derecho designado por la norma de conflicto, sea argentino o extranjero, es la inexistencia del *fraude a la ley*³⁸. Es irrazonable permitir que las personas saquen ventaja de conductas destinadas en realidad a evadir la aplicación del derecho querido por el legislador. De ahí la prescripción del artículo 2598 del nuevo Código civil y comercial que establece que “[p]ara la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto”. La prohibición del fraude a la ley extranjera y no solo a la ley argentina ha sido justificada en que, cuando se comete fraude contra la primera, la norma defraudada en última instancia es la norma de conflicto argentina³⁹.

La CIDIP II sobre normas generales de derecho internacional privado ha sido considerada “más generosa” cuando se trata de proteger actividad fraudulenta pues rechaza aplicar derecho extranjero no solo cuando artificiosamente se haya evadido el derecho designado por las normas de conflicto (del Estado de la autoridad interviniente), sino el de cualquier otro Estado parte (art. 6)⁴⁰.

Si un argentino de 18 años que vive en Nueva Zelanda o en Tailandia donde la mayoría de edad se obtiene a los 20 años, viaja a la República y aquí constituye domicilio para adquirir la mayoría de edad conforme a la nueva legislación (art. 1, Ley N° 26.579 de mayoría de edad a los 18 años), no podría alegar su mayoría ante el funcionario de la sección consular de la Embajada argentina en Wellington o en Bangkok, ni, en realidad, ante ninguna autoridad argentina, por ejemplo para obtener el pasaporte, si aquella “ida y vuelta” aparece motivada por la intención de evadir la ley normalmente aplicable de no sobrevenir aquella

³⁸ Najurieta, María Susana. “Fraude en el derecho internacional privado”. *Revista de derecho privado y comunitario*. 1993-4: 305-321.

³⁹ Dreyzin de Klor, ob. cit. n. 31. 214.

⁴⁰ Perugini Zanetti, Alicia M. “Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: El Derecho, 2012. 674. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2940/1/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf>>.

radicación fraudulenta en Argentina. Es que, cuando el legislador somete la capacidad de una persona a la ley de su domicilio, no quiere que su capacidad se gobierne por el derecho que ella elige a través de una apariencia de domicilio⁴¹. Esto equivale a evadir el derecho que el legislador quiso aplicar. Hay para quienes esa manipulación constituye una violación del orden público⁴².

Desde luego, no se pueden soslayar las dificultades que suele traer aparejada la prueba de la intención fraudulenta. La evidencia de la intención fraudulenta tiene que extraerse de la conducta exterior de la persona. Los indicios típicos suelen ser la “expansión espacial” (la persona realiza actos en un determinado país sin poder justificar su actuación allí) y/o la “contracción temporal” (obrando en un lapso más corto que el normal)⁴³. No corresponde que los cónsules se funden en meras conjeturas o indicios escrupulosos, convirtiéndose en “cazadores de brujas”, so pena de caer en arbitrariedad⁴⁴. Pueden existir razones objetivas que justifiquen la conducta aparentemente extraordinaria. El principio que veda el fraude no implica entrar en la vida privada de las personas exenta del control de la autoridad (art. 19, Const. Nac.)⁴⁵ o revertir la presunción de buena fe de las personas (arts. 16 y 1198 1º parte, Cód. civ.; arts. 9, 12 y 961, Cód. civ. y com.)⁴⁶. La carga de la prueba del fraude le incumbe a quien la invoca, sea otra parte o el mismo cónsul. En el caso –y solamente en el caso– de presunciones “precisas, graves y concordantes” que lleven al cónsul a la certeza moral sobre el fraude⁴⁷, lo sancionará mediante la sumisión del acto a su propio derecho, aplicando el derecho que la persona buscó fraudulentamente evadir. En nuestro ejemplo anterior, se considerará a la persona domiciliada respectivamente en Nueva Zelanda o en Japón a los fines buscados, que era la renovación del pasaporte, exigiéndosele la respectiva autorización parental, sin que ello implique anular el nuevo domicilio argentino consignado en el documento nacional de identidad.

⁴¹ Boggiano, ob. cit. n. 19. I, 482.

⁴² Balestra, Ricardo. “La confirmación judicial de un criterio erróneo: el supuesto del fraude a la ley en el DIPr.”. *LL*. 1982-C-213.

⁴³ Goldschmidt, ob. cit. n. 15. 108-111.

⁴⁴ Boggiano, ob. cit. n. 19. I, 483-484.

⁴⁵ Weinberg de Roca, ob. cit. n. 32. 84.

⁴⁶ Boggiano, ob. cit. n. 19. I, 483.

⁴⁷ *Ibíd.* 484.

En el antiguo Código civil el fraude aparecía reglamentado de modo atípico en el artículo 159, equivalente hoy en día del artículo 2622 1º párrafo del Código civil y comercial, que declaran aplicable a la validez del matrimonio la ley del país de su celebración “aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen”. Otra alusión a la prohibición de fraude la encontramos en los artículos 1207 y 1208 del Código civil que niegan efectos a contratos hechos en país extranjero para violar las leyes de la República, y viceversa.

j) La influencia del tiempo en los conflictos de leyes

Cuando la ley extranjera cuyo derecho material es aplicable ha sufrido modificaciones que ejerzan una influencia sobre la solución del caso particular, deben tenerse en cuenta las propias modalidades de aplicación en el tiempo a reserva de la excepción de orden público⁴⁸. Esta solución está recogida en el artículo 2595 inciso b) del Código civil y comercial cuando determina que si “se suceden diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece”.

El supuesto más habitual es aquel en que el legislador extranjero ha puesto en vigor disposiciones retroactivas, v.gr. dando validez a un acto que era nulo bajo las disposiciones vigentes al momento en que se realizó, si se requería instrumento público y había sido hecho en instrumento privado o si el requisito de escritura no se consideraba cumplido con el uso de los métodos modernos de comunicación (mensajes de datos, *e-mail*, etc.). Se habla en estos casos de *conflicto transitorio* de derecho extranjero.

k) El conflicto móvil

También el conflicto móvil involucra el tiempo y se produce cuando ha acontecido entre varios momentos característicos un cambio de domicilio o de nacionalidad o en la localización de una cosa mueble. Lo primero que hay que hacer es ver qué ha dicho el legislador. Por ejemplo, en el derecho internacional privado argentino, el cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los esposos respecto de los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio

⁴⁸ Rigaux, ob. cit. n. 6. 409-410.

(art. 163, Cód. civ.; art. 2625 2º párr., Cód. civ. y com.), salvo en el supuesto de cambio de domicilio a la República si los cónyuges hacen constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino y en la medida que el ejercicio de esta facultad no afecte los derechos de terceros (art. 2625 3º párr., Cód. civ. y com.). Ahora, en caso de silencio legal, en principio, se debería aplicar la ley en vigor en el momento en que se realizó el acto, v.gr. la ley del domicilio al momento de cambiar de nombre, o de contratar. Esta solución se encuentra expresamente consagrada respecto de la capacidad para testar que se determina al momento de realizar el testamento (arts. 3611 y 3613, Cód. civ.; art. 2647, Cód. civ. y com.). Siempre hay que tener en cuenta, empero, los principios que inspiran la legislación argentina, como el de favorecer las soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo (*favor filii*), que pueden operar corrigiendo la solución del derecho extranjero cuando exista suficiente proximidad entre la situación jurídica y Argentina.

l) La remisión a un ordenamiento plurilegislativo

Cuando la norma de conflicto argentina designa un Estado cuyas subdivisiones territoriales poseen competencia legislativa en la materia de que trata el caso, la identificación del sistema jurídico competente territorial o personalmente (el derecho de qué Estado federado o provincia, o el derecho federal, es aplicable) debe realizarse conforme a la norma interterritorial de la ley extranjera. Esta solución goza de amplio consenso en la doctrina⁴⁹ e incluso está hoy prevista en numerosas convenciones elaboradas por la Conferencia de La Haya⁵⁰. El nuevo Código civil y comercial recoge esta solución en el artículo 2595 inciso b), agregando que en defecto de tales normas dentro del Estado al que

⁴⁹ Arminjon, Pierre. “Les systèmes juridiques complexes et les conflits de lois et de juridictions auxquels ils donnent lieu”. *Recueil des cours*. 74 (1949-I): 73-190; De Nova, Rodolfo. “Les systèmes juridiques complexes en droit international privé”. *Revue critique de droit international privé*. 1955-1: 1-16.

⁵⁰ V.gr. art. 1, penúlt. párr., Convención sobre la forma de las disposiciones testamentarias de 1961; art. 11, Convención sobre la competencia de autoridades, la ley aplicable, y el reconocimiento de las decisiones en materia de adopción de 1965; art. 17, Convención sobre la celebración y reconocimiento de la validez de matrimonios de 1978; art. 19, Convención sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1986.

ese derecho pertenece, debe aplicarse el sistema jurídico en disputa que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate.

Pongamos un ejemplo: en Estados Unidos, a diferencia de la Argentina, la competencia legislativa en materia de derecho civil reside en los estados y no en el Congreso federal. Cuando el cónsul argentino deba determinar cuál es el domicilio de una persona, v.gr., a los fines de determinar su capacidad, o deba determinar dónde se celebró su matrimonio para juzgar su existencia, deberá aplicar el derecho de aquel estado donde la persona tiene su domicilio y donde se casó respectivamente.

5) El reconocimiento de sentencias y de actos administrativos extranjeros y la cooperación de las autoridades públicas y de las jurisdicciones de diversos Estados

La legislación argentina reconoce eficacia a los actos de estado civil (nacimientos, matrimonios, defunciones, etc.) otorgados por una autoridad extranjera. Además de su registración consular, diversas funciones de los consulados (como es el otorgamiento de la nacionalidad y de documentación argentinas), implican reconocer partidas y sentencias extranjeras que acreditan actos de estado civil.

Por principio general y salvo lo dispuesto por disposiciones particulares, toda decisión adoptada por órganos *judiciales* extranjeros (sentencias) debe ser objeto de un acto de “reconocimiento” para que produzca los efectos que pretende en nuestro país, sean dichos efectos *probatorio* (probar la producción de un determinado hecho o la celebración de un determinado acto en un país extranjero, en un proceso abierto en Argentina), *acreditativo de estado* (filiación o divorcio pasados ante una autoridad extranjera), *secundarios* (efectos civiles de una condena penal, como puede ser la pérdida de la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental como consecuencia de la prisión), o que sean *típicos o específicos* de la sentencia de que se trate (como son las sentencias de condena y de sumas de dinero, v.gr. la prestación de alimentos). Dentro de nuestro sistema, se exige en principio una declaración previa de los tribunales nacionales, un “reconocimiento” jurisdiccional, para que la sentencia extranjera valga como tal en Argentina. Dicho reconocimiento tramita a través del incidente de exequátur, por el cual el

juez con competencia dentro del territorio argentino para conocer del reconocimiento verifica que se haya cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 517 del Código procesal civil y comercial de la Nación –o sus equivalentes de los códigos procesales provinciales o de los tratados internacionales que regulan reconocimiento– a saber: que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si este ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero (art. 517 inc. 1); que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa (inc. 2); que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional (inc. 3); que la sentencia no afecte los principios de orden público del derecho argentino (inc. 4); y que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino (inc. 5)⁵¹.

A diferencia de las sentencias, los instrumentos públicos que no emanan de un órgano jurisdiccional, como son las escrituras públicas y las actas de estado civil no caen en principio dentro del ámbito del exequátur por la doble razón de que diversas disposiciones del Código civil y comercial (así como de su antecesor el Código civil) les otorgan validez en la República sin otro requisito que su legalización y traducción (v.gr., arts. 82, 83, 104, 1211, Cód. civ.; arts. 97 y 2667, Cód. civ. y com.; art. 74, Ley N° 26.413 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas; arts. 241 y 243, Reg. cons.), y que ninguna norma del Código procesal civil y comercial de la Nación exige el exequátur⁵². Las excepciones vienen dadas por la registración de los certificados de matrimonios y sus sentencias disolutorias realizadas en otros países, que deberán ser ordenadas por juez argentino competente previa vista a la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas por la necesidad de asegurar que se ajustan a las disposiciones legales en vigor tanto en lo que respecta a sus formalidades extrínsecas como a su validez intrínseca (art. 77, Ley N° 26.413). Igualmente

⁵¹ Feuillade, Milton C. *La sentencia extranjera*. Buenos Aires: Ábaco, 2008. 52-58 y 70-76.

⁵² *Ibíd.* 62-69.

requieren de orden judicial, en principio, las modificaciones de inscripciones argentinas que provengan de un acto extranjero, como sería un cambio de nombre realizado en el extranjero, la pretensión de inscripción de ausencia con pretensión de fallecimiento, o la inscripción marginal de un divorcio extranjero, aun cuando no proviniesen de un acto extranjero jurisdiccional sino administrativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley N° 26.413. También el testamento consular se envía al juez del último domicilio del difunto en la República para que lo haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio (art. 3637, Cód. civ.; art. 2646 2° párr., Cód. civ. y com.). Finalmente, durante la vigencia del antiguo Código civil, las escrituras emitidas en el extranjero traslativas de dominio o constitutivas de una hipoteca respecto de bienes en la República, debían ser protocolizadas por orden de juez competente (arts. 1211 y 3129), exigencia que ha sido eliminada en el actual Código civil y comercial siendo que el documento público extranjero deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble del lugar de la situación del inmueble lo que satisface el requisito de publicidad⁵³.

Allende los supuestos de reconocimiento de eficacia de instrumentos extranjeros, las autoridades diplomáticas y consulares argentinas no pueden en principio responder a solicitudes de información ni, con mayor razón, ejecutar o cumplir con pedidos provenientes de una autoridad extranjera —se trate de una autoridad judicial o administrativa del país receptor, de otra embajada o consulado extranjero en la sede, o de cualesquiera otras autoridades territoriales o extraterritoriales no argentinas— si un acuerdo internacional o una disposición del derecho interno argentino no ha previsto esa cooperación.

La cooperación “administrativa” a través de las autoridades diplomáticas o consulares se ejerce principalmente en tres sectores, en la medida de lo previsto o que no lo prohíban tratados en vigor para nuestro país:

1) La tramitación y la ejecución de exhortos o cartas rogatorias, en particular aunque no exclusivamente, cuando involucran a nacionales en la medida que su ejecución no implique la aplicación de medios de compulsión. Las diligencias pueden ir desde la notificación de actos

⁵³ Noodt Taquela, María Blanca y Guillermo Argerich. “Derechos reales”. Rivera y Medina, ob. cit. n. 20. VI, 983.

judiciales y extrajudiciales hasta la recepción de una declaración testimonial.

2) La información sobre la existencia y contenido de un derecho extranjero.

3) La protección de la infancia y otras personas en situación de vulnerabilidad también se produce por la vía diplomática, como la colaboración de las autoridades en materia de recupero de niños, niñas y adolescentes, y de obtención de alimentos.

Finalmente, también la materia penal suscita una muy activa cooperación, v.gr. cuando se solicita una extradición.

El nuevo Código civil y comercial ha incluido un Capítulo destinado a la “Jurisdicción internacional”, en los que se establecen los criterios generales atributivos de jurisdicción (cuando los jueces argentinos son competentes en un caso con elementos extranjeros no mediando tratado internacional y en ausencia de acuerdo de parte en los casos en que la ley lo permite) y otros institutos fundamentales, incluyendo la igualdad de trato procesal, la cooperación jurisdiccional y la asistencia procesal internacional (arts. 2601 a 2612); cuestiones todas que son de naturaleza federal⁵⁴.

6) El panorama normativo

a) Las convenciones internacionales

Existieron o existen diversos foros regionales⁵⁵ y universales de elaboración de normas de derecho internacional privado con participación argentina.

En primer lugar, en el ámbito subregional, urge destacar los *tratados de Montevideo* que constituyen en verdad dos “grupos” de tratados que unifican derecho internacional privado. El primer grupo de tratados

⁵⁴ Fernández Arroyo, Diego P. “Jurisdicción internacional”. Rivera y Medina, ob. cit. n. 20. VI, 799-829.

⁵⁵ Ver en general Fernández Arroyo, Diego P. *La codificación del derecho internacional privado (Ámbitos de aplicación jurídica y orientación metodológica)*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1993. 64-67. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<https://docta.ucm.es/entities/publication/b427e4c6-cf94-449f-96f1-8984c17fe0cf>>.

fue elaborado en el Primer Congreso de Montevideo entre 1888 y 1889. Comprenden ocho tratados y un Protocolo adicional; siendo los fundamentales los referidos a derecho civil internacional, derecho comercial internacional, derecho penal internacional y derecho procesal internacional. Estos tratados vinculan actualmente a nuestro país con Bolivia, Colombia y Perú. Originariamente, también nos vinculaban con Uruguay y Paraguay, pero estos países adhirieron al igual que Argentina a los tratados homónimos que, con el objetivo de actualizar las normas de 1889, se adoptaron durante el Segundo Congreso de Montevideo entre 1939 y 1940. A raíz de ello, entre Argentina, Paraguay y Uruguay hay que aplicar los tratados de 1940 de derecho civil internacional, de derecho comercial terrestre internacional y de derecho de navegación comercial internacional (en que se bifurcó el Tratado de derecho comercial internacional de 1889) y el de derecho procesal internacional, además del Protocolo adicional⁵⁶.

En el ámbito regional, la Organización de Estados Americanos (OEA) interviene desde 1975 en la codificación de nuestra materia a través de sus *Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado* (CIDIP). Hasta la fecha se han celebrado siete: la CIDIP I (Panamá, 1975), CIDIP II (Montevideo, 1979), CIDIP III (La Paz, 1984), CIDIP IV (Montevideo, 1989), CIDIP V (México, 1994), CIDIP VI (Washington DC, 2002), y CIDIP VII (Washington DC, 2009). Las CIDIP han adoptado 26 instrumentos (21 convenciones, 2 protocolos, 1 leyes/reglamentaciones modelo y 1 documento uniforme). Los textos y en su caso el estado de vigencia de todos estos instrumentos se pueden consultar en el sitio de Internet de la OEA⁵⁷. Entre las convenciones interamericanas ratificadas por Argentina, merecen destacarse las CIDIP I sobre exhortos o cartas rogatorias (junto con su Protocolo adicional adoptado por la CIDIP II), sobre recepción de pruebas en el extranjero (junto con su Protocolo adicional adoptado por la CIDIP III), y sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero; las CIDIP

⁵⁶ Vieira, Manuel Adolfo. *Tratados de Montevideo (1889 a 1939/1940)*. Montevideo, 1959; Zuccherino, Ricardo M. *Los Tratados de Montevideo*. La Plata: Ediciones Librería Jurídica, 1973.

⁵⁷ OEA, “Derecho internacional privado”. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_conferencias.htm>. Fernández Arroyo, Diego P. *Derecho internacional privado interamericano: Evolución y perspectivas*. México: Universidad Anáhuac del Sur/Porrúa, 2003.

II sobre normas generales de derecho internacional privado, sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, y sobre cumplimiento de medidas cautelares; las CIDIP IV sobre restitución internacional de menores, y sobre obligaciones alimentarias; y la CIDIP V sobre tráfico internacional de menores.

En el ámbito universal reviste especial interés la labor que desarrolla la *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. La Conferencia, que a pesar del nombre constituye una organización internacional de carácter permanente, ha elaborado más de 40 convenciones en los campos de la protección de los niños, niñas y adolescentes, de la familia y de las relaciones patrimoniales, de la cooperación y litigios internacionales, y del derecho comercial y financiero internacional. Quizás las convenciones de La Haya más significativas para el propósito de este trabajo sean la Convención sobre procedimiento civil de 1954, la Convención que suprime la legalización de los documentos públicos extranjeros de 1961 (Convención de la Apostilla), la Convención sobre notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y comercial de 1965, la Convención sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial de 1970, y la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980, de las que nuestro país es parte, así como la Convención relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños de 1996, y la Convención sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia de 2007 que se encuentran en trámite de aprobación legislativa. El sitio de Internet de la Conferencia contiene, además de los textos y vigencia de las convenciones, guías prácticas sobre su uso. En 2009, la Conferencia inauguró la sección del sitio en idioma español⁵⁸ y a partir de 2014 tendrá el español como tercer idioma oficial, en adición al francés y al inglés. Últimamente, la Secretaría Permanente viene favoreciendo el uso del acrónimo HCCH (*Hague Conference/Conférence de La Haye*) en lugar de su nombre oficial que posee una connotación europea que no se condice con el objetivo de tener el alcance universal que la inspira.

⁵⁸ HCCH, Portal. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<https://www.hcch.net/es/home>>. Boggiano, Antonio. *La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en Latinoamérica/The Hague Conference on Private International Law in Latin America*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

Allende estos foros, y apuntando más bien a la elaboración de normas uniformes que, al armonizar las legislaciones materiales internas, tienden a reducir los conflictos de leyes, principalmente en el ámbito comercial internacional, encontramos los instrumentos que producen la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (CNUDMI, también conocida como UNCITRAL por su sigla en inglés)⁵⁹, y el *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado* (UNIDROIT)⁶⁰. Incluso antes de la constitución de la CNUDMI, en el seno de las *Naciones Unidas* se elaboraron convenciones de derecho internacional privado, como la Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero de 1956 y la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958, que representaron un avance importante en su día.

También hay que tener en cuenta los *tratados bilaterales* que pudieran resultar de aplicación. Se podría citar como ejemplos el Convenio con Uruguay sobre aplicación e información del derecho extranjero de 1980; y el Acuerdo con Italia sobre intercambio de actas de estado civil y legalización de documentos de 1987; además de los numerosos tratados bilaterales con países sobre asistencia judicial, el último firmado en 2023 con Vietnam sobre asistencia legal recíproca en materia penal (cuando entre en vigor).

El Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto mantiene una Biblioteca Digital de Tratados donde se publican los textos y los datos de vigencia de los instrumentos celebrados por nuestro país y sus instituciones durante sus casi 200 años de existencia⁶¹. El sitio solo tiene efecto informativo y para obtener información fidedigna hay que recurrir a la Dirección de Tratados de la Cancillería.

⁵⁹ CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Portal. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<http://www.uncitral.org>>.

⁶⁰ UNIDROIT: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Portal. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<http://www.unidroit.org>>.

⁶¹ MRECIC, “Biblioteca Digital de Tratados”. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<https://tratados.cancilleria.gob.ar>>.

b) Las convenciones internacionales (continuación): El MERCOSUR como nueva fuente de derecho internacional privado

Desde su constitución, el MERCOSUR ha tenido un rol dinamizador en las políticas de desarrollo jurídico sub-regional que se ha manifestado por la aprobación de normas de derecho internacional privado, principalmente en las materias relacionadas con el reconocimiento y la ejecución de decisiones y el auxilio judicial internacional (Protocolo de las Leñas sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa de 1992); la jurisdicción en materia contractual (Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual de 1994); las medidas cautelares (Protocolo de Ouro Preto de medidas cautelares de 1994); el acceso a la justicia (Acuerdo sobre beneficio de litigar sin gastos y la asistencia jurídica gratuita entre los Estados partes del MERCOSUR, y entre los Estados partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, de 2000, que no están vigentes para la Argentina); y la exención de legalizaciones y de traducciones para fines de inmigración (Acuerdos sobre exención de traducciones para documentos administrativos para efectos de inmigración entre los Estados partes del MERCOSUR, y entre los Estados partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, de 2000; y Acuerdos sobre residencia para nacionales de los Estados partes del MERCOSUR y entre los Estados partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, de 2002)⁶². Más recientemente se adoptó el Acuerdo sobre reconocimiento mutuo de medidas de protección para las mujeres en situación de violencia de género entre los Estados partes del MERCOSUR y Estados asociados de 2022. La información jurídica del MERCOSUR se puede obtener de su portal institucional en Internet⁶³.

⁶² Fernández Arroyo, Diego P. (editor). *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires: Zavallía, 2003; Dreyzin de Klor, Adriana. *El MERCOSUR: Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*. Buenos Aires: Zavallía, 1997.

⁶³ MERCOSUR: Mercado Común del Sur. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<http://www.mercosur.int>>.

c) Las normas de fuente nacional: la reforma introducida por el nuevo Código civil y comercial

Tradicionalmente, el derecho internacional privado argentino interno se hallaba principalmente en el Código civil de Vélez Sarsfield en vigor desde el 1 de enero de 1871 (Ley N° 340, con sus modificaciones). Las disposiciones más importantes son los artículos 6, 7, 9, 138, 139, 948 y 949 (capacidad), 8 (actos), 12, 950, 1180 a 1182 (forma de los actos jurídicos), 13 (aplicación del derecho extranjero), 14 (orden público), 159, 160, 161 1° párrafo, 162, 163 y 166 (matrimonio), 164 y 227 (separación personal y divorcio), 1205 a 1216 (contratos), 339 y 340 (adopción), 10, 11, 1211 y 3129 (bienes), 3283, 3284, 3286, 3470, 3611, 3612 y 3634 a 3638 (sucesión). Existen también normas de derecho internacional privado en el antiguo Código de comercio (Leyes N° 15 y 2.637), la Ley de navegación N° 20.094, el Código aeronáutico (Ley N° 17.285), la Ley de sociedades comerciales N° 19.550, la Ley de concursos y quiebras N° 24.522, la Ley de contrato de trabajo N° 20.744 (modificada por la Ley N° 21.297) y otras leyes individuales.

El Código civil fue deficitario en la reglamentación de los problemas del derecho internacional privado en cuanto no abordó los problemas generales, salvo el orden público y alusiones esporádicas al fraude a la ley, las calificaciones y la aplicación del derecho extranjero. Hay que reconocer que la mayoría de esos problemas no se conocían cuando el Código fue redactado. Además, la materia se encuentra dispersa por todo lo largo y ancho del cuerpo legal. No hay normas relativas a la filiación o la patria potestad; y en ocasiones titubea entre la territorialidad y el respeto por el derecho extranjero, y entre la unidad y el fraccionamiento del derecho aplicable a una misma relación jurídica, consecuencia de la diversidad de fuentes a las que Vélez recurrió (Savigny, Story y Freitas). Ello explica que, desde la segunda mitad del siglo XX, haya habido diversos intentos por codificar el derecho internacional privado en la Argentina, sistematizándolo a partir de la conciencia de sus problemas generales.

Tal cometido se concretó parcialmente con la entrada en vigor del Código civil y comercial (Ley N° 26.994) el 1 de agosto de 2015. Aun cuando se incorpora en el mismo cuerpo del Código civil y comercial la solución de los casos con elementos extranjeros –siguiendo la vertiente del Código anterior– se reconoce la singularidad de esos problemas y consiguientemente de sus respuestas jurídicas.

Con algunas excepciones, las disposiciones de derecho internacional privado aparecen en el Título IV del Libro Sexto del nuevo cuerpo legal, a lo largo de 77 artículos que van del 2594 al 2671. El Capítulo I –llamado “Disposiciones generales”– responde a la cuestión de la jerarquía de fuentes (art. 2594), y los problemas que surgen cuando un derecho extranjero es el aplicable, referentes a la oficialidad (art. 2595 inc. a), la co-vigencia de sistemas jurídicos con competencia territorial o personal y la sucesión de ordenamiento legales (art. 2695 inc. b), la adaptación (art. 2595 inc. c), el reenvío (art. 2596), la aplicación excepcional de un derecho distinto del designado por la norma de conflicto (art. 2597), el fraude a la ley (art. 2598), las normas internacionalmente imperativas (art. 2599), y el orden público (art. 2600). En cambio, no se trata el problema de las calificaciones ni de la cuestión previa y otros problemas que aparecen o pueden aparecer en casos como los derechos adquiridos y las instituciones y procedimientos desconocidos. El Equipo colaborador en el área del derecho internacional privado de la Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, integrado por los doctores Adriana Dreyzin de Klor, Marcelo Iníguez, María Susana Najurieta y María Elsa Uzal, consideraron que “no es conveniente una regulación exhaustiva de todos los problemas generales del derecho internacional privado” y que “las normas atinentes a la materia deben evitar el excesivo tecnicismo y constituir un elemento accesible para llegar a la solución justa de los casos”⁶⁴. El Capítulo II –llamado “Jurisdicción internacional”– regula la competencia de los jueces argentinos (arts. 2601 a 2609), el acceso a la justicia (art. 2610), y la cooperación jurídica internacional (art. 2611 y 2612). El Capítulo III –llamado “Parte especial”– considera a las personas humanas incluyendo el domicilio, la capacidad, el nombre y la ausencia (arts. 2613 a 2620), el matrimonio y sus efectos y el divorcio (arts. 2621 a 2626), la unión convivencial (arts. 2627 y 2628), la prestación alimentaria (arts. 2629 y 2630), la filiación natural y asistida (arts. 2631 a 2634), la adopción (arts. 2635 a 2638), la responsabilidad parental y protección de la persona incapaz (arts. 2639 a 2641), la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes (art. 2642), las sucesiones (arts. 2643 a 2648), la forma de los actos jurídicos (art. 2649), los contratos incluyendo los contratos de consumo (arts. 2650 a 2655), la

⁶⁴ Exposición de motivos, Reforma del sistema de derecho internacional privado argentino, § 4.1. 5.

responsabilidad civil (arts. 2656 y 2657), los títulos valores incluyendo los cheques (arts. 2658 a 2662), los derechos reales (arts. 2663 a 2670), y la prescripción (art. 2671).

Otros problemas son tratados separadamente, en otros capítulos del Código, en el marco de la regulación de la institución civil correspondiente, como la prueba del nacimiento y de la muerte ocurridos en el extranjero (arts. 97 a 99), el derecho aplicable a las personas jurídicas privadas constituidas en el extranjero (art. 150 últ. párr.), la protocolización notarial de instrumentos originales en idioma extranjero (art. 302), y la autorización por la representación diplomática de la República al hijo que no convive con sus padres y se encuentra en el extranjero para contraer deudas para satisfacer la necesidad de recursos para la alimentación u otros rubros urgentes (art. 667).

Se ha observado que “muchas cuestiones contenidas en los dos primeros capítulos del Título se tratan también en las disposiciones especiales y no siempre de la misma manera. No menos importantes pueden llegar a ser las dificultades de interpretación y aplicación que eventualmente surjan de las relaciones en este Título con las del resto del Código”, problemas que en definitiva deberá ir sorteando la jurisprudencia⁶⁵.

La nueva legislación no modifica los regímenes de la navegación por agua y aérea, de sociedades comerciales, de concursos, y de la relación de trabajo, que mantienen su vigencia, por lo que la respuesta a los problemas de derecho internacional privado que se susciten deben buscarse en las respectivas leyes individuales (arts. 3 a 5, Cód. civ. y com.).

d) La eficacia temporal del viejo y del nuevo derecho internacional privado argentino

El nuevo Código civil y comercial se aplica a los casos – nacimientos, matrimonios, adquisiciones de bienes, sucesiones hereditarias, etc.– ocurridos con posterioridad a su entrada en vigor el 1 de agosto de 2015 (art. 7, según Ley N° 27.077). Es decir que sus disposiciones no tienen efecto retroactivo, aun cuando sean de orden público, excepto disposición en contrario y sin que la retroactividad establecida por la ley pueda afectar derechos establecidos

⁶⁵ Fernández Arroyo, Diego P. “Disposiciones de derecho internacional privado”. Rivera y Medina, ob. cit. n. 20. VI, 774.

constitucionalmente (art. 7 párr. 2). Sin embargo, el nuevo Código sí se aplica a las “consecuencias” de las relaciones y situaciones jurídicas existentes al tiempo de entrada en vigor del nuevo texto (art. 7 párr. 1). Se trata del principio básico de que las leyes rigen para el futuro.

El principio de la aplicación de la “ley posterior más favorable” (a la persona o la validez de una relación jurídica) como excepción al principio de irretroactividad de las leyes, solo tiene operatividad respecto de las leyes penales, y en el caso de normas interpretativas de una disposición anterior, como es el caso del artículo 3 de la Ley N° 24.240 de defensa del consumidor, que se basa en consideraciones de orden público. Ello explica el último párrafo del artículo 7 Código civil y comercial que establece que las nuevas leyes no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

La contracara de la “irretroactividad” del nuevo Código civil y comercial es la “ultra-actividad” del antiguo Código civil, que aun cuando ha sido derogado, sigue produciendo efectos y sobrevive para los casos ocurridos durante su vigencia puesto que las relaciones y situaciones jurídicas así como sus consecuencias deben regirse por la ley vigente al tiempo de su acaecimiento. De ahí que el tratamiento del derecho internacional privado del antiguo Código civil no se pueda soslayar en un estudio de esta naturaleza, siendo que, por algunos años, el cónsul deberá continuar lidiando con casos cuyas circunstancias decisivas ocurrieron durante la vigencia de aquel siendo sus normas de derecho internacional privado las que deberá aplicar.

Por último, si bien la regla general es que el Código vigente al momento crítico es el que rige el caso, las normas procesales del nuevo Código civil y comercial de la Nación –v.gr. sobre jurisdicción de los arts. 2601 a 2612– son de aplicación inmediata. Así lo ha venido destacando la jurisprudencia siguiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de que “las nuevas leyes sobre procedimiento y competencia se aplican a las causas pendientes” en tanto no se invaliden actuaciones cumplidas con arreglo a leyes anteriores⁶⁶.

⁶⁶ CSJN, *Fallos* 326:2095, 324:1411, y otros en igual sentido.

e) *La concurrencia y la carencia normativas*

Siempre hay que determinar, en primer lugar, si una situación jurídica se encuentra alcanzada por un tratado internacional que desplace total o parcialmente la aplicación de las normas del derecho internacional privado de fuente nacional, en virtud de la supremacía que tienen los tratados sobre las leyes internas en el ordenamiento jurídico argentino (art. 75 inc. 22, Const. Nac.). Para ser aplicable un tratado, la situación determinante debe tener lugar en uno de los Estados partes de aquel. Algunos casos son obvios, como que el Convenio sobre protección internacional de menores entre Argentina y Uruguay de 1982 se aplica solamente a la restitución de menores que, poseyendo residencia habitual en Argentina o en Uruguay, se encuentren indebidamente y en el territorio del otro Estado parte (art. 1). Otras situaciones pueden ser más difíciles de determinar. Por ejemplo, si una persona fallece con último domicilio en España y bienes relictos en aquel país, en Argentina, en Bolivia y en Francia, habrá que aplicar a los bienes bolivianos el derecho boliviano en virtud del artículo 45 del Tratado de derecho civil de Montevideo de 1889 que somete la sucesión a la ley del lugar de la situación de los bienes. Es decir que la situación de los bienes en un Estado parte del Tratado de Montevideo determina la aplicación de este. Con relación a los bienes que la misma persona dejó en Argentina, España y Francia, si la persona falleció durante la vigencia del antiguo Código civil, los mismos formarían una sola masa sucesoria sometida al derecho del último domicilio (art. 3283). Sin embargo, si la persona falleció luego de la entrada en vigencia del nuevo Código civil y comercial, los bienes inmuebles situados en España y en Francia se registrarán por el derecho español del último domicilio del causante, pero respecto de los inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino (art. 2644). En materia de cooperación jurídica internacional existe una cierta tendencia a aplicar, alternativa o acumulativamente, los tratados en vigor entre los países concernidos que sean más favorables a la cooperación⁶⁷.

⁶⁷ Noodt Taquela, María Blanca. *Relaciones entre tratados de derecho internacional privado en materia de cooperación judicial internacional*. Buenos Aires, EUDEBA. 2018; Noodt Taquela, María Blanca. "Applying the Most Favourable Treaty or Domestic Rules to Facilitate Private International Law Co-operation". *Recueil des cours*. 377 (2016): 121 ss.

En ausencia de una convención internacional aplicable a la hipótesis, hay que recurrir al derecho internacional privado argentino de fuente interna. Primero, hay que determinar si no existe una norma internacionalmente imperativa (o norma de policía) que en virtud de las consideraciones de orden público que la informan, manda aplicar el derecho argentino sustantivo. Empero, como se ha visto, esas normas son de carácter excepcional. Además, hay que tener cuidado de no considerar cualquier prohibición del derecho interno dirigida a regir situaciones jurídicas *internas* como una norma de policía del derecho internacional privado. En la inmensa mayoría de los casos se procederá inmediatamente a elegir la ley aplicable en virtud de las normas de conflicto del derecho interno argentino.

El problema opuesto al de la concurrencia de normas es el de las situaciones no regladas legalmente. El antiguo Código civil careció de normas de conflicto que indican el derecho aplicable a instituciones como la filiación, la patria potestad, la tutela y la curatela. En estos casos, de *laguna* en las fuentes internas, cobran una nueva dimensión las fuentes internacionales. Existiendo normas convencionales, como únicas referencias positivas hay que atender a ellas por el “principio de analogía” que surge del artículo 2 del Código civil y comercial (art. 16, Cód. civ.), extendiendo su aplicación a situaciones que no caen bajo el ámbito de aplicación del tratado o, lo que es lo mismo, con países no vinculados por aquel. Bien entendido que en estos casos, la disposición convencional no se aplicará en tanto que tal sino como “criterio interpretativo”⁶⁸.

La autoridad —el diplomático o el cónsul para el caso— no pueden dejar de decidir una cuestión bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes. También a ellos está dirigido el artículo 3 del Código civil y comercial llamado “Deber de resolver”, que establece que el juez tiene el deber de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada. De ser necesario, el diplomático o el cónsul podrá buscar el asesoramiento de las áreas técnicas competentes de la Cancillería que son la *Dirección General de Asuntos Consulares* que constituye la puerta de entrada de la mayoría de las consultas, y de ser el caso la *Consejería Legal* en temas de derecho internacional privado y de derecho internacional público, la

⁶⁸ Llambías, Jorge. *Tratado de derecho civil. Parte general*. 18ª ed. a cargo de P. Raffo Benegas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. I, 103; Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato. “Derecho”. Rivera y Medina, ob. cit. n. 20. I, 63-64.

Dirección de Asistencia Jurídica Internacional con relación a la asistencia judicial y la cooperación jurídica internacional tanto en materia penal, civil, comercial, laboral y administrativa como de restitución de niños, niñas y adolescentes, y la *Dirección General de Asuntos Jurídicos* en las opciones por la nacionalidad argentina y cuando una consulta involucre cuestiones de derecho interno (constitucional y administrativo generalmente) argentino.

f) Los tratados de derechos humanos como criterio interpretativo

Como criterio interpretativo de las leyes que resulten aplicables, hay que tomar en cuenta los principios que han sido incorporados a nuestro ordenamiento de la mano de instrumentos de derechos humanos (arts. 1 y 2, Cód. civ. y com.), particularmente cuando aquellos han sido dotados de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, Const. Nac.)⁶⁹. Cabe pensar, por ejemplo, en los casos en que la justicia argentina, antes de la sanción de la Ley de identidad de género N° 26.743 en 2012, ordenó la sustitución o la rectificación de documentos de argentinos que obtuvieron un cambio de sexo en el exterior, con fundamento principalmente en el artículo 5 del Pacto de San José de Costa Rica (derecho a la integridad física, psíquica y moral), en tanto manifestación de nuestro orden público internacional⁷⁰.

7) La territorialidad del derecho público

Los problemas de aplicación de un derecho extranjero de los párrafos que preceden, y sus soluciones, tienen un denominador común:

⁶⁹ En adición a los instrumentos enunciados en el art. 75 inc. 22, también han adquirido jerarquía constitucional mediante el procedimiento legislativo allí regulado los siguientes instrumentos internacionales: Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968; Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas de 1994; Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2008; y Convención interamericana sobre protección de derechos humanos de las personas mayores de 2015.

⁷⁰ Ver en general Oyarzábal, Mario J. A. “Algunos problemas derivados del hermafroditismo y de la transexualidad en el derecho internacional privado argentino”. *Revista de derecho de familia*. 30 (2005): 97 ss.

conciernen principalmente al derecho “privado” –el derecho civil y el mercantil– donde impera la extraterritorialidad. Determinadas instituciones pueden ser adscriptas al derecho “privado”, porque el interés privado o particular predomina sobre el interés público o general, como las relativas a la capacidad de las personas, al matrimonio y las cuestiones de familia, a los contratos, a las transacciones sobre bienes y a las herencias, además del derecho internacional privado mismo. En otras cuestiones predomina el interés público o general y entonces se habla de derecho “público”, tal el caso del derecho constitucional (incluido el derecho de nacionalidad y el electoral), el derecho penal, el derecho internacional público, así como el derecho administrativo (incluidos el derecho migratorio, aduanero y registral) y el derecho procesal que conciernen al funcionamiento de un servicio público⁷¹.

El derecho internacional privado es derecho “privado” caracterizándose por el hecho de que el juez o autoridad de un país aplica o puede aplicar derecho privado de otro país. En cambio el derecho público es, como principio general, de aplicación dentro de las fronteras de un Estado y por las autoridades de ese país. El derecho privado se extraterritorializa. El derecho público, como punto de partida, no⁷². Siendo el derecho internacional privado el derecho de la extraterritorialidad del derecho extranjero, no debe sorprender que las obras de los autores clásicos o más “puristas” excluyan las cuestiones de derecho público de su ámbito de aplicación⁷³. Con todo, los conflictos de derecho público no se pueden ignorar: primero porque estos problemas se plantean en el curso de la actividad consular y de las relaciones jurídicas internacionales en general; y segundo porque los actos públicos de un país también son susceptibles de ser reconocidos y de surtir ciertos efectos en el exterior, los ejemplos más claros son los instrumentos o partidas de estado civil, los certificados de estudio y determinados efectos de una sentencia penal condenatoria (v.gr. a los efectos de que la persona sea considerada reincidente o de evaluar su peligrosidad)⁷⁴.

⁷¹ Aftalión, Enrique R., José Vilanova y Julio Raffo. *Introducción al derecho*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. 805-827.

⁷² Goldschmidt, Werner. *Introducción filosófica al derecho*. 6ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1996. 535-611.

⁷³ Goldschmidt, por ejemplo, estudia estos temas entre las “cuestiones afines” al DIPr. Goldschmidt, ob. cit. n. 15. 429-567.

⁷⁴ Ver Piombo, Horacio D., *Extraterritorialidad del derecho extranjero. Aplicación de su método a todas las ramas*. Buenos Aires: Astrea, 2020.

§ III

RELEVANCIA Y DETERMINACIÓN DEL DOMICILIO

1) Competencia de la ley personal. Nacionalidad o domicilio. Residencia habitual

Salvo la derogación parcial operada por normas particulares, en el derecho internacional privado argentino el derecho domiciliario rige la personalidad en general (arts. 6, 7 y 948, Cód. civ.; arts. 2616 y 2618 a 2620, Cód. civ. y com.)⁷⁵. Ese derecho determina el momento exacto en que se inicia la personalidad humana y la condición jurídica de la persona por nacer⁷⁶; el estado civil; la capacidad; el nombre; el sexo; la ausencia; la protección de datos personales; y el fin de la personalidad, incluidos los supuestos de premoriencia y conmoriencia; la presunción de fallecimiento; y, en principio, la validez de los testamentos vitales (living wills)⁷⁷. He aquí la importancia del domicilio⁷⁸. La ley del domicilio prevalece en el ámbito iberoamericano⁷⁹ así como entre los países del *common law*.

⁷⁵ Oyarzábal, Mario J. A. “Observaciones generales sobre el estatuto personal en derecho internacional privado”. *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela*. 14 (2004): 165-181.

⁷⁶ Oyarzábal, Mario J. A. “El inicio y el fin de la existencia de las personas humanas en el derecho internacional privado”. 210-1146.

⁷⁷ Oyarzábal, Mario J. A. “A Private International Law Perspective: Conflict Rules in Advanced Directives and Euthanasia Legislation”. Negri, Stefania (editor), *Self-Determination, Dignity and End-of-Life—Regulating Advance Directives in International and Comparative Perspective. Queen Mary Studies in International Law* 7. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. 127-140.

⁷⁸ Oyarzábal, Mario J. A. “El domicilio en el Derecho Internacional Privado”. Operti Badan, Didier, Diego P. Fernández Arroyo, Gonzalo Parra-Aranguren, José Antonio Moreno Rodríguez y Jürgen Basedow (editores). *Derecho internacional privado: Derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*. Asunción: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2010. 453-476.

⁷⁹ Gallardo, Ricardo. “La ley del domicilio: Punto de conexión admirable en el DIPr. latinoamericano”. *Revista Jurídica Interamericana*. 1960-II: 19 ss.; Valladão, Haroldo. “Le droit international privé des Etats Américains”. *Recueil des cours*. 81 (1952): 1-115. Valladão, Haroldo. “The influence of Joseph Store on Latin-American Rules of Conflicts of Laws”. *American Journal of Comparative Law*.

Otros países, en su mayoría europeos, han optado en cambio por la aplicación de la ley de la nacionalidad. La controversia entre el principio de nacionalidad y el de domicilio como base para la ley personal está en el origen de buena parte de la inseguridad que existe en los casos privados internacionales y del fracaso de numerosos intentos de unificación de los conflictos de leyes. De Winter la ha llamado la “cortina de hierro del derecho internacional privado”, cuya caída reduciría dramáticamente el número de relaciones legales claudicantes, válidas en el país del domicilio de la persona pero desconocidas en el país de su nacionalidad o viceversa, así como de la mayoría de los problemas de reenvío y de calificaciones causados por ese contraste, a la vez que simplificaría significativamente la administración de justicia haciendo posible una mayor amplificación del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras⁸⁰.

Los defensores del principio de la nacionalidad enfatizan principalmente que esta ofrece una estabilidad y una seguridad de las cuales el domicilio carece, sobre todo si es necesario localizarlo en una fecha bastante anterior en el tiempo. La cuestión de la validez de un contrato por falta de capacidad de la persona puede plantearse mucho tiempo después del momento adecuado para determinar el domicilio, que es el de la celebración del contrato. Además, la noción de domicilio varía significativamente según los países, lo que da lugar a difíciles problemas de calificaciones que, a su turno, resultan en una gran inseguridad jurídica. Por ejemplo, en el Reino Unido el concepto de domicilio que prevalece, que es el domicilio de origen⁸¹, está más cercano al concepto de nacionalidad que al concepto de domicilio en tanto que “residencia” de los países americanos –incluido Estados Unidos– y de la Europa continental. En la mayoría de los países el domicilio se adquiere

1954-3: 27 ss.

⁸⁰ de Winter, Louis I. “Domicile or Nationality. The Present State of Affairs”. *Recueil des cours*. 128 (1969-III): 357-360 y 487-493.

⁸¹ El domicilio de origen es atribuido a toda persona al nacimiento por imperio de la ley, y depende del domicilio del padre o, en su defecto, de la madre, al momento del nacimiento. Como resultado, el domicilio de origen puede ser transmitido de generación en generación aun cuando ningún miembro de la familia haya residido por un considerable período en el país del domicilio de origen. Dicey, Albert V. and J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws*. 12th ed. by J.H.C. Morris and Lawrence Collins (editors). London: Sweet & Maxwell, London, 1993. I, 124-126, y la jurisprudencia citada.

animo et corpore como en el derecho romano. Pero los requisitos del *animus* y aun de la presencia física, así como las reglas relativas a la prueba del domicilio, no son los mismos en todos los países. Finalmente, la *lex domicilii* aumenta el riesgo de fraude, ya que se cambia más fácilmente y más frecuentemente de domicilio que de nacionalidad.

A la crítica de la imprevisibilidad del factor domiciliario, sus defensores oponen que la ley nacional constituye una opción frecuentemente inapropiada en materia de estatuto personal. Siendo el lugar donde la persona vive y trabaja, la ley del domicilio se adapta mejor a las condiciones actuales de su existencia que la ley del país de su nacionalidad que ha cesado de manifestarse por vínculos tan efectivos. En los países de inmigración, este argumento aparece reforzado por consideraciones de oportunidad política, en cuanto la aplicación de la ley del domicilio a los extranjeros acelera su asimilación⁸². Además, como la gran mayoría de los problemas legales relativos al estatuto personal se plantean en el país donde la persona vive, la unidad de *forum* y de *ius* simplifica substancialmente la administración de justicia, ya que el juez o funcionario aplicará su propio derecho sin las dificultades que trae aparejado conocer y aplicar un derecho extranjero. Otro argumento alude a que la aplicación de la ley nacional a menudo perjudica los intereses de terceros que pueden verse afectados en su buena fe comercial respecto de la capacidad del co-contratante. Por último, la evolución del derecho de la nacionalidad tiende a multiplicar el conflicto de leyes nacionales, y aun el cúmulo de nacionalidades en virtud del principio de igualdad de sexos por el que ambos progenitores tienden el derecho de transmitir su nacionalidad a sus descendientes. En defecto de una nacionalidad común, es previsible que los miembros de una familia compartan al menos el mismo domicilio. Todas estas razones explican, quizás, el prestigio de que goza la ley del domicilio en la actualidad y el avance constante de sus partidarios en aquellos países donde la conexión del estatuto personal a la ley nacional es tradicional⁸³.

⁸² Perezniето Castro, Leonel. "La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays d'Amérique Latine". *Recueil des cours*. 190 (1985-I): 275 ss.

⁸³ de Winter, Louis I. "Le principe de la nationalité s'effrite-t-il peu à peu". *Netherlands International Law Review*. 1962 (*De Conflitu Legum, Mélanges Kolléwijn-Offenbas*): 514-528. En Venezuela, la Ley de derecho internacional privado de 1998 abandonó el punto de conexión de la nacionalidad utilizado desde la segunda mitad del siglo XIX para determinar la ley aplicable a las personas naturales en asuntos concernientes a la familia y a las sucesiones, y dio

En verdad, los argumentos a favor de los principios de la nacionalidad y del domicilio son tan válidos como contrapuestos, sin que ninguno esté en condiciones de ofrecer una solución totalmente satisfactoria. Precisamente para superar esta controversia se ha ido abriendo camino, principalmente a través de los trabajos de la Conferencia de La Haya desde la década de 1950, un criterio funcional que refleja de mejor modo la situación real: la ley de la residencia habitual⁸⁴. La residencia habitual representa una aproximación al principio domiciliario, si bien significa una situación *de hecho*, por oposición al domicilio que es un concepto *legal*. La noción de “residencia habitual” denota el *factum* de la presencia física de una persona en un lugar por un considerable período, sumado, en opinión de algunos autores, al *animus* de permanecer allí, mientras que para otros tal voluntad es solo de establecer un “centro de existencia” en ese lugar. En todo caso, “residencia habitual” alude al hogar, el lugar donde una persona habita y que constituye el centro de su vida doméstica, social y civil⁸⁵, su centro de vida efectivo (*centre effectif de la vie*). Es lo que de Winter ha llamado el *domicilio social* (*maatschappelijke woonplaats*)⁸⁶, y que implica las

preferencia al domicilio, debido a las condiciones demográficas, económicas y sociales vigentes en Venezuela, como se indica en la Exposición de Motivos. Hernández-Bretón, Eugenio. “El domicilio de las personas físicas en el DIPr.”. Parra-Aranguren, Fernando (editor). *Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2001. Addendum 2001. 147-159; Parra-Aranguren, Gonzalo E. “The Venezuelan Act on Private International Law of 1998”. *Yearbook of Private International Law*. 1999-1: 110-114.

⁸⁴ V.gr., art. 1, Convención sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores de 1961; art. 4, Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias de 1973; art. 4, Convención sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales de 1978; art. 3, Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980; art. 2, Convención sobre la protección internacional de menores y la cooperación en materia de adopción internacional de 1993; arts. 5 y 15, Convención relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación internacional en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños de 1996.

⁸⁵ The American Law Institute, *Restatement of the Law Second, Conflict of Laws 2d*, § 12.

⁸⁶ de Winter, Louis I. *De maatschappelijke woonplaats als aanknopingsfactor in het internationaal privaatrecht*. Leiden: A.W. Sijthoff, 1962 (traducido al italiano en *Rivista di diritto internazionale*. 1963: 233-246).

relaciones sociales de una persona –culturales, políticas, económicas y personales– con una comunidad legal. La intención de la persona afectada es irrelevante si no puede inferirse de ciertas circunstancias de hecho. De ahí que los incapaces tienen su residencia habitual en el lugar donde ellos mismos viven; no existe una residencia habitual dependiente de la del representante. Ciertamente es que, aunque se la repunte “puramente objetiva”, la residencia no es siempre despojable de todo componente intencional. En el caso de pluralidad de lugares de residencia o de cambios múltiples de lugares de residencia, es precisamente difícil hacer enteramente abstracción de la intención del interesado. Lo mismo sucede en el caso de permanencias prolongadas pero discontinuadas, donde la determinación de si hay residencia habitual obliga a renunciar a contabilizar de forma puramente aritmética la duración de la estadía para tomar en consideración la causa de las ausencias reiteradas. Por lo demás, un análisis del derecho comparado sugiere que la residencia habitual responde frecuentemente a la idea de una integración efectiva de la persona en un medio social, de suerte tal que no refleja siempre una realidad diferente del domicilio⁸⁷.

La progresiva influencia de la residencia habitual es en parte consecuencia, pero también en parte causa, de la creciente significación de este criterio en la opinión de autorizados autores modernos de derecho internacional privado, así como de su recepción en más o menos recientes legislaciones nacionales y decisiones de la jurisprudencia, principalmente en los países tributarios del principio de la nacionalidad cuando los esposos poseen diferentes nacionalidades o en orden a proteger a los menores de edad residentes allí, y aun para el nombramiento de curadores y en el campo del derecho sucesorio. También las convenciones interamericanas de derecho internacional privado (CIDIP) han recurrido a la residencia habitual especialmente en cuestiones relativas a menores de edad y familia⁸⁸. Más cabe advertir con Pérez Vera que, pese a los progresos realizados desde la perspectiva funcional abierta por la noción de residencia habitual, en cada sistema

⁸⁷ Muir-Watt, Horaria. “Le domicile dans les rapports internationaux”. *Juris-classeur de droit international*. 543-A (1994). §§ 7-8 y la bibliografía citada.

⁸⁸ Arts. 3 y 15, Convención sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores (CIDIP III, La Paz, 1984); art. 6, Convención sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV, Montevideo, 1989); art. 6, Convención sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV, Montevideo, 1989); arts. 12 y 13, Convención sobre tráfico internacional de menores (CIDIP V, México, 1994).

jurídico existe siempre un campo irreductible sometido respectivamente a la ley nacional o a la ley domiciliaria según los casos⁸⁹, por lo que la controversia entre nacionalidad y domicilio no puede considerarse, ni mucho menos, zanjada.

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

En la Argentina, y allende el ámbito convencional, la residencia carece de relevancia jurídica para regir los problemas que surgen en torno al estado y capacidad de las personas y los derechos inherentes a la misma —el llamado “estatuto personal”— salvo respecto de quien no tiene domicilio fijo (art. 90 inc. 5, Cód. civ.) o domicilio conocido (art. 2613 últ. párr., Cód. civ. y com.), supuestos en que la ley eleva la residencia habitual o, en su defecto, la simple residencia al rango de domicilio legal; o en el marco de instituciones jurídicas particulares, como por ejemplo para determinar la jurisdicción de los tribunales argentinos para declarar la ausencia y la presunción de fallecimiento (art. 16, Ley N° 14.394 de modificación del régimen de menores y de la familia; art. 2619, Cód. civ. y com.) así como el derecho aplicable a ambas instituciones (art. 2620, Cód. civ. y com.)⁹⁰. En definitiva, la residencia habitual, si bien se utiliza en numerosos supuestos, es empleada como conexión subsidiaria respecto del domicilio, el cual constituye la conexión relevante en la tradición jurídica argentina desde el Código de Vélez Sarsfield y que el nuevo Código civil y comercial mantuvo “por su importancia y atendiendo a un criterio de respeto al principio de seguridad jurídica”⁹¹.

⁸⁹ Pérez Vera, Elisa. “Las personas físicas”. Pérez Vera, Elisa (editora). *Derecho internacional privado*, Madrid: Colex-UNED, 1998. II. 27.

⁹⁰ Oyarzábal, Mario J. A. *Ausencia y presunción de fallecimiento en el derecho internacional privado*. Buenos Aires: Abaco, 2003; Oyarzábal, Mario J. A. “Aspectos internacionales de la presunción de fallecimiento”. *LL*. 2001-F-1417.

⁹¹ Exposición de motivos, Reforma del sistema de derecho internacional privado argentino, § 5. 7-8.

2) El domicilio y la residencia más allá del estatuto personal

Allende el estatuto personal, de acuerdo con las normas argentinas de conflicto, se encuentran también sujetos a la ley domiciliaria los efectos del matrimonio (arts. 162 y 163, Cód. civ.; arts. 2624 y 2625, Cód. civ. y com.) o el divorcio (art. 164, Cód. civ.; art. 2626, Cód. civ. y com.), la prestación alimentaria (art. 162 últ. párr., Cód. civ.; art. 2630, Cód. civ. y com.), la filiación por naturaleza (art. 2632, Cód. civ. y com.) y la adoptiva (art. 339, Cód. civ.; art. 2636, Cód. civ. y com.), la tutela y la curatela (art. 2640, Cód. civ. y com.), y la sucesión por causa de muerte (arts. 3283 y 3612, Cód. civ.; art. 2644, Cód. civ. y com.). El derecho del domicilio también rige los contratos en determinadas condiciones (arts. 1209, 1210 y 1212 a 1214, Cód. civ.; art. 2652 2º párr., Cód. civ. y com.), los contratos de consumo (art. 2655 1º párr., Cód. civ. y com.), los cheques (art. 3, Ley de cheque N° 24.452; art. 2662, Cód. civ. y com.), y los bienes muebles sin situación permanente (art. 11, Cód. civ.; art. 2670, Cód. civ. y com.).

La residencia habitual, a su turno, es el punto de conexión elegido para regir la responsabilidad parental (art. 2639, Cód. civ. y com.); como un punto de conexión alternativo para regir los acuerdos alimentarios (art. 2630 2º párr., Cód. civ. y com.), y la forma del testamento otorgado en el extranjero (art. 2645, Cód. civ. y com.); y como punto de conexión subsidiario para regir las relaciones personales de los cónyuges (art. 162 1º párr., Cód. civ.). Nuevamente, en ausencia de domicilio fijo (art. 90 inc. 5, Cód. civ.) o domicilio conocido (art. 2613 últ. párr., Cód. civ. y com.), la persona se considera domiciliada donde está su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia.

Adicionalmente, el legislador acepta como pauta general la jurisdicción concurrente del juez del domicilio y de la residencia habitual del demandado para interponer acciones personales salvo disposición particular (art. 2608, Cód. civ. y com.). El último domicilio común de las partes y el domicilio o residencia de la parte demandada también habilita la jurisdicción en caso de matrimonio y su disolución (art. 2621, Cód. civ. y com.), de unión convivencial (art. 2627, Cód. civ. y com.), y de alimentos debidos entre ellos (art. 2629 2º párr., Cód. civ. y com.); así como el domicilio del actor también habilita la jurisdicción en caso de alimentos (art. 2629 1º párr., Cód. civ. y com.), y de filiación (art. 2631, Cód. civ. y com.).

De interés para la actividad consular es la residencia en el exterior durante un período superior a dos años que un argentino debe acreditar ante el consulado, para poder importar sin el pago de aranceles los enseres personales o del hogar, el automóvil y los instrumentos necesarios para su profesión, en las condiciones que establece la ley, cuando regresa para residir permanentemente en la Argentina (Resolución general N° 3109/2011 de la Administración Federal de Ingresos Públicos, y sus modificatorias⁹²). También, generalmente, cuando es preciso acreditar la buena conducta, por ejemplo para la obtención de determinados tipos de residencia en el marco de la Ley N° 25.871 de política migratoria nacional, o para obtener ciertos empleos en el exterior, se suele requerir certificados de carencia de antecedentes criminales de los lugares donde la persona residió en los últimos 3 a 5 años según el caso.

3) Concepto de domicilio en el derecho positivo argentino

a) *El régimen del Código civil: Calificación según el derecho argentino (lex fori)*

Sin disidencias aparentes, la doctrina ha considerado que a los fines de la aplicación de las normas argentinas de conflicto, el domicilio se define por el *derecho civil* argentino (arts. 44 y 89 a 101, Cód. civ.)⁹³. La definición de domicilio del derecho argentino determina el país donde la persona debe considerarse domiciliada, aun cuando se trate de un país extranjero cuyas normas definan el domicilio de manera diferente a nuestra legislación. Dicho de otro modo, una persona se considerará domiciliada, por ejemplo, en el Reino Unido, si el derecho argentino la

⁹² AFIP, “Régimen RG 3109” [en línea]. Disponible en: <https://servicioscf.afip.gob.ar/publico/abc/ABCpaso2.aspx?id_nivel1=556&id_nivel2=575&id_nivel3=1739&id_nivel4=1742&p=Régimen%20RG%203109>.

⁹³ Este consenso se vio reflejado en el Proyecto de Código de derecho internacional privado elaborado por los titulares de cátedra de las universidades nacionales argentinas, art. 6 (texto presentado el 14 de mayo de 2003 por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto designada por las Resoluciones del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos N° 191/02 y 134/02).

considera domiciliada allí, a pesar de que para el derecho británico no hubiera o pudiera haber adquirido domicilio en aquel país.

En el derecho argentino el domicilio presenta los siguientes caracteres: es *legal*, en cuanto la ley lo instituye; es *necesario*, en cuanto no puede faltar en toda persona; y es *único*, en cuanto nadie puede tener dos domicilios simultáneos, ya que la constitución de un nuevo domicilio importa la cesación del anterior. El domicilio general puede ser legal o real. El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contrario, que la persona reside de forma permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté presente allí (art. 90, Cód. civ.). Por ejemplo, los funcionarios públicos tienen su domicilio en el lugar en que deben llenar sus funciones (art. 90 inc. 1), los incapaces tienen el domicilio de sus representantes (art. 90 inc. 6), y las personas que trabajan en casa de otros tienen el domicilio de la persona a quien sirven siempre que residan allí (art. 90 inc. 8). La caducidad del domicilio legal se produce por la cesación del hecho que lo motivó (art. 91). El domicilio real es el lugar de la residencia permanente de la persona (*corpus*) con la intención de establecer allí el asiento de su actividad (*animus*) (art. 89). Este domicilio es de libre elección en cuanto su constitución, mantenimiento o cambio y extinción dependen enteramente de la voluntad de la persona. La extinción del domicilio real o voluntario solo se produce por la constitución de un nuevo domicilio, sea real o legal (art. 97). En virtud del carácter de “unidad” a que hicieramos referencia, en caso de conflicto, el domicilio legal desplaza al domicilio real, pues en verdad en tal supuesto la persona solo tiene residencia pero no domicilio real⁹⁴.

Un caso plantea dificultades especiales. El artículo 96 del Código civil establece que si una persona domiciliada en el extranjero abandona su domicilio sin ánimo de volver a él, tiene el domicilio de origen. El domicilio de origen es el domicilio del padre en el día del nacimiento de los hijos (art. 89 *in fine*). Si el padre no fuera conocido, el domicilio de origen debería fijarse en el domicilio de la madre que lo reconoció. Los hijos de filiación desconocida tienen el domicilio de origen en el hospicio que los hubiese recogido. El domicilio de origen es otra hipótesis de domicilio legal aunque no enunciada en el artículo 90. Boggiano⁹⁵, siguiendo a Busso⁹⁶, ha propugnado la siguiente distinción: si la persona

⁹⁴ Llambías, ob. cit. n. 68. I, 533-562.

⁹⁵ Boggiano, ob. cit. n. 19. I, 637.

⁹⁶ Busso, Eduardo, Federico Videla Escada y María López Olaciregui. *Código*

que abandona su domicilio extranjero carece de domicilio durante considerable tiempo, habría que tenerla por domiciliada en el lugar de su residencia (art. 90 inc. 5); pero si se hallare en viaje con la intención de establecer un nuevo domicilio, el último domicilio debería prevalecer. Esta interpretación es congruente con el principio según el cual el domicilio perdura mientras no se constituya uno nuevo, establecido en el artículo 98 para el caso de abandono de domicilio argentino. Si el último domicilio fuera desconocido habría que recurrir a la residencia, y solo ante la imposibilidad de aplicar el artículo 90 inciso 5 acudir al domicilio de origen. Naturalmente que se trata de una posición doctrinaria que, hasta donde sé, no tiene recepción jurisprudencial. Tampoco tiene fundamento positivo la interpretación de Goldschmidt para quien el artículo 96 quiere probablemente favorecer el domicilio de origen argentino y solo debería aplicarse en este caso⁹⁷.

b) El régimen del Código civil y comercial: Calificación autónoma de domicilio y de residencia habitual a los fines de la aplicación de las disposiciones de derecho internacional privado

A diferencia del Código civil, el nuevo Código civil y comercial, por primera vez consagra una definición autónoma de domicilio a los fines de la aplicación de las normas de conflicto del derecho interno argentino. Ya no es preciso recurrir a la definición de domicilio del derecho civil argentino⁹⁸, aplicable a las relaciones jurídicas domésticas; y aun cuando ambas definiciones –la del domicilio real del derecho civil conforme surge del juego de los artículos 73 y 77, y la del derecho internacional privado del artículo 2613– no difieren sustancialmente como resulta lógico.

El artículo 2613 establece que a los fines del derecho internacional privado, la persona humana tiene su domicilio en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él (inc. a). La persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia (últ. párr.). La residencia habitual, a su vez, se establece en el Estado en que la persona

civil anotado. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1944. I, § 3.

⁹⁷ Goldschmidt, ob. cit. n. 15. 183.

⁹⁸ Menicocci, Alejandro A. y Mariel C. Rabino. “Personas humanas”. Rivera y Medina, ob. cit. n. 20. VI, 834.

vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado (inc. b).

Como veremos más adelante, y aun cuando tengamos una definición autónoma de domicilio para el derecho internacional privado, las disposiciones del derecho civil actúan orientando e integrando las soluciones de situaciones transfronterizas que se presentan en tanto que “leyes análogas” (art. 2, Cód. civ. y com.).

c) El régimen de los Tratados de Montevideo: Calificación indirecta según la ley del lugar de residencia y calificación material directa

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

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

constituye necesariamente un requisito para que la residencia constituya domicilio. El artículo 6 consagra los principios de *necesidad* y *unidad* de domicilio.

d) El domicilio de los inmigrantes sin admisión permanente, de los desterrados y de los prisioneros

El domicilio de los inmigrantes sin admisión permanente se determina de conformidad con los criterios antes expuestos, sin que quepa hacer diferenciación alguna a los efectos del funcionamiento de las normas argentinas de conflicto con fundamento en su precaria condición. Salvo en el sistema del Tratado de Montevideo de 1889, el ingreso o la permanencia ilegal en un país ni el fantasma de la expulsión impiden la constitución de domicilio, si la persona tiene la requerida intención así como la requerida residencia actual.

Resulta, no obstante, dudoso si el conocimiento de que uno está viviendo al margen de la ley, y que continuará así indefinidamente, hace posible tener un *animus manendi* de la calidad requerida para adquirir un domicilio de elección. Es que el *animus manendi*, si bien no requiere una absoluta intención de residir permanentemente, al menos debe ser una intención incondicional de residir por un indefinido período. Se podría sostener que una intención condicionada a que la persona escape a la atención de las autoridades que tienen la obligación legal de deportarla, no alcanza a configurar el *animus manendi* requerido por la ley para establecer un domicilio de elección. Pero si la persona obtuvo la admisión como residente permanente, los temores de que la misma pueda ser revocada de producirse alguna de las circunstancias que causan la declaración de ilegalidad y cancelación de la permanencia, como puede ser la condena judicial por determinados delitos, no impiden necesariamente un suficiente *animus*. Inversamente, el hecho de que la persona posea un permiso de residencia fija o prolongada puede jugar positivamente en la apreciación del elemento intencional; y recíprocamente para la adquisición de un domicilio⁹⁹.

Otra cuestión íntimamente relacionada es si una persona pierde el domicilio cuando es deportada o expulsada en cumplimiento de la legislación migratoria. Por cierto que una persona que ha adquirido un domicilio de elección no lo pierde porque se haya dictado una orden de expulsión en su contra. Solo lo pierde cuando es realmente expulsada,

⁹⁹ Muir-Watt, ob. cit. n. 87. § 16.

aun cuando tenga la intención de regresar, si su reingreso está legalmente prohibido. No obstante, cabría considerar subsistente dicho domicilio hasta que constituya uno nuevo en otro país (art. 98, Cód. civ.; art. 76, Cód. civ. y com.); salvo que el extranjero se proponga tener una situación ambulante, en cuyo caso debería considerárselo domiciliado en su residencia (art. 90 inc. 5, Cód. civ.; art. 74 inc. c, Cód. civ. y com.). Lo mismo se aplica en el caso de refugiados políticos e incluso de los fugitivos de la justicia criminal, si bien la intención del exiliado o del fugitivo de abandonar su domicilio en el país y de adquirir uno nuevo en el exterior es una cuestión de hecho en cada caso. Si un exiliado conservó en la Argentina su familia o el asiento principal de los negocios y regresó tan pronto como la situación política argentina cambió, retuvo su domicilio aquí (art. 95, Cód. civ.). Pero si no tenía intención de regresar o no regresó a residir a la República luego de transcurrido un cierto lapso del advenimiento de la democracia, pudo haber adquirido un nuevo domicilio en el país a donde se refugió. En el caso de un fugitivo de la justicia criminal, cabría presumir su intención de abandonar su domicilio en el país, a menos que el castigo del que busca escapar sea trivial o el plazo de prescripción del delito o de la pena sea relativamente corto. De igual modo, una persona que deja el país para evadir a sus acreedores puede perder su domicilio argentino, salvo que planea regresar tan pronto haya pagado o se haya liberado de sus deudas¹⁰⁰.

Al igual que los desterrados, los encarcelados retienen el anterior domicilio (art. 95, Cód. civ.). Ni siquiera la condena perpetua alcanza para conferir al prisionero un domicilio en el país donde se encuentra alojado, si no lo tenía al momento de su detención, ya que una persona privada de la libertad carece de la necesaria (libre) intención para elegir su lugar de residencia¹⁰¹. Solo cuando el domicilio anterior haya dejado de subsistir por desintegración de los elementos que lo constituyen, el penado tendrá a título de domicilio legal el establecimiento carcelario,

¹⁰⁰ Spiro, Erwin. "Domicile of Illegal Immigrants (Based on Smith vs. Smith)". *International & Comparative Law Quarterly*. 12 (1963): 680-684; Spiro, Erwin. "Deportation and Domicile". *South African Law Journal*. 81 (1964): 173 ss.

¹⁰¹ Diwan, Paras and Diwan, Peeyushi, *Private International Law. Indian and English*. 4th ed. New Delhi: Deep & Deep Publications, 1998. 164. Expresando dudas de si un prisionero transportado por vida mantiene el domicilio anterior a su confinamiento, *Cheshire & North's Private International Law*. 13th ed. by P.M. North and J. J. Fawcett (editors). London/Dublin/Edinburgh: Butterworths, 2004. 146.

que es donde habitualmente reside, por aplicación del artículo 90 inciso 5 del Código civil¹⁰². El nuevo Código civil y comercial no contiene una disposición del tipo del artículo 95 inciso 5 del Código civil; pero la situación es similar por aplicación de las disposiciones generales de los artículos 73 y 77: como no puede presumirse que un condenado tenga el “ánimo de permanecer” en la cárcel, elemento que el artículo 77 requiere para que haya cambio de domicilio, deber considerarse que el preso mantiene su domicilio en el lugar donde residía de forma habitual antes de su detención.

e) El domicilio de las personas dependientes: menores de edad y mayores incapaces; y la abolición de la dependencia de las mujeres casadas

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

En el sistema del Código civil, el domicilio de quienes se encuentran sometidos a la patria potestad fuera de la órbita montevideana se rige por las disposiciones de ese cuerpo legal, aun cuando se acuda por analogía al artículo 18 del Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1940 para determinar la patria potestad frente a la laguna que presenta al respecto la fuente interna (art. 16, Cód. civ.). La diferencia no es irrelevante. En ambos regímenes, los hijos tienen el domicilio de los padres (art. 90 inc. 6, Cód. civ.; art. 7, Tratado de Montevideo de 1940). Pero mientras en el Código civil el domicilio de los padres se rige por los principios generales (arts. 44 y 89 a 101); en el Tratado de Montevideo su domicilio está en el lugar de su representación (art. 7 *in fine*) que no es otro que el lugar donde el hijo habitualmente reside porque, como bien señala Boggiano, mal se puede ejercer aquel poder sino en el lugar donde se encuentra la persona sometida a la patria potestad¹⁰³. Supongamos que un padre domiciliado en la Argentina traslada a Suiza la residencia suya y de su familia sin intención de constituir allí su domicilio; o que un padre domiciliado en la Argentina interna a su hijo en un establecimiento educativo o médico de Suiza como ocurrió en un caso de la jurisprudencia¹⁰⁴. El menor conserva el domicilio en Argentina porque se aplica el Código civil. Pero cambiemos en nuestros ejemplos Suiza por Bolivia o Uruguay, con quien Argentina

¹⁰² Llambías, ob. cit. n. 68. I, 546.

¹⁰³ Boggiano, ob. cit. n. 19. I, 1011-1012.

¹⁰⁴ CCiv. 1ª Capital Federal, Sala 1ª. *J.A.* 38-1045.

está vinculada por los Tratados de Montevideo (de 1889 y de 1940, respectivamente), y al menor habrá que reputarlo domiciliado en el exterior. La solución del Tratado de Montevideo de 1889 (arts. 6 y 7) es análoga a la del Tratado de 1940.

Los mismos principios rigen el domicilio de los incapaces sometidos a tutela o curatela. En el Código civil, luego del discernimiento de la tutela o de la curatela, el incapaz tiene el domicilio de su representante legal (art. 90 inc. 6), aun cuando este resida en otro lugar¹⁰⁵. En el derecho internacional privado convencional, el domicilio de los incapaces es el de sus representantes legales, y el de estos, el lugar de desempeño de las funciones (art. 6, Tratado de Montevideo de 1889; art. 7, Tratado de Montevideo de 1940) que es, en principio, la residencia habitual del incapaz.

Como antes de la reforma, en el nuevo Código civil y comercial, las personas menores de edad se domicilian en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental (patria potestad) o la tutela. Ese derecho decidirá si el ejercicio es plural, conjunto o indistinto o único¹⁰⁶, salvo consideraciones de orden público. Si el ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en Estados diferentes, la persona menor de edad se considera domiciliada donde tiene su residencia habitual (art. 2614 1º párr.), localizada esta última, como vimos, en el Estado en que el menor vive y estableció vínculos durables por un tiempo prolongado (art. 2613 inc. b). Sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente (art. 2614 2º párr.). Con ello se busca evitar que el progenitor que sustrajo al menor busque hacer valer una decisión judicial que lo favorezca obtenida en un país extranjero donde se estableció.

El nuevo Código ha incluido entre los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores la autorización para el cambio de residencia permanente en el extranjero (art. 645 inc. c, Cód. civ. y com.). Cuando el acto involucra a hijos adolescentes (de entre 13 y 18 años), es necesario su consentimiento expreso (art. 645 últ. párr.). El requisito de

¹⁰⁵ Llambías, ob. cit. n. 68. I, 548, y la jurisprudencia citada. CCiv. 1ª Capital Federal, “Zucker, Carlos Antonio”. 19/7/1932. *Gaceta del foro*. 92. 223 ss. *J.A.* 38-1045.

¹⁰⁶ Menicocci, Alejandro A. y Mariel C. Rabino. “Personas humanas”. Rivera y Medina ob. cit. n. 20. VI, 837.

autorización de todos los progenitores constituye una salvaguarda adicional contra la sustracción internacional de niños, en línea con lo dispuesto en el artículo 2614 2º párrafo. Siendo la residencia elemento constitutivo del domicilio, para asentar un cambio de domicilio de un menor en el DNI argentino –de la Argentina al extranjero o de un país extranjero a otro– el cónsul deberá recabar el consentimiento expreso de los progenitores y, en el caso de personas de entre 13 y 18 años, también del hijo adolescente.

En cambio cuando se trata de otras personas incapaces –mayores incapaces bajo régimen de curatela u otro instituto equivalente de protección– la solución se ha invertido. Mientras que el Código civil considera que la persona incapaz tiene el domicilio de su representante legal, desde la vigencia del Código civil y comercial la persona incapaz se considera domiciliada en el lugar de su residencia habitual (art. 2615). El cambio, que está en línea con la legislación extranjera más moderna, se justifica en que la residencia habitual del incapaz otorga una proximidad para disponer mecanismos de cuidado de que carece el domicilio del representante cuando ambos (incapaz y protector) no se domicilian en el mismo país¹⁰⁷.

En cuanto al domicilio de mujeres casadas, hasta 1987, la regla era que el domicilio del marido se comunicaba a la esposa desde el mismo momento de las nupcias aun cuando se hallase en otro lugar (art. 90 inc. 9, Cód. civ.). Con la sanción de la Ley N° 23.515 de divorcio vincular, que derogó la norma precitada, la mujer casada no solo no adquiere automáticamente el domicilio de su esposo, sino que debe ser considerada capaz de adquirir un domicilio independiente; aunque en la inmensa mayoría de los casos luego del matrimonio mujer y marido adquirirán el mismo domicilio. Sin embargo, es perfectamente posible que dos personas felizmente casadas tengan domicilios separados cuando, por ejemplo, por razones de estudio o de trabajo, residan en países diferentes.

Es de suma importancia destacar la tendencia del derecho internacional a reconocer a la mujer la misma libertad que al hombre para elegir su domicilio, específicamente prevista en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (art. 15 inc. 4), conocida generalmente como CEDAW¹⁰⁸. A partir

¹⁰⁷ *Ibíd.* 841.

¹⁰⁸ Los siguientes países hicieron reservas con respecto al art. 15 inc. 4 de la CEDAW en relación con el derecho de la mujer a elegir su domicilio: Argelia,

de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 que dio a la CEDAW jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22), la aplicación del artículo 8 de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 que disponen que en ausencia de un domicilio común la mujer casada tiene el domicilio del marido, afecta un principio constitucional argentino.

f) Otros casos de domicilio legal: el domicilio de los diplomáticos y de los militares en comisión de servicios en el exterior

Los diplomáticos argentinos que desempeñan funciones en el exterior, conservan su domicilio legal en la República, por imperio del artículo 95 de la Ley N° 20.957 del Servicio Exterior de la Nación. Esta norma de carácter especial había derogado tácitamente la norma general del artículo 90 inciso 1 del Código civil, en cuanto a los funcionarios comprendidos en el nuevo régimen. El nuevo Código civil y comercial confirmó esta solución en el artículo 74 inciso a) siendo el traslado de los diplomáticos para prestar funciones en el exterior temporario por su propia naturaleza —cuatro años consecutivos como mínimo y seis como máximo durante su permanencia en el exterior, de acuerdo con el artículo 56 inciso b) de la Ley N° 20.957.

Ahora bien, después de su jubilación o retiro, sí pueden adquirir un domicilio de elección en el país donde estaban destinados o en otro país, si han establecido allí *animo y facto*, sin perder por ello el estado diplomático (el grado correspondiente a su categoría de funcionario del Cuerpo Diplomático, con sus obligaciones, derechos y prohibiciones inherentes al mismo).

Los funcionarios del cuerpo permanente pasivo que son convocados por el Poder Ejecutivo a prestar servicios en la Argentina o en una embajada o consulado en el exterior adquieren domicilio en Argentina, aunque no hubiesen tenido intención de abandonar su anterior domicilio y retornen a él al finalizar la comisión (art. 21 inc. s, Ley N° 20.957).

Paradójicamente, los militares que estén prestando servicios en el

Bahrein, Jordania, Marruecos, Níger, Omán, Siria y Túnez. Por su parte, los siguientes países objetaron las reservas al art. 15 inc. 4 por considerarlas contrarias al objeto y fin de la Convención: Alemania, Austria, Dinamarca, España, Estonia, Finlandia, Francia, Italia, México, Noruega, Países Bajos, Rumania y Suecia. Estas reservas y objeciones ponen en evidencia la tensión entre cultura o religión y las normas de derechos humanos.

exterior tienen el domicilio (legal) en el país del destino (art. 90 inc. 2, Cód. civ.; art. 74 inc. b), Cód. civ. y com.). La excepción viene dada por los militares que integran las agregadurías militares de las embajadas y misiones permanentes ante organismos internacionales argentinas, que quedan abarcados por las previsiones de la Ley del Servicio Exterior de la Nación (art. 2 inc. d y art. 10, Ley N° 20.957).

g) Domicilio y fraude a la ley

Puede ser innecesario recurrir a la noción del fraude para privar de efectos al domicilio fraudulento. Bastaría con constatar que el elemento intencional del domicilio es defectuoso¹⁰⁹.

4) Prueba del domicilio

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

Para el derecho argentino, la prueba de su existencia se debe efectuar por medios indubitados. Si surge de un instrumento privado, como puede ser una factura de un servicio público o un contrato, que carece de autenticidad, hay que comenzar por establecer la autenticidad del documento donde consta el domicilio¹¹⁰. En cambio, si el domicilio ha sido constituido en instrumento público, como puede ser el documento nacional de identidad, la cédula de identidad de la Policía Federal o una cédula de identidad provincial o incluso una licencia de conducir, debe atribuírsele la plenitud de sus efectos. En todo caso, hay que tener presente que la aplicación del derecho argentino a la prueba del domicilio no implica que el domicilio solamente se pueda probar por instrumentos argentinos. Lo importante es que, si se trata de un documento extranjero, sea considerado instrumento público para la

¹⁰⁹ Muir-Watt, ob. cit. n. 87. § 27.

¹¹⁰ Llambías, ob. cit. n. 68. I, 568-569 y 574-575, y la jurisprudencia citada.

legislación local. Pensemos en una tarjeta de residente del tipo de la “green card” que expide la autoridad migratoria estadounidense, o la “carta di soggiorno” de las comunas italianas. No es indispensable que el domicilio esté identificado por la calle y el número; si está consignado al menos la localidad o distrito respectivo. Naturalmente, que tampoco se excluye la prueba por instrumentos públicos argentinos porque la persona se encuentre domiciliada en el exterior; debiendo recordarse la obligación de todos los argentinos de comunicar a las oficinas seccionales consulares el cambio de domicilio dentro de los treinta días de haberse producido la novedad (art. 47 2º párr., y art. 1 2º párr. *in fine*, Ley N° 17.671 de identificación, registro y clasificación del potencial humano nacional). Los cónsules procederán a asentar dicho cambio en el DNI, y a inscribir a la persona en el Libro de matrícula de residentes argentinos en el exterior de la representación consular a voluntad de la persona. El certificado de matrícula que expida la autoridad consular a pedido del interesado debe considerarse un instrumento público en los términos del artículo 979 del Código civil y del artículo 289 inciso b) del Código civil y comercial. Cabe recordar, empero, que el domicilio anotado en el DNI es el único válido a los efectos electorales, esto es para ser inscripto en el Registro de Electores Residentes en el Exterior de la respectiva circunscripción consular (art. 47 1º párr., Ley N° 17.671; art. 2, Decreto N° 1138/1993, reglamentario de la Ley N° 24.007 de creación del Registro de Electores Residentes en el Exterior, y sus modificatorios, en particular el Decreto N° 403/2017).

En el ámbito del Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1889 hay que aplicar las reglas sobre la prueba del lugar donde la persona reside como son interpretadas por su jurisprudencia; salvo las que por su naturaleza no están autorizadas por el derecho argentino (art. 5).

5) Casos particulares de sustitución del domicilio por la nacionalidad: reenvío

Al estatuto personal (capacidad, nombre, etc.) de los argentinos domiciliados en la Argentina se aplica, naturalmente, la ley domiciliaria (art. 6, Cód. civ.; arts. 2616, 2618 y 2620, Cód. civ. y com.). A los extranjeros domiciliados en la Argentina también (*idem*). Los argentinos domiciliados en el extranjero se rigen por el derecho de su domicilio (art.

7 Cód. civ.; arts. 2616, 2618 y 2620, Cód. civ. y com.), salvo que las normas de conflicto del país extranjero reenviaran el caso al derecho argentino de la nacionalidad, en cuyo caso el cónsul argentino aplicará su propio derecho privado¹¹¹. Cuando el derecho del domicilio reenviara al derecho de la nacionalidad de un individuo que posee dos o más nacionalidades, el conflicto de nacionalidades debería resolverse siguiendo los pasos del juez del país cuyo derecho indica como aplicable la norma de conflicto, sin que quepa hacer prevalecer arbitrariamente la nacionalidad argentina (en tanto que nacionalidad del foro o nacionalidad efectiva) de modo de aplicar la *lex fori*. Si el juez extranjero fallaría, en definitiva, según su propio derecho privado interno o transmitiría el caso a un tercer derecho, siguiendo eventualmente con transmisiones ulteriores, el cónsul argentino también debe hacerlo. Es preciso tomar como referencia al juez del país cuyo derecho resulta aplicable para el caso de que la controversia se hubiera radicado allí. A esta solución conduce la aplicación del artículo 2 de la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado (CIDIP II, Montevideo, 1979) al que cabe recurrir por analogía frente a la laguna del Código civil (art. 16, Cód. civ.), y los artículos 2595 1º párrafo y 2596 1º párrafo del Código civil y comercial.

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

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

¹¹¹ Soto, Alfredo Mario. *Derecho internacional privado: La importación del derecho extranjero*. Buenos Aires/Madrid: Ciudad Argentina/USAL Universidad del Salvador, 2001. 166-167.

autodeterminación informativa [y] la igualdad [que incluye el derecho a la identidad personal y el derecho a ser diferente]”¹¹².

Las representaciones argentinas manejan numerosa información personal, tanto de nacionales argentinos como de extranjeros que concurren o recurren a aquella para trámites o asistencia de naturaleza principalmente consular, aunque también comercial y cultural así como, menos habitualmente, para otros fines como puede ser la solicitud de asilo. Quizás la base de datos más importante es la llamada “matrícula consular”, libro donde se registra la información personal y de filiación de los argentinos residentes en la circunscripción. Igualmente, las representaciones colectan, almacenan y “tratan” información personal de extranjeros, por ejemplo de aquellos que concurren a solicitar una visa, presentan documentación comercial o de otra índole a ser intervenida consularmente y/o buscan la asistencia de nuestras agregadurías comerciales para localizar potenciales proveedores argentinos. Finalmente y no menos importantes son las bases de datos manejadas por otros entes oficiales argentinos, como la Dirección Nacional de Migraciones, a las que las representaciones tienen acceso en el ejercicio de sus funciones, v.gr., para no otorgar visas a personas que tienen vedado el ingreso al país. Huelga mencionar el daño que la divulgación de estos datos podría ocasionar a los titulares de los datos. En estos casos, se plantea la cuestión de determinar qué derecho reglamenta el funcionamiento de estos bancos de datos que son de carácter público pero que se encuentran fuera del territorio argentino.

La protección de los datos personales asentados en registros gestionados por las embajadas y consulados argentinos en el exterior se rige por el derecho administrativo argentino y está sometida exclusivamente al derecho argentino y exento de la jurisdicción local. Toda acción de protección de los datos personales almacenados en tales bancos de datos debe interponerse ante los jueces nacionales, sin que quepa reconocer ninguna intervención ni decisión extranjera que invada la jurisdicción argentina exclusiva. La coincidencia entre jurisdicción y derecho aplicable es total¹¹³. Las doctrinas de la inmunidad del Estado por actos *iure imperii* y de la inmunidad diplomática y consular justifican

¹¹² Bidart Campos, Germán J. *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar, 1998. I, 529 y 532; II, 389.

¹¹³ Oyarzábal, Mario J. A. “El derecho a la intimidad y el tratamiento de datos personales en el derecho internacional privado argentino”. *Lecciones y ensayos*. 83 (2007): 52-53.

sobradamente esta solución¹¹⁴. Cabe recordar que ambas Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961 (art. 24) y sobre relaciones consulares de 1963 (art. 33) establecen la inviolabilidad de los archivos consulares de las representaciones extranjeras donde quiera que se encuentren.

El problema que se presenta es que la Ley N° 25.326 de protección de los datos personales argentina deja fuera del ámbito de protección legal a la mayoría de los datos personales registrados en los archivos de las embajadas y consulados argentinos en el exterior. El artículo 2 define como “titular de los datos” a “[t]oda persona física o persona de existencia ideal con domicilio legal o delegaciones o sucursales en el país, cuyos datos sean objeto del tratamiento al que se refiere la presente ley”. Como los “libros de matrícula” y otros ficheros que llevan las representaciones se conforman principalmente –si no únicamente– de datos de personas residentes en el exterior (los domiciliados en el territorio que cubre la respectiva misión), esas personas no son “titulares de los datos” en el sentido de la Ley N° 25.326, situación esta que es grave y paradójica. Es grave por cuanto los ficheros de las embajadas y consulados están exentos de la jurisdicción del Estado receptor; con lo que la persona cuya privacidad ha sido menoscabada no puede ampararse en ningún sistema nacional de protección. Y es paradójica, si se tiene en cuenta que las representaciones argentinas en el extranjero, en tanto que órganos del Estado argentino, sí están sometidas a las obligaciones legales y administrativas que establece la Ley N° 25.326 (arts. 1, 21, 22, 31, 32 y concordantes). Frente a este sistema incompleto de protección, creemos que a las víctimas de las violaciones solo les queda prevalerse de una normatividad superior, constitucional (art. 43, Const. Nac., que reconoce el *habeas data*) e internacional (art. 5, Declaración americana de los derechos y deberes del hombre de 1948; art. 12, Declaración universal de derechos humanos de 1948; art. 17, Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966; art. 11, Pacto de San José de Costa Rica de 1969; art. 16, Convención sobre los derechos del niño de 1989; etc.; que garantizan el derecho a la vida privada) para reclamar reparación¹¹⁵.

¹¹⁴ Rigaux, François. “La loi applicable à la protection des individus à l’égard du traitement automatisé des données à caractère personnel”. *Revue critique de droit international privé*. 1980: 467-468.

¹¹⁵ Oyarzábal, ob. cit. n. 113. 74-75.

§ IV

LA MINORIDAD Y OTRAS SITUACIONES DE INCAPACIDAD

1) Influencia de la caracterización de la capacidad en la determinación del derecho que la rige

La “capacidad” es un atributo de la persona. Es la aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas, es decir para adquirir derechos y contraer obligaciones (llamada capacidad *de derecho*), así como para ejercer por sí misma esos derechos y obligaciones (llamada capacidad *de hecho* y que el nuevo Código civil y comercial denomina capacidad *de ejercicio*). La capacidad es reputada *principio general*, conforme a la máxima sentada en los artículos 52 y 53 del Código civil y en los artículos 22 y 23 del Código civil y comercial, siendo las incapacidades – como la que deriva de la minoría de edad, de una adicción o de una alteración mental grave– limitaciones excepcionales de la capacidad que emanan siempre de la ley o de una sentencia judicial y son de aplicación restrictiva.

Ahora bien, la capacidad solo puede realizarse en conexión con otras instituciones jurídicas como el matrimonio, las sucesiones, los contratos, el proceso, etc. Esta complementariedad justifica la consideración de la capacidad, sea como una cualidad o atributo inherente a la personalidad, sea como un elemento constitutivo de cada relación o acto jurídico. Según que el acento se ponga en uno u otro aspecto del fenómeno, la capacidad será sometida respectivamente a la ley personal (de la nacionalidad, del domicilio o de la residencia de la persona), o a la ley de la relación o del acto respecto del cual la cuestión de la capacidad se plantea. En la mayoría de los sistemas de derecho internacional privado ambas tendencias coexisten; cada una se aplica a una parte más o menos extensa del amplio dominio de la capacidad¹¹⁶. Esto también sucede en el derecho internacional privado argentino, donde la aplicación de la ley personal del individuo, que constituye la regla general, puede resultar excluida en beneficio de la ley del acto o allí donde la ley argentina reclama la prioridad¹¹⁷.

¹¹⁶ Capotorti, Francesco. “La capacité en droit international privé”. *Recueil des cours*. 110 (1963-III): 165-9.

¹¹⁷ Oyarzábal, Mario J. A. “La capacidad en el derecho internacional privado argentino”. *J.A.* 2004-III-1186; *Revista mexicana de derecho internacional privado y*

2) Competencia de la ley domiciliaria

a) La capacidad en general: aptitud de las personas para actuar por sí ante la autoridad consular

En el derecho internacional privado argentino la capacidad constituye un elemento del estatuto personal, explícitamente regido por los artículos 6, 7 y 948 del Código civil y por el artículo 2616 del Código civil y comercial, y sometido a la ley del domicilio. La ley domiciliaria rige tanto la capacidad general de la persona como la capacidad específica para la realización de determinados actos jurídicos, v.gr. para emanciparse, para ser adoptada, para contratar, para testar, etc. Es que el legislador ha considerado que las cuestiones que afectan al estado y la capacidad de una persona deben ser gobernadas por una única e idéntica ley, independientemente de donde pueda encontrarse o de donde los hechos controvertidos puedan haber tenido lugar¹¹⁸. En el ámbito convencional, ambos Tratados de Montevideo de derecho civil internacional de 1889 y 1940 también someten la capacidad a la ley del domicilio (art. 1).

Ello significa que el cónsul argentino deberá juzgar la capacidad de las personas que ejecutan actos ante él por las leyes del respectivo domicilio, sin importar que las personas sean de nacionalidad argentina ni que los actos estén destinados a surtir efectos en el ordenamiento jurídico argentino, como son los casos de la renovación del pasaporte argentino o del otorgamiento de un poder. Quedan a salvo, como analizaremos más abajo, la capacidad para disponer y para adquirir bienes raíces situados en territorio argentino (en el sistema del Código civil; no así en el nuevo Código civil y comercial según el cual la capacidad sigue

comparado. 17 (2005): 9-24.

¹¹⁸ En el anterior Código civil suscitaba controversia la armonización de los arts. 6, 7 y 948 por un lado que someten la “capacidad e incapacidad” en general a la ley del domicilio, y del art. 949 por el otro que somete la “capacidad o incapacidad de derecho” al derecho argentino. El estudio de esta cuestión excede el objeto de este estudio pudiendo, por lo demás, ser consultada en prácticamente todas las obras generales de DIPr. argentino, v.gr. Feldstein de Cárdenas, Sara L. *Derecho internacional privado: Parte especial*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000. 73-7; Kaller de Orchansky, Berta, Adriana Dreyzin de Klor y Amalia Uriondo de Martinoli. *Nuevo manual de derecho internacional privado*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1991. 190-196; Rapallini, Liliana E. *Temática de derecho internacional privado*. 3ª ed. La Plata: Lex, 1998. 113-116.

sometida a la ley domiciliaria), la capacidad para adquirir la nacionalidad argentina por opción y otros supuestos específicos que se regulan por las normas materiales argentinas sin importar que la persona se encuentre domiciliada en el exterior.

La legislación aplicable determinará que los interesados puedan ejecutar esos actos por ellos mismos o si, en cambio y en su caso, precisan de la habilitación de su representante legal –el padre o madre y en defecto de ellos el tutor, o el curador en el caso de incapaces mayores de edad– o incluso de una habilitación judicial. La habilitación puede ser dada en el acto, personalmente, por el representante legal ante el cónsul, u otorgada por escrito ante otra autoridad competente –v.gr. un escribano público, un juez o una autoridad consular, argentina o extranjera– y debe venir acompañada cuando proviene de una autoridad extranjera de la correspondiente legalización y traducción.

Recordamos que la capacidad, como atributo de la personalidad, puede dar lugar a la aplicación del reenvío cuando el derecho del domicilio reenvía al de la nacionalidad, para favorecer la armonía jurídica.

Para designar la ley aplicable a la capacidad, el domicilio y en su caso la nacionalidad, deben ser determinados al momento en que tuvo lugar el acto crítico¹¹⁹. El artículo 3611 del Código civil y el artículo 2647 del Código civil y comercial, al someter la capacidad de testar a la ley del domicilio del testador al momento de redactar el testamento, no hacen sino aplicar a este supuesto tan reconocido principio.

La capacidad para adquirir un domicilio de elección en otro país es determinada por la ley del domicilio del individuo en ese momento; aunque se ha estimado que sería preferible aplicar la ley del país cuyo domicilio la persona busca adquirir¹²⁰. Esta última solución se impone, como veremos, en la hipótesis del artículo 138 del Código civil; pero fuera de ella rigen las pautas generales –el derecho domiciliario de quien ejerza la patria potestad, la tutela o la curatela, en el régimen del Código civil (art. 90 inc. 6); y el derecho del país donde el incapaz reside habitualmente, salvo cuando se trata de un menor que vive con quienes ejercen la responsabilidad parental, en el régimen del nuevo Código civil y comercial (arts. 2614 y 2615).

¹¹⁹ Rigaux, François. “Le conflit mobile”. *Recueil des cours*. 117 (1966-I): 378-381.

¹²⁰ Graveson, Ronald H. “Capacity to Acquire a Domicile”. *International Law Quarterly*. (1950-3): 149.

b) *La minoría de edad*

La ley 17.711 de reformas al Código civil de 1968 eliminó todo rastro de la incapacidad de la mujer en el derecho argentino; con lo que solo los menores de edad subsisten como personas básicamente incapaces (art. 54 inc. 2, Cód. civ.; art. 24 inc. b, Cód. civ. y com.), incapacidad que incluso se quiebra cuando concurre algún facultamiento en su favor para realizar determinados actos (art. 55, Cód. civ.; arts. 26 y 30, Cód. civ. y com.). La incapacidad de los menores de edad cesa en el derecho argentino por la mayoría de edad, el día en que cumplen 18 años (Ley N° 26.579 de modificación de la mayoría de edad), y por la emancipación (art. 128, Cód. civ.; art. 27, Cód. civ. y com.). Pero otros Estados no comparten esa opción temporal y la fijan en una edad inferior (v.gr. Irán a los 9 años para las mujeres y a los 15 años para los hombres) o superior (v.gr. algunos estados de Estados Unidos y algunas provincias canadienses a los 19 años; Nueva Zelanda y Tailandia a los 20 años; Honduras y Singapur, y hasta no hace demasiado tiempo Argentina, a los 21 años). De ahí la importancia de determinar el derecho aplicable a la duración y a las consecuencias de la minoridad.

En el derecho internacional privado argentino la ley domiciliaria rectora de la capacidad, según los artículos 6, 7 y 948 del Código civil y el artículo 2616 del Código civil y comercial, es la llamada a regular la condición de menor de edad, la adquisición de la mayoría de edad y la condición de capacidad de los menores de edad –tanto el grado o efectiva situación de incapacidad genérica que los afecta, como la eventual capacidad para realizar determinados actos antes de alcanzar la mayoría de edad (v.gr. para testar, reconocer hijos extramatrimoniales, celebrar contrato de trabajo, administrar sus bienes o estar en juicio).

Determinada la minoridad de una persona conforme a su ley personal, el cónsul tendrá que averiguar quién suple esa incapacidad, quien debe actuar o ejercer ciertos actos en su lugar, v.gr. hacerle seguir (optar en su nombre por) la nacionalidad argentina, autorizar que se le emita un pasaporte, o viajar solo o en compañía de determinado mayor, etc., y cuál es el alcance y las limitaciones a esa representación. Cuando se trata de menores de edad sometidos a *patria potestad* o *responsabilidad parental* (en la terminología del nuevo Código civil y comercial), es decir a la autoridad de los padres, hay que tener en cuenta que el derecho de la madre de ejercer conjuntamente con el padre la representación del menor salvo en caso de privación o suspensión por causa legal, es de

orden público internacional, siendo preciso contar con el consentimiento expreso de *ambos* progenitores que exige el artículo 264 *quater* del Código civil y ha confirmado el artículo 645 inciso c) del nuevo Código civil y comercial, cuando se trata de ciertos actos a surtir efectos en la República, v.gr. salir del territorio argentino de acuerdo con las regulaciones migratorias vigentes, renovar el pasaporte argentino, optar por la nacionalidad argentina, disponer de bienes argentinos, etc., aun cuando el menor resida en el exterior y el derecho de aquel país consagre el ejercicio *indistinto* de la patria potestad, y sin que tenga importancia que los padres estén casados, ya que el consentimiento del otro progenitor en temas de tanta importancia no se presume. El cambio de residencia permanente en el extranjero, es decir del país al exterior, también requiere el consentimiento de ambos progenitores si el hijo tiene doble vínculo filial (art. 645 inc. c, Cód. civ. y com.).

Para el derecho argentino, la relación jurídica paterno-filial se establece con la partida de nacimiento, sea argentina o extranjera así como, en el caso de nacimientos fuera de la Argentina, por la inscripción en un registro argentino que se haya hecho de la inscripción original.

Si se alegare que uno solo de los padres ejerce la responsabilidad parental, hay que atenerse a la documentación que acredite esa situación, como la partida de nacimiento del menor del que surja un único progenitor o la partida de defunción del otro progenitor ya que con el fallecimiento de uno de los padres el menor queda sometido exclusivamente a la responsabilidad parental del otro. Si se alegare que uno de los padres ha sido privado de la titularidad o del ejercicio de la responsabilidad parental habrá que exigir la decisión de la autoridad que lo dispuso; al igual que si se alegare que el progenitor a cargo del hijo ha delegado la responsabilidad parental a su cónyuge o conviviente, como ha previsto en nuestro país el nuevo Código civil y comercial (art. 674). Dicha decisión tiene, por lo demás, que cumplir ciertos recaudos para que el cónsul le reconozca validez. En primer término, debe provenir de un juez o autoridad del país del domicilio o de la residencia habitual del menor, de acuerdo con la interpretación armónica de los artículos 7, 18 y 56 del Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1940 aplicable por analogía frente a la laguna del antiguo Código civil¹²¹, y con el artículo 2608 del nuevo Código civil y comercial¹²². De lo contrario esa

¹²¹ Boggiano, ob. cit. n. 19. I, 1011-1014.

¹²² Rubaja, Nieve. “Responsabilidad parental e instituciones de protección”. Rivera y Medina, ob. cit. n. 20. VI, 905.

decisión no sería susceptible de reconocimiento por las autoridades argentinas ya que se trata de una condición para el reconocimiento prevista tanto en las fuentes internas (Cód. proc. civ. y com. nacional, y códigos procesales provinciales) como en los diversos tratados que abordan la materia, que exigen que las decisiones extranjeras provengan de un tribunal con competencia internacional según las normas argentinas de jurisdicción internacional. En segundo lugar, la decisión extranjera no debe violar nuestro orden público.

En la Argentina, la responsabilidad parental se pierde por ser el padre o la madre condenados por delitos dolosos (premeditados) contra los hijos o sus bienes; por el abandono de los hijos; o por poner en peligro su seguridad, salud física o psíquica (art. 307, Cód. civ.; art. 700 incs. a, b y c, Cód. civ. y com.). El nuevo Código civil y comercial agregó como causal de privación de la responsabilidad parental la declaración del estado de adoptabilidad del hijo (art. 700 inc. d). A su vez, la responsabilidad parental se suspende en el caso de ausencia con presunción de fallecimiento de los padres; mientras dure el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años; por la declaración por la incapacidad del progenitor por razones graves de salud mental; o por la convivencia del menor con un tercero, separado de sus padres por razones graves (art. 309, Cód. civ.; art. 702, Cód. civ. y com.). Las causas de privación o de suspensión de la responsabilidad parental del derecho extranjero aplicable pueden ser distintas de las del derecho argentino, pero deben ser casos de suficiente gravedad.

La privación de la guarda o tenencia y aun del derecho de visita a uno de los padres, no presupone que el padre o la madre queden despojados de todos o de determinados derechos de la responsabilidad parental. La facultad del padre o madre al que la guarda o tenencia le ha sido conferida para autorizar por sí solo/a determinados actos del menor, como puede ser la emisión de un pasaporte argentino, debe surgir de la propia decisión judicial (en ocasiones ello surge de la sentencia de divorcio o de separación de los padres que también decide sobre la guarda del menor).

Allende las limitaciones impuestas por el orden público internacional argentino, las facultades de los progenitores sobre la *persona* del hijo, es decir el conjunto de derechos y deberes de los progenitores, se rigen por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto (art. 14, Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1889; arts. 7 y 18, Tratado homónimo de 1940; art.

2639, Cód. civ. y com.), salvo en el régimen del nuevo Código civil y comercial, en la medida que el interés del niño lo requiera, en cuyo caso se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes (art. 2639 *in fine*), que será normalmente el derecho de la situación de los bienes del menor de cuya administración o disposición se trate o el derecho del domicilio o residencia del hijo del menor sujeto a patria potestad en el supuesto de un reconocimiento de un hijo extramatrimonial por aquel. Asimismo, en el caso del Tratado de Montevideo de 1889, las facultades de los progenitores sobre los *bienes* del hijo se rigen por el derecho de su situación (art. 15), mientras que en el Tratado homónimo de 1940 (art. 19) y en el Código civil y comercial (art. 2639) se aplica el derecho de la residencia habitual del hijo.

Si se alegare, finalmente, que el menor está sujeto a una *tutela*, esto es, puesto bajo el gobierno de una persona o institución distinta de los padres que es el representante del menor en los aspectos civiles, también ello se debe acreditar. Al igual que respecto de la patria potestad, la tutela debe haber sido discernida por el juez de la residencia habitual del menor, de acuerdo con la interpretación armónica de los artículos 7, 25 y 56 del Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1940 aplicable por analogía frente a la laguna del antiguo Código civil, y con el artículo 2608 del nuevo Código civil y comercial¹²³, y no violar

¹²³ Para Rubaja, los jueces argentinos son competentes si el *domicilio* de la persona protegida se encuentra en el país (en el sentido de los artículos 2614 y 2615 del Cód. civ. y com.), por no tratarse de una cuestión expresamente reglada. Rubaja, Nieve. “Responsabilidad parental e instituciones de protección”. Rivera y Medina, ob. cit. n. 20. VI, 908. Es cierto, como la autora señala, que el artículo 2640 relativo a la tutela, curatela e institutos similares no precisa la jurisdicción internacional de modo expreso. Tampoco lo hace el artículo 2639 relativo a la responsabilidad parental. ¿Por qué entonces no se aplicaría el artículo 2608 a la tutela y sí a la responsabilidad parental? Como lo vemos, tanto respecto de la responsabilidad parental como de la tutela e instituciones análogas se presentan solamente dos opciones: recurrir al criterio general de atribución de la jurisdicción internacional del artículo 2608, que establece que “excepto disposición particular, las acciones personales deben interponerse ante el juez del domicilio o residencia habitual del demandado” (que será habitualmente el niño o el incapaz); o aplicar la regla de competencia interna de los artículos 716 y 112 que establecen que es competente el juez del lugar donde la persona menor o mayor incapaz “tiene su centro de vida” en virtud de la remisión que realiza el artículo 2601. Naturalmente que el problema

nuestro orden público. Debe derivar de la incapacidad de los padres, o de la privación que sufrieran de la responsabilidad parental o la suspensión de su ejercicio, conforme surja de la respectiva determinación judicial (argentina o extranjera). Cuando la tutela ha sido dada por los propios padres, debería igual ser confirmada por juez internacionalmente competente ya que, aparentemente, los artículos 388 del antiguo Código civil y 106 del nuevo Código civil y comercial que así lo exigen son de orden público internacional. Determinado quien ejerce la tutela, las facultades del tutor para representar legalmente al menor ante la autoridad consular se rigen por el derecho del lugar del domicilio de los incapaces (art. 27, Tratado de Montevideo de 1940; art. 2640, Cód. civ. y com.), salvo en el marco del Tratado de Montevideo de 1889 que se rige por la ley del lugar donde se discernió la tutela (art. 21), sujeto siempre a su compatibilidad con el orden público argentino. Como en el caso de los menores de edad sometidos a patria potestad, las facultades de los tutores sobre los *bienes* del menor se rigen por el derecho de su situación (art. 22), mientras que en el Tratado homónimo de 1940 (art. 28) y en el Código civil y comercial (art. 2640) se aplica el derecho del domicilio del menor.

c) La emancipación

La emancipación, como “institución por la cual los menores de edad quedan liberados de la incapacidad que pesa sobre ellos con anticipación a la mayoría de edad”¹²⁴, debe someterse también a la ley personal (arts. 6, 7 y 948, Cód. civ.; art. 2616, Cód. civ. y com.). El derecho domiciliario del menor regula los requisitos para emanciparse (edad mínima, consentimiento del menor), las causas de emancipación (por matrimonio, por habilitación paterna o judicial, o por llevar vida independiente), los efectos sobre la capacidad del menor emancipado (capacidad general de obrar, y actos prohibidos o supeditados a autorización paterna o judicial) y su revocación.

Aunque el nuevo Código civil y comercial argentino solo prevé la emancipación por matrimonio, nada obsta a que se reconozcan otras causas de emancipación del derecho extranjero del domicilio o de la residencia habitual de la persona. La ley aplicable a la emancipación

solamente se presenta cuando la persona protegida no está domiciliada donde tiene su residencia habitual.

¹²⁴ Llambías, ob. cit. n. 68. I, 407.

determina la forma que ha de revestir el acto así como las consecuencias de la infracción de la forma impuesta; mas parecería que siempre es necesario un instrumento público para que pueda inscribirse en el Registro Civil y Capacidad de las Personas argentino y ser oponible a terceros¹²⁵.

La emancipación por matrimonio plantea como cuestión previa la existencia de un matrimonio válido según la *lex loci celebrationis* (art. 159, Cód. civ.; art. 2622, Cód. civ. y com.). En el caso de nulidad del matrimonio, su incidencia sobre la emancipación que se había producido se determina por la ley rectora de la emancipación. No obstante, cabría ver en el artículo 132 del Código civil y en el artículo 27 del nuevo Código civil y comercial una norma material imperativa que garantiza la subsistencia de la emancipación en el caso de matrimonio putativo respecto del cónyuge de buena fe¹²⁶.

Durante la vigencia del antiguo Código civil, la emancipación podía realizarse por acta pasada ante las autoridades diplomáticas o consulares argentinas (art. 248 inc. j, Reg. cons.), que devenía el único medio si la *lex loci* (el derecho local) desconoce la institución de la emancipación, como el derecho inglés y de algunos estados de los Estados Unidos. Con la entrada en vigor del nuevo Código civil y comercial, el cónsul no puede otorgar más emancipaciones por ser actos que ya no pueden otorgar los notarios.

El problema de si la emancipación extingue la responsabilidad parental o la tutela se rige por el derecho aplicable a estas últimas. Pero en caso de conflicto sobre una incapacidad del menor en relación a los actos prohibidos o supeditados a la autorización paterna, la ley de la emancipación prevalece.

d) Cambio de domicilio y mayoría

El domicilio es susceptible de mudamiento. El cambio de domicilio puede dar lugar a que quien era capaz según la ley de su anterior domicilio sea incapaz según la ley de su nuevo domicilio, y

¹²⁵ *Ibid.* 410, nota 79 bis 1.

¹²⁶ La noción del matrimonio putativo fue acogida en el derecho argentino en los artículos 221 y 222 del Cód. civ. en virtud de la Ley N° 23.515 (arts. 428 y 429, Cód. civ. y com.), con el objeto de mitigar el rigor de privar *ex tunc* (hacia el pasado) de todo efecto a las nupcias celebradas de buena fe por parte de ambos cónyuges, o al menos, por uno de ellos.

viceversa. El problema consiste en saber si, a los efectos de determinar la mayoría de una persona, el domicilio debe considerarse *antes* o *después* del cambio que ha sufrido. Es lo que se denomina “cambio de estatuto” o “conflicto móvil”. Los artículos 138 y 139 del antiguo Código civil dan dos soluciones expresas al conflicto móvil:

El artículo 138 establece que si un menor o no emancipado según el derecho de su domicilio extranjero muda su domicilio a la República, será considerado mayor o menor emancipado si lo fuese para la ley argentina. Naturalmente que la capacidad para radicar su domicilio por actos propios en el territorio argentino se rige la *lex fori*. Así lo ha considerado la jurisprudencia¹²⁷. No es que el precepto carezca de aplicación práctica si el interesado no tuviera capacidad para cambiar por sí su domicilio mientras fuera menor, como afirman algunos autores¹²⁸. Pero lo cierto es que limitar la situación fáctica al supuesto de cambio de domicilio derivado del traslado del domicilio de los padres o del representante legal al país, parece reñido con la idea material latente en la norma de favorecer la mayoría o emancipación.

El artículo 139 del Código civil comulga con el principio de la invariabilidad del estatuto inicial determinado según la ley del domicilio anterior. Un mayor o menor emancipado según el derecho de su anterior domicilio extranjero sigue siéndolo aunque las leyes argentinas de su nuevo domicilio no lo juzguen así. El nuevo Código civil y comercial ha confirmado esta solución en el segundo párrafo del artículo 2616 cuando establece que “[e]l cambio de domicilio de la persona humana no afecta su capacidad, una vez que ha sido adquirida”. Ciertamente que si una persona es mayor o menor emancipada según su ley domiciliaria no deja de serlo por transitar o residir actualmente en la Argentina, en virtud de las reglas generales de los artículos 6, 7 y 948 del Código civil y del primer párrafo del artículo 2616 del Código civil y comercial. La idea fundante del artículo 139 es la misma que la del artículo 138: la preferencia por el derecho más favorable a la capacidad.

Los artículos 138 y 139 dan también varias soluciones implícitas al conflicto móvil: hay que considerar mayor o menor emancipado a quien muda su domicilio de la República al extranjero, o entre dos países extranjeros, si lo es en el primero o en el segundo (extensión multilateral

¹²⁷ CCiv. 2ª Capital Federal. LL. 26-573. JA. 1942-II-789.

¹²⁸ Romero del Prado, Víctor. *Derecho internacional privado*. Córdoba: Assandri, 1961. I, 47-48; Feldstein de Cárdenas, ob. cit. n. 118. 66-67; Weinberg de Roca, ob. cit. n. 32. 159.

de los arts. 138 y 139); y también al que viaja al extranjero siendo menor, gana la mayoría de edad sin fraude y regresa luego a la Argentina (caso de ida y vuelta). Se aplica el derecho más favorable a la capacidad. Así se resolvió en el caso “Evelina Geraldina Faustina Berman”, aplicándose por analogía los artículos 138 y 139 a la hipótesis de que un menor salga del país e ingrese en otro cuyo derecho la considere capaz para constituir domicilio¹²⁹. Este caso involucró precisamente una representación diplomática argentina. La señorita Berman llegó a Tel Aviv (Israel) siendo mayor de 18 años. A efectos de poder casarse necesitaba volver a Buenos Aires para obtener una dispensa judicial frente a la oposición de sus padres. Sin embargo, se topó con la negativa del consulado a extenderle su pasaporte por ser menor de edad y porque sus padres no consentían su expedición. La Cámara juzgó que, domiciliándose la hija en Israel, donde ha llegado a la mayoría de edad que allí se adquiere a los 18 años, correspondía resolver a favor de la solicitante. Esta doctrina quedó plasmada en las Normas de aplicación del Reglamento consular que establecen que “cuando los funcionarios consulares expidan, renueven o prorroguen pasaportes a menores de 22 años de edad [21 años desde la Ley N° 17.711, y 18 años desde la Ley N° 26.579], tendrán en cuenta los artículos 138 y 139 del Código civil respetando las leyes del domicilio que determinan los mismos”.

Como el nuevo Código civil y comercial, los Tratados de Montevideo tienen disposiciones semejantes al artículo 139 del Código civil, pero no al artículo 138 (art. 2 de ambos Tratados de 1889 y 1940). No obstante, la regla a favor de la ley que otorga la capacidad, ya sea la del anterior domicilio o la del nuevo, puede reputarse declarativa de un principio general del derecho internacional privado¹³⁰.

e) *La interdicción*

A diferencia de los menores de edad, cuya ley domiciliaria los tiene directamente por incapaces, los mayores de edad no sufren una incapacitación como resultado de una medida individual, administrativa o judicial, de que son objeto. Cuando la persona no puede cuidar de sí misma o de sus bienes, como resultado de una patología congénita o

¹²⁹ CNCiv., Sala C. LL. 91-439. JA. 1958-IV-27 (con comentario de Werner Goldschmidt. *Revista de derecho internacional y ciencias diplomáticas*. 14 (1958): 81 ss. y 169 ss.).

¹³⁰ Capotorti, ob. cit. n. 116. 211-212.

sobreviniente, es habitual que se le designe un “curador” a cuyo cargo estará el cuidado del interdicto y tomar ciertas decisiones por él, en ocasiones con autorización judicial, v.gr. cuando se trata de disponer de sus bienes (arts. 434, Cód. civ.; art. 122, Cód. civ. y com.) o la internación del incapaz (art. 482 1º párr., Cód. civ.; art. 41, Cód. civ. y com.).

Los jueces argentinos son competentes para establecer la interdicción, por demencia u otras causas legales, cuando el denunciado tenga su domicilio (arts. 400, Cód. civ.; art. 58, Tratado de Montevideo de 1889; art. 2608, Código civil y com.) o su residencia habitual en la Argentina (art. 2608, Código civil y com.). En el caso de domicilio o de residencia argentinos, según sea el caso, la jurisdicción argentina es exclusiva¹³¹; lo que implica que las autoridades argentinas no reconocerán decisiones extranjeras que declaren a la persona incapaz y/o la sometan a una curatela, como las que provengan del Estado donde la persona debió ser internada por la razón que fuere. Aunque razones de urgencia podrían habilitar la jurisdicción extranjera para ordenar la internación o adoptar otras medidas provisionales o de aseguramiento de un presunto incapaz hallado en su territorio (de acuerdo con su propia legislación, y en función de bilateralizar el artículo 2641 del Código civil y comercial que se refiere a la competencia de las autoridades argentinas –y no extranjeras– para adoptar medidas urgentes de protección), no le otorgan competencia para conocer en el juicio de insania o discernir la curatela de una persona con centro de vida argentino. Una persona con domicilio o residencia habitual argentinos que no ha sido incapacitada judicialmente en la Argentina, deberá ser tenida por capaz en relación con los trámites que pretenda realizar ante el consulado, puesto que “la capacidad es asunto que maneja la ley y que en este caso lo hace a través de un procedimiento especial de incapacitación que no ha sido cumplido”¹³².

Si, en cambio, la persona vivía en el exterior, la declaración de incapacidad que dicte una autoridad extranjera sí será susceptible de reconocimiento por la autoridad argentina, en la medida en que provenga del juez del país del domicilio o de la residencia del sujeto y que, naturalmente, no sea violatoria de nuestro orden público, v.gr. si declarara la incapacidad de una persona por “caer en indigencia”, o de un sordomudo que sabe darse a entender por escrito (art. 54 inc. 4, Cód. civ.) o de un ciego que supla la carencia utilizando tecnologías adecuadas.

¹³¹ CCiv. 1ª Capital Federal, “Zucker, Carlos Antonio”. 19/7/1932. *Gaceta del foro*. 92. 223 ss. JA. 38-1045.

¹³² Llambías, ob. cit. n. 68. I, 447-448 y la jurisprudencia citada.

El levantamiento de la interdicción concierne al juez argentino del domicilio o de la residencia actual del afectado, aunque la incapacitación haya sido declarada en el extranjero¹³³. Si el incapaz vive en el extranjero, podrá ser rehabilitado por el juez del domicilio o de su residencia extranjeros, surtiendo aquella rehabilitación pleno efecto en Argentina.

Determinado quién ejerce la representación del mayor incapaz, las facultades del curador se rigen por el derecho del lugar del domicilio de la persona de cuya protección se trate (art. 27, Tratado de Montevideo de 1940; art. 2640, Cód. civ. y com.), salvo en el marco del Tratado de Montevideo de 1889 que se rige por la ley del lugar donde se discernió la curatela (art. 21), sujeto siempre a su compatibilidad con el orden público argentino. Debe recordarse, empero, que la determinación de cuáles actos pueden ser realizados por los interesados por sí solos o si en cambio precisan la habilitación de su representante legal, se determina por la ley personal del interesado que es la de su domicilio (art. 1, Tratado de Montevideo de 1940; arts. 6 y 7, Cód. civ.; art. 2616, Cód. civ. y com.). La observación solo es relevante en los casos a los que se aplica el Tratado de Montevideo de 1889, ya que para el Tratado de Montevideo y el derecho internacional privado de fuente interna el derecho del domicilio rige tanto la capacidad de actuar del incapaz como las facultades de su representante. Como en el caso de los menores de edad sometidos a tutela, las facultades de los curadores sobre los *bienes* del incapaz se rigen por el derecho de su situación (art. 22), mientras que en el Tratado homónimo de 1940 (art. 28) y en el Código civil y comercial (art. 2640) se aplica el derecho del domicilio del menor.

Una situación especial concierne a la incapacidad civil de los penados¹³⁴. Pensemos en el ciudadano argentino que es encarcelado en el extranjero en virtud, por ejemplo, de ser hallado culpable de ingresar estupefacientes u otro delito común como el homicidio o el robo. La sentencia penal extranjera tiene efecto automático en nuestro país a título de realidad jurídica concreta, tanto si emana de un tribunal del Estado del domicilio o residencia de la persona como de un tercer Estado, y aunque el condenado haya tenido último domicilio o residencia argentinos. Empero, las repercusiones en el orden civil que acompañan a los

¹³³ CNCiv. Sala B. LL. 90-154. J.A. 1958-III-462 (con comentario de Werner Goldschmidt).

¹³⁴ Ferrari Bravo, Luigi. “Gli effetti delle condanne penali nel diritto internazionale privato italiano”. *Rivista di diritto internazionale*. 1960: 26-57.

condenados a privación de la libertad, la duración y el alcance de la incapacitación, quedarían sometidas a la ley del domicilio del penado al tiempo de la condena. Puesto en otros términos, las incapacidades que afectan a una persona domiciliada en Argentina que se encuentra privada de la libertad en el exterior, serán las que surgen del derecho argentino, quedando privado de la patria potestad, de la administración de sus bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos el penado por más de tres años de prisión (art. 12, Código penal) pero pudiendo contraer matrimonio (en la medida que lo autorice la ley que rige el matrimonio), otorgar testamento, reconocer hijos extramatrimoniales y actuar en juicio donde se ventilen actos que no le sean prohibidos¹³⁵. Asimismo, por aplicación del derecho material argentino, su capacidad restringida comienza a partir del momento en que la sentencia extranjera impone la pena privativa de la libertad, y perdura hasta que cesen los efectos de dicha sentencia¹³⁶. Por aplicación de estos principios, el condenado no podría otorgar ante el consulado una venia de viaje o autorizar la expedición de un pasaporte a un hijo suyo, prestar el consentimiento para que su hijo menor de 18 años nacido en el exterior adquiriera la nacionalidad argentina por opción, o dar un poder de administración o disposición de los bienes que posee en territorio argentino; pero sí puede realizar los actos que no están vedados a los condenados en Argentina. Bajo el mismo razonamiento, cuando el condenado argentino tenía domicilio en el país de la condena o en un tercer país, la ley del domicilio regirá los aspectos civiles de su incapacitación. Como correctamente señala Ballarino, “la sentencia penal constituye solamente el presupuesto –como cualquier otro hecho material o jurídico– para una valoración dada del derecho privado aplicable, como tal perfectamente reclamable”¹³⁷.

En el caso inverso, cuando la condena por más de tres años de privación de libertad fue pronunciada por un juez argentino, produce la consecuencia de derecho privado que estatuye el artículo 12 del Código penal (privación de la patria potestad, de la administración de sus bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos), aunque el sujeto estuviere domiciliado en el exterior. El mismo criterio debe seguirse con relación a las incapacidades de derecho que resultan de

¹³⁵ Llambías, ob. cit. n. 68. I, 506-507.

¹³⁶ *Ibíd.* 508-509.

¹³⁷ Ballarino, Tito e Andrea Bonomi. *Diritto internazionale privato*. 3ª ed. Padova: Cedam, 1999. 333.

diversas disposiciones legales —art. 166 inc. 7, Cód. civ. y art. 403 inc. e, Cód. civ. y com. (impedimento para contraer matrimonio a quien haya sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges); art. 398 inc. 10, Cód. civ. y art. 110 inc. f, Cód. civ. y com. (impedimento para ser tutor de los condenados por delito doloso); art. 475, Cód. civ. y art. 138, Cód. civ. y com. (extendiendo las leyes sobre tutela de los menores de edad a la curaduría de los incapaces); art. 990, Cód. civ. y art. 295 inc. a, Cód. civ. y com. (impedimento de ser testigos en instrumentos públicos); art. 3291, Cód. civ. y art. 2281 inc. a, Cód. civ. y com. (incapacidad para suceder como indigno de los condenados en juicio por delito doloso grave contra la persona de cuya sucesión se trate, de su cónyuge y de otros miembros de su familia); art. 19 incs. 1, 2 y 3, Código penal (privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular; privación del derecho electoral; e incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas; respectivamente). Las inhabilitaciones previstas en la legislación argentina son aplicables como normas de policía en cuanto están destinadas a surtir efecto en la Argentina, y como tales tienen preeminencia sobre la ley domiciliaria del condenado o la ley aplicable a la relación sobre la cual la interdicción repercute.

3) Excepciones a la ley domiciliaria

a) Conflicto entre la ley personal y la ley real

Determinadas capacidades especiales pueden dar lugar a una derogación de la ley del domicilio. Así, el artículo 10 del antiguo Código civil somete la capacidad de adquirir inmuebles argentinos a la legislación argentina, del lugar de su situación (*lex rei sitae*). Para el legislador de 1869, por formar los bienes argentinos parte del territorio nacional y que la Nación tiene sobre el territorio soberanía, todo lo que concierne a inmuebles debe regirse por el derecho argentino¹³⁸. Aunque el artículo 10 habla solamente de capacidad de “adquirirlos”, pareciera que la

¹³⁸ Notas a los arts. 2507 y 3283 del Código civil. Cabe aclarar que la interpretación literal del artículo 10 no fue seguida por la doctrina ni por la jurisprudencia que consideraban que la ley del lugar de situación no regía la capacidad de la persona para adquirir un inmueble sino la aptitud (capacidad) del inmueble de ser adquirido.

capacidad de “enajenarlos” también se somete a la misma ley. El artículo 10 constituye una norma unilateral referida exclusivamente a los inmuebles *argentinos*. Nada dice sobre el derecho a aplicar a los inmuebles *extranjeros*, a la capacidad de las personas para dictar sobre ellos un acto de disposición o de administración. Con todo, no es difícil contestar que ese derecho debe ser el de la situación del inmueble¹³⁹; salvo que a su vez la *lex situs* reenvíe el caso a otro derecho, v.gr. del domicilio o de la nacionalidad de la persona, respectivamente del titular del bien o su co-contratante dependiendo de la capacidad de quién esté en cuestión, o del lugar del acto.

El nuevo Código civil y comercial de la Nación, al limitar el ámbito de aplicación de la *lex situs* a los “derechos reales” sobre inmuebles (art. 2667), pone las cosas en su lugar. En adelante, la capacidad para adquirir o transmitir inmuebles argentinos o extranjeros, se rige por la ley del domicilio de la persona por aplicación de la regla general del artículo 2616¹⁴⁰.

Respecto de los bienes muebles, la capacidad se rige por la ley domiciliaria, ya se trate de muebles móviles o inmóviles, tanto en el régimen anterior como en el actual. Es que si bien el artículo 11 del Código civil somete los muebles de situación permanente a la ley del país donde están situados, la regla en este caso es omnilateral y no se basa en la soberanía nacional territorial.

Ahora bien, las prohibiciones de contratar respecto de determinadas cosas, en razón de la calidad de la cosa, v.gr. por estar fuera del comercio, se rigen por la ley real ya que no se trata en verdad de una incapacidad sino de una prohibición de objeto¹⁴¹. Contrariamente, las prohibiciones que provengan de la calidad de la persona, v.gr. la prohibición de los padres de comprar bienes de los hijos, o el tutor o curador los bienes de las personas a su cargo (art. 1361, incs. 1 y 2, Cód. civ.; art. 689 2º párr., Cód. civ. y com.), quedan sometidas a la ley personal.

¹³⁹ Goldschmidt, ob. cit. n. 15. 270-273.

¹⁴⁰ Noodt Taquela, María Blanca y Guillermo Argerich. “Derechos reales”. Rivera y Medina, ob. cit. n. 20. VI, 982-983.

¹⁴¹ Llambías, ob. cit. n. 68. I, 371.

b) Conflicto entre la ley personal y la ley del acto: capacidad para contraer matrimonio. Excepción a la excepción

Otras incapacidades, como la de los esposos por falta de edad legal, están excluidas de la ley personal, y sometidas en el derecho internacional privado argentino a la ley aplicable a la celebración del matrimonio (art. 159, Cód. civ.; art. 2622, Cód. civ. y com.)¹⁴². En este caso, el fundamento reside en lograr matrimonios válidos (*favor matrimonii*), lo que a su vez estaba orientado a defender el carácter matrimonial de la filiación (*favor filiorum matrimonii*) cuando el derecho vigente distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos; presumiendo el legislador que el lugar del matrimonio fue elegido por los contrayentes con la intención de realizar un matrimonio válido¹⁴³. Aunque la exclusión de la ley personal de los contrayentes es criticable por otras razones¹⁴⁴, sin duda es funcional al propósito de reducir las situaciones de matrimonios claudicantes, válidas en el lugar de celebración del matrimonio pero inválidas en el país de los contrayentes.

Se podría argumentar que la “capacidad” de un hermafrodita para casarse con otra persona de su sexo más predominante o de su sexo menos predominante, o de una persona transexual o transgénero para casarse con otra persona de su sexo asignado al momento del nacimiento o de su sexo rectificado, es una cuestión relativa a la institución del matrimonio y sometida al derecho aplicable a este último, ya que de no reconocerse en el país donde se celebró el matrimonio la unión homosexual, el matrimonio por aquellos contraído sería inexistente por identidad de sexo. Sin embargo, nos parece convincente la conclusión de Norrie de que el problema con el matrimonio hermafrodita o trans es cómo definimos los términos “hombre” y “mujer”; problema este que no hace a la esencia de la relación matrimonial sino a la posición del hermafrodita o de la persona trans en su propio sistema legal, es decir de acuerdo con la ley de su domicilio, y que no incide sobre la eventual naturaleza heterosexual del matrimonio. No es la definición de matrimonio lo que está en juego, sino la definición de “hombre” o de “mujer”, su “estado sexual”¹⁴⁵. Naturalmente que el problema no se

¹⁴² Pallarés, Beatriz. “Matrimonio”. Rivera y Medina, ob. cit. n. 20. VI, 861-862.

¹⁴³ Goldschmidt, ob. cit. n. 15. 289-290.

¹⁴⁴ Radzyminski, Alejandro. “La capacidad matrimonial en el DIPr. argentino”. LL. 1990-B-1056.

¹⁴⁵ Norrie, Kenneth McK. “Reproductive Technology, Transsexualism and

plantea en jurisdicciones donde no se exige diversidad de sexo entre los contrayentes como la Argentina; pero si el lugar de celebración del matrimonio no admite el matrimonio igualitario, la determinación del sexo de la persona de acuerdo con la ley competente es relevante en cuanto incide sobre la validez de la unión, o puede ser causa de disolución del matrimonio cuando la rectificación del sexo fue posterior a la celebración de la unión¹⁴⁶.

c) Conflicto entre la ley personal y la ley argentina: capacidad para optar por la nacionalidad argentina, para votar en elecciones argentinas y para entrar y salir del territorio argentino sin ir acompañado o ser recibido por un mayor. Excepción de orden público

(i) Capacidad para optar por la nacionalidad argentina

La capacidad para ejercer por cuenta propia la opción por la nacionalidad argentina, por ante el cónsul que corresponda como directamente ante el Registro Nacional de las Personas en territorio nacional, se rige por el derecho argentino que la ha fijado en los 18 años de edad (art. 2 inc. 1, Ley N° 346 de ciudadanía; art. 2, Decreto N° 231/1995 reglamentario sobre ciudadanía y naturalización, modificado por el Decreto N° 1601/2004). Cuando se trata de menores de 18 años, la opción debe ser formulada por quien o por quienes ejerzan la patria potestad (art. 1, Decreto N° 1601/2004). Estas disposiciones desplazan a las normas de conflicto del Código civil y de su sucesor el Código civil y comercial, y consideran mayor a una persona a los efectos de formular la opción según que tenga 18 años o más de edad, sin dar relevancia al hecho de que la persona pueda ser considerada menor para la ley de su domicilio extranjero o, en su caso, haberse emancipado antes de los 18 años por matrimonio o por la causa que fuere. Es que el legislador ha optado por regular sustancialmente esta cuestión previa vinculada a la determinación de la nacionalidad argentina, mediante el dictado de una norma material especial que excepciona la norma de elección general aplicable a la capacidad, con el objetivo, aparentemente, de unificar ciertas condiciones atinentes a la nacionalidad.

Homosexuality: New Problems for International Private Law”. *International & Comparative Law Quarterly*. 43 (1994): 769. Cfr. También Dreyzin de Klor, Adriana. *El derecho internacional privado actual*. Buenos Aires: Zavallía, II, 2017. 17.

¹⁴⁶ Oyarzábal, ob. cit. n. 70. 98.

Un presupuesto para adquirir la nacionalidad argentina por acto propio es que la persona mayor de 18 años no esté incapacitada por demencia u otra causa de incapacitación. Tanto en el caso de menores de edad no sometidos a responsabilidad parental, es decir bajo una tutela, como de mayores interdictos cuando los curadores judicialmente designados no sean los padres del incapaz, para ejercer la opción por la nacionalidad argentina se requerirá la autorización expresa de la autoridad judicial o de minoridad extranjera competente.

(ii) Capacidad para votar en elecciones argentinas

El artículo 1 del Decreto N° 1138/93, reglamentario de la Ley N° 24.007 de creación del Registro de Electores en el Exterior, considera elector al ciudadano argentino mayor de 16 años que resida en el exterior (el Decreto N° 403/2017 redujo la edad previamente establecida en 18 años), hecho que será avalado por el correspondiente cambio de domicilio asentado en su DNI. Esta norma no hace sino reproducir la prescripción del artículo 1 del Código electoral nacional aprobado por la Ley N° 19.945 que establece quiénes son “electores nacionales”, es decir la calidad de elector en todos los actos eleccionarios nacionales. Con la reducción de la edad para votar aprobada por la Ley N° 26.774, desde 2012, los argentinos nativos y por opción desde los 16 años de edad y los argentinos naturalizados desde los 18 años de edad gozan de la calidad, derechos y deberes del elector en las elecciones nacionales de su distrito, sin importar que la mesa electoral en que el elector esté incorporado se constituya en el territorio argentino o en el exterior en la sede de una embajada o de un consulado argentino. La legislación argentina desplaza cuanto pueda decir la legislación extranjera del domicilio de la persona, es decir aunque sea considerada menor o solo pueda votar con el consentimiento paterno o del esposo (como es el caso de ciertos países musulmanes) según las leyes del lugar donde vive.

Igualmente, es la legislación argentina la que decide quiénes *no* pueden votar en las elecciones argentinas, en particular por haberse naturalizado en país extranjero, o haber aceptado empleo u honores de gobiernos extranjeros sin permiso del Congreso¹⁴⁷, o haber quebrado

¹⁴⁷ Al respecto, hay que tener en cuenta la Ley N° 23.732 que autorizó a los ciudadanos argentinos a aceptar y usar condecoraciones y honores otorgados por los Estados con los que la República mantiene relaciones diplomáticas, salvo cuando impliquen obligaciones para con el Estado otorgante, en cuyo

fraudulentamente, o tener sobre sí sentencia condenatoria (art. 8, Ley N° 346 de ciudadanía argentina). Hay que recordar que aunque el cónsul está obligado a (y solo le compete) *denunciar* ante la Cámara Nacional Electoral los casos en que tuviere conocimiento que estén comprendidos en el artículo 8 de la Ley N° 346 (art. 15, Decreto N° 3213/1984 reglamentario sobre ciudadanía y naturalización), la *inhabilitación* corresponde a la justicia electoral no pudiendo cuestionarse el derecho de votar de una persona que figure en el padrón de la representación y exhiba su DNI (art. 28, Decreto N° 1138/1993).

(iii) Capacidad para fines migratorios

También la capacidad para salir y entrar al territorio argentino se rige por el derecho argentino, salvo cuando resulta aplicable un derecho extranjero. El régimen actual está establecido en la Disposición N° 2656/2011 de la Dirección Nacional de Migraciones y sus modificatorias, que unifica la normativa referida al egreso e ingreso de menores de edad, adecuando sus preceptos al objetivo primario que es garantizar el interés superior del menor, de conformidad con lo establecido por la Ley N° 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La Disposición N° 2656/2011 fue modificada por la Disposición N° 3328/2015, entre otras razones, a fines de adecuar lo establecido en cuanto a responsabilidad parental en aquel cuerpo normativo al nuevo Código civil y comercial, rigiendo actualmente la Disposición N° 1344/2022 del 6 de junio de 2022. Estas normas son relevantes para la función de asesoramiento que prestan los cónsules a los nacionales y extranjeros que viajan a nuestro país, como para la confección de venias de viaje consulares.

Para el egreso, el principio general es que necesitan autorización quienes no hayan alcanzado los dieciocho (18) años de edad, sean de nacionalidad argentina o extranjeros que sean beneficiarios de una residencia permanente, temporaria o precaria en la República Argentina o que hubieran permanecido en el territorio nacional por lapso igual o mayor a un año a partir de su último ingreso (art. 1, Anexo I, Disposición DNM N° 2656/2011, Anexo sustituido por art. 3° de la Disposición N° 1344/2022 de la Dirección Nacional de Migraciones). La autorización no será necesaria: a) cuando el menor se hallare emancipado por matrimonio contraído en la Argentina o en el extranjero (lo que

caso el beneficiario deberá pedir autorización del Congreso.

deberá probarse mediante el documento, argentino o extranjero según corresponda, del que surja el estado civil referido); b) cuando se trate de menores de edad argentinos que tuvieren su domicilio o residencia en el exterior (debiendo acreditarse tal circunstancia mediante un instrumento público, habitualmente el DNI en el que consta el domicilio extranjero); c) cuando se trate de extranjeros menores de 18 años que hubieran alcanzado la mayoría de edad en su país de origen o de residencia anterior, y posean radicación permanente, temporaria o residencia precaria en la República Argentina (debiendo acreditarse la ley extranjera mediante certificado expedido por la representación diplomática o consular del respectivo país, acreditada en la República Argentina); y d) cuando se trate de extranjeros que no hayan alcanzado los 18 años y que sean residentes transitorios, siempre que no hubieren permanecido un año o más desde su último ingreso (art. 2).

Con la entrada en vigor del nuevo Código civil y comercial, además del consentimiento de ambos progenitores para que el hijo pueda salir de la República o cambiar de residencia permanente en el extranjero, cuando el acto involucra a un hijo adolescente (de entre 13 y 18 años), es necesario el consentimiento expreso de este último (art. 645 últ. párr.). El artículo 645 se aplica solamente a los menores de edad domiciliados o que tengan residencia habitual en la República, sean de nacionalidad argentina o extranjera, no a los que vivan en el exterior.

Para el ingreso, necesitan autorización los menores de edad que no hubieren cumplido los trece (13) años, cualquiera sea su nacionalidad y categoría de ingreso, que no viajen acompañados o no sean aguardados por quien o quienes ejercen la responsabilidad parental o por un tercero autorizado (art. 14, Anexo I, Disposición DNM N° 2656/2011, Anexo sustituido por art. 3° de la Disposición N° 1344/2022 de la Dirección Nacional de Migraciones).

(iv) Excepción de orden público

Otras limitaciones a la aplicación de la ley del domicilio o de la *lex causae* (el derecho extranjero aplicable) vienen dadas por la acción del orden público internacional, v.gr. si el derecho indicado por la norma de conflicto argentina contemplase una incapacidad general para el goce de derechos –la denominada “muerte civil” (art. 103, Cód. civ.)– o introdujese discriminaciones atentatorias del principio de la igualdad de los sexos o de otra índole (arts. 16, Const. Nac.). Ello surge asimismo de

forma operativa como resultado de la ratificación por nuestro país de una serie de convenciones internacionales de derechos humanos, algunas de las cuales gozan de jerarquía constitucional. Dos de ellas se refieren específicamente a la capacidad.

La primera es la Convención de las Naciones Unidas sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de 1962, que atribuye a los Estados la competencia para fijar la edad mínima para contraer matrimonio, no pudiendo legalmente casarse las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo causa justificada y mediando la oportuna dispensa (art. 2); lo que se condice con el artículo 160 del antiguo Código civil y el artículo 2622 2º párrafo del nuevo Código civil y comercial que excluyen de los impedimentos para reconocer matrimonios extranjeros la falta de edad mínima establecida en la legislación argentina a partir de los 18 años. Sin embargo, como no cabría reconocer en la Argentina matrimonios extranjeros celebrados entre niños, la capacidad de los contrayentes se juzga en cada caso por el juez argentino del eventual reconocimiento. La definición de niño no puede tomarse del artículo 1 de la Convención de los derechos del niño de 1989, ya que conduciría al desconocimiento de todo matrimonio celebrado por menores de 18 años, y aun a convertir en norma de orden público internacional el impedimento del artículo 166 inciso 5 del Código civil y del artículo 403 inciso f) del Código civil y comercial que es de orden público interno (aplicable únicamente a los matrimonios que se celebran en nuestro país). Más bien habría que buscarla en función de la edad y madurez del niño para el discernimiento, que constituye un requisito del matrimonio válido y que deberá ser apreciado en cada caso por el juez argentino del reconocimiento.

La segunda es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 que obliga a los Estados a reconocer a la mujer, en materias civiles “una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad” (art. 15 inc. 2). No se podría admitir, por ejemplo, una legislación extranjera que negara o restringiera la capacidad de las mujeres para el ejercicio de la responsabilidad parental (art. 16 inc. 1 d y f), o para contratar (art. 15 inc. 2), o para contraer matrimonio (art. 16 in. 1 a). Nos preguntamos si no violaría nuestro orden público una legislación extranjera que estableciera una edad mínima para contraer matrimonio para las mujeres que fuere superior o inferior a la establecida

para los hombres, cuando en la legislación argentina se ha eliminado la distinción que existía al respecto entre el hombre (18 años) y la mujer (16 años), unificándola en los 18 años (Ley N° 26.579 de modificación del Cód. civ.).

§ V
**LOS ACTOS DE ESTADO CIVIL:
LA COMPETENCIA REGISTRAL DE LOS CÓNSULES Y EL
RECONOCIMIENTO DE EFICACIA DE PARTIDAS EXTRANJERAS**

1) Naturaleza y alcances de las funciones consulares en materia de estado civil

Consideraciones de policía y la intervención de un servicio público explican en gran medida la exclusión de los actos de estado civil del estatuto personal o, más generalmente, del ámbito de la ley aplicable al inicio y extinción de la personalidad humana y a otros hechos constitutivos del estado de las personas, como la filiación.¹⁴⁸

En esta materia adquiere relevancia decisiva la jurisdicción, propia de todas las cuestiones de derecho administrativo y de derecho registral internacional que son derecho *público* y por tanto esencialmente territorial. El principio general es que la jurisdicción internacional de los funcionarios del estado civil argentino se determina por el derecho argentino, que es el que determina de manera rígida, exclusiva y excluyente sus competencias; y que esas competencias alcancen únicamente a los hechos (nacimientos, matrimonios, defunciones, etc.) ocurridos en territorio argentino o en lugares bajo jurisdicción nacional¹⁴⁹. En cambio, los funcionarios del Registro Civil argentino son en principio incompetentes para constatar y registrar inscripciones sobre hechos ocurridos en el extranjero¹⁵⁰. Solo conocen *indirectamente* de ellos a través de la transcripción de las partidas extranjeras y de las inscripciones marginales de actos pasados en el extranjero; al igual que a través del servicio público del estado civil de los nacionales encomendado a los funcionarios diplomáticos y consulares argentinos en el exterior, lo que puede considerarse una excepción a la regla de la competencia territorial del Estado admitida por el derecho internacional (art. 5 inc. f, Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963)¹⁵¹.

¹⁴⁸ Batiffol et Lagarde, ob. cit. n. 3. II, 26 y 28-33.

¹⁴⁹ Oyarzábal, Mario J. A. "Los actos de estado civil en derecho internacional privado y la competencia específica de los agentes diplomáticos y consulares argentinos". *Anuario argentino de derecho internacional*. XIII (2004): 125 ss.

¹⁵⁰ CNCiv. J.A. 1954-III-453.

¹⁵¹ No obstante, se discute el alcance de esta excepción, en virtud de que la

Los consulados argentinos, desde el punto de vista jurídico-administrativo, no son registros civiles, y consecuentemente no pueden asentar actos con carácter constitutivo del estado civil. Solo están facultados para registrar partidas u otros instrumentos emitidos por las autoridades locales de su circunscripción, sin que puedan realizar inscripciones fundadas en manifestaciones o constataciones que no surgen de forma expresa de esa documentación. He aquí un punto fundamental que hace a la naturaleza de la actividad consular, y que se manifiesta entre otras cosas en la prohibición de celebrar matrimonios. La excepción a esta regla es la inscripción de actas de nacimiento y defunción que presenten los capitanes de buques argentinos (art. 241 *in fine*, Reg. cons.), extensible a las que extiendan los capitanes de aeronaves argentinas conforme el artículo 85 del Código aeronáutico (Ley N° 17.285).

2) Las funciones específicas de los agentes diplomáticos y consulares argentinos en materia de estado civil

a) Marco normativo. Libro de registro del estado civil de las personas

Las funciones específicas de los cónsules en cuestiones de estado civil están establecidas genéricamente en el artículo 20 inciso c) 2° párrafo de la Ley N° 20.957 del Servicio Exterior de la Nación, que tiene razón de ser en el artículo 82 del Código civil –actual artículo 97 2° párrafo del Código civil y comercial– que asigna a los registros consulares el mismo valor probatorio de las partidas extranjeras legalizadas. El artículo 81 inciso 3 y los artículos 241 a 244 del

disposición mencionada prescribe que las funciones notariales y de registro civil de los cónsules extranjeros no deben oponerse a las leyes y reglamentos del Estado receptor. Por ejemplo, los cónsules argentinos no pueden actuar en ningún caso como oficiales públicos para celebrar matrimonios; lo que concuerda con la doctrina que desconoce entre nosotros los matrimonios que se celebran en consulados extranjeros por ser inexistentes para nuestro derecho. Pero no habría inconveniente en admitir *de lege ferenda* tanto unos como otros. El matrimonio celebrado en consulados argentinos tendría eficacia en la República Argentina aunque no la tuviera en el país donde el consulado está acreditado. Spota, Alberto G. *Tratado de derecho civil: Parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1962; Goldschmidt, ob. cit. n. 15. 302.

Reglamento consular, y el capítulo XIV de sus Normas de aplicación modificado por la Resolución Ministerial N° 390/2017, completan el plexo normativo dentro del cual deben actuar los agentes consulares de la República en esta materia.

El Reglamento consular vigente establece que toda oficina consular llevará un Libro de registro del estado civil de las personas debidamente foliado y rubricado (art. 240) en el cual los funcionarios consulares inscribirán a petición de parte interesada las partidas otorgadas por las autoridades del registro civil de su circunscripción, siempre que las mismas no contravengan el orden público de la República. En el Libro de registro del estado civil de las personas se inscriben las partidas de nacimiento y de defunción, y otros actos que modifican el estado civil de las personas.

b) Inscripciones

(i) De partidas de nacimiento

Debe tratarse de partidas de nacimiento de hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos de padre o madre argentinos nativos, por opción o naturalizados, para ser susceptibles de inscripción en un Libro de registro del estado civil de las personas de un consulado o sección consular de una embajada. En el caso de hijos adoptivos, el trámite de la adopción debe encontrarse concluido de acuerdo con la legislación local y sus efectos jurídicos ser asimilables a los que la legislación argentina atribuye a la “adopción plena”. También se requiere la inscripción de la sentencia de adopción extranjera en el país.

En la práctica, la mayoría de las inscripciones de partidas de nacimiento tiene por objeto la concreción del trámite de opción por la nacionalidad argentina, por así exigirlo el capítulo XV punto 2 3° párrafo de las Normas de aplicación del Reglamento consular; pero nada obsta a que las inscripciones se efectúen por otras razones inherentes a motivaciones particulares de quienes requieren el trámite. De ahí que la norma autorice la registración de la partida de nacimiento de hijos de argentinos por naturalización que carecen del derecho de optar por la nacionalidad argentina.

La inscripción se realiza transcribiendo los datos sustanciales de las partidas de estado civil expedidas por el registro civil del lugar, en concordancia con las disposiciones establecidas en el Registro Civil de la

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debiendo agregarse a la inscripción registral la partida local original debidamente legalizada o apostillada y traducida (cap. XIV punto 1, Normas de aplicación Regl. cons., modificado por la Resolución Ministerial N° 390/2017). La circunstancia de que la partida contenga menciones insólitas o aun prohibidas por el derecho argentino, como la raza o la religión del individuo o la calidad de hijo incestuoso, no basta para rechazarla. En este, como en otros ámbitos, la utilización del orden público tiene carácter restrictivo; limitado a aquellos casos en que la partida no permite una acabada identificación del individuo –v.gr. si lo identifica solo por el nombre familiar, sin un prenombre, o por el contrario, solo con prenombre y sin apellido–, o el hecho que se afirma excede los límites de la verosimilitud o de la prudencia –v.gr. si atribuye la paternidad al marido que falleció más de trescientos días después del nacimiento del hijo, situación en la que no cabe presumir la paternidad salvo en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida (art. 243, Cód. civ.; art. 566, Cód. civ. y com.).

En cambio, no sería violatoria del orden público argentino una partida que atribuya al hijo más de tres prenombrados, apellidos como prenombrados, primeros prenombrados idénticos a primeros prenombrados de hermanos vivos (si tienen otros nombres que los distinguen), o prenombrados extravagantes. Tampoco que el hijo lleve el apellido de una persona cuya filiación no se encuentra determinada, o prenombrados como apellidos, o un apellido cualquiera diferente del de alguno de los padres¹⁵². Las prohibiciones que impone el Código civil y comercial argentino (arts. 63 y 64) solo rigen en principio para las inscripciones de nacimiento argentinas. El hecho de que la inscripción consular se realice con el objetivo de –e incluso simultáneamente con– la opción por la nacionalidad argentina no altera tal estado de cosas¹⁵³. El principio de la

¹⁵² Oyarzábal, Mario J. A. “El nombre y la protección de la identidad de las personas. Cuestiones de derecho internacional público y privado”. *Prudentia iuris*. 58 (2004): 85-86.

¹⁵³ En cambio, Ciuro Caldani piensa que la idea básica del art. 1 de la Ley N° 18.248 de nombre de las personas fue someter el nombre de origen de los argentinos nativos a las leyes de la República; lo que ha sido puesto en duda por Fermé. Ciuro Caldani, Miguel Ángel. “El nombre de las personas de existencia visible en el mundo jurídico en general y en el DIPr.”, *Revista del Colegio de Abogados*. 12 (1977): 144-5; Fermé, Eduardo Leopoldo. “El nombre de las personas físicas en el derecho internacional privado”. *Anuario argentino de derecho*

unidad del nombre del derecho argentino, que significa que cada persona no puede tener legítimamente dos nombres¹⁵⁴, justifica que al inscribir una partida extranjera no se lo ajuste de acuerdo con las disposiciones de la legislación argentina; ya que tal “nacionalización” del nombre produciría precisamente que la persona pase a llamarse de manera diferente en la Argentina y en el exterior. Ello podría conculcar incluso la Convención sobre los derechos del niño de 1989, cuyo artículo 8 reconoce el derecho del niño a “preservar” su identidad, incluido el nombre.

Tampoco se debería, a nuestro juicio, rechazar la inscripción de una partida de nacimiento extranjera de la que surja que la persona es hija de dos hombres o de dos mujeres, con fundamento en la inverosimilitud del hecho del estado civil extranjero, es decir que la persona sea hija biológica de dos personas del mismo sexo, o que se alegue la ilicitud en la Argentina del contrato sobre inseminación artificial o fecundación *in vitro* que está en el origen de la filiación, v.gr. un contrato sobre gametos (de dación de óvulos o de esperma) a título oneroso, o gestación por sustitución que cierta doctrina argentina tiende a considerar como inmorales y contrarios a nuestro orden público internacional¹⁵⁵. Ello no sería congruente con el principio del interés superior del niño –consistente en la hipótesis en que al hijo se le atribuya un “estado”– que inspira la legislación argentina interna incluyendo el nuevo derecho internacional privado y la Convención sobre los derechos del niño (ratificada por Argentina y constitucionalizada por la reforma de 1994), y la tendencia del derecho comparado de aceptar la aplicación de leyes extranjeras más liberales en cuanto a las posibilidades de establecimiento de una filiación, a la luz de la realidad no solo biológica sino también sociológica que revela la posesión de estado¹⁵⁶. Ni siquiera el hecho de que las personas se hayan desplazado al exterior con el objetivo manifiesto de beneficiarse de una legislación más permisiva (que

internacional. IX (1999): 30. En cualquier caso, la Ley N° 18.248 ha sido derogada sin que el nuevo Código civil y comercial contenga una disposición del tenor del artículo 1 de la primera.

¹⁵⁴ Llambías, ob. cit. n. 68. I, 362.

¹⁵⁵ Sosa, Gualberto Lucas. “Un nuevo hito en la filiación biológica en el DIPr.”. *Revista jurídica del nordeste El Jurista*. 11 (1993): 22-24.

¹⁵⁶ Oyarzábal, Mario J. A. “El reconocimiento en la Argentina de la paternidad de hijos concebidos en el extranjero por inseminación artificial de una pareja de homosexuales hombres”. *LL Suplemento de actualidad*. 21 de febrero de 2006. 1-2.

haya habido fraude a la ley argentina) justifica que no se considere prioritariamente el interés superior del niño. El nuevo Código civil y comercial ha establecido parámetros claros cuando dispuso que los principios argentinos que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos de la inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas y que “[e]n todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño” (art. 2634 2º párr.).

La posición de la Cancillería ha sido que los cónsules se abstengan en principio de inscribir en el Libro de registro civil consular las partidas de nacimiento de los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida, y que se asesore a los padres sobre la posibilidad de inscribir la partida de nacimiento en el Departamento de Extraña Jurisdicción del Registro Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La posición podría justificarse en que no serían los cónsules sino los jueces la “autoridad competente” de que habla el artículo 2634. Ahora bien, la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas porteño, el 13 de octubre de 2017 dictó la Disposición N° 93/DGCR/17 por la que autoriza a inscribir, en términos preventivos, los nacimientos de los menores nacidos por técnicas de reproducción humana asistida bajo determinados presupuestos: 1) que se trate de menores nacidos en el país por el método de gestación solidaria realizada en el país; 2) que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada; 3) que la gestante previa y fehacientemente hubiera expresado no tener voluntad procreacional; y 4) que la inscripción se haga en términos preventivos, debiendo asentarse en el legajo los datos de la gestante. Así las cosas, no se observan razones de peso para que los consulados no inscriban también las partidas de menores nacidos en su circunscripción por técnicas de reproducción humana asistida bajo los mismos presupuestos de la Disposición N° 93/DGCR/17.

Por las mismas razones expresadas precedentemente, no cabría rechazar, a nuestro juicio, la inscripción consular de una partida extranjera de la que surja que un hijo tiene tres progenitores (el padre, la madre biológica, y la mujer que llevó el niño en su útero y lo parió), ya que el tercer párrafo del artículo 558 del Código civil y comercial que establece que “[n]inguna persona puede tener más de dos vínculos

filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación” no parecería ser de orden público. Existen antecedentes de triple filiación en Argentina. En el primer caso conocido, el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires admitió inscribir a la persona como hijo de sus dos mamás y de su papá con el fundamento de que el padre no había renunciado a su derecho a reclamar la filiación en el marco del procedimiento de fertilización asistida y, aun más, expresó libremente que es padre biológico y que comparte el interés superior del niño. La decisión administrativa reconoce el derecho fundamental a la identidad de la persona (cuyo goce sería parcial de no admitirse completar su identidad con el reconocimiento legal del papá) y el interés superior del niño¹⁵⁷. Ciertamente es que la filiación fue autorizada antes de la entrada en vigor del nuevo Código, cuando no existía una norma del tenor del artículo 558 3° párrafo citado, alegándose el principio de reserva que consagra el artículo 19 de la Constitución Nacional (nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe). Pero desde la entrada en vigor del nuevo Código civil y comercial, un fallo de la Justicia Nacional dispuso que un niño concebido mediante reproducción humana asistida sea inscripto con el apellido paterno, a pesar de que el hombre murió y no pudo anotarlo como propio, con fundamento en la nueva filiación que incorporó la normativa. Para el Juzgado “la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos” en razón de lo cual “la voluntad procreacional desplaza a la verdad biológica”¹⁵⁸. Cabe agregar que en la legislación argentina el

¹⁵⁷ Disposición de la Directora Nacional del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires del 22 de abril de 2015 en el Expediente 2209-237806/2014. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<http://www.colectivoderechofamilia.com/mama-mama-y-papa-la-primera-filiacion-triple-de-argentina>>. El segundo caso de rectificación registral por triple filiación fue la Ciudad de Buenos Aires. “Un niño podrá tener los apellidos de sus mamás y su papá en la Ciudad”. *Infojus Noticias*, 13 de julio de 2015. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<http://www.archivoinfojus.gob.ar/nacionales/un-nino-podra-tener-los-apellidos-de-sus-mamas-y-su-papa-en-la-ciudad-9126.html>>.

¹⁵⁸ “Nuevo Código Civil y Comercial: fallo dispuso la inscripción de un niño nacido mediante técnicas de reproducción asistida como hijo de una persona

principio binario regulado en el artículo 558 3º párrafo no es absoluto (v.gr. en la filiación por integración, cuando sea más conveniente para el niño, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo filiatorio con el progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante, a la vez que se crea un vínculo filial nuevo con el adoptante, a tenor de lo dispuesto en los arts. 621, 630 y 631 del Cód. civ. y com.). Incluso, es argumentable que el artículo 558 3º párrafo es inconstitucional al conculcar el derecho a la identidad que reconocen los artículos 7 y 8 de la Convención de los derechos del niño de 1989 que tiene jerarquía constitucional, así como los artículos 14 bis y 19 de la Carta Magna que garantizan el derecho humano a conformar una familia y la libertad familiar”.

Finalmente, el artículo 559 del Código civil y comercial se aplica a los certificados de nacimiento que expide el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, los cuales deben ser redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

(ii) De partidas de matrimonio y sentencias de divorcio

El Reglamento consular previó la posibilidad de inscripción de partidas de matrimonio y de divorcio en el Libro de registro del estado civil de las personas respectivamente en los artículos 241 inciso b) y 243, los cuales no han sido derogados. Sin embargo, con la sanción de la Ley N° 26.413 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, los consulados han dejado de dar curso a solicitudes de inscripción de estas partidas por considerarse que es incompatible con lo establecido en el artículo 77 de la mencionada ley que prevé un procedimiento específico para el reconocimiento de matrimonios y sus sentencias disolutorias realizadas en otros países, a los efectos de determinar que se ajusten a las disposiciones legales en vigor, tanto en lo que respecta a sus formalidades extrínsecas como a su validez intrínseca, debiendo este registro ser ordenado por juez competente.

fallecida” [en línea]. *CIJ Centro de Información Judicial*—Agencia de noticias del Poder Judicial, 18 de agosto de 2015. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<http://www.cij.gov.ar/nota-17439-Nuevo-C-digo-Civil-y-Comercial--fallo-dispuso-la-inscripci-n-de-un-ni-o-nacido-mediante-t-nicas-de-reproducci-n-asistida-como-hijo-de-una-persona-fallecida.html>>.

(iii) De partidas de defunción

Los certificados de defunción deben inscribirse de oficio cuando el cónsul tenga conocimiento del suceso, para lo que habrá de solicitar de las autoridades locales la correspondiente partida (art. 244, Reg. cons.). Ello es así sin perjuicio de la obligación que incumbe al Estado receptor de comunicar la defunción de los argentinos que ocurran en su territorio a los agentes consulares de la República, que surge del artículo 37 inciso a) de la Convención de Viena sobre relaciones consulares y que es deber del jefe de la oficina consular argentina velar por que se cumpla (cap. XIV punto 1 penúlt. párr., Normas de aplicación Regl. cons.). Un certificado de la transcripción es extendido por la oficina consular a efectos de la correspondiente notificación al Registro Nacional de las Personas, organismo del cual los consulados son oficinas seccionales (art. 17 inc. b, Ley N° 17.671 de identificación, registro y clasificación del potencial humano nacional).

Al igual que en el supuesto de los nacimientos, la inverosimilitud del hecho que la partida de defunción afirma justificaría el rechazo a inscribirla, por ejemplo si indicara que la persona falleció a los 150 años de edad, con fundamento en la violación del orden público o en la sospecha de fraude. Tampoco pueden inscribirse las partidas de defunción de las cuales no surjan de manera indubitada algunos datos esenciales del acto, como por ejemplo cuando no esté establecida de manera cierta la fecha en la que se produjo el deceso.

(iv) De otros actos que modifiquen el estado civil de las personas

Adicionalmente, el Reglamento consular permite inscribir cualquier otro acto que modifique el estado civil de las personas (art. 241 inc. d), como cuando ha mediado un cambio de nombre, una rectificación registral del sexo por identidad de género, o una adopción plena. También se puede tratar de un simple salvado de errores materiales realizados por los registros civiles locales.

En el caso de reconocimiento de un hijo extramatrimonial nacido en la circunscripción consular, la registración del acto extranjero se realiza en forma conjunta o complementaria con la de la partida de nacimiento del hijo reconocido. No debe confundirse este supuesto con las facultades de los cónsules de consignar declaraciones sobre

reconocimiento de hijos extramatrimoniales que otorgan los artículos 20 inciso c) de la Ley N° 20.957 y 248 inciso c) del Reglamento consular, referidas a personas nacidas en la República Argentina y que consiguientemente cuentan con un asiento de nacimiento en un Registro Civil de nuestro país donde puede registrarse el reconocimiento. En este caso, cabe confeccionar un acta en el Libro de actas notariales del consulado y no corresponde asentar constancia alguna en el Libro de registro del estado civil de las personas.

No procede, en cambio, inscribir actos que no modifiquen el estado civil de las personas (interpretación a *contrario sensu* del art. 241 inc. d, Reg. cons.). De ahí que los cónsules podrían inscribir, a solicitud del interesado, adopciones plenas pero no adopciones simples, ya que la adopción simple no confiere a la persona un estado que sustituye al de origen.

c) Traducciones

Las partidas redactadas en un idioma extranjero deben estar acompañadas por su traducción al idioma nacional, integrando ambos documentos el Libro de registro del estado civil de las personas de la oficina consular (cap. XIV, punto 1 2° párr., Normas de aplicación Regl. cons., modificado por la Resolución N° 390/2017). La traducción puede ser hecha por un traductor público debidamente autorizado para ejercer la profesión en la Argentina (art. 76, Ley N° 26.413 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas; art. 64, anterior Decreto-Ley N° 8.204/1963) o en el extranjero. La utilización de partidas plurilingües, en los países que las extienden, incluidos varios europeos¹⁵⁹, es recomendada por la Cancillería.

¹⁵⁹ Convención n° 16 relativa a la expedición de certificados plurilingües de actas del estado civil, elaborada por la Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC) de 1976, de la que son partes Alemania, Austria, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Cabo Verde, Croacia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Macedonia del Norte, Moldavia, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Serbia, Suiza y Turquía; y Convención n° 34 relativa a la expedición de certificados plurilingües y códigos de actas del estado civil de 2014, de la que son partes Alemania, Bélgica y Suiza. Se puede acceder al texto de las convenciones y los modelos de certificados de registros de nacimiento, matrimonio y defunción aprobados, en el sitio de Internet de la Comisión. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<https://www.ciec1.org/conventions-fr>>.

Los nombres no se castellanizan, aunque tengan traducción al idioma nacional. Solo se impone, de ser el caso, el reemplazo de los caracteres árabes, chinos, rusos, etc. por otros latinos, pero respetando la fonética del Estado de procedencia (transliteración)¹⁶⁰. Para ello, las autoridades argentinas pueden valerse de los documentos que los propios interesados les aportan, incluido su pasaporte extranjero, ya que es común que los nombres cuya grafía es distinta a la latina vengan acompañados de una transliteración al idioma inglés o francés. En su defecto, cabría recurrir al empleo de un traductor, y aun a la declaración del propio interesado. Cuando existan diversas variantes, fundamentalmente en la inscripción de partidas de nacimiento, hay que tener en cuenta la forma en que los apellidos paterno y materno fueron traducidos en la documentación original argentina de los padres, con el fin de evitar alteraciones o diferencias en la forma de escribirlos que luego puedan producir inconvenientes a los menores de edad (cap. XIV, punto 1 3º párr., Normas de aplicación Regl. cons.). Pero si el nombre consta en caracteres latinos, se inscribe en principio textualmente como surge de la partida de nacimiento extranjera. La castellanización compulsiva de los nombres extranjeros atenta contra el derecho de la persona a su identificación individual y familiar conforme a la ley aplicable y a la estabilidad deseable del nombre en el tiempo y en el espacio.

d) Rectificación de actos de estado civil extranjeros

Es discutible si, bajo la presión de las necesidades prácticas, las autoridades registrales (las consulares argentinas, para el caso) pueden modificar o rectificar errores u omisiones de un acto de estado civil emanado de la autoridad extranjera local relativo a un ciudadano argentino o a un extranjero domiciliado en la Argentina. La doctrina exige tres requisitos: que el acto extranjero se encuentre transcrito en los registros del consulado; que el objeto de la rectificación no sea el original extranjero sino la copia que ha sido hecha en el libro consular; y resignarse a la discordancia inevitable entre el acto transcrito y

¹⁶⁰ Legón, Fernando. “La función fonética del nombre en la inscripción de nacimientos: inobligatoriedad de significados y de traducción (Nota a fallo de la CNCiv. 2ª de la Capital de abril 1º de 1935 en causa ‘Drysdale, Richtie, Murray’)”. *J.A.* 50-140.

rectificado en los registros del Estado argentino y el original conservado en los registros del Estado extranjero¹⁶¹.

La Ley N° 26.413 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas ha establecido que las inscripciones asentadas en los libros de extraña jurisdicción —que son libros especiales habilitados por la Dirección General a tal efecto— no podrán ser modificadas sin que previamente lo sean en su jurisdicción de origen (art. 74). Entendemos que el mismo criterio debe seguir el cónsul por analogía (art. 2, Cód. civ. y com.).

3) La identificación consular de argentinos nacidos en las Islas Malvinas

La identificación de los argentinos nacidos en las Islas Malvinas se enfrenta con la imposibilidad material de las autoridades registrales argentinas de constatar hechos devenidos en un territorio bajo ocupación ilegal extranjera. Al mismo tiempo y tratándose de territorio argentino (Disposición transitoria primera de la Constitución Nacional), resultan plenamente aplicables las leyes argentinas (art. 1, Cód. civ.; art. 4, Cód. civ. y com.), careciendo la pretendida autoridad británica de competencia para otorgar partidas a la luz de los artículos 80, 104 y 161 del Código civil y de los artículos 96 y 423 1° párrafo del Código civil y comercial. Ahora, no sería justo para con la persona, ni aconsejable para la reivindicación soberana argentina, que un malvinense no pueda identificarse en la Argentina como cualquier otro nacional.

Para situaciones como estas se dictó la Resolución N° 145/1972 del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, que está en vigor y que figura incorporada a las Normas de aplicación del Reglamento consular (cap. V, punto 14), la cual establece que si un argentino nacido en las Islas Malvinas expresara su voluntad de identificarse ante un consulado, se admitirá el testimonio de la partida de nacimiento otorgada por la autoridad extranjera, considerándola como prueba supletoria suficiente del hecho del nacimiento así como del lugar y fecha del mismo. El nacimiento se inscribe, entonces, en el Libro de registro del estado civil de las personas del consulado y, con el testimonio de dicha inscripción, se procede a identificarlo conforme a los requisitos que deben observarse

¹⁶¹ Rigaux, François et Marc Fallon. *Droit international privé: Droit positif belge*. 2^e éd. Bruxelles: Larcier, 1993. 301-302.

en estos casos, remitiendo al Registro Nacional de las Personas la documentación pertinente. La copia del testimonio de la inscripción es elevada a la Cancillería en la forma de práctica a efectos de su anotación en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Capital Federal [desde 1992 en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, que incluye a las Malvinas, de acuerdo con lo establecido por la Ley N° 23.775]. Simultáneamente y en base al Documento Nacional de Identidad se les concede pasaporte sin restricción alguna. Tanto en dicho documento como en el pasaporte, en “Observaciones”, se hace constar que se trata de un “argentino nacido en las Islas Malvinas” (cap. V, punto 14, c), conforme art. 1, Resolución N° 145/72.

4) El reconocimiento en sede consular de nacimientos y defunciones, de cambios de nombre y de rectificaciones registrales de sexo, de matrimonios y divorcios, y de emplazamientos filiales, realizados al amparo de una legislación extranjera

a) Eficacia y valor probatorio de las partidas extranjeras, en particular de nacimiento y de defunción

Allende los supuestos en que partidas extranjeras se presentan para su inscripción en el Libro de registro del estado civil de un consulado, la acreditación del estado civil, o de una modificación del mismo, puede devenir necesaria para obtener un determinado servicio consular. La acreditación del estado civil o filial puede ser necesaria para que un extranjero obtenga la documentación necesaria para migrar a la Argentina (para obtener una visa de residente permanente o temporario y la correspondiente cartera de radicación), o incluso para que obtenga una visa de turista cuando se trate del viaje de un menor. También en el caso de requerirse una modificación de la documentación argentina – DNI o pasaporte– por un cambio de nombre o de sexo realizados bajo una legislación extranjera, lo cual requiere la modificación de las inscripciones registradas en la República Argentina. Cuando el estado civil ha sido adquirido por medio de un acto pasado ante una autoridad extranjera, se plantea la cuestión de su eficacia en Argentina.

La legislación argentina reconoce eficacia a los actos de estado civil otorgados por una autoridad extranjera cuando prescribe que para probar un nacimiento o muerte ocurrido en país extranjero ha de

recurrirse a los instrumentos que según la legislación de ese país sean idóneos para acreditar el hecho (arts. 82, 83 y 104, Cód. civ.; arts. 97 1º párr., Cód. civ. y com.), y que la prueba del matrimonio celebrado en el extranjero se rige por el derecho del lugar de celebración (art. 161 1º párr., Cód. civ., texto según Ley N° 23.515; art. 2622 3º párr., Cód. civ. y com.).

El acto debe provenir de una autoridad competente (gubernamental, religiosa, etc.) del país designado para cada caso por la legislación argentina y no de otro. Por ejemplo, el nacimiento o la muerte ocurridos en el extranjero solo pueden ser probados por los instrumentos del lugar donde se producen (art. 97 1º párr., Cód. civ. y com.); por lo que podría decirse que el Código delimita, no solo la jurisdicción argentina de la extranjera, sino también la de los diversos países extranjeros con miras al eventual reconocimiento del acto en la República. Así lo ha entendido la jurisprudencia cuando consideró que la muerte de una persona desaparecida en un naufragio no quedaba probada con un certificado expedido por el cónsul del país de bandera del buque¹⁶².

Hay países que otorgan “certificados de nacimiento en el exterior” a personas nacidas fuera del territorio nacional que han adquirido su nacionalidad por nacimiento de acuerdo con la documentación presentada ante las autoridades consulares de ese país. Tal es el caso del “consular report of birth abroad of a Citizen of the United States of America”, que desde 2011 reemplazó al llamado “certification of birth abroad”, que otorga el Departamento de Estado de los Estados Unidos a los hijos nacidos en el exterior –incluyendo en bases militares estadounidenses en el extranjero, pero no solamente en esos casos– de progenitores o progenitor estadounidense si se cumplen determinados requisitos. Es también el caso de la “déclaration de naissance” que puede recibir el oficial del estado civil consular francés territorialmente competente a condición de que la legislación local no se oponga.

El Código civil habilitaba que el nacimiento de un extranjero fallecido en un país extranjero para él y para nuestro país se probara en la Argentina también por los instrumentos del país de su nacionalidad (arts. 82, 83 y 104). El Código civil y comercial no lo permite expresamente. Sin embargo, consideramos que sería incoherente reconocer eficacia a un acto procedente de la autoridad consular u otra autoridad del país

¹⁶² CCiv. 1ª. *J.A.* 29-159.

extranjero de la nacionalidad del individuo (de los Estados Unidos o de Francia en el ejemplo anterior), cuando para probar el nacimiento de los hijos de argentinos y para acreditar la muerte de los ciudadanos argentinos el Código considera suficientes los certificados de los asientos practicados en los registros consulares argentinos (art. 97 2º párr.).

Las partidas de estado civil extranjeras son instrumentos públicos a todos los efectos legales, aunque no se hubiera cumplido con ellas el trámite de inscripción en el Registro Civil argentino¹⁶³. Las mismas deben presentarse legalizadas o autenticadas del modo que disponen las convenciones internacionales, y a falta de convenciones, por las disposiciones consulares de la República (arts. 82 y 83, Cód. civ.; art. 97 1º párr., Cód. civ. y com.), con lo cual basta para reputarlas válidas sin necesidad de prueba corroborante del derecho extranjero por parte de quien las haga valer, ya que el Código nada dice al respecto¹⁶⁴. En verdad, el fundamento es que se trata de un supuesto de reconocimiento de un acto o decisión extranjero y no de aplicación de derecho extranjero. Las pruebas supletorias solo son admisibles cuando se demuestra la imposibilidad de presentar la prueba documental correspondiente y asimismo que las declaraciones por testigos, presunciones legales, etc. son admitidas en el país de origen para acreditar el hecho¹⁶⁵.

Aparentemente, la partida de nacimiento de argentinos nacidos en Malvinas otorgada por la pretendida autoridad británica de las Islas solo es admisible a los efectos de su identificación consular, en los términos de la Resolución N° 145/1972 del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Allende ese supuesto, se debería requerir la presentación del testimonio de la inscripción del nacimiento o de la defunción, según sea el caso, otorgado por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Tierra del Fuego.

b) Reconocimiento de cambios de nombre y de rectificaciones registrales de sexo pasados ante una autoridad extranjera

Puede ocurrir que una persona argentina domiciliada en el exterior, opte por solicitar ante la autoridad local de su actual domicilio el cambio de nombre para adaptarlo a los usos, a la grafía y/o a la fonética

¹⁶³ CNCiv., Sala A. LL. 78-372.

¹⁶⁴ Suprema Corte de Buenos Aires. JA. 30/3/1983.

¹⁶⁵ CSJN. JA. 1948-IV-731; CCiv 1ª Capital Federal. LL. 54-642; CNEsp. JA. 1954-III-453.

locales, principalmente cuando el nombre originario es de difícil escritura o pronunciación o pudiere tener un connotación peyorativa en el medio donde vive o por otras razones autorizadas por la legislación local¹⁶⁶. También puede ocurrir que la persona solicite y obtenga la rectificación registral del sexo cuando el asignado al momento del nacimiento no coincida con la identidad de género autopercebida. Esto puede involucrar o no la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole. La rectificación del sexo puede ser de hombre a mujer o de mujer a hombre, pero también de hombre o mujer a un sexo “neutro” cuando la persona no se autopercibe ni como hombre ni como mujer (identidad no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercebida, no consignada; u otra con la que pudiera identificarse la persona que no se sienta comprendida en el binomio masculino/femenino), como ha sido admitido en Australia y en Francia en casos relativamente recientes por la jurisprudencia¹⁶⁷ seguida luego por otros países, y en Argentina por el Decreto N° 476/2021. La rectificación registral del sexo puede ser seguida de la rectificación del nombre también ante la autoridad extranjera¹⁶⁸.

Hay que distinguir si el acto originario (del que surge el nombre y el sexo de la persona, antes de su rectificación en el exterior) está inscripto o no en un Registro Civil argentino. Como el nombre y el sexo de una persona son los que surgen de la partida de nacimiento, será determinante, en primer lugar, que la persona haya nacido en la Argentina. También puede ocurrir que la partida de nacimiento, originariamente extranjera, se haya inscripto posteriormente en un registro argentino, como ocurre con los argentinos por opción y con los argentinos naturalizados.

Si el acto originario es extranjero y nunca ha sido inscripto en nuestro país, entonces las autoridades argentinas –tanto las territoriales

¹⁶⁶ Oyarzábal, ob. cit. n. 149. 88-90.

¹⁶⁷ “Gender ruling: High Court recognises third category of sex”. *ABC News*, 2 de enero de 2014. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<http://www.abc.net.au/news/2014-04-02/high-court-recognises-gender-neutral/5361362>>; “Le sexe «neutre» reconnu pour la première fois en France”. *Le Monde*, 14 de octubre de 2015. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <http://www.lemonde.fr/societe/article/2015/10/14/le-sexe-neutre-reconnu-pour-la-premiere-fois-en-france_4789226_3224.html>.

¹⁶⁸ Oyarzábal, ob. cit. n. 70. 98-101.

como las consulares— carecen de competencia para entrar a juzgar la eficacia del acto administrativo o jurisdiccional extranjero que autorizó o reconoció la rectificación del sexo y/o del nombre.

Si, en cambio, el acto está inscripto en un Registro Civil argentino, la persona deberá solicitar y obtener previamente una rectificación de las partidas argentinas, con fundamento en la modificación del estado civil pasado ante la autoridad extranjera. Hay que tener presente que la legislación argentina exige intervención judicial para el cambio de nombre (art. 69, Cód. civ. y com.), así como para la rectificación del sexo por identidad de género en el caso de personas menores de 18 años cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad (art. 5 2º párr., Ley N° 26.743 de identidad de género). El reconocimiento de una decisión extranjera en estos supuestos debe ser solicitado ante el juez de primera instancia del lugar donde se encuentra la inscripción original o del domicilio actual del peticionante, quien comunicará la modificación al registro del lugar de la inscripción original para la anotación respectiva (art. 84, Ley N° 26.413; art. 71, Decreto-Ley N° 8.204/1963). La intervención judicial se explica frente a la necesidad de verificar el cumplimiento de las condiciones para el reconocimiento de una decisión extranjera tan trascendental en la Argentina, que incluyen la verificación de la competencia de la autoridad extranjera interviniente, y que la decisión extranjera no viole nuestro orden público¹⁶⁹.

En cambio no hay necesidad de trámite judicial ni administrativo alguno para el ejercicio del derecho de rectificar registralmente el sexo, y el cambio consecuente de nombre de pila, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida, en el caso de mayores de edad y de menores de 18 años cuando media el consentimiento de sus representantes legales (art. 6 1º párr., Ley N° 26.743). Si la persona puede solicitar la rectificación registral del sexo por identidad de género y del nombre con solo acreditar ante el oficial público argentino el cumplimiento de los requisitos del artículo 4 de la Ley N° 26.743 —que son la edad mínima, una solicitud de rectificación registral, y expresar el

¹⁶⁹ CApel. Mercedes. *J.A.* 1961-VI-55; CNCiv. *J.A.* 2002-I-825 (con comentario de Ciuro Caldani, Miguel Ángel. “Un caso planteado con claridad y acertadamente resuelto”); otorgando exequátur de sentencias de Estados Unidos cambiando el nombre de una argentino domiciliado en los Estados Unidos y de una persona nacida en los Estados Unidos respectivamente.

nuevo nombre elegido, sin necesidad de intervención quirúrgica ni tratamiento médico psicológico o médico alguno— no parece razonable exigir orden judicial para inscribir la rectificación del sexo y del cambio de nombre que sea su consecuencia pasada ante una autoridad extranjera. La mención en la decisión extranjera de que la persona tiene género sexual neutro (ni masculino ni femenino), no es óbice para su reconocimiento en el país, ya que la Ley N° 26.743 de identidad de género y su Decreto reglamentario N° 903/2015 no rechazan el tercer género.

Recién con la presentación de la partida argentina modificada, el cónsul podrá expedir nueva documentación al interesado (recibir la solicitud de trámite de una rectificación del DNI y oportunamente la emisión del pasaporte; además de la modificación de los datos de la persona en la matrícula consular).

En síntesis, resulta deseable que cada persona tenga un mismo nombre y un mismo sexo en todos los países donde vive, transita y de los que es nacional, lo que justifica que se reconozcan en la Argentina las modificaciones de su estado acontecidas bajo una legislación extranjera; pero es preciso que esas modificaciones no menoscaben la estabilidad e indisponibilidad del estado de las personas, ni perjudiquen a terceros, factores estos que condujeron al legislador a prever la intervención de la autoridad argentina cuando la situación está suficientemente próxima a nuestro país.

Cuando el cambio de nombre deriva de una modificación del estado de la persona, del matrimonio contraído o de la adopción conferida en el extranjero, se plantea como cuestión previa o condicionante o incidental la validez del matrimonio o de la adopción. Más, juzgados válidos el matrimonio o la adopción, la posibilidad de que uno de los cónyuges —generalmente la mujer— utilice el apellido del otro con la preposición “de” o sin ella, o que el hijo reciba el apellido de los padres adoptivos, se rigen por la ley del domicilio, aun cuando el derecho aplicable al matrimonio o a la adopción no prevea ese efecto sobre el nombre de la persona. Esta es la solución que parece desprenderse del artículo 2618 del nuevo Código civil comercial cuando establece que el “cambio de nombre se rige por el derecho del domicilio de la persona al tiempo de requerirlo” y es la solución correcta¹⁷⁰. A menudo el cambio de nombre surge de la propia decisión extranjera, es decir de la partida de matrimonio o la sentencia de adopción. Pero de plantearse la cuestión

¹⁷⁰ Oyarzábal, ob. cit. n. 149. 81-84.

del efecto del matrimonio o de la adopción ante una autoridad consular argentina, hay que aplicar el derecho del domicilio, salvo que el mismo viole nuestro orden público internacional (v.gr. si no diera a la mujer casada la opción de seguir llevando exclusivamente su apellido de soltera, lo que se opone al art. 16 inc. g de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979). El artículo 67 2º párrafo del Código civil y comercial que prohíbe a la persona divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo, usar el apellido del otro cónyuge salvo con autorización judicial, así como los artículos 626 y 627 inciso d que establecen las condiciones y circunstancias en que el adoptado adquiere el apellido del adoptante, deben considerarse de orden público interno argentino y rigen solamente para los casos de personas domiciliadas en nuestro país en el momento crítico, y no para situaciones que caen bajo el dominio de una legislación extranjera.

c) Reconocimiento de matrimonios extranjeros y de sentencias extranjeras de divorcio

Los matrimonios extranjeros se rigen, y también se prueban, por las leyes del país de su celebración (arts. 159 y 161 respectivamente del Cód. civ.; art. 2622, Cód. civ. y com.). La presentación, en principio, de la partida extranjera legalizada y traducida será prueba suficiente del hecho matrimonial.

Solo cabe un análisis por el cónsul del contenido de la partida para corroborar que el matrimonio no fue celebrado con impedimentos que vedan su reconocimiento en la Argentina (art. 160, Cód. civ.; art. 2622 2º párr., Cód. civ. y com.) por haber estimado el legislador que conculcarían principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico (son de orden público internacional), a saber: el parentesco entre ascendientes y descendientes sin limitación, sea que la filiación tenga lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida o por adopción (art. 166 incs. 1 y 3, Cód. civ.; art. 403 inc. a, Cód. civ. y com.); la consanguinidad entre hermanos o medios hermanos, cualquiera sea el origen del vínculo (art. 166 inc. 2 y 3, Cód. civ.; art. 403 inc. b, Cód. civ. y com.); la afinidad en línea recta en todos los grados, que es el parentesco que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge (art. 166 inc. 4, Cód. civ.; art. 403 inc. c, Cód. civ. y com.); el matrimonio anterior mientras subsista (art. 166 inc. 6, Cód. civ.; art. 403 inc. d, Cód. civ. y com.); y haber sido condenado como autor, cómplice o

instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges (art. 166 inc. 7, Cód. civ.; art. 403 inc. e, Cód. civ. y com.).

Algunos de estos impedimentos, si no todos, pueden no ser verificables del simple cotejo de la partida, no siendo función ni responsabilidad del cónsul entrar a indagar sin una sospecha fundada que lo justifique. Particular dificultad se presenta en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, cuando se utilizan gametos de terceros, a los efectos de determinar el parentesco de los contrayentes a los fines de los impedimentos matrimoniales (art. 575, Cód. civ. y com.). Pero si el impedimento surge patente del documento o a resultas de la entrevista consular de rigor, rechazará el documento sin más trámite. La legislación argentina no rechaza los matrimonios extranjeros celebrados por personas menores de 18 años, que constituye la edad legal para casarse en nuestro país. El impedimento de falta de edad legal (art. 160 inc. 5, Cód. civ., mod. por Ley N° 26.579 de mayoría de edad a los 18 años; art. 403 inc. f, Cód. civ. y com.), al igual que el de la privación permanente o transitoria de salud mental (art. 160 inc. 8, Cód. civ.; art. 403 inc. g, Cód. civ. y com.), y la sordomudez cuando el contrayente no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera (art. 160 inc. 9, Cód. civ.) solo rigen para los matrimonios celebrados en la Argentina. La propia legislación argentina permite al menor que haya cumplido la edad de 16 años contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales o previa dispensa judicial (art. 167, Cód. civ.; art. 404 1° párr., Cód. civ. y com.). Sin embargo, no cabría admitir el matrimonio de impúberes que carecen a todas luces de la madurez necesaria para reconocer la trascendencia del acto, ya que sería contrario al orden público internacional argentino (art. 172 1° párr. y art. 14 inc. 2, Cód. civ.; art. 404 3° párr. y art. 2600, Cód. civ. y com.).

Antes de la Ley N° 26.618 que modificó el artículo 172 del Código civil para admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, los cónsules no podían reconocer matrimonios homosexuales extranjeros; lo que era lógico frente a una jurisprudencia que se había mantenido monolítica en contra de tales uniones hasta fines de 2009 en que a partir de una serie de amparos diversos tribunales comenzaron a interpretar la prohibición del artículo 172 en su anterior redacción como violatoria del principio constitucional de igualdad. Hoy la situación cambió, y el cónsul *debe*, en ausencia de otros impedimentos, admitir esos matrimonios sin importar cuándo fueron celebrados (antes o después de la entrada en vigencia de la Ley N° 26.618). Hay que tener en cuenta, con

todo, que un matrimonio para ser reconocido en la Argentina, debe ser considerado válido por la ley del lugar de su celebración (art. 159, Cód. civ.; art. 2622, Cód. civ. y com.). Si el derecho del lugar de celebración no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, dicho matrimonio no puede admitirse en nuestro país ya que, por decirlo de alguna manera, al no existir matrimonio conforme al derecho considerado aplicable por el derecho internacional privado argentino, no hay nada que reconocer en nuestro país. Lo mismo cabe afirmar de otros matrimonios inválidos conforme a la ley de su celebración por tener otros impedimentos, aun cuando el impedimento de que se trate no sea óbice para reconocerlo en la Argentina. En todo caso, reiteramos que si la invalidez del matrimonio extranjero no es patente, no le corresponde al cónsul entrar a indagar.

La cuestión de la existencia de un matrimonio anterior amerita una consideración especial. Si uno de los contrayentes era divorciado, habrá que indagar dónde se había celebrado el matrimonio anterior requiriendo, de ser necesario, la presentación de la necesaria documentación. Si el matrimonio anterior se celebró y disolvió en el extranjero, la cuestión es ajena a la aplicación de la ley argentina¹⁷¹. En cambio, si el anterior matrimonio se había celebrado en la Argentina, el interesado deberá presentar la partida de matrimonio argentina donde conste la anotación marginal del divorcio, ya que la disolución por tribunal extranjero de un matrimonio argentino requiere de la constatación judicial de los recaudos del artículo 517 del Código procesal civil y comercial de la Nación (que la autoridad extranjera era competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional para decretar el divorcio, que el demandado fue personalmente citado, que la sentencia extranjera está firme, etc.), constatación que se realiza a través del procedimiento de exequátur. El mismo procedimiento habría que seguir si el matrimonio celebrado en el extranjero había sido inscripto en un registro de las provincias, de la Nación o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como permite el artículo 77 de la Ley N° 26.413 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (ex arts. 65, Decreto-Ley N° 8.204/1963), y luego disuelto también en el extranjero (art. 77, Ley N° 26.413; art. 71, Decreto-Ley N° 8.204/1963)¹⁷². Tratándose de un ciudadano argentino que, v.gr., desea

¹⁷¹ Belluscio, Augusto C. *Manual de derecho de familia*, 7ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2002. I, 566.

¹⁷² A este efecto, la Resolución O.A. N° 14 del 17/7/1967, del Registro Civil de la Capital Federal, que exige orden de juez competente si se solicita la anotación

migrar a la Argentina con su nuevo cónyuge (para lo que se requiere la acreditación del matrimonio válido que justifique la concesión de la residencia permanente, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley N° 25.871 de política migratoria nacional, y el Decreto N° 616/2010 reglamento de la Ley N° 25.871), se debe ejercer un cuidado especial ya que es más factible que el matrimonio anterior se haya celebrado en la Argentina que si se trata de un extranjero que nunca vivió en la Argentina.

Los matrimonios celebrados en un consulado extranjero en la República Argentina no son admisibles, porque si el matrimonio se celebra en la Argentina, la ley aplicable es el derecho de la República (arts. 159 y 174, Cod. Civ.; arts. 2622 1° párr. y 2623 3° párr., Cód. civ. y com.)¹⁷³, para el cual la forma civil tiene carácter solemne, con intervención necesaria de una autoridad pública argentina, requisito que resulta esencial para la validez de los actos celebrados en el país¹⁷⁴. En cambio, si un país extranjero donde está situada la representación diplomática o consular de un tercer país admite la realización de matrimonios consulares en su territorio, habría que reconocerlos en la Argentina si han sido celebrados válidamente para el derecho al que pertenece la representación¹⁷⁵. En síntesis, el cónsul argentino al que se le presente una partida de matrimonio de la que surge que el matrimonio se celebró en un consulado extranjero situado en un país distinto de la Argentina, deberá dar el paso extra de averiguar si el Estado receptor admite la validez de estos matrimonios, ya que por las convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961 (art. 41 inc. 1) y sobre relaciones consulares de 1963 (art. 55 inc. 1) los diplomáticos y los cónsules están obligados a respetar las leyes del Estado receptor.

marginal de una sentencia extranjera de divorcio en un acta matrimonial inscripta en el Registro Civil. Fermé, Eduardo Leopoldo. "Inscripción en el Registro civil de sentencias de divorcios extranjeros". *ED.* 19-389.

¹⁷³ CNCiv., Sala F. *LL.* 118-420 (sosteniendo que, en defecto de tratado o convenio especial sobre el punto, el cónsul de un Estado extranjero, en el caso de Costa Rica, no puede ejercer en la República funciones atribuidas de modo exclusivo a una jurisdicción especial, como es la que se refiere a la celebración del matrimonio). En el caso, se trataba de un nacional de Costa Rica y una de Haití. Ver Goldschmidt, ob. cit. n. 15. 293; Pallarés, Beatriz. *Derecho internacional privado matrimonial*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1988. 27-28; Cfr. También Dreyzin de Klor, ob. cit. n. 145. 200-202.

¹⁷⁴ Pallarés, ob. cit. n. 142. VI, 862.

¹⁷⁵ Pallarés, ob. cit. n. 173. 27-28.

Por la misma razón, no corresponde reconocer ningún efecto legal al testimonio del acta de un matrimonio celebrado en las Islas Malvinas. El razonamiento es el siguiente: las Islas Malvinas forman parte integrante del territorio nacional argentino (Disposición transitoria primera de la Constitución Nacional), por lo que resultan plenamente aplicables las leyes argentinas (art. 1, Cód. civ.; art. 4, Cód. civ. y com.). El artículo 406 del Código civil y comercial argentino (correspondiente al art. 172 del Cód. civ.) requiere para la existencia del matrimonio el consentimiento de ambos contrayentes expresado personal y conjuntamente ante la “autoridad competente para celebrarlo”, que es el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de ellos (art. 188, Cód. civ.; art. 418, Cód. civ. y com.). La única autoridad competente para celebrar matrimonios en las Islas Malvinas es el Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Tierra del Fuego, que tiene jurisdicción en todo el territorio de la Provincia (arts. 2 y 85, Ley N° 887 orgánica del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur). Al haberse celebrado el matrimonio ante autoridades que no resultan competentes para oficiarlo, el acto es *inexistente* al carecer de un elemento esencial para su existencia. Por ser inexistente, el pretendido matrimonio no produce efecto jurídico alguno; a diferencia de lo que ocurriría de considerárselo nulo, como sostiene una doctrina¹⁷⁶, en que subsistirían ciertos efectos según la buena fe de uno o de ambos cónyuges, como son los que respecta a la existencia de los bienes gananciales y a la continuación de la obligación alimentaria, etc. Atento a dicha circunstancia, no se requiere de sentencia alguna que así lo declare y no puede ser confirmado. Tampoco puede ser inscripto en el Registro Civil argentino al no haber sido celebrado ante la autoridad competente en el territorio de la Nación (art. 55 inc. a, Ley N° 26.413 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas) ni constituir un documento de “extraña jurisdicción” que es la que excede el ámbito territorial de la

¹⁷⁶ Tondini, Bruno M. “Aspectos de derecho internacional privado en Malvinas: la discusión generada por un matrimonio celebrado en las islas y su reconocimiento en la Argentina”. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad Nacional de La Plata. 41 (2011): 124. [en línea]. [consulta: 4 de diciembre de 2015]. Disponible en: <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/20657/Documento_completo_.pdf?sequence=1>.

dirección general ante la cual se pretende inscribir el documento (art. 73, Ley N° 26.413). Si bien el principio del *favor matrimonii* se expresa en el artículo 2622 del Código civil y comercial (art. 159, Cód. civil.), que al permitir que los futuros cónyuges elijan casarse fuera de su domicilio crea una presunción en favor de la validez del matrimonio, la claridad de las normas legales citadas impiden arribar a una conclusión que no sea la señalada. Así las cosas, si a un cónsul argentino se le presenta un instrumento otorgado por autoridad foránea en suelo nacional debe desconocerlo por ser su matrimonio inexistente para la legislación argentina.

d) Reconocimiento de emplazamientos filiales constituidos en el extranjero. La filiación por técnicas de reproducción humana asistida y el reconocimiento de hijo

El artículo 2634 del Código civil y comercial establece que todo emplazamiento filial (la procedencia de los hijos respecto a los padres) constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño (1° párr.). Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño (2° párr.).

Difícilmente una partida de nacimiento especifique que la filiación tuvo lugar por medio de reproducción humana asistida; si bien la mención de que la persona tiene dos papás o dos mamás o tres progenitores constituye un indicio de ello. En el caso más común de filiación doble paterna y materna, el cónsul no tiene forma de enterarse a menos que surja de la entrevista personal que es obligatoria para ciertos trámites.

El cónsul no debe buscar conocer, ni menos entrar a juzgar la legalidad de un emplazamiento filial constituido bajo un ordenamiento extranjero, constituyendo la partida extranjera prueba suficiente de la filiación que se alega (quienes deben considerarse legalmente progenitores de la persona) a los diferentes efectos legales, incluyendo la

adquisición de la nacionalidad argentina por opción. La utilización de una práctica no regulada en el ordenamiento argentino, como la gestación por sustitución, no debe conducir al desconocimiento de estado de personas nacidas a través de estas técnicas en el extranjero. Tampoco el hecho de que personas domiciliadas en Argentina se hayan desplazado al extranjero para beneficiarse de una legislación más permisiva. El interés superior del niño “reigns supreme” (reina supremo) (art. 2634 1° y 2° párrs. *in fine*), Cód. civ. y com.).

Como bien ha indicado Iud, el artículo 2634 es coherente con el proceso de modernización del derecho internacional privado y el énfasis puesto en el reconocimiento de *todo* emplazamiento filial constituido válidamente en el extranjero con arreglo al derecho extranjero, provenga de una decisión judicial o no, sin someterlo a un proceso especial, consagrando su eficacia casi automática sin necesidad de exequátur¹⁷⁷.

No obstante, cabe tener en cuenta que las autoridades competentes para el reconocimiento son las argentinas del registro, requiriéndose la instancia de inscripción en el Registro Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para poder reconocer efectos al vínculo filial en sede consular.

En el caso de un reconocimiento de hijo hecho ante una autoridad competente de la circunscripción consular o de otro lugar distinto de la Argentina, el acto de reconocimiento debe reunir las formalidades del lugar del acto o del derecho que lo rige en cuanto al fondo, que es el del domicilio del hijo al momento del nacimiento o al momento del acto o el del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto (art. 2633, Cód. civ. y com.). El acto extranjero de reconocimiento de hijo no requiere de orden judicial para su inscripción en un Registro Civil argentino, salvo que se trate de una sentencia (art. 517, Cód. proc. civ. y com.), o que tratándose de un acto no jurisdiccional (v.gr., una escritura pública u otro instrumento público pasado ante un oficial competente extranjero) modifique una inscripción argentina (art. 84, Ley N° 26.413)¹⁷⁸.

El Código civil y comercial viene así a colmar la laguna en materia de filiación internacional del Código civil, frente a lo cual se acudía a aplicar por analogía al Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1940 (arts. 20 a 22) que reproduce la vieja regulación de

¹⁷⁷ Iud, Carolina D. “Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida”. Rivera y Medina, ob. cit. n. 20. VI, 889.

¹⁷⁸ Feuillade, ob. cit. n. 51. 67.

su homónimo de 1889 (arts. 16 a 18). Así, la filiación matrimonial y la legitimación por subsiguiente matrimonio quedaban sometidas a la ley que regía la celebración del matrimonio; las cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, al derecho del domicilio conyugal al momento del nacimiento del hijo; y el reconocimiento de hijo, al derecho del Estado en el cual debía hacerse efectivo.

En síntesis, si el reconocimiento es sobre una inscripción argentina, el cónsul solo lo considerará establecido al registrarse el nuevo vínculo filial en el acta argentina. Si el reconocimiento es en cambio sobre una inscripción extranjera, se exigirá la versión rectificadora del instrumento donde conste la filiación.

e) Reconocimiento de adopciones extranjeras

Los principios expuestos en relación con el reconocimiento de matrimonios celebrados y de cambios de estado de las personas producidos bajo una legislación extranjera son aplicables *mutatis mutandi* al reconocimiento de las adopciones conferidas en el extranjero y de adopciones internacionales.

Se habla de adopciones *internacionales* cuando han sido constituidas en el extranjero por autoridad extranjera, estando el adoptante domiciliado en la Argentina y el adoptado es residente en el país en el que se constituye la adopción o en un tercer país. Las adopciones *extranjeras* son, en cambio, adopciones locales, solo que conferidas en el extranjero por la autoridad competente del país donde adoptante y adoptado estaban domiciliados al tiempo de la adopción; del mismo modo que una adopción conferida en Argentina estando adoptado y adoptante domiciliados en la Argentina en el momento crítico es una adopción *argentina*.

La legislación argentina no favorece las adopciones *internacionales* inversas, de menores de edad domiciliados en la Argentina por parte de residentes en el exterior, al exigirse como requisito al adoptante la residencia mínima de cinco años en el país con anterioridad a la petición de guarda con fines de adopción (art. 315 1º párr., Cód. civ., según Ley Nº 24.779; art. 600 inc. a, Cód. civ. y com.). Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país (art. 600 inc. a, Cód. civ. y com.). Además, para poder adoptar, la persona debe estar inscrita en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines

Adoptivos creado por la Ley N° 25.854, del que ya participan todas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, luego de la adhesión de Catamarca en 2017¹⁷⁹. El interés de evitar la trata de niños con domicilio en la República llevaron al legislador a establecer que los jueces argentinos son exclusivamente competentes para declararlos en situación de adoptabilidad, decidir su guarda con fines de adopción y otorgar la adopción (art. 2635, Cód. civ. y com.), lo que a su turno lleva a rechazar toda adopción otorgada por una autoridad extranjera de un niño domiciliado en nuestro país. Con todo, la política argentina de rechazo de las adopciones internacionales es cuestionable al no tener suficientemente en cuenta el interés superior del niño en los casos en que no puede ser adoptado en Argentina. Una política adecuada debería incluir la adhesión a la Convención de La Haya de 1993 relativa a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, la cual ha contribuido significativamente a que las adopciones internacionales se constituyan atendiendo al interés superior del niño y en observancia de sus derechos fundamentales.

Naturalmente que las adopciones conferidas en la Argentina no plantean dificultades desde la perspectiva de la actividad consular. Existiendo una sentencia de un juez argentino que la confiera o surgiendo el vínculo de la partida argentina de nacimiento del menor, el cónsul la debe reconocer a todos los efectos legales.

Si se trata de adopciones conferidas en el extranjero, el Código civil y comercial ha llenado la laguna en el régimen preexistente al establecer que deben ser reconocidas por la autoridad argentina cuando han sido otorgadas por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento, o cuando han sido conferidas en el país del domicilio del adoptante si esa adopción es susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado (art. 2637 1° párr.)¹⁸⁰. A los efectos del control del orden público se tiene en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República (art. 2637 2° párr.).

¹⁷⁹ Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<http://www.jus.gob.ar/registro-aspirantes-con-fines-adoptivos.aspx>>.

¹⁸⁰ Najurieta, María Susana. *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2004. 356, 406 y 426.

El Código rechaza el reconocimiento automático o de pleno derecho de adopciones constituidas en el extranjero con lazos de proximidad con la Argentina, en razón de la necesidad de verificar si la adopción fue conforme al derecho del domicilio del adoptado, cuando fue otorgada en el país del domicilio del adoptante, o en un tercer país (supuesto este último que, aunque improbable, estaba habilitado por los artículos 339 y 340 del antiguo Código civil, pero que el nuevo Código civil y comercial descarta al limitar el reconocimiento de adopciones extranjeras a las conferidas por los jueces del domicilio del adoptado o del adoptante), y que la adopción conferida en el extranjero no viole el orden público internacional argentino lo que incluye cerciorarse que el adoptado no se domicilie en nuestro país (en cuyo caso la sentencia extranjera debe desconocerse por haber invadido la jurisdicción internacional exclusiva de los jueces argentinos)¹⁸¹.

En este marco se plantea la pregunta de en qué casos y para qué trámites el cónsul argentino deberá exigir el reconocimiento judicial argentino de una adopción constituida en el extranjero. Obviamente deberá hacerlo cuando se trate de un menor nacido en territorio nacional y/o que se encuentra inscripto en un Registro Civil argentino, por tener el caso los “vínculos estrechos” con la República a que alude el artículo 2637 2º párrafo del Código civil y comercial, y también porque el reconocimiento del nuevo emplazamiento filial generará una modificación de una inscripción argentina a tenor de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley N° 26.413, a cualquier efecto como puede ser la identificación u emisión de documento de viaje argentino. También si el adoptado de nacionalidad extranjera busca optar en un consulado por la nacionalidad argentina de su padre o madre adoptante; o establecer su residencia habitual en la República y solicita ante el consulado una visa de “residente permanente” por reunificación familiar (art. 22 últ. párr., Ley N° 25.871), pero no para ingresar como residente “temporario” o “transitorio”.

¹⁸¹ Iud, Carolina D. “Adopción”. Rivera y Medina, ob. cit. n 20. VI, 897-899; Najurieta, *ibíd.* 403-404.

§ VI
NACIONALIDAD:
LA DETERMINACIÓN Y PRUEBA DE LA NACIONALIDAD
ARGENTINA ANTE LA AUTORIDAD CONSULAR.
LAS CUESTIONES PREVIAS DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO QUE SUSCITA LA ADQUISICIÓN DE LA
NACIONALIDAD ARGENTINA POR OPCIÓN.
LA DETERMINACIÓN DE UNA NACIONALIDAD
EXTRANJERA ANTE EL CÓNSUL ARGENTINO

1) Modos de adquirir la nacionalidad argentina: por nacimiento, por opción y por naturalización. Pérdida de la nacionalidad

La nacionalidad argentina se adquiere y solamente se podría renunciar o perder de conformidad con las normas constitucionales y legales argentinas. Es que, como la determinación de qué individuos poseen la nacionalidad de un Estado afecta uno de los elementos esenciales constitutivos del mismo, cada Estado se ha reservado el derecho de decidir por sus propias normas internas la atribución de su nacionalidad. Este principio –de la libertad de los Estados en cuestiones de nacionalidad– está firmemente arraigado en la práctica internacional y no hay dudas de que constituye la opinión aceptada¹⁸². Fundado en el derecho internacional, el principio está estrechamente vinculado a la norma de conflicto de leyes de la nacionalidad que indica la legislación aplicable para determinar la nacionalidad de una persona¹⁸³.

El régimen vigente relativo a la *atribución* de la nacionalidad argentina surge de los artículos 20 y 75 inciso 12 de la Constitución

¹⁸² Corte Permanente de Justicia Internacional, “Opinión consultiva concerniente a los decretos de nacionalidad de Túnez y Marruecos”, 7/2/1923, Série B, N° 4, 24; Convención de La Haya de 1930 sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre nacionalidad, arts. 1 y 2, League of Nations Treaty Series, 1930, 179, 89. La doctrina clásica ha inspirado también la jurisprudencia de la actual Corte Internacional de Justicia. En el caso “Nottebohm” la Corte expresó en los términos más claros que “el derecho internacional deja a cada Estado la responsabilidad de determinar la atribución de su propia nacionalidad”. *CIJ Recueil*, 1955, 23.

¹⁸³ Makarov, Alexandre. “Règles générales du droit de la nationalité”. *Recueil des cours*. 74 (1949-I): 319 ss.

Nacional; de la Ley N° 346 de ciudadanía, modificada por las leyes N° 16.801, N° 20.835, N° 24.533, N° 24.951 y N° 26.774; de la Ley N° 16.569 de nacionalidad de hijos de exiliados argentinos nacidos en el extranjero, modificada por la Ley N° 25.327; del artículo 91 de la Ley N° 20.957 del Servicio Exterior de la Nación; y de la Ley N° 23.059 de invalidación de cancelaciones de nacionalidad y ciudadanía durante el gobierno de facto. La Ley N° 346 ha sido reglamentada por el Decreto N° 3213/1984, modificado por el Decreto N° 1601/2004 con la finalidad de facilitar la ciudadanía a personas nacidas en el exterior cuando su padre, madre o ambos fuesen argentinos. Cabe argumentar que también el Decreto s/n de 19 de diciembre de 1931 reglamentario de la Ley N° 346 continúa siendo de aplicación a las cuestiones no regladas por el Decreto N° 3213/1984. Asimismo, por el Decreto N° 1501/2009 se autorizó la utilización de tecnologías digitales en la identificación de los ciudadanos nacionales y extranjeros como así también en la emisión del documento nacional de identidad. En función de ello, el Registro Nacional de las Personas adoptó la Resolución N° 1636/2012 por la que se aprueban modelos de actas de opción de nacionalidad y de carta de ciudadanía, dejándose sin efecto resoluciones previas de ese Registro¹⁸⁴.

La nacionalidad argentina puede ser nativa u originaria, o adquirida por naturalización.

La nacionalidad argentina “nativa” se basa predominantemente en el hecho del nacimiento de la persona dentro del territorio nacional sea cual fuere la nacionalidad de los padres (principio de *nacionalidad natural*: art. 75 inc. 12, Const. Nac.; art. 1 inc. 1, Ley N° 346); por lo que alcanza a los nacidos en las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur, que son parte integrante del territorio argentino¹⁸⁵; así como a los nacidos en la Antártida en el sector reivindicado por nuestro país con anterioridad a 1959¹⁸⁶. La excepción al principio del *jus soli* aparece dada

¹⁸⁴ Oyarzábal, Mario J. A., *La nacionalidad argentina*, Buenos Aires: La Ley, 2003. Oyarzábal, Mario J. A. “Nacionalidad, asilo y refugio”. González Napolitano, Silvina S. (coordinadora). *Lecciones de derecho internacional público*. Buenos Aires: Errepar, 2015. 897-909.

¹⁸⁵ Travieso, Juan Antonio. “La nacionalidad en el derecho internacional: Notas sobre la nacionalidad de los habitantes de las Islas Malvinas”. *J.A.* 1986-I-703.

¹⁸⁶ Pinto, Mónica, “La ley argentina de nacionalidad”. *Anuario de derecho internacional público*. Buenos Aires: Instituto de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Buenos Aires. I (1981): 78-79.

por los hijos de agentes diplomáticos y consulares extranjeros nacidos en la Argentina (art. 1 inc. 1 *in fine*, Ley N° 346), que no adquieren la nacionalidad argentina por el hecho de su nacimiento en el territorio nacional. Revisten igualmente la calidad de argentinos nativos los nacidos en las legaciones y buques de guerra de la República (art. 1 inc. 3) y los nacidos en mares neutros bajo pabellón argentino (art. 1 inc. 5).

Otra forma de atribución de la nacionalidad argentina de origen es por la descendencia de un nacional, sea hombre o mujer (*jus sanguinis*). En ciertos casos, la nacionalidad se adquiere por el mero hecho de la filiación, situación que abarca a los hijos de los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación o de cualquier funcionario argentino de carácter nacional, provincial o municipal, o dependiente de un organismo internacional, que nazca en el extranjero en ocasión de la prestación de servicios por parte de los padres (art. 91, Ley N° 20.957). Dicho artículo había sido interpretado por la Cancillería en el sentido de alcanzar solamente el supuesto de hijos de diplomáticos argentinos y otros funcionarios *acreditados ante* organismos internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o la Organización de Estados Americanos (OEA) entre otros que Argentina integra, quedando excluidos los hijos de argentinos no diplomáticos *que trabajan al servicio de* las organizaciones internacionales, sin representar formalmente al país (funcionarios internacionales). Esta interpretación contrastaba con la opinión de una autorizada doctrina que consideraba, no solo que dicho artículo comprendía a estos últimos, sino que con la sanción de la Ley N° 20.957 no se requiere que Argentina sea “Estado miembro” del organismo internacional de que se trate, como se establecía en la Ley N° 17.692 de nacionalidad argentina de los hijos de argentinos que prestan servicio en organizaciones internacionales (art. 1)¹⁸⁷. La cuestión ha quedado saldada a partir del Dictamen IF-2018-58968095-APN-PTN de la Procuración del Tesoro de la Nación del 15 de noviembre de 2018 que halló que la Ley N° 17.692 conserva su vigencia conforme lo establecido por la Ley N° 23.059. Es útil recordar que el mensaje de elevación de la Ley N° 17.692, luego de advertir que el régimen creado por la Ley N° 12.951 (cuyo art. 68 reproduce el art. 91 de la actual Ley N° 20.957) “no alcanza a los hijos de los ciudadanos que cumplen tareas en organizaciones internacionales de los cuales la República es Estado miembro” (3° párr.), consideró que “dichos funcionarios internacionales

¹⁸⁷ Ver Bidart Campos, Germán J. “La nacionalidad de los hijos de funcionarios argentinos internacionales”. *ED Legislación argentina*. 1978-989.

actúan prácticamente como gestores oficiosos de los intereses del país de su nacionalidad, constituyendo siempre por simple acción de presencia, factores de natural representación y control de los mismos”, concluyendo necesario “fortalecer esa vinculación de los funcionarios internacionales con su Estado de origen, cosa que podría lograrse, entre otras medidas, a través de la nacionalidad definida de sus hijos” (4º párr.). En virtud de ello, el artículo 1 de la Ley N° 17.692 estableció: “[a]similase al régimen de nacionalidad previsto por el artículo 68 de la ley 12.951, a los hijos de los argentinos que prestan servicios en las organizaciones internacionales de las cuales la República es Estado miembro”. Finalmente, a los hijos del personal militar y policial que es desplegado en el exterior en el marco de operaciones de paz de las Naciones Unidas también les corresponde la nacionalidad argentina, en virtud del artículo 91 de la Ley N° 20.957 citado, atento a que continúa formando parte, ante todo, de las Fuerzas Armadas y de la Gendarmería argentinas respectivamente, adscripto para las Naciones Unidas por períodos determinados.

En otros casos, para gozar de la nacionalidad argentina debe mediar la voluntad del individuo manifestada por el propio interesado o por quienes ejercen su patria potestad, responsabilidad parental o instituciones equivalentes ante el Registro Nacional de las Personas o ante el cónsul argentino que corresponda (art. 75 inc. 12, Const. Nac. después de la reforma de 1994; art. 1 inc. 2, Ley N° 346; Ley N° 16.569 sobre nacionalidad de los hijos de argentinos nacidos en el extranjero durante el exilio de sus padres). De ahí el nombre de nacionalidad argentina “por opción”, que es sin embargo “de origen”. Siendo que los hijos por opción se encuentran en situación de perfecta igualdad con respecto a los argentinos nacidos en el territorio de la República, es que el hijo de argentino nativo por opción puede, a su vez, optar por la nacionalidad argentina. No se exige al optante el conocimiento del idioma nacional ni la prueba de su buena conducta y capacidad de trabajo que sí constituyen requisitos insoslayables para la naturalización. Ello por cuanto optar por la nacionalidad argentina es un *derecho* que surge de la Constitución Nacional, condicionado únicamente a la acreditación del vínculo y sin que pueda exigírsele nada más¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Rua, María Isabel. “Ciudadanía por opción: legitimación activa. Posibles reformas”. *Primeras jornadas sobre el régimen jurídico de la nacionalidad argentina*. Buenos Aires: Organización Internacional para las Migraciones, 2003. 43 y la bibliografía citada en notas 18 y 19.

La voluntad del individuo sumada ya a la residencia en la Argentina durante un determinado período (2 años) puede dar lugar a adquirir la nacionalidad por “naturalización”, otorgamiento que está supeditado a la verificación del cumplimiento de las formalidades y condiciones establecidas por la legislación a través del respectivo juicio de naturalización (art. 20, Const. Nac., art. 2, Ley N° 346). No es posible naturalizarse en un consulado, siendo un trámite estrictamente personal que requiere de la presencia física del interesado ante el juez de su domicilio en la República a lo largo de todo el proceso (presentación de la solicitud, diligenciamiento de oficios y de edicto, juramento e identificación). Al no admitirse la representación legal en el proceso, el cónsul debe incluso abstenerse de otorgar poder consular para que el interesado actúe a través de un abogado o de otra persona en el juicio de naturalización.

La legislación interna argentina vigente no prevé la *pérdida* o la *renuncia* de la nacionalidad, silencio que ha sido generalmente interpretado como vedando su cancelación, aun cuando existan algunos casos en que la renuncia de la nacionalidad adquirida haya sido admitida por la jurisprudencia¹⁸⁹. En el caso de la nacionalidad de origen, la interpretación predominante es que la misma nunca se podría perder ni renunciar ya que ella surge por aplicación directa y operativa de la Constitución Nacional¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Juzgado Federal 1ª Instancia N° 4 La Plata, “Fernández Ramos, Gerson S/ Ciudadanía”, sentencia del 4 de abril de 2019, confirmada por la CApel Federal de La Plata, Sala I, sentencia del 20 de agosto de 2019. El juez Recondo consideró que “la pérdida de la ciudadanía argentina no operará como sanción –lo cual violentaría elementales normas constitucionales– sino que ha sido solicitada por el interesado en su propio beneficio”. Además, recordó que la Constitución Nacional en su artículo 19 establece que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”, y también citó la Declaración universal de derechos humanos y la Convención americana de derechos humanos, que tienen jerarquía constitucional, que establecen que “a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”.

¹⁹⁰ Bidart Campos, Germán J. “La pérdida de la nacionalidad argentina nativa es inconstitucional”. *ED.* 84-895. Esta tesis ha sido recogida recientemente por la CNE, que confirmó la sentencia del Juzgado Federal Electoral de Salta en los autos “Simoliunas Christian David y Federico Javier s/solicitan renuncia a ciudadanía argentina”. CNE, fallo 4462/2008, 15 de marzo de 2009 (con comentarios de Rua, María Isabel. “¿Es renunciable la nacionalidad argentina?”).

Existen solamente dos supuestos aceptados de pérdida de la nacionalidad argentina adquirida que son relevantes a los efectos de la actividad consular. En primer lugar, procede la cancelación de la nacionalidad por el fuero argentino competente si la misma fue adquirida mediante fraude cuando ha mediado mutación u ocultamiento de ciertos hechos cuyo conocimiento hubiere impedido el otorgamiento de la nacionalidad¹⁹¹. Los casos de naturalizaciones canceladas y nacionalidades apócrifas, incluso de origen, comprendidas las que fueron atribuidas con base en partidas de nacimiento falsas y en inscripciones de nacimiento obtenidas irregularmente al no haber realmente la persona nacido en nuestro país, son informados a las representaciones para el secuestro de la documentación argentina. Igualmente si los cónsules actuantes toman conocimiento de casos de obtención fraudulenta de la nacionalidad argentina, deben denunciarlo ante la Cámara Nacional Electoral a efectos de proceder a su anulación (art. 15, Decreto N° 3213/1984). En segundo lugar, la pérdida de la nacionalidad argentina está prevista para el caso de chilenos, colombianos, ecuatorianos, salvadoreños, hondureños, nicaragüenses y panameños nativos que se naturalizaron argentinos, que renuevan su residencia en su país de origen sin intención de regresar a la Argentina, intención que se presume cuando la persona naturalizada resida en el país de origen por más de dos años, en los términos de la Convención que fija la condición de los ciudadanos naturalizados que renuevan su residencia en el país de origen suscrita en la Tercera Conferencia Americana de Río de Janeiro en 1906. Lo mismo ocurre en el caso de los suecos y noruegos de origen naturalizados argentinos, según el artículo adicional del Tratado de amistad, comercio y navegación entre la República Argentina y el Reino de Suecia y de Noruega, firmado en 1885. Este tratado rige actualmente entre Argentina y Suecia y entre Argentina y Noruega respectivamente, una vez disuelta la unión entre Suecia y Noruega en 1905.

La pérdida de la *nacionalidad* argentina en tanto que cancelación del vínculo de la persona con nuestro país, no debe confundirse con la suspensión del ejercicio de los derechos políticos (pérdida de la *ciudadanía*) que se deriva de la naturalización por parte de argentinos

LL *Suplemento de derecho constitucional*, junio 29 de 2009; y de Oyarzábal, Mario J. A. “¿Se puede renunciar a la ciudadanía argentina para adquirir una nacionalidad extranjera? (comentario al fallo de la Cámara Nacional Electoral en autos ‘S., C. D. y otro’, 5/3/2009)”. *J.A.* 2009-III-533.

¹⁹¹ CSJN, *Fallos* 257:105.

nativos en el extranjero, o de retorno de los españoles y de los italianos naturalizados argentinos a vivir a su país en los términos de los convenios de nacionalidad suscriptos con estas dos naciones.

2) La prueba de la nacionalidad argentina ante la autoridad consular

La prueba de la nacionalidad argentina es imprescindible para obtener determinada documentación consular, como es el pasaporte, u otros servicios consulares, incluida la transmisión de la nacionalidad a la prole, la inscripción en el Libro de matrícula del consulado y para ser asistido en situaciones de encarcelamiento, enfermedad, penuria económica o de otro tipo.

En principio, y sin perjuicio de las obligaciones que el Reglamento consular impone a la autoridad consular, la carga de la prueba en materia de nacionalidad incumbe al que pretende tener la nacionalidad argentina, o al que contesta la cualidad de argentino a un individuo titular de un certificado de nacimiento o de una carta de ciudadanía argentinos. Se trata de la aplicación de la máxima jurídica *actori incumbit probatio*.

El medio de prueba oficial de la nacionalidad argentina nativa es el testimonio del acta de inscripción de nacimiento expedido por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, por ser el nacimiento el supuesto de hecho captado en el artículo 1 inciso 1 de la Ley N° 346.

Al nacido en las Islas Malvinas se le admite, a los efectos de su identificación como argentino según las disposiciones de la Ley N° 17.671 de identificación, registro y clasificación del potencial humano nacional y su reglamentación, el testimonio de la partida de nacimiento otorgada por la autoridad extranjera, la que se considera como prueba supletoria suficiente del hecho del nacimiento, así como del lugar y fecha del mismo, y posteriormente la copia del testimonio de la inscripción de dicho nacimiento en el Libro de registro del estado civil de las personas del consulado y de su anotación en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, de acuerdo con el procedimiento dispuesto por la Resolución N° 145/1972 del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Si el nacimiento ocurrido en las Islas Malvinas se registró

directamente ante el Registro Civil de Tierra del Fuego, su nacionalidad argentina se prueba con la partida de nacimiento que otorgue el Registro provincial.

Si se trata de una persona a la que corresponde la nacionalidad argentina no obstante el nacimiento en el extranjero por ser hija de funcionarios del Servicio Exterior de la Nación o de cualquier funcionario argentino, o de funcionarios de organismos internacionales, en los supuestos comprendidos en el artículo 91 de la Ley N° 20.957 y el artículo 1 de la Ley N° 17.692 respectivamente, podrá probarse la nacionalidad por medio de los certificados de los registros consulares (art. 82, Cód. civ.; art. 97 2° párr., Cód. civ. y com.). Si el nacimiento se produce en un buque de guerra o en un barco mercante en alta mar, el nacimiento y consiguientemente su nacionalidad se prueba por las copias auténticas de los asientos que deben realizar los escribanos de los buques de guerra y el capitán o maestre de los mercantes (art. 81, Cód. civ.; art. 123, Ley N° 20.094 de navegación) supuesto que cabe extender a los nacimientos que se produzcan en una aeronave de pabellón argentino (85, Código aeronáutico). En el Código civil, el nacimiento de los hijos de militares en campaña fuera de la República o empleados en servicio de las Fuerzas Armadas se probaba por los certificados de los registros establecidos en los reglamentos militares (art. 84). El Código civil y comercial no contiene una disposición del tenor del artículo 84 del Código civil, por lo que su nacionalidad argentina se prueba con los certificados de los asientos practicados en los registros consulares argentinos por aplicación de las pautas generales (art. 97 2° párr., Cód. civ. y com.).

En el caso de los argentinos por opción, la nacionalidad podrá probarse por medio del testimonio del acta de opción pasada ante el consulado argentino, o el que otorgue el Registro Nacional de las Personas (art. 2, Decreto N° 3213/1984, modificado por el Decreto N° 1601/2004 por el que se sustituyó el artículo 2 del Decreto N° 3213/84 y sus similares N° 231/95 y N° 1601/2004).

La nacionalidad adquirida se prueba, por su parte, con la carta de ciudadanía que lleva la firma del secretario del juzgado federal que otorgó la naturalización, o con el “certificado de naturalizado” emitido por la Cámara Nacional Electoral. También se prueba con los testimonios o certificados de inscripción que emite el Registro Nacional de las Personas (art. 1, art. 2 inc. a y art. 12, Ley N° 17.671). Utilizados en la esfera administrativa, esos títulos pueden ser contestados, pero dan al

titular la ventaja preciosa y justificada de relevarlo de la carga de la prueba.

Otros medios de prueba de la nacionalidad son el DNI y el pasaporte¹⁹², o los certificados consulares. Pero si las autoridades consulares estiman no concluyentes estos documentos, solo la presentación de los títulos originarios, y en última instancia la averiguación ante el organismo competente por la vía institucional, permitirá dilucidar definitivamente la cuestión.

Claramente que la nacionalidad *argentina* de una persona no podría tenerse por acreditada por las constancias que surjan de un documento extranjero (pasaporte, tarjeta de residente, partida de nacimiento, etc.), salvo que una disposición legal o reglamentaria argentina así lo establezca, v.gr. a los efectos migratorios de acuerdo con la Disposición DNM N° 2742/2009 por la que se aprueba el Cuerpo de instrucciones para el tratamiento migratorio de los argentinos que se hubieran naturalizado en otro país. En el marco de la Disposición citada, en caso de presentar solamente documento de viaje hábil de la nacionalidad extranjera adquirida en el que conste su condición de argentino, será tenido por ese solo hecho como argentino, a los efectos de egresar, ingresar o reingresar al territorio nacional, en los siguientes supuestos: de argentinos no residentes en la República Argentina que se hubieran naturalizado en países con los cuales la Argentina ha suscripto convenio de doble nacionalidad (Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, España, Honduras, Italia, Nicaragua, Noruega, Panamá y Suecia) si manifestare su intención de venir a residir permanentemente en el país (Anexo I, I, A, 1, b); de argentinos no residentes en la República Argentina que se hubieran naturalizado en países con los cuales la Argentina *no* ha suscripto convenio de doble nacionalidad (Anexo I, I, B); y de argentinos residentes en la República Argentina, en los casos en que se autoriza a la persona egresar o reingresar con el documento de viaje de la nacionalidad adquirida (Anexo I, II, A y B, 2). En todos los supuestos, en el caso en que no constare la condición de argentino en la documentación extranjera, y el ingresante la invocara, deberá acreditar dicho extremo mediante la presentación de documento de identidad argentino.

También los argentinos nacidos en las Islas Malvinas, que deseen ingresar al territorio continental de la República, pueden utilizar su

¹⁹² Trillo, José María. “Nacionalidad y Pasaporte”. *ED.* 215-879.

pasaporte extranjero. Las Normas de aplicación del Reglamento consular establecen que en ningún caso se concederá a dichos argentinos visa en un pasaporte extranjero (Título V, § 14, a). El ingreso, permanencia y egreso de las personas solo está condicionado a la comprobación de su identidad y lugar de nacimiento, lo que se puede acreditar con cualquier documento válido a dichos fines, cualquiera sea la procedencia del mismo y nacionalidad que dicho documento pretenda adjudicarle. No se otorga al malvinense ningún tipo de constancia de ingreso ni tampoco se interviene el pasaporte o documento que hubiere presentado. Este procedimiento alcanza a toda persona nacida en Malvinas que provenga de las Islas o de otros Estados, cualquiera fuera la nacionalidad que manifieste o pretenda acreditar que posee (Título V, § 14, bis). La Resolución N° 145/1972 del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto preveía el uso del documento de viaje contemplado en la Declaración conjunta argentino-británica del 1 de julio de 1971, hoy en desuso.

Allende estos supuestos y en ausencia de norma que lo estipule, cabría otorgarse a constancias extranjeras cierto valor indiciario de la nacionalidad argentina de su titular, v.gr. a los fines de proveerle asistencia consular, incluido el otorgamiento de un pasaporte provisorio para regresar a la Argentina sujeto a la identificación del individuo al ingresar al territorio nacional.

3) La adquisición de la nacionalidad “por opción” ante la autoridad consular y las cuestiones previas de estatuto personal que suscita

A partir de la reforma del Decreto N° 1601/2004, la nacionalidad argentina por opción se puede adquirir directamente ante un consulado sin importar que el interesado sea mayor o menor de 18 años de edad. En el régimen anterior, los mayores de 18 años debían formular la opción ante el juez federal del último domicilio de los padres en Argentina¹⁹³. Asimismo en ambos casos –de menores y de mayores de 18 años– podrá efectuarse la opción en territorio nacional directamente ante el Registro Nacional de las Personas (art. 1). No se exige que el optante tenga domicilio o residencia en la circunscripción del consulado ante el

¹⁹³ Trillo, José María. “Nuevo régimen de acceso a la nacionalidad argentina por opción creado por el decreto 1601/2004. Normativa de aplicación en sede administrativa”. *LL Suplemento de actualidad*. 22 de septiembre de 2005.

que formula la opción. Si el optante nació en una circunscripción consular diferente a la del consulado ante el que busca ejercer la opción, deberá previamente solicitar la inscripción de la partida de nacimiento en el consulado con circunscripción en el lugar donde se encuentra el registro civil que lo expidió.

En virtud de que el Decreto N° 1601/2004 solo menciona a los hijos de “argentinos nativos”, y no a los hijos de “argentinos por opción”, ello ha dado lugar a que los consulados argentinos no efectúen el trámite cuando quien peticiona es hijo de un argentino por opción. Sin perjuicio de ello, se admite que los residentes en el exterior puedan otorgar poder ante el consulado argentino a favor del Director de Contencioso de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Cancillería para que los represente ante la justicia federal argentina.

Para que una persona de nacionalidad argentina pueda comunicar su nacionalidad al hijo, es preciso demostrar la relación jurídica que los unió al momento del nacimiento o de producirse la modificación en el estado de la persona interesada, es decir del reconocimiento del hijo extramatrimonial o de la adopción. Se plantea, entonces, una cuestión previa (condicionante) de derecho civil: ¿qué ley es competente para resolver la situación de filiación de la que depende la atribución de la nacionalidad argentina? El ejercicio de la opción suscita además una cuestión previa relativa a la capacidad de las personas: ¿qué derecho rige la capacidad requerida para cumplir el acto de opción? Las leyes argentinas sobre nacionalidad utilizan conceptos de diversas ramas del derecho, principalmente del derecho civil, como “hijo”, “padre (o madre)”, “mayor (o menor) de 18 años” y “patria potestad”; pero no contienen ninguna cláusula expresa dirigida a regular las cuestiones incidentales del estatuto personal. En este marco, cabe preguntarse si es necesario aplicar las reglas de conflicto de leyes que rigen cada una de esas cuestiones y aplicar eventualmente una ley extranjera, o si por el contrario el cónsul debe tomar exclusivamente las definiciones del derecho material argentino.

El legislador argentino optó a favor de regular *substancialmente* la cuestión previa del estatuto personal en el artículo 2 del Decreto N° 3213/1984. En vez de hablar de “minoridad” o “mayoridad”, incluyó las expresiones “menores de 18 años” y “mayores de 18 años”. Pero seguidamente estableció que cuando se trate de hijos menores de 18 años, la opción por la nacionalidad argentina puede ser formulada “por

quien o por quienes ejerzan la patria potestad”, lo que suscita una nueva cuestión previa del estatuto personal.

Ni la jurisprudencia ni la doctrina son abundantes sobre este problema; pero la práctica judicial y administrativa va en la dirección de resolver las cuestiones previas independientemente sometiéndolas a sus respectivos derechos elegidos por las normas indirectas pertinentes (*lex causae*)¹⁹⁴. Si consideraciones de justicia justificaron la elaboración de disposiciones directas y sustanciales, el legislador lo hizo *expressis verbis*, como cuando estableció la mayoría de edad a los 18 años para el ejercicio por cuenta propia de la opción, derogando la regla ordinaria de conflicto de leyes según la cual la capacidad de una persona está regida por la ley de su domicilio (arts. 7 y 8, Cód. civ.; art. 2616, Cód. civ. y com.), derogación que se basó en la necesidad de unificar las condiciones de validez de los actos voluntarios previos a la adquisición de la nacionalidad argentina. Pero a falta de normas materiales o de normas de policía de naturaleza especial que sometan al derecho material argentino las cuestiones previas en materia de nacionalidad, se debe aplicar las normas de conflicto. Estas consideraciones valen igualmente para cuando la opción se ejerce ante una autoridad consular.

No es necesario que el emplazamiento filial o el ejercicio de la responsabilidad parental satisfagan las condiciones del derecho civil argentino. Nada obsta a que el nuevo estado al que está subordinada la atribución de la nacionalidad argentina derive de una decisión pasada ante una autoridad extranjera, v.gr. un reconocimiento de hijo, o una sentencia que otorga en adopción un niño extranjero a sus padres argentinos o que priva a uno de los padres del ejercicio de la patria potestad o lo suspende en el ejercicio de la misma. Es suficiente que el emplazamiento constituido en el extranjero y las facultades de los progenitores sean válidos según las leyes argentina o extranjera internas aplicables en virtud del sistema argentino de derecho internacional privado.

Tampoco establece el artículo 2 del Decreto N° 3213/1984 que la opción por la nacionalidad argentina de hijos menores de 18 años deba ser formulada por quien o por quienes ejerzan la patria potestad de acuerdo al derecho argentino. Rigen por tanto las normas generales que someten la responsabilidad parental al derecho de la residencia habitual del hijo (art. 2639, Cód. civ. y com.).

¹⁹⁴ Oyarzábal, Mario J. A., *La nacionalidad argentina*, cit. n. 184. 31-33.

Finalmente, se interpreta que tutores y curadores pueden realizar la opción sobre el menor o incapaz, aun cuando el Decreto N° 3213/84 reglamentario de la Ley N° 346 de ciudadanía no lo prevé expresamente. Es así que la Resolución N° 1636/2012 del Registro Nacional de las Personas aprobó un modelo específico de actas de opción de menor o incapaz efectuada por tutor o curador (Anexo III). El ejercicio de la opción por tutores o curadores requiere, empero, de autorización expresa de una autoridad competente del domicilio (argentino o extranjero) de la persona protegida. Ello se deriva del concepto y los principios generales de estas instituciones destinadas a brindar protección a la persona y bienes de los incapaces, aun cuando ni el anterior Código civil ni el nuevo Código civil y comercial explícitamente mencionen la opción de nacionalidad entre los actos para los cuales tutores y curadores necesitan autorización judicial.

4) Los problemas de “doble nacionalidad” ante la autoridad consular

Un argentino, nativo, por opción o naturalizado, puede tener simultáneamente otra u otras nacionalidades también de origen o como consecuencia de su naturalización en el exterior.

La Constitución Nacional argentina no rechaza la doble o múltiple nacionalidad, ya que con ello para nada se afecta el principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina impuesto por la Carta Magna (art. 75 inc. 12)¹⁹⁵. Los únicos puntos rígidos que impone la Constitución al atribuir al Congreso la facultad de dictar leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y ciudadanía y de aprobar tratados en la materia, radican en la sujeción al *jus soli* y al derecho de opción y, según la interpretación predominante, la interdicción de prever la pérdida de la nacionalidad argentina nativa. Con respeto a aquellos principios, las leyes pueden regular concretamente las demás cuestiones sobre naturalización y ciudadanía, incluyendo la pérdida de la nacionalidad de los naturalizados argentinos que hayan adquirido otra nacionalidad extranjera por naturalización o que reasuman el ejercicio de su nacionalidad de origen. Con la derogación de la Ley N°

¹⁹⁵ Oyarzábal, Mario J. A., “La doble nacionalidad en el derecho internacional y en la legislación argentina”. *Revista de derecho internacional y del Mercosur*. 2003-2: 7 ss.

21.795 que rigió entre 1978 y 1984 durante la última dictadura militar y la restitución de la vigencia de la Ley N° 346 por parte de la Ley N° 23.059, que además declaró inválidas y sin ningún efecto jurídico las pérdidas o cancelaciones de la nacionalidad argentina dispuestas en cumplimiento de la Ley de facto, no ha quedado en vigor ninguna disposición que establezca la pérdida de la nacionalidad argentina por la naturalización en el extranjero. Incluso la nacionalidad argentina ni siquiera es renunciable por el interesado, aun cuando el país de la nueva nacionalidad le exija renunciar a su nacionalidad anterior para otorgarle la nueva. Toda renuncia a la nacionalidad argentina se interpreta como una renuncia a la ciudadanía (al ejercicio de los derechos políticos). La doble nacionalidad institucionalizada por un tratado internacional o admitida por la legislación interna es, pues, perfectamente compatible con nuestra Constitución Nacional¹⁹⁶; pudiendo afirmarse que la nacionalidad argentina es acumulativa, ya que su adquisición o su pérdida no depende respectivamente de la cancelación o adquisición de una nacionalidad extranjera.

La posesión de otra nacionalidad además de la argentina, en ciertas circunstancias, sí produce efectos para el disfrute de determinados derechos en el ordenamiento jurídico argentino, de acuerdo con la legislación en vigor, incluyendo ante la autoridad consular. Esta situación se da cuando un argentino de origen se *naturaliza* en el exterior, o cuando una persona naturalizada argentina adquiere posteriormente una nueva naturalización en el exterior, en los términos del artículo 8 de la Ley N° 346¹⁹⁷; o cuando un español o un italiano de origen naturalizado argentino regresa a residir definitivamente a su país de origen, en las condiciones respectivamente del Convenio de nacionalidad entre la República Argentina y el Reino de España de 1969, modificado por el Protocolo adicional de 2001¹⁹⁸, y del Convenio de nacionalidad entre la República Argentina y la República Italiana de 1971, modificado por el

¹⁹⁶ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires: Ediar, 1998. I-A, 619-620.

¹⁹⁷ Oyarzábal, Mario J. A. “Doble nacionalidad y ciudadanía. El artículo 8° de la ley 346 y la suspensión de los derechos políticos de los naturalizados en país extranjero”. *LL*. 2003-F, 1158.

¹⁹⁸ Oyarzábal, Mario J. A. “El Protocolo adicional al Convenio de nacionalidad entre España y Argentina. Un análisis desde la perspectiva argentina”. *Revista española de derecho internacional*. 56-1 (2004): 579-581.

Protocolo adicional de 2005 (cuando entre en vigor)¹⁹⁹; o cuando extranjeros naturalizados argentinos hagan uso de su anterior nacionalidad, según lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto s/n de 19 de diciembre de 1931 reglamentario de la Ley N° 346. En estos casos de los que la autoridad consular tome conocimiento, es su obligación denunciarlos ante la Cámara Nacional Electoral para que se le suspendan los derechos políticos de conformidad a lo establecido en el artículo 8 de la Ley N° 346 (art. 15, Decreto N° 3213/1984). La suspensión de los derechos políticos, vale aclarar, solo procede por decisión judicial. De ahí que las autoridades electorales de los comicios en el extranjero no pueden cuestionar el derecho de un nacional a votar, aun cuando sepan de su doble nacionalidad, cuando figuren inscriptos en el padrón de la representación (art. 28, Decreto N° 1138/1993 modificado por el Decreto N° 254/2009, reglamentario de la Ley N° 24.007 de creación del Registro de Electores en el Exterior).

En todo caso, la suspensión del ejercicio de los derechos políticos de conformidad a lo establecido en el artículo 8 de la Ley N° 346 y en los Protocolos adicionales a los Convenios de nacionalidad con España y con Italia, no priva de los otros derechos ni exime de las otras obligaciones inherentes a la nacionalidad argentina, sea esta nativa o adquirida (art. 16, Decreto N° 3213/1984; art. 3, Protocolo adicional al Convenio de nacionalidad con España; art. 2, Protocolo al Convenio de nacionalidad con Italia). Entre sus derechos civiles que no devienen afectados se encuentran el de obtener y renovar el pasaporte y demás documentos de identificación argentinos, y de gozar de la asistencia consular que le corresponda.

Otros derechos, en cambio, como el de disfrutar de la protección diplomática del Gobierno argentino en el caso que se la conceda, pueden no ser oponibles ante el Gobierno de otro país que también considere a la persona como su nacional, aun cuando la nacionalidad argentina sea la que se manifieste por los vínculos reales más fuertes en términos de la residencia, los lazos familiares y su participación en la vida pública

¹⁹⁹ Oyarzábal, Mario J. A. “La revisione dell’Accordo italo-argentino di doppia cittadinanza”. *Rivista di diritto internazionale e procesuale*. 41 (2005): 101-106.
Oyarzábal, Mario J. A. “Il Protocollo aggiuntivo che modifica l’Accordo italo-argentino sulla cittadinanza”. *Rivista di diritto internazionale*. 90-3 (2007): 749-758.

(principio de la nacionalidad efectiva), atendiendo al principio de igualdad soberana de los Estados²⁰⁰.

Es menester dejar en claro que la posesión simultáneamente de otra nacionalidad *de origen* –sea que un extranjero opte por la nacionalidad argentina, o la situación inversa de que un argentino nativo o por opción adquiera una nacionalidad extranjera automáticamente por imperio de una legislación extranjera o por haber manifestado la voluntad de seguir aquella nacionalidad que le corresponde por filiación como es el caso de los numerosos argentinos que son descendientes de españoles e italianos– no surte ningún efecto en el orden jurídico argentino, ni tan siquiera en lo que respecta al ejercicio de sus derechos políticos, frente a la ausencia de previsiones legales o convencionales expresas que prevean su suspensión en estos supuestos²⁰¹. En efecto, el artículo 8 de la Ley N° 346 establece que “[n]o podrán ejercerse en la República los derechos políticos por los *naturalizados* en país extranjero” [énfasis agregado], con lo que los argentinos que poseen otra nacionalidad por nacimiento no quedan comprendidos en la prohibición, debiendo las restricciones al ejercicio de derechos constitucionalmente protegidos, como es el derecho al voto, interpretarse restrictivamente.

La legislación argentina no establece otras restricciones a los argentinos naturalizados en el extranjero que al disfrute de los derechos políticos –de votar y a ocupar cargos públicos– por lo que los dobles nacionales conservan el derecho de obtener y renovar su documentación argentina, incluyendo el pasaporte, y de acceder a todos los otros servicios consulares reservados a los nacionales. Con todo, vale preguntarse la razonabilidad de esta importante prohibición. ¿Es razonable que se reconozca a los argentinos por opción que nunca han vivido en territorio argentino o a los argentinos naturalizados que regresan a vivir a su país de origen el derecho al voto, y en cambio se le restrinja a otros argentinos residentes en el exterior que al cabo de un tiempo adquieren la nacionalidad del país de alojamiento, por ejemplo para acceder a un empleo o ejercer allí también los derechos ciudadanos, sin que ello implique que han perdido el contacto y la afección con su

²⁰⁰ Brownlie, Ian. “The Relations of Nationality in Public International Law”. *British Year Book of International Law*. 39 (1963): 284-364 y la jurisprudencia y bibliografía citadas.

²⁰¹ Oyarzábal, Mario. “La doble nacionalidad del Juez Zaffaroni en una sentencia de la Corte Suprema: Una decisión correcta por las razones equivocadas”. *J.A.* 2008-I-484.

país natal? Más aun, el artículo 8 podría ser susceptible de impugnación constitucional, ya que introduce una discriminación entre nacionales argentinos para ejercer los derechos políticos que no surge del artículo 37 ni de ninguna otra norma de la Constitución Nacional. La única distinción que surge de la Constitución Nacional es entre argentinos habitantes y no habitantes, lo que ha llevado a una prestigiosa doctrina a considerar que la Ley N° 24.007, que estableció que los argentinos residentes en forma permanente y efectiva en el exterior puedan votar en las elecciones federales, es inconstitucional²⁰². En todo caso, propugnamos la derogación del artículo 8 de la Ley N° 346 en una futura reforma legislativa. Tal modificación implicaría institucionalizar en el ordenamiento jurídico argentino la doble nacionalidad, lo que es perfectamente compatible con nuestra Constitución Nacional²⁰³. Además, esta es la tendencia en el derecho comparado, donde ha comenzado a superarse la idea de que la nacionalidad múltiple es una anomalía que debe ser evitada, y se afirma la tesis favorable a su reconocimiento con todos los derechos y obligaciones que trae aparejada para el binacional la posesión de cada nacionalidad y sin más límites que los derivados de la imposibilidad material de ejercerlos²⁰⁴.

Para el ejercicio de sus funciones migratorias y de información a la comunidad argentina residente en el exterior, el cónsul debe tener en cuenta la Disposición de la Dirección Nacional de Migraciones N° 2742/2009 por la que se aprueba el cuerpo de instrucciones para el tratamiento migratorio de los argentinos que se hubieran naturalizado en otro país y se actualizan las Resoluciones DNM N° 2650/1984 y N° 2578/1991 así como la Disposición DNM N° 33/1994. En términos generales, el nuevo régimen distingue entre argentinos no residentes y argentinos residentes en la República. En el primer caso, el de los *argentinos residentes en el exterior* que se hubieran naturalizado en países con los cuales la Argentina ha suscripto convenios de doble nacionalidad (Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, España, Honduras, Italia, Nicaragua, Noruega, Panamá y Suecia) y porten documento de viaje de la nacionalidad adquirida, se los considera extranjeros (salvo que el ingreso o la permanencia en la República sea con el ánimo de residir permanentemente aquí), debiendo solicitar ante el consulado la visa y la

²⁰² Bidart Campos, ob. cit., n. 112. II. 256.

²⁰³ *Ibid.* 417; Boggiano, Antonio. *La doble nacionalidad en derecho internacional privado*. Buenos Aires: Depalma, 1973. 68 ss.

²⁰⁴ Oyarzábal, ob. cit., n. 197.

admisión en la categoría migratoria de “residente transitorio” o de “residente temporario” según corresponda (Anexo I, I, A, 4, a) y b)), y de solicitar la regularización migratoria encontrándose en el territorio argentino, tramitar la habilitación de salida, prórroga de permanencia, autorización de trabajo y otras solicitudes de regularización migratoria como cualquier extranjero (Anexo I, I, A, 3). Si manifestare su intención de venir a residir permanentemente en el país, será tenido por ese solo hecho como argentino, interviniéndosele su documentación con la leyenda “argentino a pedido del interesado” (Anexo I, I, A, 1, b). También el traslado de su domicilio a la República con el ánimo de residir en ella en forma definitiva implica la reanudación automática de la ciudadanía argentina (Anexo I, I, A, 3, b) *in fine*). Posteriormente, para egresar del territorio nacional, deberá munirse de documento de viaje argentino (Anexo I, I, A, 2, b). Los argentinos no residentes que se hubieran naturalizado en países con los cuales la Argentina *no* ha suscripto convenios de doble nacionalidad, serán considerados a todos los efectos como argentinos, pero podrán entrar y salir del territorio argentino presentando documento de viaje de la nacionalidad adquirida siempre que la permanencia no exceda 180 días corridos. Superado ese plazo, para salir del país deberán hacerlo con la documentación argentina pertinente (Anexo I, I, B, 2). En el segundo caso, el de los *argentinos residentes en la República Argentina*, se los tiene por argentinos, aun cuando se les permita egresar y reingresar al territorio argentino portando y exhibiendo la documentación hábil de viaje de la nacionalidad adquirida (Anexo I, II), con excepción de los argentinos que se hubieran naturalizado en países con los cuales la República Argentina *no* ha suscripto convenio de doble nacionalidad que para salir del país deberán presentar documento argentino de viaje hábil y vigente (Anexo I, II, B, 1). Pero incluso en los casos en que se permite a la persona egresar y reingresar al territorio argentino con el pasaporte de la nacionalidad adquirida, deben acompañar documento de identidad argentino y se les interviene el documento de viaje extranjero con la leyenda “argentino” (Anexo I, II, A y B, 2).

5) La determinación de una nacionalidad extranjera ante el cónsul argentino

Así como la nacionalidad argentina se determina conforme a la legislación argentina, toda cuestión relativa a si un individuo posee una nacionalidad extranjera debe ser resuelta conforme a la legislación de ese Estado (art. 2, Convención de La Haya de 1930 sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre nacionalidad²⁰⁵); salvo lo dispuesto por los convenios internacionales, la costumbre internacional y los principios de derecho generalmente reconocidos en materia de nacionalidad cuya contravención conduce a privar de efectos en el orden jurídico argentino a la nacionalidad extranjera. V.gr. a los efectos de los Convenios de nacionalidad con España y con Italia, la nacionalidad española e italiana respectivamente se acreditan a través de los medios de prueba que establecen el derecho español y el derecho italiano aplicables (art. 1 3º párr. de ambos convenios); en tanto que en otros convenios celebrados por la Argentina se especifica los documentos que acreditan nacionalidad, generalmente el pasaporte válido y vigente, la cédula de identidad o el certificado de nacionalidad expedido por el agente consular del país de origen en el país de recepción (art. 4 inc. 1 a), Acuerdos sobre residencia para nacionales de los Estados partes del MERCOSUR y entre los Estados partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, de 2002; arts. 4 inc. a y 5 inc. b, Acuerdo sobre residencia para nacionales de la República del Perú y de la República Argentina de 2007).

En todo caso, el acto administrativo o jurisdiccional extranjero debe provenir de las autoridades del Estado que atribuyen o reconocen su nacionalidad a una persona determinada, y no de otro Estado. V.gr. un certificado de nacimiento de un país que admite el *ius sanguinis* indicando que una persona es de nacionalidad de otro país (donde nació)²⁰⁶, o el pasaporte de un país indicando que una persona es de nacionalidad de otro país (como los pasaportes que excepcionalmente

²⁰⁵ *League of Nations Treaty Series*, 1930, vol. 179, p. 89. Aunque la Argentina no es parte de esta Convención, pocas dudas caben que la citada disposición refleja el derecho consuetudinario.

²⁰⁶ Aun cuando sea de público conocimiento que ese país sigue el *ius soli*, ya que puede haber circunstancias en que una persona no adquiera la nacionalidad del país donde nació según su legislación, como ocurre con los hijos de diplomáticos extranjeros que nacen en la Argentina que no adquieren la nacionalidad argentina.

emite la República Argentina a los cónyuges extranjeros de argentinos; o los permisos de reingreso (“re-entry permits”) y los documentos de viaje para refugiados (“refugee travel documents”) que emiten las autoridades estadounidenses a ciertos residentes que no pueden obtener un pasaporte de su nacionalidad), no acreditan en principio en sede argentina la nacionalidad que se alega; sin perjuicio de que el documento de viaje extranjero le permita a la persona tramitar ante un consulado argentino la visa para viajar a la República y que la nacionalidad que allí conste se aplique, en ausencia de otra documentación del Estado de su nacionalidad, para determinar los requisitos particulares de admisión al país que dependan de la nacionalidad de la persona.

Fuera del ámbito convencional, internacionalmente la nacionalidad de una persona se prueba generalmente con el pasaporte. Aunque el pasaporte no establece concluyentemente que una persona posea la nacionalidad del Estado extranjero que otorgó el pasaporte, constituye evidencia *prima facie* de nacionalidad, que es normalmente aceptada para fines migratorios y de policía²⁰⁷. En caso de duda, el cónsul podría requerir la presentación de documentación adicional. Piénsese en la titular de un pasaporte que figura como habiendo nacido en el exterior sin constar su nacionalidad, conociéndose que el país de que se trata otorga pasaporte a las esposas extranjeras de sus nacionales. Una vez más, los actos administrativos o jurisdiccionales extranjeros en materia de nacionalidad (las menciones contenidas en los certificados consulares; o los certificados otorgados por la autoridad territorial competente) valen, de acuerdo con la teoría general de los conflictos de autoridades y de jurisdicciones, en la medida que provengan de las autoridades del país que atestigua que una persona tiene la nacionalidad de ese país²⁰⁸.

Por último, puede presentarse la situación de que una persona posea dos o más nacionalidades extranjeras frente a lo que el cónsul argentino tenga que resolver cuál de ellas debe prevalecer al efecto de la aplicación de un determinado régimen que dependa de la nacionalidad de la persona, v.gr. para determinar la aplicación de un convenio de supresión o de gratuidad de visas, o los requisitos que establezca la legislación argentina interna para la obtención de una visa. En este caso, y aunque esta cuestión no es totalmente ajena a la controversia en la

²⁰⁷ Turack, Daniel C. *The Passport in International Law*. Lexington, Massachusetts: Lexington Books, 1972.

²⁰⁸ Rigaux, ob. cit. n. 6. 138-139 y 204.

jurisprudencia y la doctrina internacionales²⁰⁹, el principio que debe guiar la actuación del cónsul es la de dar prevalencia a la nacionalidad que el interesado haga valer ante el consulado y que se manifieste por la presentación del pasaporte respectivo, aunque el interesado manifieste y al cónsul le conste que la persona posee otra nacionalidad con la que la persona se encuentra vinculada por lazos más estrechos (*principio de la nacionalidad efectiva*) y sea que los requisitos para el otorgamiento de una visa a los nacionales de este otro país sean más laxos o más exigentes que los establecidos para los sujetos con la nacionalidad alegada. Ello es así, por aplicación del “principio de inoponibilidad de la nacionalidad de un tercer Estado”, que indica que frente a un tercer Estado (en el caso, la Argentina) cada país del que la persona es nacional aparece como su soberano, además de por el apremio de las necesidades prácticas siendo que la persona ingresará a la Argentina seguramente con el pasaporte que presentó a visar ante la autoridad consular.

²⁰⁹ *Oppenheim's International Law*. 9th ed. by R. Jennings and A. Watts. London: Longman, 1999. I, 515-517 y 883; Brownlie, ob. cit. n. 10. 404-406.

§ VII
LA CIRCULACIÓN INTERNACIONAL DE DOCUMENTOS:
LA LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS, LAS FUNCIONES
NOTARIALES DE LOS CÓNSULES Y EL RECONOCIMIENTO DE
DOCUMENTOS DE EXTRAÑA JURISDICCIÓN

1) Forma de los actos jurídicos. La regla *locus regit actum*: su fundamento y alcance

La “forma” constituye, junto con el “sujeto” o persona de quien emana y el “objeto” sobre el cual recae la voluntad de aquel, uno de los elementos esenciales de los actos jurídicos²¹⁰. La forma del acto jurídico es la “manera como se exterioriza la voluntad del sujeto respecto del objeto, en orden a la consecución del fin jurídico propuesto”²¹¹. Como resulta del artículo 913 del Código civil (que se corresponde con el artículo 260 del Código civil y comercial), sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste, no hay acto voluntario, sino propósito mental²¹². El formalismo, a pesar de su vieja raigambre, no solo no ha desaparecido del derecho moderno sino que hasta cobra nuevo vigor en algunos sectores como el derecho comercial como medio de resguardar el interés de los terceros y la seguridad del tráfico jurídico; además de que la exigencia de ciertas formas protege a los interesados de su propia ligereza e impremeditación (como ocurre tratándose del matrimonio, el testamento o un poder de representación notarial), y facilita y hasta asegura la prueba del acto²¹³.

Es indispensable a las relaciones jurídicas internacionales que toda persona pueda, allí donde se encuentre, cumplir las formas exteriores requeridas para la validez de la prueba de un acto. La eficacia universal es tanto más deseable cuando el acto está destinado a producir sus efectos en otro país. El interés de las partes exige asimismo que las formas sean fáciles de observar y que su aplicación no traiga aparejadas dificultades serias; lo que explica la tendencia a recurrir a las formas en uso en el lugar de la redacción, que son generalmente las más

²¹⁰ Llambías, ob. cit. n. 68. II, 289 y 299.

²¹¹ *Ibíd.* 343-344.

²¹² *Ibíd.*

²¹³ *Ibíd.* 345-347.

cómodas²¹⁴. Las necesidades prácticas fundamentan, pues, el dominio de la máxima *locus regit actum*; máxima que, más allá de su traducción textual (el lugar gobierna el acto), significa que la ley del país en que tiene lugar un acto determina la forma del mismo.

El antiguo Código civil argentino aplica a la forma de un negocio jurídico las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaren a tenor de lo dispuesto en los artículos 950 (que contiene el principio en su alcance más general), 12 (principio general con miras a los contratos), 1180 (contratos entre presentes) y 1181 (contratos entre ausentes), 81 a 86 (prueba del nacimiento de una persona), 159 (matrimonio), y 3634 a 3638 (testamentos).

La regla tiene un alcance o ámbito de aplicación general, salvo reserva de excepciones justificadas por un texto particular, legal o convencional, o por las consideraciones propias de una operación determinada, por ejemplo cuando el legislador subordina la validez de un acto a la redacción de un escrito auténtico, principalmente bajo la forma de instrumento público, con el fin de asegurar no solo la voluntad de las partes sino también su consentimiento. En estas condiciones, la solemnidad aparece impuesta por las consideraciones de fondo, que justifican la eliminación de la regla *locus regit actum*.

Algunos ejemplos de esas normas particulares aparecen en los artículos 1211 y 3129 en cuanto aplican la ley argentina respectivamente a la transferencia de derechos reales y a la constitución de hipotecas sobre inmuebles argentinos. En ambos casos se admiten las transacciones, contratos hechos e hipotecas constituidas, desde país extranjero, siempre que constaren de “instrumentos públicos” y se presentaren legalizados. Como el propio redactor del Código aclara en la nota al artículo 1211 (al que el artículo 3129 remite en su texto): “[c]uando decimos que los contratos de que habla el artículo deben constar de instrumentos públicos, no se exige que precisamente sean hechos por notarios, o escribanos públicos. En la mayor parte de las naciones existen funcionarios encargados de la fe pública, que imprimen autenticidad a los actos y contratos que pasan ante ellos. Pero hay otras [...] en las cuales los jueces son los únicos que dan autenticidad a los actos [...]. Respecto de los contratos hechos en estas naciones, aunque los instrumentos no sean hechos ante escribanos, deben ser comprendidos entre los que el artículo llama instrumento público”. Así, en algunas jurisdicciones, principalmente del *common law*, en particular en

²¹⁴ *Ibíd.*

la mayoría de los estados de los Estados Unidos y del Canadá, las funciones del notario son mucho más restringidas que en los países del *civil law* y otros países del *common law*, y están limitadas a tomar juramentos, certificar firmas, declaraciones juradas y otras manifestaciones, etc. A estos notarios públicos, al no tener una formación jurídica, les está prohibido proveer asesoramiento legal y preparar instrumentos jurídicos.

En la misma línea del Código civil, el nuevo Código civil y comercial ha establecido que las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado. Cuando la ley aplicable al fondo de la relación jurídica exija determinada calidad formal, conforme a ese derecho se debe determinar la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada (art. 2649).

2) La legalización de documentos: la intervención consular, la “Apostilla” de La Haya y otros supuestos de exención y de simplificación de legalizaciones con determinados países para fines específicos

a) La legalización consular

Documentos públicos extranjeros, como certificados de nacimiento, sentencias, certificaciones notariales de firmas, poderes de representación, títulos de estudios y habilitantes, frecuentemente necesitan ser utilizados en la Argentina. Para ello, como es práctica en la mayoría de los países del mundo, su origen debe ser “autenticado”. El método tradicional para autenticar documentos a ser usados en un país distinto de aquel en que fueron emitidos, se llama *legalización* y consiste en una cadena de autenticaciones individuales del documento.

Conforme el artículo 1 del Decreto del 24 de julio de 1918 (publicado en el Boletín Oficial del 17 de agosto de 1918) sobre esta materia, todo documento público emitido por una autoridad extranjera deberá estar legalizado *por la autoridad consular argentina* acreditada ante el Estado extranjero del que proviene el documento. Esta facultad otorgada a los cónsules argentinos fue reafirmada por el artículo 223 del Reglamento consular argentino aprobado por el Decreto N° 8714/1963 y sus modificatorios, cuya primera parte dice: “Los funcionarios

consulares son los autorizados para autenticar la firma de aquellos documentos que deban surtir efecto en la República (...). En adición a esta regla general, el Decreto del 24 de julio de 1918 (art. 3) y el Reglamento consular (art. 227) establecen que la legalización efectuada por funcionario consular argentino no puede en ningún caso ser suplida por la de agente consular o diplomático extranjero acreditado en la República.

En el ejercicio de las funciones señaladas, el funcionario consular argentino legaliza la firma inserta en el documento extranjero según lo prescripto por el artículo 226 del Reglamento consular: firmas puestas en su presencia (*certificación*) o que tenga debidamente registradas de autoridades del país en que residen, representantes de empresas privadas y particulares (estos últimos previa constatación de su identidad) y funcionarios locales debidamente autorizados (*legalización* propiamente dicha)²¹⁵. La legalización consular sobre un documento extranjero está sujeta, también, a que este reúna ciertos recaudos como es la exigencia de que todas las testaduras, interlineaciones y raspaduras estén debidamente salvadas (art. 231).

Debe destacarse que las legalizaciones efectuadas por los cónsules argentinos tienen “como único efecto autenticar la firma y el carácter del otorgante, sin entrar a juzgar el contenido del documento” (art. 225 1º parte, Regl. cons.). Resulta evidente, sin embargo, que el análisis del contenido del documento no puede ser obviado por el cónsul, ya que este tiene prohibido legalizar documentación probatoria de actos jurídicos contrarios a la legislación argentina (art. 225 últ. parte²¹⁶). Esta prohibición resulta directamente operativa cuando la descripción de un acto contrario a la ley argentina surja claramente del texto mismo del documento. Allende ese supuesto, en años recientes la Dirección General de Asuntos Consulares ha instruido a los cónsules

²¹⁵ El art. 230 del Reglamento consular establece la obligación común a todas las representaciones consulares de llevar un Registro de firmas de autoridades argentinas, locales o de particulares que tengan vinculación con los actos prescritos en ese Reglamento.

²¹⁶ Perugini de Paz y Geuse, Alicia. *La validez y circulabilidad internacional del poder de representación notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1988. 96 (señala que la finalidad originaria del art. 225 consistía en impedir la presentabilidad ante autoridades argentinas de divorcios vinculares de matrimonios argentinos o de testimonios de partidas matrimoniales de cónyuges casados la primera vez en la Argentina, antes de la admisión por la ley 23.515 de divorcio vincular).

argentinos a evaluar las solicitudes de legalización también a la luz de los elementos del contexto en que se solicitan (visas, residencias o naturalizaciones, u otros trámites en que estén involucradas las mismas personas u actos presentes en el documento cuya legalización se solicita), ello a fin de identificar posibles situaciones de documentación material o ideológicamente falsa o adulterada o de fines distintos a los declarados por los solicitantes y, en última instancia, de actos otorgados o celebrados en fraude a la ley argentina²¹⁷. Esta labor exige un gran cuidado y prudencia por parte del cónsul, ya que es competencia de los jueces establecer en sus sentencias si un acto es contrario a la ley.

Anteriormente, la normativa establecía una doble intervención de la Cancillería. En primer lugar, el funcionario consular argentino en el exterior legalizaba la firma inserta en el documento extranjero conforme el ya mencionado artículo 226 del Reglamento consular. Acto seguido, y de acuerdo con el texto original del artículo 229 del Reglamento Consular, la firma del agente consular argentino interviniente debía ser “autenticada” en la República por el Departamento (hoy Coordinación) de Legalizaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

El artículo 1 del Decreto N° 1629/2001 sustituyó el texto de dicho artículo 229 por el siguiente: “Los documentos extranjeros autenticados en la forma establecida en el presente Reglamento harán fe en territorio nacional, sin necesidad de su posterior legalización ante otra autoridad argentina”²¹⁸. Por lo tanto, a partir de la reforma efectuada por

²¹⁷ A tales efectos se ha implementado el uso de un formulario estandarizado de solicitud de legalizaciones en sede consular y un procedimiento de consultas en aquellos casos en los que la evaluación por parte del cónsul de esos elementos de contexto (la llamada “huella consular”) concluya en la existencia de inconsistencias en el requerimiento presentado por el particular que inviten a un análisis más profundo de la solicitud.

²¹⁸ Los considerandos del Decreto N° 1629/2001 expresan las razones que justificaron su sanción: “[q]ue teniendo en cuenta la idoneidad de los agentes consulares de la Nación encargados de realizar las legalizaciones previstas en el mencionado Reglamento consular, resulta suficiente la intervención de los mismos con su firma, sello aclaratorio y demás recaudos que las disposiciones administrativas del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto establecen, sin necesidad de intervención posterior”... “[q]ue la eliminación de tal requisito torna más dinámica y menos burocrática la utilización y circulación de documentos extranjeros en el país sin desmedro de la seguridad y control que deben ejercer al respecto las autoridades nacionales,

el Decreto N° 1629/2001, se ha eliminado la autenticación de la firma del cónsul por la Cancillería pues esa firma habilita por sí sola al documento extranjero y le da validez en el territorio nacional sin que se requiera ningún otro trámite adicional²¹⁹.

A fin de poner en práctica esta reforma y a la vez dotar a las legalizaciones de recaudos que les den mayor seguridad y la uniformidad necesaria que permita su correcta identificación por parte de los usuarios en la República Argentina, la Dirección General de Asuntos Consulares de la Cancillería implementó la utilización de un “folio de seguridad”, numerado y filigramado, sobre el cual se imprime el texto de la legalización.

Huelga mencionar que este procedimiento no rige en los casos en que se aplica la Convención de La Haya de 1961 que suprime la legalización de los documentos públicos extranjeros (Convención de la Apostilla); como así tampoco cuando resulte aplicable a la hipótesis un régimen internacional particular.

Debe distinguirse además este procedimiento del que resulta aplicable al resto de la documentación producida en las oficinas consulares destinada a producir efectos en el territorio nacional, como los testimonios de actuaciones notariales o de inscripciones en el Libro de registro del estado civil de las personas, los certificados (de supervivencia, de residencia, etc.) para ser utilizados en la República, las venias de viaje o la certificación de firma de particulares (en documentos de índole privada o, por ejemplo, en formularios tipo de distintos organismos nacionales). La misma no requiere que la intervención del funcionario autorizante sea habilitada en la Cancillería, ya que ninguna norma así lo establece. Sin embargo, ello fue haciéndose por asimilación a la legalización consular o vistos de documentación extranjera como medida adicional de seguridad. Para estos casos (en los que *no* se utilizan folios de seguridad²²⁰ sino que la intervención consular se realiza sobre

recaudos que se encuentran cumplimentados debida y suficientemente con la firma de los señores cónsules”.

²¹⁹ La reforma introducida por el Decreto N° 1629/2001 significó un importante beneficio para los usuarios, en especial del interior del país, al eliminar un trámite que –en ese entonces– solo podía efectuarse en la Capital Federal; además del alivio burocrático que implica para la Administración, que –como referencia– durante el año 2001 intervenía un promedio de 650 documentos extranjeros por día.

²²⁰ Si bien luego de la implementación en 2001 de los folios de seguridad su

los folios notariales, del registro del estado civil de las personas, hojas en blanco u otros soportes, según corresponda) resultaba necesaria la “habilitación” de la firma del cónsul por parte de la Cancillería a fin de que el documento cobrase plena vigencia en el territorio argentino. Esta práctica quedó discontinuada desde el 14 de diciembre de 2020, fecha a partir de la cual toda intervención consular (distinta a las legalizaciones o vistos sobre documentos extranjeros) debe generarse en soporte electrónico o reproducirse en soporte electrónico a partir de originales en soporte papel, a través del Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE). Los documentos electrónicos así generados son autosuficientes (es decir, no requieren de intervención adicional por parte de la Cancillería ni de ninguna otra autoridad argentina) y tienen idéntica eficacia y valor probatorio que sus equivalentes en soporte papel (conforme Decreto N° 1131/2016, art. 1).

b) La “Apostilla” de La Haya

La *legalización* involucra a los funcionarios del país donde el documento fue emitido, además de la embajada o consulado y generalmente también de la Cancillería del país donde el documento va a ser usado. Debido al número de autoridades involucradas, el procedimiento suele ser lento, dificultoso y caro. Asimismo, si al cabo del tiempo el documento debe ser usado en un tercer, cuarto, etc. país, será necesario volver a legalizarlo ante la embajada o consulado de cada uno de estos países con sede en el país donde el documento fue emitido, país este último que la persona puede haber abandonado hace mucho tiempo obligándola a recurrir a empresas o personas que cobran elevados honorarios por estos servicios. Es precisamente para mitigar estos

utilización se “amplió” a la totalidad de la documentación originada en las representaciones, el incremento de las causas iniciadas por falsificación (al perderse respecto de la documentación intervenida en los consulados, el último control efectuado por la oficina de legalizaciones de la Cancillería), obligó a partir del 13 de diciembre de 2004 a regresar al sistema utilizado anteriormente para la intervención en la documentación originada en las oficinas consulares (habilitación de la firma del cónsul por el Ministerio), acotándose el uso de los folios de seguridad únicamente para la intervención (legalización de firma y vistos) de documentación de origen extranjero. Ver Oyarzábal, Mario J. A. “Nuevos desarrollos en el proceso de legalización de documentos extranjeros”. LL. 2003-C-1426; *Revista del notariado*. 872 (2003): 27-29.

inconvenientes, facilitando la circulación de los documentos públicos pero al mismo tiempo garantizando debidamente su origen, que se ha concluido, bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), la Convención suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros de 1961 (Convención de la Apostilla). El texto de la Convención y los países contratantes (en español), y otra información útil, en particular cuándo, dónde y cómo se aplica la Convención y cuáles son los efectos de una Apostilla (en inglés y en francés solamente), se pueden consultar en la Sección Apostilla del portal de Internet de la Conferencia²²¹.

No es este el lugar para hacer un análisis detallado de la Convención de La Haya y de cómo funciona la Apostilla, precisamente por cuanto la misma tiene por fin eximir a los documentos a los que se aplica la Convención de la legalización consular, salvo en cuanto sirve para informar a los particulares que se acerquen a la representación consular para interiorizarse sobre cómo hacer para que un documento emitido en su circunscripción o en otro país extranjero tenga validez en la Argentina²²². Baste con señalar aquí que la legalización que la Convención suprime es la de los agentes diplomáticos y consulares del país en cuyo territorio el documento deba surtir efecto, es decir la legalización consular (art. 2), no así la de las autoridades del país de donde emana el documento. Los documentos comprendidos son los *documentos públicos* (art. 1), entendidos como aquellos dimanantes de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción del Estado, incluyendo los provenientes del ministerio público, o de un secretario, oficial o agente judicial (art. 1 2º párr. inc. a); los documentos administrativos (inc. b), v.gr. certificados de nacimiento, antecedentes policiales, diplomas y otras certificaciones académicas de escuelas y universidades, etc.; los documentos notariales (inc. c); y las certificaciones que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como menciones de registro, comprobaciones sobre la certeza de una fecha y autenticación de firmas (inc. d). En cambio, quedan excluidos los

²²¹ HCCH, “Apostille Section”. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/apostille>.

²²² Uzal, María Elsa. “La legalización de documentos públicos extranjeros. Su supresión por la Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961”. *ED*. 129-697.

documentos expedidos por agentes diplomáticos y consulares (art. 1 3º párr. inc. a); y los documentos administrativos que se refieran directamente a una operación mercantil o aduanera (inc. b), como son, v.gr., las facturas comerciales, las listas de precios y los certificados de origen. En el caso de documentos comerciales o aduaneros se los debe legalizar consularmente.

La Apostilla consiste en una acotación que debe acomodarse al modelo anexo a la propia Convención, que otorga la autoridad competente del país de origen del documento (en la Argentina, la Cancillería a través de la Coordinación de Legalizaciones dependiente de la Dirección General de Asuntos Consulares, y por delegación de esta, desde el 1 de diciembre de 2003 también los colegios notariales de la República Argentina²²³) y que se coloca sobre el mismo documento o una prolongación del mismo. Una Apostilla certifica el origen del documento público al que se refiere, la autenticidad de la firma o sello de la persona o autoridad que firmó o selló el documento y la capacidad en que ello fue hecho (art. 2). Al igual que la legalización consular, la Apostilla no certifica el contenido ni garantiza la validez del documento en el país donde el documento va a ser usado.

Una vez colocada la Apostilla no se exige ningún otro requisito para autenticar el origen del documento. Más aun, el artículo 9 expresamente exige a los Estados “evitar que sus agentes diplomáticos o consulares procedan a legalizaciones, en los casos en que la presente Convención prevea la exención de las mismas”.

Contrariamente, la Convención sí permite eximir de la formalidad de la Apostilla cuando las leyes, reglamentos o usos en vigor

²²³ Oyarzábal, Mario J. A. “La descentralización del proceso de legalización mediante la Apostille”. *ED*. 2004-B-1011; *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*. 65 (2004): 189 ss. Un primer Convenio entre la Cancillería Argentina y el Consejo Federal del Notariado Argentino (CFNA) fue suscripto el 2 de julio de 1997, en virtud del cual se delegó en los colegios notariales la facultad de expedir Apostillas sobre instrumentos públicos notariales. Similar acuerdo suscripto el 2 de septiembre de 2003 amplió dicha delegación, habilitándose a los colegios notariales a expedir Apostillas sobre la totalidad de los documentos públicos enumerados en el artículo 1 de la Convención sobre la Apostilla. Un tercer acuerdo entre la Cancillería y el CFNA, del 10 de junio de 2016, extendió incluso la delegación en los colegios notariales a la legalización de documentos públicos no alcanzados por la Convención sobre la Apostilla y que pretendan surtir efectos en el exterior.

en el Estado en que el documento deba surtir efecto, o bien un acuerdo entre dos o más Estados contratantes, la rechacen, la simplifiquen o dispensen de legalización al propio documento (art. 3 último párr.).

Al adherir a la Convención de la Apostilla, la Argentina hizo una declaración conforme lo autorizado en el artículo 13 de la misma, rechazando la extensión de la aplicación de la Convención a las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur así como al llamado “Territorio Antártico Británico” formulada por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; con lo que no se encuentra obligada a aceptar como válido un documento británico expedido en Malvinas. Por lo demás, el artículo 1 de la Convención establece que “se aplicará a los documentos públicos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado contratante y que deban ser presentados en el territorio de otro Estado contratante”. Como las Malvinas son parte integrante del territorio nacional, la Convención no es aplicable ya que la misma se aplica a documentos realizados fuera del territorio nacional²²⁴.

En una lógica similar, las autoridades argentinas deben rechazar toda Apostilla expedida por las autoproclamadas autoridades de Kosovo. En 2015 cuando el depositario de la Convención de La Haya (el Ministerio de Relaciones Exteriores de Países Bajos) transmitió la adhesión de Kosovo como parte contratante, diversos Estados, en particular Serbia con el apoyo de Argentina y España entre otros, protestaron contra la extralimitación de las facultades del depositario por considerar que Kosovo no constituye un Estado de conformidad con el derecho internacional susceptible de adherir a la Convención bajo su artículo 12. Subsecuentemente, el 29 de mayo de 2017, Serbia formuló ante el depositario una Declaración por la cual “extiende *ratione loci* la aplicación de la Convención de 1961 suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros (en adelante la Convención de la Apostilla) al territorio de la Provincia serbia de Kosovo y Metohija que debe ser interpretada de acuerdo con el artículo 13 de la Convención de la Apostilla [que permite a todo Estado declarar que la Convención se extenderá a todos o algunos de los territorios de cuyas relaciones internacionales esté encargado]”. Como Argentina no reconoce a Kosovo como Estado soberano sino como una provincia serbia, y conforme los términos de la Declaración formulada oportunamente por la República de Serbia, las autoridades argentinas podrán aceptar Apostillas sobre documentos relativos a actos registrados

²²⁴ Tondini, ob. cit., n. 176. 123.

en Kosovo únicamente si las mismas fueron emitidas por la autoridad competente serbia²²⁵.

En relación con las Apostillas emitidas por la “colonia de Gibraltar”, el 4 de agosto de 1997, España informó al depositario de la Convención de La Haya que “el modelo de Apostilla utilizado por las Autoridades del Reino Unido en Gibraltar [en las que, como ‘país’, figura el nombre del citado territorio] implica una clara violación del Convenio de La Haya citado, cuyo artículo 13 solo permite a los Estados parte del mismo extender dicho Convenio a todos los territorios de cuyas relaciones internacionales estén encargados, pudiendo en consecuencia estos territorios expedir apostillas, pero nunca como ‘países’, tal y como aparece en las expedidas por Gibraltar. Gran Bretaña, en efecto, extendió en su momento la aplicación territorial del Convenio a Gibraltar, que tiene la consideración, según las propias Autoridades británicas, de territorio dependiente y no de ‘país’. La autoproclamación en el modelo de apostilla citado de Gibraltar como ‘país’ no solo no es aceptable por España, sino que no refleja el actual estatuto que dicho territorio posee desde el punto de vista del Derecho Internacional. En consecuencia, el Reino de España declara que no acepta la validez de las apostillas expedidas por el Reino Unido en Gibraltar en las que aparezca el nombre de la Colonia como ‘país’”. Entendemos que las autoridades argentinas, en virtud de que reconoce Gibraltar como español debe seguir la posición de España sobre el particular rechazando las Apostillas emitidas en Gibraltar en las que el territorio figure como “país”.

Asimismo, opinamos que las autoridades argentinas tampoco deben reconocer Apostillas emitidas por las autoridades pro rusas en Crimea o en ciertos distritos del este de Ucrania como el Donetsk y

²²⁵ Las autoproclamadas autoridades de Kosovo reaccionaron a la Declaración efectuada por Serbia mediante otra Declaración del 26 de junio de 2017, en la que manifiestan su rechazo “a la extensión de la aplicabilidad territorial de las autoridades de Serbia” a Kosovo y señalan que “cualquier legalización de documentos” en el territorio de Kosovo por parte de estructuras del gobierno de Serbia debe ser considerada como nula. En fechas posteriores, otras Partes de la Convención (por ejemplo, Austria, Francia, Alemania, Suiza y Estados Unidos, que sí han reconocido a Kosovo como un Estado soberano) han efectuado sendas Declaraciones manifestando que solo aceptarán Apostillas expedidas en el territorio de Kosovo por la autoridad competente designada por las autoridades kosovares y, en consecuencia, que toda Apostilla expedida en dicho territorio por una autoridad distinta carece de efectos legales.

Luhansk, cuya ocupación y anexión por parte de la Federación de Rusia constituyen una violación de la integridad territorial de Ucrania y contravienen el derecho internacional, lo que la República Argentina ha denunciado en diversos foros internacionales. Cabe tener presente que Ucrania formuló dos declaraciones, el 16 de octubre de 2015 y el 9 de marzo de 2022 por las que indicó que los documentos o solicitudes hechos o emitidos por autoridades de la Federación de Rusia o cualesquiera otras “autoridades ilegales” en los distritos que no se encuentran temporariamente bajo el control de Ucrania, son nulos de nulidad absoluta y no surten ningún efecto sin importar si son presentados directa o indirectamente a través de las autoridades de la Federación de Rusia.

c) El “Programa de Apostillas electrónicas”

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado lanzó en 2006 un Programa de Apostillas electrónicas (*electronic Apostille Programme* o *e-APP*), que comenzó inicialmente como un programa piloto, en seguimiento de las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial de 2003 sobre el funcionamiento de la Convención de la Apostilla y del Foro internacional de 2005 sobre e-notarización y e-Apostillas.

Una Apostilla electrónica (*e-Apostille*) es un certificado –en los términos del artículo 3, 1º parr., de la Convención de la Apostilla– emitido en formato electrónico con una firma digital haciendo uso de certificados digitales que garanticen su autenticidad, integridad y no repudiación. Las *e-Apostilles* pueden ser emitidas sobre documentos electrónicos o sobre documentos papel que han sido escaneados o digitalizados. Las formalidades requeridas bajo la Convención son las mismas tanto para las Apostillas electrónicas como para las Apostillas en papel. Ello incluye certificar la autenticidad de la firma, de la capacidad en que actúa la persona que firma el documento y, en su caso, la identidad del sello o timbre del documento. La Apostilla electrónica debe ser emitida por la autoridad competente del país del cual emana el documento y debe ir vinculada al documento subyacente –aunque obviamente el método de colocación de la Apostilla será diferente al de una Apostilla en papel. Las Apostillas electrónicas emitidas válidamente deben ser reconocidas por todos los Estados partes de la Convención. Es decir que una Apostilla electrónica no puede ser rechazada por el solo

hecho de que fue emitida en formato electrónico. Ello no obliga, sin embargo, a los Estados de destino a reconocer un documento público emitido en formato electrónico²²⁶. En aplicación de este Programa, 28 jurisdicciones (de los 125 Estados partes de la Convención) ya emiten Apostillas electrónicas.

El sistema *e-APP* incluye un segundo componente, el de los registros electrónicos (o *e-Registers*), que permiten la verificación *online* de las Apostillas que cada jurisdicción ha puesto en funcionamiento (dando así cumplimiento a lo establecido en el último párrafo del artículo 7 de la Convención, que dispone que, a instancia de cualquier interesado, la autoridad que haya expedido la Apostilla deberá comprobar si las anotaciones incluidas en la Apostilla se ajustan a las del registro o fichero). Un *e-Register* puede incluir la información tanto de las Apostillas electrónicas, como de las Apostillas tradicionales, no electrónicas o en formato papel, lo que explica que haya prácticamente el doble de jurisdicciones (un total de 52) que han implementado *e-Registers* en relación con las que emiten *e-Apostilles*. Mientras que el URL (*uniform resource locator*) de un *e-Register* es público, solo el beneficiario de una Apostilla posee la información requerida para acceder y usar el *e-Register* para verificar una Apostilla. En algunos casos, se usan códigos QR (*quick response codes*) en vez un URL público (es el caso de Bahrein).

La República Argentina emite *e-Apostilles* desde el 15 de abril de 2019, en un formato PDF (*Portable Document Format*) que combina en un solo archivo la e-Apostilla y el documento subyacente (implementando de ese modo las buenas prácticas sugeridas por la HCCH en el sentido de utilizar formatos de amplia compatibilidad y utilización; de preservar la firma digital inicial en el documento público subyacente, cuando este fue emitido originalmente en soporte electrónico; y de vincular en un único archivo ambos elementos garantizando así la inmutabilidad del documento subyacente e incrementando la seguridad documental)²²⁷. En cuanto a su *e-Register*, la Argentina comenzó a implementarlo en

²²⁶ HCCH, “Background Note on the e-APP” [en línea]. [consulta: 14 octubre de 2022]. Disponible en: <<https://assets.hcch.net/docs/764f82b4-a8d6-4073-8e1b-4db0f12c880e.pdf>>.

²²⁷ Asimismo, desde mediados de 2019, la Cancillería habilitó la posibilidad de gestionar Apostillas por internet y a través de la plataforma nacional de Trámites a Distancia (TAD) –canal que, desde marzo de 2020, tiene carácter exclusivo–, acción que facilitó el acceso al servicio por parte de la ciudadanía a la vez que otorga herramientas de trazabilidad de cada Apostilla procesada.

noviembre de 2017, es decir, antes de que comenzara a emitir Apostillas electrónicas.

Las Apostillas electrónicas, en el contexto de constantes adelantos en materia de tecnología y recursos digitales, presentan numerosos beneficios, entre los cuales la HCCH destaca una mejor administración de recursos y una mayor eficiencia por parte de las autoridades competentes; un acceso más ágil a los servicios de Apostilla; la integración de sistemas; el incremento de la seguridad y conservación documental, gracias a la garantía de inmutabilidad de la Apostilla y de los documentos subyacentes; y la simplificación de la circulación y transferencia de la documentación²²⁸.

Sin embargo, el reconocimiento de las Apostillas electrónicas, aunque se va imponiendo de manera paulatina, no es todavía pacífica y algunas jurisdicciones siguen siendo renuentes a aceptarlas pese a los esfuerzos de la HCCH, de la Cancillería y de los cónsules. En este sentido, debe reiterarse que una Apostilla electrónica no puede ser rechazada por el solo hecho de que fue emitida en formato electrónico y, por lo tanto, debe tenerse presente que el rechazo de una Apostilla electrónica, por el solo hecho del soporte electrónico que se utiliza, puede implicar una violación de la Convención de la Apostilla y hacer incurrir a la Argentina en responsabilidad internacional.

El sitio de Internet de la HCCH, además de proveer material educativo, actualiza la información de los países que van adhiriendo a uno o a ambos componentes del Programa (*e-Register* y *e-Apostille*), y los registros electrónicos operativos²²⁹.

d) Las legalizaciones en el MERCOSUR. Exención de legalizaciones para fines migratorios

Cuando se negoció la Convención de la Apostilla algunos países habían postulado la supresión lisa y llana de toda legalización, lo que no

²²⁸ HCCH, “Manual Práctico sobre el Funcionamiento del Convenio sobre la Apostilla” [en línea]. [consulta: 10 de septiembre de 2023]. Disponible en: <<https://assets.hcch.net/docs/2c0fd0c3-ed32-488e-97f2-7979aad81f85.pdf>>.

²²⁹ HCCH, “Implementation Chart of the e-APP” [en línea]. [consulta: 14 de octubre de 2022]. Disponible en: <<https://assets.hcch.net/docs/b697a1f1-13be-47a0-ab7e-96fcb750ed29.pdf>>.

prosperó²³⁰. A manera de transacción se introdujo el artículo 3 último párrafo. Esta disposición permite que países menos formalistas eximan de la presentación de la Apostilla a determinados documentos, por ejemplo en relación con los títulos académicos extranjeros de personas que se inscriben para realizar o continuar estudios universitarios en ciertos estados de los Estados Unidos.

Asimismo, en virtud de un tratado bilateral o multilateral se puede eximir tanto de la Apostilla como de la legalización consular mediante el establecimiento de un régimen particular. Ejemplo de ello, en nuestro ámbito, son los Acuerdos sobre residencia del MERCOSUR de 2002, el primero para nacionales del MERCOSUR, y el segundo de nacionales del MERCOSUR, Bolivia y Chile, que a los efectos de permitir a los nacionales de un Estado parte que desean residir en otro Estado parte obtener una residencia legal en este último, establecen un procedimiento de legalización de las partidas de estado civil y otros documentos públicos exigibles –como los relativos a la carencia de antecedentes policiales y a la aptitud psicofísica– *sui generis*²³¹.

Cuando la residencia se tramita ante un consulado, basta la certificación de su autenticidad conforme a los procedimientos vigentes en el país del cual el documento procede (art. 4 inc. 2); lo que equivale a suprimir la exigencia de legalización, sea por el cónsul del país de destino del documento, sea por el ministerio de relaciones exteriores del país de origen del documento, cuando esas autenticaciones sean requeridas por la legislación interna del país de recepción o por otro tratado internacional en vigor. Aunque los Acuerdos no lo aclaran, la exención de legalización rige solamente para los documentos originados en un Estado parte o asociado del MERCOSUR, aunque no sea el país de origen del peticionante, con exclusión de los que provienen de un país extra-comunitario (por ejemplo, un brasileño nacido en Paraguay que está gestionando su residencia ante el consulado argentino en São Paulo no necesita legalizar su certificado de nacimiento; pero, en cambio, sí deberá legalizarlo si nació en México). Esta distinción es importante

²³⁰ Parra-Aranguren, Gonzalo. “La Convención de La Haya de 1961 para suprimir la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros”. *Revista de la Fundación Procuraduría* (Venezuela). 21 (1999): 103 ss.

²³¹ Oyarzábal, Mario J. A. “La libre circulación de personas como presupuesto del derecho internacional privado: Legalización y traducción de documentos para fines de inmigración en el MERCOSUR”. Oyarzábal, ob. cit. n. 35. 685-696.

porque los beneficiarios de estos Acuerdos son tanto los que poseen nacionalidad originaria de los Estados partes (por *ius soli*, pero también por *ius sanguinis* según la legislación de cada país), como aquellos que adquirieron la nacionalidad de un Estado parte por naturalización y ostentaran dicho beneficio desde hace cinco años (art. 2, definición de “nacionales de una parte”).

A diferencia de cuando la residencia se solicita en sede consular, cuando el peticionante se presenta ante los servicios de migración a solicitar su regularización, la documentación respaldatoria debe ser certificada por el cónsul del país de origen del peticionante acreditado en el país de recepción (art. 4 inc. 2), aunque sería irrazonable excluir documentación legalizada con la Apostilla.

También entre los Estados del MERCOSUR, el Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa de 1992 (llamado “de Las Leñas”) establece que “[l]os documentos emanados de autoridades jurisdiccionales u otras autoridades de uno de los Estados Partes, así como las escrituras públicas y los documentos que certifiquen la validez, la fecha y la veracidad de la firma o la conformidad con el original, que sean tramitados por intermedio de la autoridad central, quedan exceptuados de toda legalización, apostilla u otra formalidad análoga cuando deban ser presentados en el territorio de otro Estado Parte” (art. 26). Cuando la asistencia jurisdiccional (el reconocimiento y ejecución de una sentencia o laudo arbitral, la diligencia de mero trámite, o la probatoria), es pedida por el particular directamente, la sentencia o diligencia deberá estar legalizada de acuerdo con la regulación del Estado en que se pretenda su eficacia, salvo que entre el país de origen de la decisión y el Estado donde es invocado rija otro tratado que exime o facilita las legalizaciones de este tipo de documentos²³².

e) Otros tratados que simplifican los trámites de legalización

La simplificación de legalizaciones en documentos públicos también ha sido objeto de tratamiento convencional bilateral.

Dentro de este ámbito es dable mencionar el Acuerdo que en esta materia rigió entre Argentina y Brasil entre 2003 y 2017, en virtud del cual las Partes debían eximir de toda forma de intervención consular

²³² Dreyzin de Klor, Adriana y Teresita Saracho Cornet. *Trámites judiciales internacionales*. Buenos Aires: Zavallía, 2005. 207.

a los documentos administrativos emitidos por un funcionario público en ejercicio de sus funciones; las escrituras públicas y actos notariales; y las certificaciones oficiales de firmas o de fecha que figuren en documentos privados; siendo la única formalidad exigida la intervención “gratuita” de las autoridades centrales, esto es, de las Cancillerías. Cuando se firmó este Acuerdo en 2003, Brasil no había adherido aún a la Convención de la Apostilla, lo que hizo recién en 2015 entrando en vigor para dicho país el 14 de agosto de 2016. Mediante canje de notas de fechas 18 de mayo de 2017 y 30 de junio de 2017, Argentina y Brasil acordaron la terminación del Acuerdo de 2003 con efecto a partir del 12 de septiembre de 2017²³³.

Los documentos judiciales fueron excluidos del ámbito de aplicación del ya terminado Acuerdo de 2003, pues desde el 28 de julio de 1992 rige entre Argentina y Brasil el Acuerdo sobre cooperación judicial en materia civil, comercial, laboral y administrativa de 1990, cuyo artículo 23 establece que “[l]os documentos emanados de autoridades judiciales u otras autoridades de uno de los Estados, así como los documentos que certifiquen la validez y la fecha, la veracidad de la firma o la conformidad con el original, que sean tramitados por la autoridad central, quedan exceptuados de toda legalización, apostilla u otra formalidad análoga cuando deban ser presentados en el territorio del otro Estado.” Los documentos comprendidos son todos los documentos por los que los Estados partes se prestan asistencia mutua judicial, así como en procedimientos administrativos para los cuales se admita un derecho de recurso ante los tribunales (art. 1), sea que se trate de

²³³ Si bien la decisión de dar por terminado el Acuerdo bilateral de 2003 se fundamentó en que, con la adhesión de Brasil a la Convención de la Apostilla, ambos países eran ya partes de esta última, debe subrayarse que la Convención de la Apostilla y el Acuerdo bilateral de 2003 no eran excluyentes. Por una parte, el ámbito de aplicación material de ambos instrumentos no es idéntico: los documentos administrativos relacionados con una operación comercial o aduanera están excluidos de la Convención de La Haya pero se les aplicaba el Acuerdo bilateral. Por otra parte, la legalización bajo el Acuerdo era gratuita mientras que la Apostilla es arancelada, pudiendo argumentarse que, desde este punto de vista, el Acuerdo bilateral “simplificaba”, establecía formalidades menos “rigurosas”, que las previstas en la Convención de la Apostilla y en consecuencia debía prevalecer sobre esta última en los términos del art. 3, 2º párr., y del art. 8 de la Convención. Contrariamente, la legalización por la Apostilla permite que el documento, antes o después de su utilización en Argentina o en Brasil según sea el caso, pueda usarse en un tercer país.

notificación de actos extrajudiciales (arts. 3 a 7), exhortos (arts. 8 a 16), sentencias judiciales o laudos arbitrales (arts. 17 a 20).

La Argentina ha suscripto tratados que simplifican las legalizaciones también con otros países. Con Chile, por ejemplo, suscribió en 1996 un Acuerdo para la supresión de la legalización consular en las venias y autorizaciones de viajes de menores de edad de 1996. El Acuerdo suprime la exigencia de la intervención o legalización consular en las venias o autorizaciones de viaje de los menores de edad argentinos y chilenos o menores de edad extranjeros residentes en cualquiera de los dos países, que viajen al territorio del otro Estado (art. 1); y también se reconocen como válidas para el ingreso o egreso de menores de edad al territorio del otro país, las venias o autorizaciones otorgadas ante las autoridades internas competentes, debidamente refrendadas según la legislación de cada Parte (art. 2). Un Acuerdo de similar tenor, suscripto en 2001, rige con Paraguay, aunque en este caso, el artículo 2 párrafo 2º establece que las venias o autorizaciones expedidas por o ante las autoridades paraguayas deberán necesariamente ser legalizadas por la Cancillería de ese país). Debe señalarse que, posteriormente, tanto Chile como Paraguay adhirieron a la Convención sobre la Apostilla (para el primero en vigor desde del 30 de agosto de 2016 y para el segundo desde el 30 de agosto de 2014), por lo que, en términos prácticos, dichos Acuerdos quedaron sin efecto y la circulación de venias o autorizaciones de viaje se encuentran actualmente sujetas a la formalidad prevista de la Apostilla.

Con Italia, Argentina firmó en 1989 el Acuerdo sobre intercambio de actas de estado civil y la exención de legalización de documentación. El artículo 6 establece que “[c]ada una de las Partes aceptará sin necesidad de legalización alguna o formalidad equivalente, y sin traducción siempre que sean redactados en formularios que contengan las indicaciones en el idioma de la otra Parte, a condición de que sean fechados, firmados y, si correspondiere, sellados por la autoridad de la otra Parte que los haya otorgado: A) Las actas y documentos referidos al estado civil, capacidad, nacionalidad y domicilio de las personas físicas, cualquiera fuera el uso al que estuvieren destinados; B) Todas las otras actas y documentos que fueren producidos en virtud de la celebración del matrimonio o para la inscripción o la transcripción de un acto de estado civil. Cuando las mencionadas actas y documentos no fueran remitidos por vía oficial y surgieren fundadas dudas sobre su autenticidad, los funcionarios

competentes efectuarán a la brevedad las averiguaciones correspondientes de manera de no demorar sus efectos. Las autoridades de las partes prestarán a tal fin la colaboración necesaria”²³⁴.

Otros tratados bilaterales que suprimen o simplifican las legalizaciones incluyen, sin pretensión de exhaustividad, el suscrito por Argentina con España en 1902 sobre supresión de legalizaciones de firmas en las comisiones rogatorias; el suscrito con Bolivia en 1933 para suprimir las legalizaciones de los exhortos; el suscrito con Perú en 1935 suprimiendo las legalizaciones en exhortos; y el suscrito con Uruguay en 1980 sobre igualdad de trato procesal y exhortos.

3) Las funciones notariales y de certificación de los cónsules argentinos

El artículo 220 del Reglamento consular da a los cónsules la facultad de otorgar certificados sobre una amplia gama de actos o hechos autorizados por las leyes argentinas o por las reglamentaciones específicas. Las constancias sobre las que se asientan pueden surgir de documentos públicos o privados u otros elementos que debidamente relacionados, permitan al cónsul dar fe de determinadas circunstancias

²³⁴ La aplicación del Acuerdo de 1987 enfrentó algunas dificultades en años recientes, debido a que los Registros Civiles argentinos fueron paulatinamente incorporando herramientas para la emisión de partidas y certificados en soporte electrónico y con firma digital, un formato que las autoridades comunales italianas comenzaron a rechazar debido a, por un lado, no corresponderse con el soporte papel con firma ológrafa prevista en el Acuerdo, y por el otro, a las dificultades para la verificación de su autenticidad (debido a que algunas jurisdicciones argentinas aún no han puesto a disposición portales web oficiales a tales efectos). Ante estas circunstancias, en julio de 2022 se llegó a un entendimiento en virtud del cual resultarán admisibles por parte de los oficiales del Registro Civil italiano todos aquellos certificados y partidas del Registro Civil argentino que estén intervenidos con una Apostilla electrónica de fecha posterior al 15 de abril de 2019, debiendo los documentos expedidos en fecha anterior contar con una certificación expedida por oficina consular argentina. La negativa de las autoridades italianas de recibir los certificados y partidas del Registro Civil argentino emitidas en soporte electrónico (con firma digital) y el entendimiento bilateral señalado suponen, de hecho, dejar sin efecto el artículo 6 del Acuerdo de 1987 y, con ello, de la única cláusula realmente relevante del mismo.

que puedan tener relevancia administrativa de cualquier naturaleza que convenga a los intereses del requirente. Una copia de estos certificados debe archivar en la oficina consular respectiva (art. 221), recaudo que permite ejercer el control posterior de autenticidad y también otorgar, a pedido de quien acredite un interés legítimo, copia de los mismos (art. 222). Estas actuaciones incluyen la emisión de certificados de supervivencia o fe de vida para percibir una jubilación, pensión o retiro en la Argentina; certificados de residencia, v.gr. para acogerse a la Resolución N° 3751/1994 de la ex Administración Nacional de Aduanas y a la Resolución General N° 3109/2011 de la Administración Federal de Ingresos Públicos y sus modificatorias que permite determinadas franquicias de importación a los extranjeros que obtengan su residencia permanente en la República Argentina y a los argentinos que retornan al país luego de haber residido más de uno o dos años en el exterior, respectivamente, en el marco de la Ley N° 25.871 y del Decreto N° 616/2010; certificados de carencia de antecedentes penales; etc.

En algunos casos, los certificados los podría haber obtenido alternativamente el interesado ante una autoridad local procediendo luego a legalizarlo o apostillarlo según sea el caso para su uso en la Argentina. En otros casos, la intervención consular es exigida por la legislación argentina, generalmente por tratarse de un acto a surtir efecto en la esfera administrativa argentina. En otros, en fin, el certificado consular se justifica por cuanto la información de la que da fe fue tramitada por el interesado a través del consulado y obtenida por este último de la autoridad competente argentina (como es el caso de la carencia de antecedentes penales en la Argentina), y está destinada a ser utilizada en la jurisdicción donde reside la autoridad consular.

La función de certificación no debe confundirse con la función notarial que la legislación argentina confiere a los *titulares* de oficinas consulares argentinas (consulados generales, consulados, y secciones consulares de embajadas) de realizar actas notariales o escrituras públicas, las cuales surten en la Argentina los mismos efectos de las pasadas ante escribanos públicos argentinos. La actividad notarial de los cónsules está contemplada en los artículos 299, siguientes y concordantes del Código civil y comercial (art. 997, siguientes y concordantes del Código civil), en las leyes N° 1893 de administración de justicia en la Capital Federal, N° 12.990 de ejercicio profesional de escribanos y sus modificatorias además del Decreto reglamentario N° 26.655/1951, en el artículo 20 inciso c) de la Ley N° 20.957 del Servicio Exterior de la Nación, y en el artículo 245

del Reglamento consular. Para el cumplimiento de esta función, y a tenor de las formalidades que rigen para los escribanos en el país, está previsto que cada representación argentina lleve un Libro de actas notariales que contenga un archivo ordenado de las escrituras matrices autorizadas durante el año, haciendo uno o más tomos foliados (art. 249, Reg. cons.). La confección de las escrituras, conservación de las actas y responsabilidad de los cónsules se basan también en las respectivas de los escribanos argentinos. Además de su función fedataria, incumbe incluso a los cónsules actuar como agentes de retención en los casos de escrituras que impliquen transferencias de inmuebles u otros bienes registrables (buques, aeronaves o automotores) por ejemplo, compraventas, donaciones, permutas, de todos los impuestos que gravan al acto, sus otorgantes o al inmueble objeto de aquel impuesto a la transferencia de inmuebles, a las ganancias, de sellos y deudas inmobiliarias o municipales que pesaren sobre la propiedad²³⁵.

En adición a los poderes de representación (de disposición, de administración amplios y especiales, y para estar en juicio) y las actas de opción por la nacionalidad argentina, que constituyen la mayoría de las actividades notariales de los cónsules, también se autorizan asentimientos conyugales requeridos por el artículo 1277 del Código civil y por el artículo 456 del Código civil y comercial (para disponer o gravar bienes gananciales, así como del inmueble propio de uno de los cónyuges en que está radicado el hogar conyugal) y autorizaciones para viajar.

Los certificados consulares y las actas notariales y escrituras públicas autorizadas por cónsul argentino tienen en común que son actos llevados a cabo por una autoridad extraterritorial argentina, destinadas a surtir efecto como principio general en el territorio argentino y que,

²³⁵ Sin embargo, teniendo presente lo normado por el art. 23 de la Ley N° 17.801 del Registro de la propiedad inmueble (que establece que “[n]ingún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas”) y que a la fecha no se encuentra operativo ningún mecanismo para la solicitud desde una oficina consular de certificados registrales para la retención de impuestos, actualmente los cónsules no autorizan escrituras cuyo contenido negocial sea la transmisión de derechos reales sobre bienes registrables. Se trata de una limitación práctica y no vinculada a las facultades notariales del cónsul.

consequently, su otorgamiento y validez se rigen por el derecho material argentino.

4) El testamento consular

Especial interés reviste, desde el punto de vista de este estudio, la posibilidad de testar ante la autoridad consular. Los argentinos pueden testar en país extranjero según las formas establecidas por la ley del lugar del otorgamiento (art. 3635, Cód. civ.; art. 2645, Cód. civ. y com.); y también pueden hacerlo ante un cónsul argentino siguiendo las pautas de los artículos 3636 y 3637 del Código civil y del artículo 2646 del Código civil y comercial. El nuevo Código también otorga validez en la República al testamento otorgado en el extranjero según las formas exigidas por la ley del domicilio, de la residencia habitual, o de la nacionalidad del testador al momento de testar o por las formas legales argentinas (art. 2645, Cód. civ. y com.). En cambio para el anterior Código la posibilidad de testar en el extranjero en las formas prescriptas por la ley de la nacionalidad o residencia del testador o según las formas del derecho argentino parecían restringidas al testamento otorgado por extranjeros fuera del país de su nacionalidad (art. 3638, Cód. civ.). La posibilidad de testar ante un consulado argentino se extiende a los extranjeros domiciliados en la Argentina (art. 3636, Cód. civ.; art. 2646 1º párr., Cód. civ. y com.).

Las pautas reglamentarias para testar ante un consulado surgen de los artículos 264 a 268 del Reglamento consular y del capítulo XV, puntos 12 y 13, de sus Normas de aplicación. Como el nuevo Código civil y comercial no ha modificado la regulación de los testamentos consulares del antiguo Código civil, la reglamentación del Reglamento consular y de sus Normas de aplicación no se ven afectadas.²³⁶

No obstante lo anterior, en la práctica —y desde hace muchos años— las oficinas consulares mantienen bajo su resguardo los testamentos por ellas autorizados o registrados (los originales de los

²³⁶ Merece destacarse que la figura del testamento “cerrado” (que estaba previsto en los artículos 3665 al 3671 del Código civil) fue suprimida en el Código civil y comercial, que prevé solo dos formas, el testamento ológrafo (arts. 2477 y 2478) y el testamento por acto público (arts. 2479, 2480 y 2481), haciéndose mención de esta figura, sin embargo, en el artículo 2646 relativo al testamento consular.

testamentos abiertos y cerrados y testimonios de los testamentos por acto público) e informan sus datos básicos a la Dirección General de Asuntos Consulares la que, a su vez, incorpora la información en el Registro de actos de última voluntad y de actos de autoprotección del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y, por su intermedio, al Centro nacional de información de registros de actos de última voluntad que lleva el Consejo Federal del Notariado Argentino (CFNA).

5) Las formas de la autorización para el egreso e ingreso de menores de edad al territorio argentino

De particular interés para la función consular es lo dispuesto por la Resolución N° 1344/2022 de la Dirección Nacional de Migraciones en relación con las formas de autorización para el egreso e ingreso de menores de edad al país. La autorización para el egreso de menores de edad puede ser tácita o expresa. Es “tácita” cuando el menor egresa junto con el o los progenitores (arts. 3 y 4, Anexo I); y es “expresa” cuando es otorgada por uno o ambos progenitores en forma instrumental ante funcionarios habilitados, con carácter previo al egreso del menor, para que el menor viaje solo, con uno solo de los progenitores o con uno o varios terceros (art. 7). Cuando la autorización fue otorgada ante cónsul extranjero acreditado en la República, deberá presentarse legalizada por la Cancillería argentina (art. 7 inc. d). En ambos casos –de autorización tácita y expresa– la filiación invocada se acredita a través de la presentación de la partida de nacimiento, del pasaporte o documento extranjero donde consten los datos del progenitor o de los progenitores, o de la resolución judicial que otorgó la adopción, que pueden ser argentinas o extranjeras (art. 11 1° párr.). La emancipación por matrimonio se prueba con la libreta, testimonio o acta de matrimonio, mientras que la tutela o curatela se prueban con certificado o testimonio o resolución judicial debidamente legalizada (art. 11 2° y 3° párrs.).

Toda documentación expedida en el extranjero deberá contar con la legalización del consulado argentino sito en el país emisor del documento, o apostillada, si el país hubiera ratificado la Convención de Apostilla y, en su caso, contar con traducción al castellano efectuada por traductor público oficial y legalización de su firma por el colegio de traductores que corresponda (art. 20).

La lista de funcionarios habilitados para otorgar autorización de viaje del artículo 10 –escribanos; cónsul argentino; cónsul extranjero; juez competente; autoridad competente del Registro Nacional de las Personas, Justicia de Paz, y otras autoridades administrativas y judiciales especialmente habilitadas al efecto; y funcionarios de la DNM– no es exhaustiva, en cuanto no cabe rechazar autorizaciones otorgadas por una autoridad extranjera territorial competente que se encuentren debidamente legalizadas o apostilladas y traducidas al español.

El “consentimiento expreso” del menor adolescente requerido por el artículo 645 último párrafo del nuevo Código civil y comercial, no requiere de formalidad alguna, considerándose que el menor consiente salir por el solo hecho de su presentación voluntaria en un aeropuerto, puerto o frontera terrestre (art. 13).

6) El reconocimiento de documentos de extraña jurisdicción

En el ejercicio de sus funciones, los cónsules, además de legalizar documentos extranjeros para su validez en el territorio argentino (o ante otra representación consular argentina), también son llamados a *reconocer* documentos procedentes de otros países que son necesarios para el otorgamiento de un determinado servicio consular. Aunque las esferas en que se presentan documentos extranjeros son variadas, destacan las autorizaciones para tramitar pasaportes o conceder visas a menores de edad, los certificados de nacimiento requeridos para probar un vínculo filial (v.gr. para trámites de opción por la nacionalidad argentina), y los diversos documentos necesarios para otorgar una residencia en la Argentina (incluidos los certificados concernientes al estado civil del solicitante y de los familiares que viajan con él, de carencia de antecedentes penales, la nota de consentimiento parental, y la documentación que acredite el encuadramiento migratorio requerido (v.gr. la nota de transferencia de la casa matriz o filial extranjera a la subsidiaria argentina en el caso del artículo 23 inciso a) de la Ley N° 25.871 de política migratoria nacional, o de evidencia de fondos o de percepción de una jubilación o retiro extranjero suficiente para mantenerse en la Argentina en el caso del artículo 23 incisos b) y c) de la misma ley). Cuando dichos documentos provienen de una autoridad local, el cónsul debe legalizarlos, salvo que el país receptor haya adherido a la Convención de la Apostilla, o que estén exentos de legalización por

una disposición particular. En el caso de los documentos provenientes de un tercer país, deben venir legalizados por el cónsul argentino en el país del otorgamiento o con la Apostilla de La Haya según corresponda.

7) La traducción de documentos

La Ley N° 20.305 que reglamenta el ejercicio profesional de los traductores públicos establece en el artículo 6 que *todo documento* que se presente en idioma extranjero ante reparticiones, entidades u organismos públicos, judiciales o administrativos del Estado nacional, debe ser acompañado de la respectiva traducción al idioma nacional, suscripta por traductor público matriculado en la jurisdicción donde se presente el documento. La jurisprudencia ha sostenido que “[l]a exigencia de la traducción de los documentos presentados en idioma extranjero, se relaciona con la responsabilidad del traductor, pues aquella se asemeja a una pericia”²³⁷. Los documentos que requieren traducción incluyen las partidas de estado civil, testamentos, sentencias y otras providencias judiciales, certificados de estudio y, en definitiva, cualquier documento extranjero judicial o administrativo, o privado, que se presente ante una entidad u organismo público del Gobierno federal argentino *en territorio argentino*.

Si un documento escrito en idioma extranjero debe ser presentado, en cambio, ante una administración provincial o municipal y sus entes descentralizados y los procesos judiciales provinciales, la obligatoriedad y las condiciones de su traducción al idioma nacional se rigen por la legislación en vigor en la provincia de que se trate.

Cuando la documentación sea presentada en un consulado de la República, necesidades prácticas llevan a que se autorice que la traducción se realice por la misma autoridad consular o bien por un traductor local. Tal es el caso de los documentos redactados en un idioma extranjero que se inscriben en los Libros del registro civil y capacidad de las personas de los consulados (cap. XIV, 2° párr., Normas de aplicación Regl. cons., modificado por la Resolución N° 1518/2002). Es el caso también de las escrituras autorizadas por el titular de una oficina consular en el desempeño de sus funciones notariales, las cuales deben hacerse en idioma castellano. Cuando las partes no lo hablen ni lo

²³⁷ CNCiv. 1ª. ED. 162-589.

entiendan, deben presentar una minuta en el idioma que posean y su traducción oficial. La minuta y su traducción serán firmadas por las partes ante el funcionario consular y deberán quedar archivadas en el Libro de actas notariales previa constancia en las mismas del número de escritura, fecha y folio del libro (art. 256, Reg. cons., que está en línea con lo dispuesto en el art. 999, Cód. civ., y en el art. 302, Cód. civ. y com.). En materia de testamento por acto público, se aplica lo dispuesto respecto de las escrituras públicas (art. 2479, Cód. civ.; art. 3663, antiguo Cód. civ.).

En materia migratoria, el artículo 13 del capítulo III del Reglamento de migración aprobado por el Decreto N° 616/2010 establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en los acuerdos o convenciones internacionales vigentes en la materia, toda documentación que aporte un extranjero deberá presentarse en idioma nacional, o en su caso, traducida por un traductor público nacional, con la certificación del Colegio Público de Traductores. Empero, cuando la documentación sea presentada en un consulado, la traducción podrá ser realizada por la autoridad consular o por un traductor local registrado ante aquella.

En el MERCOSUR se han concluido dos Acuerdos sobre exención de traducción para documentos administrativos para efectos de inmigración, uno entre los Estados partes del Mercado Común y otro entre sus Estados Partes, Bolivia y Chile, suscriptos ambos en 2000²³⁸, los cuales se encuentran en vigor respectivamente entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay y entre estos y Chile.

Conforme lo previsto en estos Acuerdos, los nacionales de cualquiera de los Estados Partes quedan dispensados de la exigencia de traducción de los documentos presentados a efectos de trámites migratorios referentes a solicitud de visa, renovación de plazo de estadía y concesión de permanencia en el territorio de otro Estado Parte (art. 1). La exención de traducción alcanza al pasaporte, cédula de identidad, testimonios de partidas o certificados de nacimiento y de matrimonio, y certificados de ausencia de antecedentes penales de los beneficiarios del Acuerdo (art. 2); salvo que existan dudas fundadas sobre el contenido del

²³⁸ Oyarzábal, Mario J. A. “Exención de traducciones para efectos de inmigración en el MERCOSUR”. *Revista de derecho privado y comparado*. 2005-3: 672-682. Reproducido en *Revista de informação legislativa* (Brasil, en portugués). 171 (2006): 125-131; *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*. XIX-2 (2006): 109-116; *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia* (Venezuela). 24 (2007): 347-356; y *Revista boliviana de derecho*. 4 (2007): 161-170.

documento, en cuyo caso el país de ingreso podrá, excepcionalmente, exigir su traducción (art. 4). El fin de los Acuerdos es promover el libre tránsito y la permanencia de los ciudadanos de los países del MERCOSUR, mediante la facilitación del trámite migratorio, en el marco de la integración que une a los Estados Partes; y constituyen un importante complemento de los Acuerdos sobre residencia para nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR y entre estos con Bolivia y Chile de 2002, como así también del Acuerdo por canje de notas sobre simplificación de legalizaciones en documentos públicos entre Argentina y Brasil de 2003.

No está claro si la exención se aplica solo a los documentos emanados de los Estados Partes, redactados en sus idiomas oficiales (español o portugués), o también a los documentos procedentes de terceros países, donde el ciudadano argentino, brasileño, paraguayo, uruguayo o chileno pudo haber nacido, haberse casado o haber vivido y que pueden estar redactados en otros idiomas. Pese a los términos amplios de los Acuerdos (el artículo 2 de ambos Acuerdos exime de traducción a los documentos de los nacionales de los Estados Partes sin más), la tesis restrictiva se impone. Naturalmente que exigir la traducción de documentos redactados en el idioma de un Estado Parte (v.gr. en portugués, que es el idioma oficial de Brasil), cuando provienen de un Estado no parte (v.gr. Portugal), sería irrazonable, y aun podría contravenir el fin del Acuerdo de aumentar la fluidez de circulación de los nacionales del MERCOSUR. Al mismo tiempo, eximir de traducción a los documentos redactados en cualquiera de los idiomas del mundo presentaría una pesada carga para la autoridad de inmigración, que en muchos casos se vería obligada a obtener de oficio y pagar traducciones para trámites que son esencialmente de interés particular; obligación esta, por lo demás, que nunca fue intención de los Estados Partes asumir. En definitiva, la exención de traducción establecida en los Acuerdos se aplica solamente a los documentos redactados solamente en español o en portugués, que son los idiomas de los Estados Partes.

Los Acuerdos del MERCOSUR prevén que, de existir dudas fundadas en cuanto al contenido del documento presentado, el país de ingreso podrá excepcionalmente exigir la traducción del respectivo documento (art. 4).

§ VIII
LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL:
LA TRAMITACIÓN DE EXHORTOS Y CARTAS ROGATORIAS.
LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS.
LA INFORMACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO.
LA COOPERACIÓN EN MATERIA PENAL

1) El auge de la cooperación jurídica internacional y los principales ámbitos y canales por los que se manifiesta

El derecho internacional privado moderno se identifica cada vez más con la cooperación judicial y administrativa internacional.

La llamada “asistencia legal mutua” es una forma de cooperación entre diferentes países con el objetivo de recabar e intercambiar información, notificar actos procesales y obtener medidas de prueba en jurisdicciones extranjeras de modo que puedan ser válidamente incorporados a los procesos judiciales en trámite ante la República Argentina y viceversa y, de este modo, evitar nulidades procesales y garantizar el debido proceso.

Sin una cooperación efectiva de las autoridades, difícilmente pueda realizarse el fin del derecho internacional privado consistente en lograr soluciones justas e íntegras de los casos iusprivatistas multiestatales²³⁹. Cada vez más, la internacionalización de la vida de las personas lleva a los Estados a coordinar mecanismos que permitan la protección de los intereses de aquellas²⁴⁰. Estos mecanismos se plasman en convenciones bilaterales pero, cada vez más, multilaterales, negociadas y signadas bajo el auspicio de organizaciones internacionales, como es la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), las conferencias especializadas que convoca la Organización de Estados Americanos (OEA) o el MERCOSUR en nuestro ámbito, el Consejo de Europa, o la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) sin perjuicio de las reglas procesales internas que cada país pueda legislar. La reglamentación incluye la realización de medidas de

²³⁹ Boggiano, ob. cit. n. 16. 85-92.

²⁴⁰ Fernández Arroyo, Diego P. “Conceptos y problemas básicos del DIPr.”. Fernández Arroyo, ob. cit. n. 62. 71.

mero trámite como la notificación de documentos y la obtención de pruebas, la información del derecho extranjero, la traba de medidas cautelares, la restitución de niños, niñas y adolescentes a su país de residencia habitual así como el contacto transfronterizo o visitas internacionales, el reconocimiento y la ejecución de sentencias, etc.²⁴¹

Muchas de esas convenciones, para su mejor funcionamiento, crean la figura de una “autoridad central” que es el ente técnico-jurídico-administrativo que canaliza las solicitudes de cooperación jurídica internacional en sus distintas expresiones. Mientras que algunas convenciones prevén que las autoridades centrales de los países involucrados se comuniquen directamente, otras prevén vías alternativas y se apoyan en el conducto diplomático y consular para el diligenciamiento de las requisitorias y de sus respuestas, y en ocasiones también para la realización de determinadas diligencias en el Estado donde la representación está acreditada. La autoridad central argentina designada para la inmensa mayoría de estas convenciones es la Cancillería, a través de la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional. Dicha Dirección recibe las requisitorias (exhortos y cartas rogatorias) del Poder Judicial argentino y, en su caso, de las autoridades administrativas argentinas, y en los términos de la convención que resulte aplicable, cuando corresponde, las remite a la representación argentina en el exterior para su diligenciamiento, o directamente a la autoridad central designada en el país requerido para la convención aplicable al caso. Del mismo modo, recibe las solicitudes procedentes de las autoridades competentes extranjeras –por la vía de la autoridad central extranjera o la vía diplomática– y las diligencia ante el Ministerio Público Fiscal o la autoridad judicial competente argentina²⁴². Resulta relevante subrayar que

²⁴¹ Oyarzábal, ob. cit. n. 35; Fernández Arroyo, Diego P. y Paula All. “Reglamentación y práctica del derecho procesal civil internacional en la República Argentina”. Opertti Badan *et al.*, ob. cit. n. 78. 651-694; Dreyzin de Klor y Saracho Cornet, ob. cit. n. 232; 7; Feuillade, Milton C. *Cooperación judicial internacional*. Ábaco: Buenos Aires, 2004; Uzal, María Elsa, “Algunas reflexiones sobre temas de derecho procesal internacional”. LL. 1998-E-1070.

²⁴² MRECIC, “Asistencia jurídica internacional”. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<https://www.cancilleria.gob.ar/es/asistencia-juridica-internacional>> (contiene los formularios proforma de exhortos, y formularios de inicio de los distintos trámites según la materia de que se trate, así como la legislación nacional y tratados internacionales en vigor para la República Argentina, novedades, actividades y otra información relevante).

para que sean aplicables las normas de la cooperación jurídica internacional, la autoridad requerida debe ser una autoridad jurisdiccional competente.

En ausencia de una convención aplicable, el diligenciamiento podrá hacerse bajo ofrecimiento de reciprocidad y colaboración en el marco de las disposiciones del país requerido.

En cualquier caso, la solicitud debe indicar el marco jurídico en que se sustenta el pedido –el tratado invocado o la legislación del Estado requerido– el cual determinará los requisitos formales para su procedencia y la vía para su transmisión. Cabe señalar que algunos países designan diferentes Autoridades Centrales dependiendo de los instrumentos de que se trate. V.gr. en Argentina, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en cabeza de la Dirección Nacional de Asuntos Internacionales, es autoridad central del Convenio sobre igualdad de trato procesal y exhortos suscripto con Uruguay en 1980, el Tratado de asistencia jurídica mutua en asuntos penales suscripto con Estados Unidos de América en 1990, y la Red 24/7 en el marco del Convenio de Budapest sobre la ciberdelincuencia de 2001²⁴³, en tanto que la Cancillería es, además de la autoridad central designada, la autoridad con competencia primaria para la aplicación de la Ley 24.767 de cooperación internacional en materia penal y el resto de los tratados de asistencia jurídica mutua suscriptos por nuestro país.

El origen de la figura de la autoridad central es concomitante con la evolución del derecho diplomático y consular, que prevé que las comunicaciones entre Estados deben hacerse por la vía diplomática y consular, la que se mantiene en la actualidad para el caso de solicitudes de cooperación jurídica internacional que tramitan por reciprocidad, para los Estados que hayan formulado una reserva o declaración en los tratados que prevén la vía de la autoridad central como una alternativa para la tramitación de las solicitudes, y para situaciones especiales. Así, la autoridad central puede entenderse como una derivación del derecho diplomático y consular.

Igualmente, y aunque es menos habitual, las representaciones argentinas en el exterior pueden recibir requisitorias (exhortos y cartas rogatorias; así como, por ejemplo, solicitudes de información sobre el

²⁴³ MINJUS, “Asistencia jurídica internacional en materia penal”. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<https://www.argentina.gob.ar/justicia/asuntosinternacionales/juridica-internacional-en-material-penal>>.

derecho argentino, o solicitud de otras diligencias) del ministerio de relaciones exteriores local u otra autoridad competente, para su tramitación en la Argentina. V.gr. el Protocolo de Ouro Preto de medidas cautelares del MERCOSUR de 1994 no establece que las rogatorias deban transmitirse necesariamente por conducto de la autoridad diplomática o consular *en el Estado requerido*, con lo que permite que el Estado requirente las transmita vía la representación oficial del Estado requerido situada en su territorio.

2) Exhortos. Notificaciones. Medidas cautelares

El instrumento típico de la cooperación judicial internacional es el exhorto. Un exhorto es una solicitud realizada por el juez de una causa (denominado “exhortante”) para que otro juez (denominado “exhortado”) le ayude en el cumplimiento de una resolución, por ejemplo, notificando decisiones a personas domiciliadas en la jurisdicción de estos últimos, o tomando declaración a testigos en análoga situación, etc. Huelga decir que ambos jueces —exhortante y exhortado— deben pertenecer a países diversos para poder hablar de auxilio judicial internacional.

Muchas convenciones, principalmente las más antiguas, prevén la utilización de las embajadas y de los consulados para la transmisión de los exhortos. Se trata de la vía tradicional, que las convenciones más modernas, sobre todo cuando se establece el sistema de autoridades centrales (v.gr. cap. II y arts. concordantes de la Convención de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores), tienden a sustituir. Sin embargo, la vía diplomática y consular ha sido reivindicada, siquiera como método alternativo, luego de que originariamente hubiera sido excluida (v.gr., la enmienda aprobada en Buenos Aires en 2002 al art. 10 del Protocolo de Las Leñas de 1992 de asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, que aún no está en vigor). También suele ser empleada en notificaciones procedentes de autoridades jurisdiccionales extranjeras dirigidas al Estado Nacional.

Para la Convención sobre procedimiento civil de La Haya de 1954 (que según el caso es reemplazada por la Convención sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y comercial de 1965 que utilizan las

autoridades centrales), los exhortos solamente pueden ser *transmitidos* por el cónsul del Estado requirente a la autoridad designada por el Estado requerido, la que deberá enviar al cónsul un documento demostrando la ejecución del exhorto o indicando el hecho que impidió su ejecución (art. 9).

Empero, los Estados pueden, mediante una comunicación dirigida a los otros Estados contratantes, exigir que los exhortos a ejecutarse en su territorio les sean remitidos por vía diplomática (Polonia; Federación de Rusia). La Convención no impide que dos Estados se pongan de acuerdo para admitir la transmisión directa de los exhortos entre sus respectivas autoridades. Tampoco excluye la facultad de los Estados de *ejecutar* los exhortos directamente por medio de sus funcionarios diplomáticos y consulares, si así lo permiten los convenios concluidos entre los Estados interesados, o cuando el Estado en cuyo territorio debe ejecutarse el exhorto, no se oponga a ello (art. 15). Tres Estados han hecho declaraciones en relación con el artículo 15 (Islandia, exigiendo previo permiso a ese efecto; Turquía; y Ucrania, reconociendo el derecho de los agentes diplomáticos y consulares de ejecutar rogatorias directamente, solo respecto de los nacionales de sus propios países).

El mismo procedimiento del artículo 9 se aplica a la *notificación de documentos* en materia civil y comercial a personas que se encuentren en el extranjero (arts. 1), salvo que en este caso el Estado territorial no puede oponerse a las notificaciones por medio de agentes diplomáticos o consulares cuando las mismas estén dirigidas a nacionales del Estado requirente y pueda hacerse sin ejercerse coacción alguna (art. 6 inc. 3). Las declaraciones aludidas de Polonia, de Federación de Rusia y de Ucrania, exigen la vía diplomática también para las notificaciones, permitiendo las notificaciones directas solamente a los nacionales del Estado requirente. Polonia permite tales notificaciones solamente a condición de reciprocidad; y Turquía permite que las notificaciones a los nacionales se lleven a cabo tanto por la vía diplomática como consular. Dinamarca, finalmente, ha hecho una reserva al artículo 6 inciso 3 y al artículo 15.

Asimismo, la Convención sobre procedimiento civil de La Haya contempla otras participaciones consulares en el procedimiento, cuando establece que el documento a ser notificado que estuviere redactado en el idioma del Estado requirente, salvo acuerdo en contrario, su traducción deberá ser certificada conforme por el funcionario diplomático o consular si no lo está por un traductor público del Estado requerido (art.

3 2º párr.); y que para que un nacional del Estado requirente pueda gozar del beneficio de defensa gratuita, en causas judiciales y también administrativas donde este beneficio exista, en un mismo pie de igualdad que los nacionales del Estado requerido, si las autoridades de la residencia habitual de la persona no pertenecen a un Estado contratante de la Convención y no reciban o entreguen certificados o declaraciones de indigencia, será suficiente un certificado o una declaración, emitido o recibido por un funcionario diplomático o consular del país al que pertenezca el extranjero (art. 21 1º párr.), y si el requirente no reside en el país en el que se solicita el beneficio, el certificado o la declaración de indigencia podrá ser legalizado gratuitamente por un funcionario diplomático o consular del país ante el cual deba ser presentado el documento (art. 21 2º párr.), además de que cuando la persona indigente se encuentre en un país que no sea el país en el cual deba solicitar la defensa gratuita, su solicitud para obtener este beneficio acompañada de todos los documentos justificativos necesarios podrán ser enviados por el cónsul de su país a la autoridad competente para que esta resuelva sobre lo solicitado, o a la autoridad designada por el Estado en el cual debe ser diligenciado (art. 23). Es obvio que el cónsul argentino no proporcionará el certificado de indigencia a que se refiere el primer párrafo del artículo 21 sin la previa intervención de las otras autoridades argentinas competentes incluido el cónsul argentino en el país de la residencia habitual de la persona, que estén en capacidad de constatar el estado de indigencia que se alega. Puede observarse la tutela que se deriva para el ejercicio de los derechos de particulares de la participación diplomática o consular.

También la Convención de La Haya sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y comercial de 1965, a pesar de favorecer la *transmisión* de las notificaciones por vía de la autoridad central designada (art. 2 y concordantes), permite utilizar la vía consular, así como en circunstancias excepcionales la vía diplomática (art. 9). Los Estados tienen la facultad de realizar directamente, por medio de sus agentes diplomáticos o consulares, sin compulsión alguna, las notificaciones o traslados de documentos a las personas que se encuentran en el extranjero, salvo que el Estado requerido se oponga a ello y no concierna a un nacional del Estado de origen (art. 8). Adicionalmente, y salvo que el Estado de destino declare oponerse, la Convención faculta remitir directamente por vía postal los documentos judiciales a las personas que se encuentren en

el extranjero (art. 10 inc. a), así como respecto de cualquier persona interesada en un procedimiento judicial, de proceder a las notificaciones o traslados de documentos judiciales directamente a través de funcionarios judiciales, ministeriales u otras personas competentes del Estado de destino (inc. c).

Argentina ha formulado una declaración, de conformidad con el artículo 21, oponiéndose al uso de los métodos de transmisión del artículo 10. Sin embargo, es el Estado de destino el que determina la viabilidad de la utilización de dicho método de transmisión. También han manifestado la oposición que prevé el artículo 8 al momento de ratificar, adherir o acceder a la Convención, Andorra y Austria (cuando la notificación o traslado no concierna a un nacional del Estado de origen del documento), Bélgica, Brasil (en iguales términos que la Argentina), Bulgaria, China (nota del 20 de mayo de 1970, extendiendo a la Región Administrativa Especial de Hong Kong la objeción formulada respecto de este artículo al momento de adherir a la Convención el 1 de junio de 1983; *idem* nota del 9 de febrero de 1999 en relación con la Región Administrativa Especial de Macao), República de Corea, Croacia, Eslovaquia, Filipinas (salvo que la persona a ser notificada sea nacional del Estado de origen; objetó asimismo la transmisión de los incisos a y c del art. 10), Francia, Georgia (formuló una reserva a los incs. b) y c) del art. 10), Grecia, Hungría, Islas Marshall (declaración bajo el art. 8), Letonia, Lituania, Luxemburgo, Macedonia del Norte, Malta, México (permitiendo las notificaciones a los nacionales de la representación diplomática o consular, en la medida que tal procedimiento no contravenga el derecho público o viole garantías individuales), Mónaco, Montenegro, Pakistán, Portugal, República Checa, Rumania, Federación de Rusia, Serbia, Sri Lanka, Ucrania y Venezuela. Egipto, Malta, Montenegro, Nicaragua (objetando tanto la notificación directa a no nacionales del art. 8 como los métodos del art. 10), Noruega, Polonia, San Marino, Seychelles, Serbia, Suiza y Vietnam presentaron reservas al uso de los métodos de transmisión de los artículos 8 y 10. Austria ha declarado que la Convención no se aplica a las notificaciones dirigidas a la República de Austria, incluidas sus subdivisiones políticas, sus autoridades y personas que actúan en su nombre, para las cuales deben utilizarse los canales diplomáticos.

Otros tratados multilaterales que contemplan, entre las vías para la *transmisión* de los exhortos, la diplomática o consular, son la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias (CIDIP I,

Panamá, 1975), artículo 4; la Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero (CIDIP I), artículo 11; la Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares (CIDIP II, Montevideo, 1979), artículo 13; y el Protocolo de medidas cautelares de Ouro Preto, artículo 19 1º párrafo. La CIDIP I sobre exhortos también permite a los funcionarios diplomáticos o agentes consulares de los Estados partes “dar cumplimiento” a (tramitar) las diligencias indicadas en el artículo 2 (realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero (inc. a); y la recepción y obtención de pruebas en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto (inc. b) en el Estado donde se encuentren acreditados siempre que ello no se oponga a las leyes del mismo y que en la ejecución de tales diligencias no se empleen medios que impliquen coerción (art. 13). Como las medidas cautelares tienen por objeto el cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de personas (tales como custodia de hijos menores de edad o alimentos provisionales) o de los bienes (tales como embargos y secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles, inscripciones de demanda o administración e intervención de empresas) (cfr. art. 2, CIDIP II sobre medidas cautelares) que involucran medidas de coerción, se explica que la función de los agentes diplomáticos o consulares se limite a transmitir el pedido a las autoridades del Estado requerido y no las puedan ejecutar por sí mismos.

La CIDIP II sobre medidas cautelares ha previsto que, sin perjuicio de los derechos de terceros, las autoridades consulares puedan recibir las pertenencias personales de uno de sus nacionales cuando, en virtud de fallecimiento, estas fueren puestas a disposición de sus familiares o presuntos herederos, y no existieren estos. Este procedimiento se aplicará también cuando la persona esté imposibilitada para administrar sus bienes como consecuencia de proceso penal (art. 8). Las obligaciones de las oficinas consulares argentinas relativas a la administración, gestión o tenencia de intereses de argentinos están previstas en el Reglamento Consular (arts. 107, 139, 161, y 167 y ss.), las que se deben ejercer de acuerdo con las leyes locales a falta de tratados que estipulen en lo relativo.

En general, cuando los exhortos se transmiten o son devueltos por vía diplomática o consular (al igual que cuando se transmiten por conducto de la autoridad central o en otras situaciones particulares, y a diferencia de cuando se transmiten directamente por vía judicial o por las

propias partes interesadas) los tratados los eximen del requisito de legalización de firmas (v.gr. art. 5 inc. a, CIDIP I sobre exhortos, extendiendo la exención a los exhortos que tramiten directamente los tribunales de las zonas fronterizas de los Estados partes; art. 13, CIDIP I sobre pruebas; art. 14 inc. a, CIDIP II sobre medidas cautelares; art. 19, Protocolo de medidas cautelares de Ouro Preto, extendiendo también la exención a los exhortos transmitidos directamente por jueces o tribunales de las zonas fronterizas de los Estados, pero exigiendo la legalización por los agentes diplomáticos o consulares del Estado requerido cuando la rogatoria se transmita por intermedio de la parte interesada, salvo que entre ambos Estados se hubiere suprimido el requisito de legalización o sustituido por otra formalidad; art. 10, enmienda de Buenos Aires de 2002 al Protocolo de Las Leñas, exigiendo también la legalización por los agentes diplomáticos o consulares del Estado requerido cuando la rogatoria se transmitiese por intermedio de la parte interesada, salvo que entre los Estados requirente y requerido se hubiere suprimido el requisito de legalización o sustituido por otra formalidad).

Allende los tratados multilaterales, los exhortos y notificaciones pueden diligenciarse en los términos de tratados bilaterales en vigor así como de lo dispuesto en los códigos y normas procesales del Estado receptor. Muchos autores consideran la función consular y diplomática de notificación de documentos judiciales (*service of process*) como formando ya parte del derecho internacional consuetudinario, aunque es argumentable que únicamente constituye una creación de las convenciones²⁴⁴. Es cierto que en la práctica internacional no abundan los casos de protestas diplomáticas originadas en la notificación de documentos directamente por los diplomáticos o cónsules a sus nacionales sin el consentimiento de las autoridades del Estado receptor. Cabe tener presente, sin embargo, que los funcionarios diplomáticos y consulares no deben violar la legislación del Estado donde se desempeñan (art. 41 inc. 1, Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961; art. 55 inc. 1, Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963).

La legislación argentina no regula la forma en que el cónsul debe notificar documentos a una persona de nacionalidad argentina. Cuando las notificaciones no están expresamente contempladas en una

²⁴⁴ McClean, David. *International Judicial Assistance*. Oxford: Clarendon Press, 1992. 10.

convención internacional o la legislación local no prevé una modalidad específica sobre cómo deben llevarse a cabo, resulta prudente evitar las notificaciones domiciliarias y priorizar la citación del nacional a la sede diplomática o consular para su emplazamiento allí, que es el sentido en que se orienta la práctica consular argentina.

El nuevo Código civil y comercial ha establecido en el artículo 2612 que, sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso. También se debe dar cumplimiento a las medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras siempre que la resolución que las ordena no afecte principios de orden público del derecho argentino, en los términos de la misma disposición. Los exhortos deben tramitarse de oficio y sin demora, de acuerdo a las leyes argentinas, sin perjuicio de disponer lo pertinente con relación a los gastos que demande la asistencia requerida (art. 2612 2º párr.).

Para los procesos de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes que se sustancian en el marco de la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores de 1980, se ha creado la intervención de una figura novedosa, en carácter personal. La Conferencia de La Haya ha conformado una *Red Internacional de Jueces de La Haya*²⁴⁵ especialistas en protección internacional de niños, alentando a los Estados Partes de la Convención de 1980 a designar uno o más jueces a los efectos de formar parte de la mencionada red internacional. Estos jueces deben actuar como facilitadores de comunicación y enlace con sus autoridades centrales nacionales, con otros jueces dentro de su propia jurisdicción y con jueces de otros Estados Partes. Los miembros de la Red desempeñan dos funciones de comunicación principales. La primera función de comunicación posee carácter general (no relativa a un caso específico) y consiste en compartir información general de la Red Internacional de La Haya o de la Oficina Permanente de la Conferencia

²⁴⁵ HCCH: Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. “The International Hague Network of Judges”. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en:

<<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction/ihnj>>.

con sus colegas de jurisdicción y a la inversa, compartir información proveniente de sus colegas de jurisdicción con la Red Internacional de La Haya o con la Oficina Permanente. La segunda función de comunicación consiste en facilitar comunicaciones directas relativas a casos específicos, siendo el objetivo de estas comunicaciones paliar la falta de información que el juez competente pudiera tener acerca de la situación y las implicancias legales en el Estado de residencia habitual del niño. Las medidas son dictadas por el órgano jurisdiccional competente, y los jueces y juezas de enlace colaboran en la realización de gestiones para su ejecución por parte del órgano jurisdiccional del lugar donde se encuentra la persona retenida o trasladada ilícitamente. A modo de ejemplo, los miembros de la Red pueden arbitrar los medios necesarios a efectos de la restitución rápida y segura del niño, niña o adolescente, entre los que se incluye sugerir la adopción de medidas urgentes y/o provisionales de protección y la provisión de información acerca de cuestiones de custodia o visita, o de posibles medidas destinadas a abordar acusaciones de violencia doméstica o abuso.

Estas comunicaciones a menudo implican un considerable ahorro de tiempo y un mejor uso de los recursos disponibles, todo ello en el interés superior del niño. Actualmente, la Red de Jueces de La Haya cuenta con 149 jueces de 88 Estados de todos los continentes incluyendo dos juezas de Argentina. En el contexto de la Convención de 1980 y de la Red Internacional de Jueces de La Haya, la Conferencia de La Haya publicó en 2013 *Lineamientos Emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya*²⁴⁶. Sin embargo, los Lineamientos Emergentes no constituyen una base legal sobre la cual los jueces puedan realizar comunicaciones directas. Es así que muchos expertos vienen abogando por la elaboración por parte de la Conferencia de La Haya de un instrumento internacional que autorice comunicaciones directas entre los jueces, con diferentes alcances. También existe la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed), que es una estructura formada por autoridades centrales y por puntos de contacto procedentes de los ministerios de justicia, fiscalías y ministerios

²⁴⁶ HCCH, “Comunicaciones judiciales directas”. [en línea]. [consulta: 14 de octubre de 2022]. Disponible en: <<https://assets.hcch.net/docs/3b5e76ee-b983-4bd6-89cd-680b678fcf37.pdf>>.

públicos, y poderes judiciales de los 22 países (incluyendo España, Portugal y Andorra) y Puerto Rico, que componen la Comunidad Iberoamericana de Naciones, que utiliza los Principios de La Haya para comunicaciones judiciales directas²⁴⁷. La Red está orientada a la optimización de los instrumentos de asistencia judicial civil y penal, y al reforzamiento de los lazos de cooperación entre los países miembros.

En el año 2022, a iniciativa de la República Argentina, se conformó la Red Latinoamericana de Autoridades Centrales que tiene por objetivos dinamizar las consultas, las gestiones oficiosas y el contacto directo entre las Autoridades Centrales, crear un espacio de consulta permanente, inmediata, oportuna y directa entre ellas; realizar reuniones periódicas o a requerimiento de los miembros de la Red; compartir buenas prácticas y facilitar el intercambio de experiencias sobre cooperación jurídica internacional; promover instrumentos internacionales en las distintas temáticas; fomentar un enfoque transversal de perspectiva de género en materia de cooperación jurídica internacional; e impulsar iniciativas regionales de difusión y desarrollo de capacidades técnicas. La Red prevé la incorporación de todas las Autoridades Centrales de la región de América Latina.

3) Obtención de pruebas por los agentes diplomáticos y consulares

La Argentina adhirió a la Convención de La Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial de 1970, y a la CIDIP I sobre exhortos. Estos tratados son útiles cuando en un procedimiento internacional hay necesidad de obtener pruebas en el extranjero. Ambos instrumentos prevén la posibilidad de obtención de pruebas por parte de funcionarios diplomáticos y consulares. El supuesto, que es poco habitual, consiste en que el cónsul o el diplomático argentino tome declaración a testigos que se encuentran en el exterior en un proceso celebrado en Argentina. Ello es posible siempre que se haya solicitado autorización por medio de un exhorto a la autoridad competente del Estado territorial y que esta haya prestado su consentimiento para realizarlo en la sede diplomática o consular argentina.

²⁴⁷ IberRed: Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. [en línea]. [consulta: 14 de octubre de 2022]. Disponible en: <<https://comjib.org/iberred>>.

En causas de lesa humanidad, la práctica argentina se orienta a la toma de la declaración en la sede diplomática argentina, sin intervención de las autoridades locales. Los pedidos se tramitan por vía de un oficio judicial y son diligenciados a través de la Dirección General de Derechos Humanos (DIGHU), requiriéndose imprescindiblemente el consentimiento de la persona involucrada. A falta de consentimiento, la medida deberá inexorablemente tramitarse a través de un exhorto judicial, de conformidad con los tratados internacionales que resulten aplicables al caso.

La Convención de La Haya de 1970 en el capítulo II (arts. 15 a 22) establece que, en materia civil o comercial, los funcionarios diplomáticos o consulares de un Estado contratante, pueden proceder sin sufrir apremios, dentro del territorio de otro Estado parte y dentro de la circunscripción en la cual ejercen sus funciones, a cumplir cualquier procedimiento en relación a un procedimiento entablado ante un tribunal del mismo Estado. En el caso de que el cumplimiento se relacione con nacionales del Estado al que representan, la autorización del Estado receptor para que pueda llevarse a cabo se presume salvo declaración en contrario (art. 15); lo opuesto que si se relaciona con nacionales del Estado de residencia, en cuyo caso el Estado territorial debe haber dado su autorización en forma general o para el caso particular (art. 16). Los Estados pueden declarar que un funcionario diplomático o consular, autorizado para realizar un procedimiento de conformidad con los artículos 15 y 16, tiene la facultad de dirigirse a la autoridad competente designada por dicho Estado, para obtener la asistencia necesaria para hacerlo por vía de apremio, bajo las condiciones que el Estado declarante juzgue conveniente imponer (art. 18). Las medidas de apremio autorizadas son las previstas en la legislación interna del Estado territorial (art. 18 últ. párr.), debiendo informarse con la debida antelación del trámite a la autoridad local y aceptar la presencia de un representante de esta en el caso de que lo solicite (art. 19). Cuando la persona incluida en el procedimiento no es ciudadano del Estado por el cual se entabla el proceso, toda convocatoria para participar o comparecer en un procedimiento debe ser redactada en el idioma del lugar donde vaya a realizarse el procedimiento o ser acompañada por una traducción a ese idioma (art. 21 inc. b). La Convención permite también la obtención de pruebas por parte de “delegados” en condiciones similares respecto de los diplomáticos y los cónsules (arts. 17, 18 y 19). El concepto de delegados incluye tanto a los funcionarios desplazados *ad*

boc por un Estado contratante al territorio de otro a realizar un procedimiento, habitualmente funcionarios judiciales, como a miembros del personal de la embajada y del consulado que no revisten estatus diplomático o consular y que sean designados a ese fin. Cabe señalar que esta Convención reemplaza, conforme surge de su artículo 29, a los artículos 8 a 18 de la Convención sobre procedimiento civil de La Haya de 1954 en las relaciones entre los Estados ratificantes.

El instrumento procedimental diseñado para la obtención de evidencia por diplomáticos, cónsules y delegados constituyó un verdadero instrumento de armonización en un área donde existen profundas diferencias entre los países del *common law* (donde la preparación del caso para juicio es responsabilidad privada de las partes, y la obtención de pruebas, sin coerción, por un cónsul o un delegado no necesariamente afecta el concepto de soberanía judicial de un país) y del *civil law* (donde, en muchos países, la obtención de pruebas es parte de la función judicial y se requiere una autorización especial para que las pruebas puedan obtenerse privadamente)²⁴⁸. La posición mucho más estricta adoptada por los países del *civil law* respecto de la permisibilidad de estas acciones explican que todo el capítulo II de la Convención esté sujeto a cláusulas opcionales y derechos de reserva, y que incluso todo el capítulo II pueda ser excluido por medio de una reserva bajo el artículo 33²⁴⁹. Casi todos los países han hecho uso de esta facultad por medio de declaraciones y reservas con muy diversos alcances. Algunos requieren autorización previa de la autoridad designada, cuando se trate de obtención de pruebas por funcionarios judiciales, o personal diplomático o consular, o en ambos casos (Armenia; Australia; Dinamarca; Islandia; Noruega; Serbia; Suiza), indicando además que las pruebas pueden obtenerse solamente en las condiciones que dicha autoridad especifique (Belarús). Otros excluyen a los nacionales del Estado territorial (China, en relación con la Región Administrativa Especial de Macao), así como de terceros países (Alemania; China, en relación con la Región Administrativa Especial de Hong Kong; Montenegro). Otros solo la permiten respecto de los nacionales del Estado al que la misión diplomática o consular representa y en la medida que no implique el uso de medidas de fuerza (Croacia; Hungría). Otros la autorizan respecto de cualquier persona siempre que no haya compulsión (Armenia; Chipre). Otros las autorizan sin condiciones específicas (Estados Unidos;

²⁴⁸ McClean, ob. cit. n. 244. 101-102.

²⁴⁹ *Ibíd.* 102.

Finlandia; Países Bajos). Otros permiten que un funcionario diplomático o consular solicite asistencia para obtener evidencia compulsivamente ante las autoridades competentes (India; Italia), sujeto a condiciones de reciprocidad (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), etc. Otros, como Andorra, exigen el permiso previo de la autoridad central.

La regulación del instituto en la CIDIP I sobre exhortos es muy marginal, limitándose a indicar que los funcionarios consulares o agentes diplomáticos de los Estados partes en esta Convención podrán recibir y obtener pruebas e informes en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto (arts. 13 y 2 inc. b). Solamente Estados Unidos y Venezuela hicieron reserva del artículo 2 b) excluyendo la obtención de pruebas del ámbito de la Convención. La inclusión de la recepción de pruebas en la CIDIP I sobre exhortos se debió a que al momento de negociarse esta Convención se dudaba sobre la posibilidad de aprobar en una misma CIDIP una convención específica sobre pruebas²⁵⁰, lo que se probó incorrecto al adoptarse la Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero (también en la CIDIP I en Panamá en 1975).

Ahora bien, la CIDIP I sobre pruebas no contempló la recepción de evidencia por agentes diplomáticos o consulares, que recién fue introducida por el Protocolo adicional a la Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero (CIDIP III, La Paz, 1984). Aunque Argentina es parte de este Protocolo desde el 29 de noviembre de 1992, hizo una reserva del capítulo V sobre “Recepción de pruebas por agentes diplomáticos o consulares” que comprende los artículos 9, 10, 11, 12 y 13, por considerarlo incompatible con las normas de su derecho interno que rigen la materia. La reserva llama la atención ya que el procedimiento contemplado en el Protocolo no difiere sustancialmente respecto del de la Convención de La Haya sobre pruebas, por cuanto permite la obtención de evidencia por diplomáticos y cónsules de sus nacionales (art. 9 1º párr., Protocolo) y de extranjeros limitando las facultades a las materias y con las condiciones que se estimen necesarias o convenientes (art. 9 2º párr. y art. 10), y solo permite las medidas de apremio que cumplan con los requisitos de la legislación local debiendo ser solicitadas al órgano jurisdiccional competente del Estado territorial (art. 11). La única diferencia importante con la Convención de La Haya es que en la recepción de

²⁵⁰ Vescovi, Eduardo. “Problemas del proceso ‘internacional’ y cooperación jurídica internacional en los Estados mercosureños”. Fernández Arroyo, ob. cit. n. 62. 381-382.

pruebas bajo el artículo 9 del Protocolo se pueden observar las reglas y procedimientos vigentes en el Estado requirente, siempre en la medida que la legislación del Estado requerido no las prohíba o que los motivos invocados para no dar testimonio sean conformes a la ley del Estado requerido. Se observa, sin embargo, que Argentina no había hecho reservas a la aplicación de la ley del Estado requirente en la Convención de 1975, y tampoco objetó las normas correspondientes de la Convención de La Haya.

4) Información del derecho extranjero

Los funcionarios diplomáticos y consulares argentinos pueden encontrarse en el curso de sus actividades ante las siguientes situaciones: (1) recibir solicitudes de una autoridad argentina de información acerca del derecho vigente en el lugar donde el diplomático o el cónsul cumple funciones; (2) necesitar contar con la información acerca del contenido y vigencia de un derecho extranjero para poder resolver una cuestión que se le plantea en el ejercicio de sus funciones; y (3) recibir una consulta sobre el derecho argentino de parte de una autoridad del Estado receptor o de un consulado extranjero situado en la sede. En un caso, el diplomático o cónsul es el requirente de la información acerca del derecho extranjero, y en el otro el requerido. Como la información debe ser fidedigna, a veces no alcanza con los datos asequibles por Internet o por otros medios no oficiales, en particular cuando de lo que se trata no es solamente de conocer el contenido de una determinada ley sino de cómo un juez o autoridad del país del derecho aplicable resolvería una situación. Huelga la importancia de conocer el derecho extranjero cuando su aplicación aparece ordenada por una norma de conflicto del derecho argentino, más allá de que el particular interesado alegue su contenido o vigencia.

La Argentina ha suscripto dos tratados, uno multilateral en el seno de las Conferencias Interamericanas y otro bilateral con Uruguay que regulan la manera en que las autoridades de los Estados partes se prestan colaboración recíproca en la obtención de elementos de prueba e información acerca del derecho de cada una de ellas. Ambos tratados pueden servir de base jurídica para solicitudes consulares o tramitadas por la vía consular, a pesar de que no se las prevea expresamente.

La CIDIP II sobre prueba e información acerca del derecho extranjero (Montevideo, 1979) establece que las autoridades de los Estados partes proporcionarán a las autoridades de los demás que lo soliciten, los elementos probatorios e informes sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho (art. 2). Las solicitudes deben indicar la naturaleza del asunto y ante qué autoridad tramita (el propio consulado o embajada o la autoridad territorial jurisdiccional o administrativa argentina de la que proviene) (art. 5 inc. a), la indicación precisa de los elementos probatorios que se solicitan (inc. b) y la determinación de cada uno de los puntos a que se refiera la consulta con indicación del sentido y alcance de la misma, acompañada de una exposición de los hechos pertinentes para su debida comprensión (inc. c). Tanto las solicitudes como las respuestas son redactadas en el idioma oficial de la autoridad requerida (art. 5, últ. párr.). La autoridad requerida debe responder a cada uno de los puntos consultados conforme a lo solicitado y en la forma más completa posible (art. 5 penúlt. párr.). Se consideran medios idóneos para probar o acreditar el derecho extranjero la prueba documental, o sea las copias certificadas de los textos legales con indicación de su vigencia (art. 3 inc. a); la prueba pericial, o sea dictámenes de abogados o expertos en la materia (inc. b); así como los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, etc. de su derecho (inc. c); además de cualquier otro medio de prueba, ya que la enumeración no es taxativa.

El *texto* del derecho nacional o provinciales y la información de su *vigencia* pueden ser obtenidos directamente por el cónsul, cuando le sean requeridos por una autoridad extranjera, de las fuentes gubernamentales accesibles por Internet, como son el Boletín Oficial de la República Argentina²⁵¹ y los boletines oficiales de las provincias, así como el SAIJ, Sistema Argentino de Información Jurídica²⁵², y el InfoLEG, Información Legislativa y Judicial²⁵³, que son administrados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; en tanto que los informes del *sentido* y *alcance* legal del derecho argentino sobre determinados aspectos justifican la intervención de los servicios jurídicos

²⁵¹ BO: Boletín Oficial de la República Argentina. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<http://www.boletinoficial.gov.ar>>.

²⁵² SAIJ: Sistema Argentino de Información Jurídica. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<http://www.saj.gov.ar>>.

²⁵³ InfoLEG: Información Legislativa y Judicial. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<http://www.infoleg.gov.ar>>.

de la Cancillería que son la Dirección General de Asuntos Jurídicos respecto del derecho interno, y la Dirección General de Consejería Legal respecto del derecho internacional y que, dependiendo del tema y la consulta de que se trate pueden necesitar de la intervención de otros organismos como es la Procuración del Tesoro de la Nación. Cuando el cónsul argentino sea el requirente de la información, es de notar que no está obligado a aplicar el derecho según la respuesta recibida (art. 6). Tanto el artículo 4 como el artículo 8 habilitan la petición de informes de “otras autoridades” de los Estados partes (entre las que cabe incluir las diplomáticas y consulares), distintas de las jurisdiccionales a las que la Convención alude expresamente, en particular en lo que se refiere a la prueba documental y pericial, cuando las partes así lo convienen o surja de las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar. Creo que la extensión de la aplicación de esta Convención a la petición de informes de autoridades diplomáticas y consulares es provechosa y se debe incentivar.

El texto del Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre aplicación e información del derecho extranjero de 1980, es más restrictivo ya que habla a todo lo largo de su articulado de la información que debe proveer o remitir el “Ministerio de Justicia” del país *requerido*; pero parecería que permite que las representaciones argentinas en Uruguay (y las uruguayas en la Argentina) se dirijan al Ministerio de Justicia del otro país a los fines de recabar información del derecho extranjero para los casos en que corresponda la aplicación del derecho de la autoridad requerida en la sede consular. En el caso de que el cónsul argentino en un tercer país, v.gr. en los Estados Unidos, deba conocer derecho uruguayo, debería recurrir a la CIDIP previamente aludida de la que tanto Argentina como Uruguay son partes, o al Protocolo de Las Leñas.

El Protocolo de Las Leñas de 1992 de asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa exige a los Estados partes del MERCOSUR cooperar proveyéndose información del derecho extranjero en las materias de que trata el Protocolo, a través de los informes suministrados por las autoridades diplomáticas o consulares del Estado parte de cuyo derecho se trate (art. 29). Como la asistencia jurisdiccional a que alude el Protocolo se extiende a los “procedimientos administrativos en los que se admitan recursos a los tribunales” (art. 1), pocas dudas caben de que es aplicable a los procedimientos que se desarrollan ante un consulado o la sección consular de una embajada.

5) Protección internacional de niños, niñas y adolescentes

a) Restitución de niños, niñas y adolescentes. Tráfico de niños

En las últimas décadas, con el incremento de los desplazamientos internacionales como consecuencia de la mayor disponibilidad de acceso a los medios de comunicación, la flexibilidad de las fronteras y la incidencia de variables políticas, sociales, culturales y económicas que, según algunos, produjeron una modificación de la unidad familiar, se ha agudizado el problema de los menores de edad que son sustraídos o retenidos de manera indebida generalmente por alguno de sus progenitores, además de los casos de tráfico ilegal de niños en el ámbito internacional²⁵⁴. La persona sustractora, sea cual fuere el vínculo que la une con el niño, prescinde del consentimiento de una de las personas bajo cuyo cuidado se encontraba, y tampoco tiene autorización judicial vigente que avale tal traslado.

El problema de la *sustracción internacional de niños* se diferencia de la trata o tráfico de niños en que la sustracción involucra la conducta abusiva en general de un progenitor que, en ejercicio de la responsabilidad parental, priva al otro de la posibilidad de contralor o transforma en exclusivas potestades que son conjuntas, y comprende tanto los casos de niños trasladados en forma ilícita del país de su residencia habitual a otro país como aquellos que, habiendo sido lícitamente trasladados, no son regresados al país de su residencia en los plazos establecidos en violación de los derechos de custodia²⁵⁵. Por *tráfico* (o *trata*) *de niños* se entiende, en cambio, la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o fines ilícitos (v.gr. para someterlos a la prostitución u otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, para la extracción de órganos, o con fines de adopción²⁵⁶). La

²⁵⁴ Dreyzin de Klor, Adriana y Amalia Uriondo de Martinoli. “Sustracción, restitución y tráfico internacional de menores”. Fernández Arroyo, ob. cit. n. 62. 616.

²⁵⁵ Dreyzin de Klor, Adriana. “Restitución internacional de menores”. Dreyzin de Klor, Adriana (editora). *La protección internacional de menores*. Córdoba: Advocatus, 1996. 33.

²⁵⁶ Ver las definiciones de “tráfico internacional de menores” y de “propósitos ilícitos” respectivamente en el art. 2 incs. b) y c) de la Convención

nueva realidad ha conducido a los Estados a elaborar instrumentos que respondan a los problemas generados por estos acontecimientos.

Argentina es parte de dos convenciones multilaterales que enfocan los *aspectos civiles de la sustracción internacional de niños*: la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980, y la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV, Montevideo, 1989); además del Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre protección internacional de menores de 1981. En lo que respecta a la cooperación contra el tráfico, la Argentina ha ratificado la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (CIDIP V, México, 1994)²⁵⁷. Estas convenciones no dan a las autoridades diplomáticas y consulares un rol formal en los procedimientos de localización y restitución de niños sustraídos o traficados, salvo la posibilidad de utilizar esa vía para la transmisión de solicitudes de cooperación en virtud de los convenios (art. 8 inc. b, CIDIP IV sobre restitución; art. 15, CIDIP V sobre tráfico). Como la cooperación pronta y expedita es la mayor garantía del cumplimiento del objetivo de estas convenciones, es que se han privilegiado las comunicaciones directas entre autoridades centrales. Las funciones del cónsul en este tema son más bien de orientación en materia de asistencia

interamericana sobre tráfico internacional de menores (CIDIP V, México, 1994); y de “trata de personas” en el art. 3 inc. a del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York en 2000.

²⁵⁷ Existe una extensa bibliografía sobre estas convenciones. Seoane de Chiodi, María del Carmen. “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”. Fresno de Aguirre, Cecilia (coordinadora). *Las personas frente a la dinámica y las exigencias del mundo globalizado*. Asunción: CEDEP/ASADIP, 2010; Seoane de Chiodi, María del Carmen e Ignacio Goicoechea. “Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”. LL. 1995-D-1412; Weinberg de Roca, Inés M. “Sustracción y restitución internacional de menores”. LL. 1995-C-1281; Sosa, Gualberto Lucas. “La Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (CIDIP V, México, 1994)”. *El derecho internacional privado interamericano y el derecho de la integración (CIDIP V, México, 1994)*. Santa Fe: Tercer Milenio, 1996. 137-176; Sosa, Gualberto Lucas. “La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV, Montevideo, 1989)”. JA. 1990-I-779.

jurídica a personas que han visto su derecho de guarda vulnerado por la sustracción o retención que haya hecho de un menor el otro progenitor²⁵⁸, o frente a denuncias o conocimiento de un caso de tráfico, y en algunos casos de apoyo a las autoridades centrales u otra autoridad competente mediante el desarrollo de acciones que se encuentren comprendidas dentro del ámbito de actuación de un cónsul.

En este marco, hay que tener presente que el objetivo primordial de estos convenios es lograr la pronta restitución de niños que se encuentran indebida o ilegítimamente en un Estado parte, al Estado de su residencia habitual. La CIDIP V sobre tráfico, además, sienta bases de cooperación para prevenir y sancionar los aspectos *penales* del tráfico de niños.

Estas convenciones no se aplican a los casos en que el menor sustraído por el otro progenitor o que ha sido víctima del tráfico se encuentra o se sospecha que se encuentra en el mismo país de su residencia habitual. En estos casos, se debe dar intervención a las autoridades policiales o que sean de otro modo competentes en ese país, ya que no involucraría un traslado *internacional* que torne aplicable estas convenciones, aun cuando el menor, alguno de los progenitores, el autor del ilícito o todos ellos sean argentinos.

Salvo cuando el cónsul conozca de un *delito* que tenga obligación de denunciar, en las situaciones que involucran el traslado o la retención indebida de un menor por un familiar, en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, reviste importancia que la persona tome contacto urgentemente con las autoridades judiciales administrativas o judiciales del Estado parte donde el menor tuviere la residencia habitual, o del Estado parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido (art. 8, Convención de La Haya; art. 6, CIDIP IV sobre restitución; art. 13, CIDIP V sobre tráfico), o del Estado parte donde se produjo el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación (art. 6, CIDIP IV sobre restitución) o la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor (art. 8, Convención de La Haya). Tanto la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional

²⁵⁸ MRECIC, “Funciones de los Cónsules”. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <https://www.cancilleria.gob.ar/es/servicios/recomendaciones/funciones-de-los-consules>.

Privado como el Departamento de Derecho Internacional de la OEA mantienen una base de datos con las designaciones de autoridad central para la convención de que se trata que han hecho los Estados contratantes. Fácilmente se puede acceder a ellas desde los portales de Internet de cada organización a partir de enlaces directos en las páginas de la respectiva convención. Por lo general, las autoridades centrales son el ministerio de relaciones exteriores (la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional de la Cancillería en el caso de Argentina), el ministerio de justicia y, a veces, el órgano encargado de la protección de los niños. La principal urgencia radica en el daño que se le genera al niño (maltrato, para algunos autores), el cual se agrava cada día que pasa en situación de sustracción. Además, si la acción de restitución se inicia antes de transcurrido un año desde que el niño fue sustraído o retenido ilegalmente, o desde que fuere precisa y efectivamente localizado respecto de los niños cuyo paradero se desconozca, el principio general es su restitución inmediata. También para evitar que el menor sea de nuevo trasladado a un tercer país, particularmente un país con el que no exista un convenio, para frustrar la restitución.

Estas convenciones proveen un procedimiento para la restitución y localización en su caso de los niños, explicitan las condiciones en que procede y en que no procede la restitución, detallan los documentos que quien promueva la solicitud debe acompañar, y también las razones por las cuales puede denegarse la restitución que, según los convenios, lleva a tomar en cuenta la opinión del menor cuando este ha alcanzado una edad y grado suficiente de madurez (art. 13 penúlt. párr, Convención de La Haya; art. 11 últ. párr., CIDIP IV sobre restitución). Un aspecto central es que el menor sea considerado tal por la propia convención (16 años o menos según el art. 4, Convención de La Haya; *idem*, art. 2, CIDIP IV sobre restitución; y 18 años o menos, según el art. 2 inc. a de la CIDIP V sobre tráfico) o de acuerdo con el derecho del Estado de su residencia habitual (art. 4, Convenio con Uruguay).

Finalmente, hay que tener en cuenta que estos convenios no prejuzgan sobre la determinación definitiva de su guarda. El objetivo es proceder sin demora a restituir al menor al país donde tenía su residencia habitual al tiempo de su traslado o retención. Una vez restituido, el progenitor agraviado podrá iniciar, si lo desea, las acciones judiciales ante un juez internacionalmente competente para obtener la custodia definitiva del menor o el establecimiento de un régimen de visitas²⁵⁹.

²⁵⁹ La autoridad central argentina ha habilitado una página de Internet donde se

Se espera que Argentina próximamente ratifique la Convención de La Haya relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños de 1996. La Convención sobre la protección de los niños de 1996 complementa la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980, ya que tiene una aproximación global a la protección internacional de los niños y, bien aplicada, puede servir para prevenir el fenómeno de la sustracción internacional de menores. La Convención de 1996 mantiene la competencia de las autoridades del Estado en el cual el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o retención ilícita hasta el momento en que el niño ha adquirido una residencia habitual en otro Estado y que se cumplan algunas otras condiciones. Esas condiciones, que la Convención presenta de modo alternativo son que toda persona, institución u otro organismo que tenga la guarda acceda al desplazamiento o a la retención (art. 7, párr. 1 a), o que el niño resida en este otro Estado por un periodo de al menos un año desde que la persona, institución o cualquier otro organismo que tenga la guarda conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno presentada en este plazo, y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio (art. 7, párr. 1 b). Estas condiciones son similares a las impuestas por el Convenio de 1980, aunque con una pequeña discordancia. El nuevo texto autoriza a la autoridad requerida a no ordenar el retorno del niño cuando no ha sido requerido más que después de la expiración del plazo de un año y que sea manifiesto que el niño está integrado en su nuevo medio. La discordancia proviene de que en la Convención de 1980 el período de un año parte del desplazamiento o retención, mientras que en la nueva Convención este punto de partida es más tardío²⁶⁰.

brinda información sobre los instrumentos internacionales vigentes en la República Argentina en materia de protección internacional de niños, a fin que aquellas personas que puedan verse alcanzadas por alguna de las situaciones descriptas en los Convenios, sepan a quién acudir para solicitar la asistencia allí prevista de la manera más rápida, evitando demoras innecesarias. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<http://www.menores.gov.ar>>.

²⁶⁰ HCCH, “Informe Explicativo de la Convención sobre la protección de los niños de 1996 de Paul Lagarde”. 28. [en línea]. [consulta: 14 de octubre de

El nuevo Código civil y comercial ha venido a cubrir la laguna en las fuentes internas en materia de restitución internacional de niños. Como principios generales se establece que, en materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño. Se establece también que el juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión. Asimismo, a petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño, niña o adolescente (art. 2642)²⁶¹.

Es importante tener en cuenta que el procedimiento de restitución o de contacto transfronterizo puede ser iniciado por distintas vías, según la convención o la legislación argentina que resulte aplicable. Las dos convenciones multilaterales en vigor para la República Argentina —la Convención de La Haya de 1980 y la CIDIP IV sobre restitución— prevén que el procedimiento se inicie a través de la autoridad central. La convención interamericana también habilita la vía diplomática o consular directa (art. 8) —que puede resultar útil en situaciones de emergencia, especialmente en aquellos casos en los que la autoridad central del país no hubiera sido designada o no responda—, además de la vía tradicional del exhorto o carta rogatoria.

En cualquier caso, la vía judicial permanece disponible. Esta vía implica el inicio de un procedimiento judicial directamente por la persona cuya responsabilidad parental o de guarda ha sido violada en el país donde fue trasladado o retenido el niño, rigiéndose el procedimiento según el derecho local incluyendo en cuanto pueda requerir representación letrada para el inicio de la acción.

2022]. Disponible en: <<https://assets.hcch.net/upload/expl34s.pdf>>.

²⁶¹ All, Paula María. “Restitución internacional de menores”. Rivera y Medina, ob. cit. n. 20. VI, 903-910.

Desde la óptica de la función consular, la práctica habitual de la Cancillería consiste en informar la iniciación de los procesos iniciados en la Argentina a las representaciones en el exterior donde los niños, niñas o adolescentes se encuentren retenidos ilícitamente, sea cual fuere su nacionalidad. El objetivo es proteger el interés del Estado argentino en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, así como para el caso de que pueda requerirse la realización de alguna gestión (como puede ser la obtención e intervención de documentación, colaborar en la localización del niño, brindar asistencia consular, o facilitar el contacto de alguna institución local, etc.) o porque el proceso fue iniciado por la vía diplomática o consular. Por último, resulta relevante el rol de las representaciones argentinas en la etapa en que se procura coordinar el retorno seguro del menor, con el fin de velar por el cumplimiento de las ordenes emanadas por autoridades extranjeras, así como para garantizar los derechos, especialmente de aquellos niños, niñas y /o adolescentes que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad.

b) Obligaciones alimentarias

Una función semejante de orientación puede ser llamado el cónsul a desarrollar en el caso de niños en situación de desamparo cuando el deudor de una prestación alimentaria (generalmente el padre) se encuentra fuera del país donde el menor reside. Para hacer efectiva esta obligación es que se han celebrado convenciones internacionales, entre las cuales la Argentina ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre la obtención de alimentos en el extranjero signada en Nueva York en 1956, y la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV, Montevideo, 1989)²⁶². También se encuentra en trámite parlamentario la adhesión por parte de Argentina de la Convención de La Haya sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia de 2007, la cual sustituirá a la Convención de las Naciones Unidas de 1956 en la medida en que su ámbito de aplicación coincida con el ámbito de aplicación de la Convención de 2007 entre los Estados partes.

²⁶² Santos Belandro, Rubén. *Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias: reglas de conflicto materialmente orientadas hacia la protección de las personas*. Montevideo: Ediciones del Autor, 1991; Sosa, Gualberto L. “La Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV, Montevideo, 1989)”. *J.A.* 1990-I-845.

La Convención de Nueva York es precursora no solo en la materia específica, sino también por haber previsto el sistema de autoridades centrales (las llama “autoridades remitentes” y “autoridades intermediarias” respectivamente a las del país del demandante y del obligado a la prestación). Mientras que la autoridad central para tramitar un pedido de alimentos internacional bajo la Convención de Nueva York es la Dirección Nacional de Asuntos Internacionales (previamente Dirección de Asuntos Jurídicos) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, bajo la Convención Interamericana es la Dirección de Asistencia Judicial Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

Estas convenciones prevén la posibilidad de que el deudor de alimentos recurra al auxilio de la autoridad central (o remitente) de su país (donde reside) para que esta encomiende a la autoridad central (o intermediaria) del país donde se encuentra el demandado que tome las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos, inclusive por transacción y, en caso necesario, iniciar y proseguir una acción de alimentos y hacer ejecutar cualquier sentencia, decisión u otro acto judicial (arts. 3 y 6, Convención de Nueva York). La Convención interamericana también establece los jueces de qué países son competentes en (es decir ante quiénes se pueden entablar) reclamaciones alimentarias, que son el del país del domicilio o de la residencia habitual del acreedor, el del domicilio o de la residencia habitual del deudor, o del país con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como posesión de bienes, percepción de ingresos u obtención de beneficios económicos (art. 8). Las sentencias o decisiones de esos jueces tienen efecto extraterritorial, es decir que salvo circunstancias excepcionales, deben reconocerse y ejecutarse en el país donde el derecho a percibir alimentos haya de hacerse efectivo. La Convención de Nueva York garantiza al demandante el mismo trato y las mismas exenciones de gastos y costas otorgadas a sus nacionales o residentes (no discriminación) (art. 9). La Convención interamericana establece que el beneficio de pobreza (o más propiamente, de litigar sin gastos) que se le haya dado en el Estado parte en que ejerció su reclamación, debe ser reconocido en los otros Estados (art. 14). En ningún caso puede exigirse a los extranjeros caución especial por su condición de extranjero o de no residente (art. 9, Convención de Nueva York; art. 14, CIDIP sobre alimentos). La Convención interamericana prevé que las autoridades jurisdiccionales de los Estados partes ordenen o ejecuten, a solicitud fundada de parte o a través del

agente diplomático o consular correspondientes, medidas provisionales o de urgencia que tengan carácter territorial y cuya finalidad sea garantizar el resultado de una reclamación de alimentos pendiente o a instaurarse (art. 15).

Son notables algunas disposiciones de la Convención interamericana, como las que convalidan el derecho de todos los niños de percibir alimentos sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación (art. 4), que las disposiciones de la Convención no pueden interpretarse de modo que restrinjan los derechos que el acreedor de alimentos tenga conforme a las leyes del país donde realizó la reclamación judicial (art. 21), y que obliga a los Estados parte a suministrar en la medida de sus posibilidades asistencia alimentaria provisional a los menores de edad de otro Estado que se encuentren en su territorio (art. 19) facilitando la transferencia internacional de fondos (del deudor al acreedor alimentario) que procediere para hacer efectivo el derecho (art. 20).

Los titulares del derecho de percibir alimentos no son solamente los niños, bajo ambas convenciones, sino también otras personas que tengan la calidad de acreedor de ese beneficio por el derecho aplicable (generalmente, el otro cónyuge y mayores incapaces). El mismo derecho determina quiénes son menores a este fin, edad que la Convención interamericana sienta en principio en los 18 años (art. 2). Cabe tener presente que la Convención ha recibido una serie de declaraciones interpretativas respecto de a quienes se considera acreedor alimentario (México) del orden en que se han de pagar alimentos en el caso de que hubiere más de un acreedor (Panamá), así como destinadas a resguardar el derecho de defensa del deudor (Guatemala) y que los alimentos otorgados guarden relación entre las posibilidades económicas del deudor y las necesidades de quien o quienes los requieren (Panamá).

Fuera de estos mecanismos específicos, también el acreedor alimentario podría interponer un juicio de alimentos en el extranjero y la sentencia respectiva sería susceptible de reconocimiento y ejecución en la Argentina (v.gr. sobre los ingresos del demandado en el país o los bienes que tuviera aquí) en los términos del artículo 517 del Código procesal civil y comercial de la Nación.

En el caso de sentencias dictadas hasta el 31 de julio de 2015 con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que fue pronunciada, son susceptibles de reconocimiento y ejecución en la República Argentina

siempre que provengan de alguno de los siguientes jueces: del juez que entendió en el juicio de separación personal, divorcio vincular o nulidad del matrimonio (art. 228 inc. 1, Cód. civ.), del domicilio conyugal, del domicilio del demandado, de la residencia habitual del acreedor alimentario, del cumplimiento de la obligación, o de la celebración del convenio alimentario si lo hubiere y coincidiera con la residencia habitual del demandado si se plantea como cuestión principal (inc. 2)²⁶³.

Las sentencias extranjeras pronunciadas con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código civil y comercial, para ser susceptibles de reconocimiento y ejecución en la Argentina deben provenir de los jueces del domicilio o de la residencia habitual del actor o del demandado así como, si fuese razonable según las circunstancias del caso, por los jueces donde el demandado tenga bienes (art. 2629 1º párr.). También se reconocerán las sentencias dictadas por el juez del último domicilio conyugal o convivencial, ante el domicilio o residencia habitual del demandado, o ante el juez que haya entendido en la disolución del vínculo, en el caso de acciones de alimentos entre cónyuges o convivientes (2º párr.). Finalmente, si se hubiere celebrado un convenio, cuando la sentencia provenga del juez del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de la celebración de dicho convenio si coincide con la residencia del demandado (3º párr.). Se trata, una vez más, de aplicar para el reconocimiento de sentencias extranjeras las fuentes de jurisdicción que habrían permitido a los jueces argentinos asumir la jurisdicción por aplicación del artículo 517 del Código procesal civil y comercial de la Nación.

El nuevo Código también ha establecido que el derecho a alimentos se rige por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario. Asimismo, los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos. Finalmente, el derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo. (art. 2630).

²⁶³ Jure, Fabiana. "Las obligaciones alimentarias en el DIPr.". Dreyzin de Klor, ob. cit. n. 247. 140-163.

La interpretación de las reglas de atribución de competencia, así como la determinación del derecho aplicable, debe ser a favor del crédito alimentario y del acreedor alimentario. Si por cualquier causa el juez decidiera que un acuerdo alimentario es inválido, corresponde aplicar el derecho domiciliario más favorable²⁶⁴.

6) Cooperación internacional en materia penal

a) Extradición

El proceso extraditorio es aquel por el cual un Estado puede detener preventivamente a una persona que se encuentra en su territorio para su entrega a otro Estado que lo requiere a los efectos de afectarla a una investigación en curso o para que cumpla una condena. En general, el proceso se inicia con la detención preventiva de la persona buscada, sigue con el procedimiento de extradición propiamente dicho, y finaliza con su entrega al Estado requirente. El procedimiento se rige por el derecho internacional, generalmente por tratados (bilaterales, regionales o multilaterales), y en su ausencia, por ofrecimiento o existencia de reciprocidad. La Ley N° 24.767 de cooperación internacional en materia penal establece el procedimiento a seguir en la República Argentina.

La Ley N° 24.767 permite detener preventivamente a una persona con fines de extradición con fundamento en una notificación de índice rojo inserta en los boletines de la Organización Internacional de la Policía Criminal (INTERPOL) (art. 45)²⁶⁵. Sin embargo, debe tenerse presente que no todos los países consideran las notificaciones rojas como base suficiente para detener preventivamente a una persona, requiriendo que la solicitud sea canalizada por la vía diplomática. Es por ello que resulta de utilidad conocer la legislación local que rige los procedimientos extraditorios, por lo exiguo que suelen ser los plazos y los diferentes requisitos que pueden establecer. La Argentina ha recurrido a menudo al procedimiento de solicitud de detención preventiva con fines de extradición frente a la noticia de que personas imputadas por el atentado terrorista a la AMIA en 1994 (algunos de los cuales son altos funcionarios iraníes) se encuentran o encontrarían

²⁶⁴ Pallarés, ob. cit. n. 142. VI, 880.

²⁶⁵ INTERPOL. “Ver las notificaciones rojas”. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<https://www.interpol.int/es/Como-trabajamos/Notificaciones/Ver-las-notificaciones-rojas>>.

presentes en un tercer país. Detenida que fuere la persona, el Estado requirente deberá remitir el formal pedido de extradición en los términos y plazo que establecen el tratado vigente o que establezca el Estado requerido en su comunicación al Estado requirente.

El proceso extraditorio argentino es de tipo mixto, ya que intervienen el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. La Cancillería recibe las solicitudes de extradición y de detención preventiva con fines de extradición, y dictamina acerca del cumplimiento de las condiciones previstas en los artículos 3 (la existencia u ofrecimiento de reciprocidad en ausencia de tratado que la prescriba), 10 (cuando existan especiales razones de soberanía nacional, seguridad u orden públicos otros intereses esenciales para la Argentina, que tornen inconveniente el acogimiento del pedido) y 21 (cumplimiento de los requisitos formales del requerimiento). Cuando el Ministerio de Relaciones Exteriores dispusiere dar curso al pedido, le dará trámite judicial a través del Ministerio Público Fiscal (art. 22) si no hubiera un Juzgado Federal interviniendo en la detención preventiva, o a través del Juzgado Federal en turno si la detención preventiva fue solicitada por la vía diplomática (art. 46).

Es el juez quien resuelve si la extradición es o no procedente (art. 32). La Ley N° 24.767 ha previsto el procedimiento de extradición simplificada cuando la persona requerida da su consentimiento libre y expreso a ser extraditada, supuesto en que el juez resolverá sin más trámite (arts. 28 y 51). Si el tribunal deniega la extradición, la Cancillería lo informa al Estado requirente, con copia de la sentencia (art. 35). La sentencia que otorga o deniega la extradición es susceptible de recurso de apelación ordinaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 33).

Sin perjuicio de que el tribunal hubiese declarado procedente la extradición, el Poder Ejecutivo puede denegarla si las circunstancias en ese momento hicieran aplicables las causas previstas en los artículos 3 y 10, o cuando haga lugar a la opción del nacional de ser juzgado en Argentina según surge del último párrafo del artículo 12 (art. 36). Esta facultad decisoria ha sido delegada en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto por el Decreto N° 1052/1998. En rarísimas ocasiones el Gobierno argentino ha hecho uso de la facultad del artículo 36. En cualquier caso, el rechazo (como la concesión) de la extradición corresponde al Poder Ejecutivo Nacional, debiendo las embajadas y consulados contar con instrucciones expresas para realizar todo acto concerniente a las mismas.

La última etapa del proceso extraditorio es la entrega de la persona reclamada, la cual puede ser postergada por decisión del Ministerio de Relaciones Exteriores en las situaciones previstas en el artículo 39: a) si el requerido se encontrare sometido a un proceso penal en trámite o cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad, hasta que el proceso termine o se cumpla la pena (salvo cuando el delito por el que se concedió la extradición fuese de una entidad significativamente mayor que el que obsta a la entrega, o cuando resultare que la postergación podría determinar la impunidad de reclamado en el Estado requirente, en cuyo caso se puede disponer su entrega inmediata); y b) si el traslado resultare peligroso para la salud del requerido o de terceros a causa de un enfermedad, hasta que se supere ese riesgo.

Una cuestión a tener en cuenta durante todo el proceso extraditorio es que la Ley N° 26.165 de reconocimiento y protección del refugiado establece que “[l]a interposición de una solicitud para el reconocimiento de la condición de refugiado tendrá efecto suspensivo sobre la ejecución de una decisión que autorice la extradición del solicitante de asilo hasta que el procedimiento de determinación de la condición de refugiado haya sido completado mediante resolución firme” (art. 14). Atento al carácter confidencial de este procedimiento (art. 32), los funcionarios argentinos deben abstenerse de brindar información sobre la solicitud o la condición de refugiado de una persona, limitándose a indicar que existen impedimentos de índole legal que obstan a su entrega.

En materia de extradición, la función de las autoridades diplomáticas argentinas consiste en principio en transmitir los pedidos de extradición que le presenten las autoridades del Estado receptor respecto de personas que se encuentran en la Argentina (extradición pasiva), y/o tramitar ante las autoridades del Estado receptor los pedidos de extradición de personas allí presentes hacia la Argentina que le lleguen a través de la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional de la Cancillería (extradición activa). Los pedidos de extradición indicarán el tratado en el marco del cual la extradición se solicita o, en su caso, si la ayuda se subordina a la aplicación de las leyes del Estado requerido y está condicionada a la existencia y ofrecimiento de reciprocidad. Argentina tiene tratados bilaterales de extradición en vigor con numerosos países (Australia, Bélgica, Bolivia, Brasil, República de Corea, España, Estados Unidos, Francia, Italia, Países Bajos, Pakistán (por sucesión de Estados),

Paraguay, Perú, Reino Unido, Rusia, Sudáfrica, Suiza, Túnez y Uruguay) algunos de los cuales concluidos en el siglo XIX que requerirían actualización. Entre los acuerdos multilaterales, el Tratado Interamericano de Extradición suscripto en 1933, está en vigor con Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y la República Dominicana. Por su parte, el Acuerdo sobre Simplificación de la Extradición entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, el Reino de España y la República Portuguesa de 2010, está en vigor para todos los Estados firmantes con excepción de Brasil²⁶⁶. El Acuerdo sobre extradición entre los Estados partes del MERCOSUR de 1998 no se encuentra en vigor.

Algunas convenciones multilaterales modernas han establecido que los delitos a los que las mismas se aplican se consideran incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Parte (v.gr. art. 44 inc. 4, Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003). Se trata de un mecanismo relativamente novedoso, aunque en modo alguno exclusivo a este campo, de actualizar de forma relativamente expedita tratados de extradición entre los Estados partes de estos y de la convención multilateral, a los fines específicos de esta última, sin que sea necesario renegociar cientos de tratados bilaterales en vigor en todo el mundo. Las partes se comprometen también a incluir tales delitos como causa de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí (art. 44 inc. 4). Asimismo, y en lo que quizás constituye la innovación más significativa, se prevé que si un Estado parte de la Convención que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado parte con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica la misma (art. 44 inc. 5). Similares disposiciones contiene la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 (art. 6 incs. 2 a 4) y la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000 (art. 16 incs. 2 a 4). Está en boga que los Estados recurran a estas

²⁶⁶ MRECIC. “Cooperación jurídica internacional en materia penal. Normativa vigente”. 3ª ed., 2022. [en línea]. [consulta: 1 de julio de 2023]. Disponible en: <<https://cancilleria.gob.ar/userfiles/recursos/dajin-compendio-penal.pdf>> (contiene los tratados en vigor para la República Argentina que pueden ser empleados como base normativa para el procedimiento de extradición).

convenciones multilaterales para sustentar pedidos de extradición, aun cuando existan tratados bilaterales en vigor, en particular por cuanto la Convención establece que sus Estados partes no considerarán de carácter político ninguno de los delitos tipificados con arreglo a la misma para denegar la extradición (v.gr. art. 44 inc. 4 *in fine*, Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción).

Cabe tener presente que la extradición no procederá en los casos de delitos políticos o cuando el proceso que motiva la extradición evidencia propósitos persecutorios por razón de las opiniones políticas, la nacionalidad, la raza, el sexo o la religión de las personas involucradas, o que existan razones para suponer que el requerido podría ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, o no existieren seguridades de que la persona no sufrirá la pena de muerte en el Estado requirente (art. 8).

Si la persona cuya extradición se solicita es de nacionalidad argentina, aunque tenga también la nacionalidad del Estado requirente, podrá optar por ser juzgada por los tribunales argentinos, salvo que fuese aplicable un tratado que obligue a la extradición de nacionales (art. 12)²⁶⁷. En los supuestos en que la extradición de nacionales es facultativa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció que es el Poder Ejecutivo el que debe resolver si hace o no lugar a la opción, una vez concedida la extradición en la oportunidad prevista por el artículo 36 de la ley 24.767²⁶⁸. Los tratados en vigor para la República Argentina prevén distintas soluciones en relación con la extradición de nacionales. Algunos excluyen la extradición de nacionales en todos los casos (los tratados con Países Bajos, Túnez y Suiza). En otros, la nacionalidad no puede ser invocada para denegar la extradición (los tratados con Estados Unidos, Sudáfrica, Bolivia y Rumania) salvo una disposición constitucional en contrario (el Acuerdo sobre Simplificación de la extradición con Brasil, España y Portugal). Finalmente, en otros tratados la extradición de nacionales es facultativa (con Paraguay, México, Italia, Francia y Rusia, entre otros). Ante la ausencia de un tratado que rija el trámite de la extradición, será de aplicación la ley 24.767 que establece que “[s]i el nacional ejerciere esta opción, la extracción será denegada. El nacional será entonces juzgado en el país, según la ley penal argentina, siempre

²⁶⁷ Piombo, Horacio Daniel. *Extradición de nacionales: Proyecciones sustanciales, procesales e internacionales de la regla interdictoria*. Buenos Aires: Depalma, 1974.

²⁶⁸ CSJN, “Machado Felipe Rafael y otros s/extradición Art. 52”, Fallo del 6 de marzo de 2013.

que el Estado requirente preste conformidad para ello, renunciando a su jurisdicción, y remita todos los antecedentes y pruebas que permitan el juzgamiento” (art. 12 3º párr.).

Cuando la extradición se tramita por la vía diplomática, generalmente los tratados, y también la Ley N° 24.767 (art. 4) exigen de legalización las solicitudes y demás documentos que con ella se envíen, salvo en el caso de extradiciones activas argentinas sin tratado cuando la legalización la exija el Estado requerido.

También una autoridad diplomática argentina puede ser llamada a dar fe de la renuncia libre y expresa de una persona que fue extraditada desde la República Argentina para ser encauzada por hechos anteriores y distintos a los constitutivos del delito por el que se concedió la extradición o para ser re-extraditada a otro Estado, sin autorización otorgada por la Argentina (art. 18, Ley N° 24.767). En el caso de la re-extradición, antes de dar curso judicial a los pedidos de los Estados interesados en ella, a pedido del Ministerio de Relaciones Exteriores, la autoridad diplomática o consular con jurisdicción en el lugar de la penitenciaría debe gestionar y llevar adelante una audiencia en la que se informe al extraditado acerca del contenido de la autorización solicitada y de las consecuencias que le aparejará la concesión (art. 54 inc. a), se documenten las defensas que el extraditado, con asistencia letrada, opone a la concesión de la autorización solicitada, o su libre y expreso consentimiento a la autorización (inc. b) y se le haga saber al extraditado que tiene derecho a designar un defensor de confianza para que lo represente en el juicio, y que en caso de que no lo haga se le designará un defensor oficial (inc. c). Oportunamente, la autoridad diplomática o judicial será también la encargada de notificar al extraditado sobre la decisión judicial (art. 55).

Los plazos en materia extraditoria, sean establecidos por ley o por tratado, son generalmente perentorios. Por ejemplo, concedida la extradición, el traslado deberá efectuarse dentro del plazo establecido (entre 30 y 45 días) desde la comunicación al Estado requirente de la decisión sobre la entrega, generalmente prorrogable por un corto plazo (entre 10 y 15 días) a pedido del Estado requirente cuando este se viera imposibilitado de realizar el traslado en ese término. Vencidos los plazos establecidos sin que se hubiese efectuado el traslado, la persona es puesta en libertad y el Estado requirente no puede volver a pedir la extradición por ese delito (art. 38, Ley N° 24.767; art. 7, Tratado de extradición entre Argentina y Brasil de 1961; art. 13, Tratado de extradición entre

Argentina y Bolivia de 2013). De allí la importancia de que toda gestión o notificación relativa a un acto extraditorio se realice sin demora.

Para finalizar, la extradición no debe confundirse con el traslado de personas condenadas (de la que se dará cuenta seguidamente), así como tampoco con la expulsión, entrega o acción similar de una persona sobre quien pesa un pedido de extradición al Estado que solicitó esta última. Se discute si habiendo un tratado de extradición vigente los Estados pueden recurrir a la expulsión como medio de evitar el proceso extraditorio (como una extradición “encubierta o *de facto*”. En primer lugar es preciso establecer que la expulsión de extranjeros es una facultad de todos los Estados bajo el derecho internacional sometida a limitaciones como son la prohibición del abuso de derecho, el principio de la buena fe, la prohibición de adoptar medidas arbitrarias, y el trato mínimo debido a los extranjeros. Así, el Estado argentino no debe expulsar a un extranjero si el delito tuviere pena de muerte en el Estado requirente y este no diere seguridades de que no será aplicable. Lo contrario privaría a la persona de las garantías del artículo 8 inciso f de la Ley N° 24.767. Este caso ejemplifica la sospecha con que el derecho internacional trata la figura de la expulsión, por cuanto permite evadir las disposiciones habituales de la legislación doméstica que permiten cuestionar la legalidad del procedimiento extraditorio y presentar pruebas que muestren, por ejemplo, que la persona está siendo perseguida por razones políticas. Hay que tener en cuenta que la expulsión no tiene en sí misma naturaleza de sanción penal, sino que se trata de un acto de carácter administrativo sin todas las garantías del derecho penal. Es por ello que sin que pueda rotundamente afirmarse que la expulsión como extradición *de facto* se encuentre prohibida en el estado actual del derecho internacional, las decisiones de tribunales internacionales indican una tendencia contraria a esta práctica²⁶⁹.

b) Traslado de personas condenadas

En el traslado de condenados, la persona ha sido juzgada y condenada en el país con jurisdicción penal sobre el delito (generalmente donde cometió el mismo) pero opta por cumplir la pena en el país de su nacionalidad. Se trata de un derecho que por vía convencional se

²⁶⁹ Ver CDI: Comisión de Derecho Internacional. “Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial”. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. Vol. 2 (2010): paras. 43-72. 147-153.

reconoce a los condenados de delitos penales, con un doble objetivo: principalmente permitirle a la persona cumplir la condena cerca de su familia y en su propio medio (razón de humanidad y que facilita la rehabilitación social de la persona), pero también aliviar la carga económica del país del delito que al cabo de años de encarcelamiento puede elevarse a cifras significativas. En ausencia de tratado, el traslado de la persona debe ser consentido por el Estado extranjero en los términos de su legislación interna y por el Estado argentino en los términos de los artículos 82 a 94 de la Ley N° 24.767 de cooperación internacional en materia penal.

La Argentina ha concluido numerosos tratados bilaterales de traslado de personas condenadas con varios países de América Latina (con Bolivia en 1996; con Brasil en 1998, modificado por el Protocolo adicional del 15 de enero de 1999; con Chile en 2002, modificado por el Protocolo adicional de 2010; con la República Dominicana en 2004; con Honduras en 2014; con México en 1990, modificado por el Protocolo adicional de 2018 que no está en vigor; con Perú en 1998, modificado por el Protocolo de 2012; con Panamá en 1997; con Paraguay en 1995; con Venezuela en 1996) pero también con otros países (v.gr. con Canadá en 2003; con España en 1987; con Portugal en 2008; con Serbia en 2019, que no está en vigor; con la Federación de Rusia en 2014; con Ucrania en 2018 que no está en vigor). También en el MERCOSUR se suscribieron un Acuerdo sobre traslado de personas condenadas entre los Estados partes del MERCOSUR, y otro entre los Estados partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, ambos en 2004, que están en vigor. En 2005, en Asunción, se enmendó el Acuerdo del MERCOSUR y se suscribió un Protocolo sobre traslado de personas sujetas a regímenes especiales complementario al Acuerdo sobre traslado de personas condenadas entre los Estados partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile. Ni la Enmienda al Acuerdo entre los Estados partes del MERCOSUR ni el Protocolo de 2005 han entrado en vigor. Una particularidad de los tratados del MERCOSUR es que incluyen, además de los nacionales, a las personas con residencia legal y permanente en un Estado parte (quienes pueden optar por ser trasladadas a cumplir la condena al país de su nacionalidad o de su residencia). Ello se explica porque son tratados aplicables en un espacio integrado entre cuyos propósitos se cuentan las libertades de circulación y de establecimiento de los nacionales de los países involucrados. También hay que tener en cuenta otros tratados de asistencia mutua en materia penal que puedan estar en vigor.

Característica de estos acuerdos es que se requiere el consentimiento expreso del condenado para el traslado. El condenado puede solicitarlo directamente o por una persona en su nombre a la autoridad competente del Estado sentenciador o del Estado receptor. En este último caso, corresponderá al cónsul recabar la solicitud escrita del condenado argentino conjuntamente con toda la información que permita a las autoridades argentinas competentes determinar de manera fidedigna la nacionalidad argentina (o la residencia legal y permanente en la Argentina de ser el caso) y evaluar el cumplimiento de las condiciones convencionalmente establecidas que hacen procedente el traslado. La información deberá ser remitida a la Cancillería argentina (Dirección de Asistencia Jurídica Internacional) a los fines de que estudie el pedido y reúna la documentación pertinente (además de la documentación sobre la nacionalidad o residencia argentinas de la persona, suele exigirse la copia de la legislación que acredite que los actos por los que la persona fue condenada constituirían delitos si se hubieran cometido en nuestro país), a partir de lo cual el suministro de información entre el Estado sentenciador y el Estado receptor y la entrega del condenado suele coordinarse directamente entre las autoridades centrales designadas en el tratado de que se trata. Cabe señalar que la autoridad competente para dar curso o denegar una solicitud de traslado es el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que, a su vez, ha sido designado como autoridad central en los tratados sobre la materia. No obstante, en la práctica, estos procedimientos se diligencian a través de la vía diplomática o consular.

En principios semejantes se basa la normativa argentina interna. La Ley N° 24.767 permite, en determinadas condiciones, que el condenado argentino por un tribunal extranjero a una condena privativa de la libertad (art. 82) o en régimen de condena condicional o libertad condicional (arts. 90 y 92), puedan cumplirlas en la República Argentina en custodia o bajo el control, según sea el caso, de las autoridades argentinas. La petición de traslado puede ser presentada por el condenado argentino, por terceros a su nombre o por el Estado que impuso la condena (arts. 83, 84 y 92). Recibida una petición por el diplomático o el cónsul, deberá remitirla a la Cancillería para que dé la intervención que le corresponde al Ministerio de Justicia. Para que sea procedente una petición de traslado, el condenado debe ser argentino al momento de la solicitud (art. 85 inc. a), debe haber dado ante una autoridad diplomática o consular argentina, con asistencia letrada, su libre y expreso consentimiento al traslado, después de ser informado de

las consecuencias (inc. b), que la duración de la pena pendiente sea por lo menos dos años al momento de presentarse el pedido (inc. c) y que el condenado haya reparado los daños ocasionados a la víctima en la medida que le haya sido posible (inc. d). También se tienen en cuenta todas las circunstancias que permitan suponer que el traslado contribuirá a cumplir los fines de la pena, especialmente los vínculos que por relaciones familiares o residencia pudiera tener el condenado en la Argentina (art. 85). Si la petición de traslado fue presentada por el condenado o su representante, el Ministerio de Justicia requerirá al Estado de condena por la vía diplomática los antecedentes del caso que se detallan en el artículo 86. En todo caso, el condenado debe saber que, de concedérsele el traslado, la pena se cumplirá conforme la legislación argentina, incluidas las normas sobre libertad condicional, salvo que solo el Estado de condena puede revisar la condena o conceder amnistía, indulto o conmutación de la pena (art. 88).

La Ley N° 24.767 prevé también la posibilidad de que un no argentino, condenado por un país extranjero en régimen de *condena condicional o libertad condicional*, pueda cumplirla en la República Argentina. En este caso, la petición debe presentarse por la vía diplomática. La representación argentina la transmitirá entonces al Ministerio de Justicia por la vía correspondiente, acompañando los antecedentes del caso que suministre el Estado de condena, incluido una copia de la sentencia definitiva y firme (art. 91 inc. a), una información completa acerca de si la persona ha reparado los daños ocasionados a la víctima en la medida que le haya sido posible (inc. b), información fehaciente sobre la fecha en que el condenado viajará a la Argentina (inc. c), y una explicación acerca de las obligaciones asumidas por el condenado y del control que al respecto se requiere de las autoridades argentinas con determinación de la fecha en que finalizará el control (inc. d), además de la información sobre el otorgamiento de la visa que correspondiere (inc. c *in fine*). Cabe tener presente que las solicitudes de traslado de extranjeros para cumplir *condenas privativas de la libertad* en la Argentina deben desestimarse sin más trámite, en ausencia de tratado que lo autorice, ya que esa posibilidad no surge de la Ley vigente de cooperación internacional en materia penal.

c) Asistencia en la investigación y juzgamiento de delitos

Las solicitudes de asistencia legal mutua son libradas en el marco de una investigación penal con el objetivo de obtener la ejecución de

distintos actos procesales en el extranjero, como son la notificación de actos o documentos, la obtención de pruebas (documental, testimonial o de otro tipo), y la ejecución de medidas sobre bienes (su localización, individualización, secuestro, inmovilización, confiscación, decomiso, etc.) de conformidad con los tratados y la legislación interna que resulten aplicables.

Tradicionalmente contenida en fuente convencional internacional bilateral, la práctica de asistencia en la investigación y juzgamiento de delitos es quizás la de mayor implementación en la rutina policial y judicial²⁷⁰. De acuerdo con la Ley N° 24.767, la procedencia de requerimientos efectuados por una autoridad extranjera para que se le asista en la investigación y juzgamiento de delitos está sujeta a la condición de reciprocidad (art. 3), que el país requirente sea competente respecto del delito de acuerdo con su propia legislación (art. 5), que no se refiera a delitos no extraditables para la legislación argentina (arts. 8 y 9), así como en los casos de improcedencia de la extradición por causas de soberanía nacional, seguridad u orden público (art. 10). Para brindarla, la Ley N° 24.767 exige la *doble incriminación* (es decir que el hecho constituya delito también en la Argentina) cuando la asistencia requiere el secuestro de bienes, registro domiciliario, seguimiento de las personas, interceptación de correspondencia o intervención de comunicaciones telefónicas (art. 68). Para el resto de las medidas, la República Argentina puede brindar asistencia aunque el hecho que se investiga no constituya delito para la legislación argentina.

En ausencia de un tratado que requiera la intervención de una autoridad central, el procedimiento tramita por la vía diplomática, debiendo el pedido contener los datos de la autoridad de la que proviene el pedido (art. 69 inc. a), una descripción clara del hecho delictivo que motiva el pedido, con referencias precisas acerca de la fecha, el lugar y circunstancias en que se cometió, y los datos personales del autor y la víctima (inc. b), la tipificación legal y la pena que corresponden al hecho (inc. c), el objeto de la solicitud y todas las circunstancias cuyo conocimiento sea útil para asegurar la eficacia de la asistencia (inc. c), y los datos de los funcionarios y representantes de las partes que hayan sido autorizados por el Estado requirente para participar en los procedimientos solicitados (inc. d). El funcionario diplomático debe remitir los pedidos que reciba a la Dirección de Asistencia Jurídica

²⁷⁰ Rapallini, ob. cit. n. 118. 373.

Internacional de la Cancillería. Si la Cancillería decide darle curso (art. 71), decisión que a nuestro juicio debe ser fundada, dará intervención al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a los fines de que, a su vez, dé intervención a la autoridad correspondiente según la asistencia de que se trate (art. 72). En la práctica, se prescinde de la intervención del Ministerio de Justicia, salvo que se aplique el Tratado de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de los Estados Unidos de América de 1991, cuya autoridad central designada es el citado Ministerio. Toda otra solicitud de asistencia jurídica internacional libradas por autoridades competentes nacionales y dirigidas a autoridades judiciales extranjeras (solicitudes activas) o libradas por autoridades extranjeras y dirigidas a autoridades competentes nacionales (solicitudes pasivas), tramitan ante la Dirección de Asistencia Jurídica de la Cancillería, en carácter de autoridad central designada convencionalmente, o de autoridad competente en los casos en que deba emplearse la vía diplomática.

La Ley N° 24.767 establece el carácter reservado de las actuaciones relacionadas con un pedido de asistencia jurídica internacional o un pedido de extradición (art. 24). Los tratados internacionales establecen también la obligación del Estado requerido de mantener el carácter confidencial de la solicitud y de su contenido si así lo pide el Estado requirente.

La asistencia en la investigación y juzgamiento de delitos también puede consistir en la remisión o recepción de “informaciones espontáneas” a los fines de que se inicie una investigación o de que sea aportada a una investigación en curso, sin que haya sido requerida a través de una solicitud de asistencia jurídica mutua previa. En general ocurre cuando, en el marco de una investigación penal, se toma conocimiento de hechos que podrían estar vinculados con la posible comisión de un delito bajo jurisdicción de otro Estado, o respecto de los cuales la justicia local no es competente para investigar. Algunos instrumentos internacionales modernos contemplan expresamente esta herramienta de cooperación internacional, v.gr. la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (art. 46 inc. 4) y la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (art. 18 inc. 4).

d) Acción internacional en asuntos criminales

Existe actualmente un importante número de instrumentos internacionales, producidos bajo los auspicios de las Naciones Unidas y organizaciones regionales que proveen un vehículo de cooperación entre los Estados en la lucha contra determinados delitos, como son el tráfico de drogas, el lavado de dinero, la trata de personas, y ofensas relacionadas. Estos instrumentos estimulan la acción concertada a través de disposiciones de asistencia mutua²⁷¹. Se prevén mecanismos de comunicación directa entre autoridades centrales designadas al efecto y entre las autoridades policiales y jurisdiccionales, por considerarse que la celeridad y fluidez de la información son necesarias para la adecuada prevención y la investigación de estos delitos. De todos modos, la comunicación a través de las autoridades diplomáticas y consulares no debe considerarse excluida cuando el país requirente ha optado por ese medio. Además, hay que tener en cuenta que estas convenciones no afectan las obligaciones dimanantes de otros tratados de asistencia judicial vigentes entre las partes. Algunos de estos instrumentos son la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas de 1988 (arts. 6 a 11); la Convención internacional contra la delincuencia organizada transnacional adoptada por las Naciones Unidas en 2000 (arts. 13, 16 a 18, 26 y 28), y sus Protocolos para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños (art. 10) y contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (art. 10), además del Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas, componentes y municiones (arts. 12 y 13); la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (CIDIP V, México, 1994); la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados de 1997 (arts. XIII, XIV, y XVII a XIX); el Acuerdo contra el tráfico ilícito de migrantes entre los Estados partes del MERCOSUR de 2004 (art. 6).

La última frontera de la cooperación jurídica en materia penal se encuentra en el establecimiento de equipos conjuntos de investigación (ECI). La creación de estos equipos se justifica en un contexto en que el accionar criminal transnacional requiere de instrumentos más ágiles y

²⁷¹ McClean, ob. cit. n. 244. 130-238.

efectivos a los fines de lograr una efectiva investigación que se está llevando a cabo en dos o más jurisdicciones nacionales.

Entre los Estados partes del MERCOSUR y los Estados asociados existe un Acuerdo marco de cooperación para la creación de equipos conjuntos de investigación concluido en 2010 y en vigor desde 2020. Es un acuerdo “marco” en cuanto habilita a las autoridades competentes de los Estados a establecer un ECI para una investigación o hechos generalmente concretos. En virtud de este Acuerdo, los integrantes designados del ECI, que son generalmente autoridades judiciales, fiscales o policiales, pueden actuar dentro de los territorios de los Estados partes que los crearon, de conformidad con la legislación interna de las partes donde se encuentre actuando el equipo (art. 2). El Acuerdo no prevé la intervención de las autoridades diplomáticas o consulares. Sin embargo, es conveniente que las representaciones argentinas estén informadas de la creación y de que se encuentra actuando un ECI en el territorio del Estado receptor para poder proporcionar la asistencia que se le requiera. En ausencia de un tratado marco, para la constitución de equipos conjuntos de investigación con otros Estados será necesaria la suscripción de un acuerdo *ad hoc*.

El otro desarrollo, desde la perspectiva del objeto de la acción internacional, apunta a la recuperación del producido de los delitos en el contexto una vez más del accionar criminal internacional. En 2018 los Estados partes del MERCOSUR concluyeron un Acuerdo marco para la disposición de bienes decomisados de la delincuencia organizada transnacional que entró en vigor en 2021. El objeto de este Acuerdo es establecer mecanismos de cooperación y negociación entre los Estados partes que posibiliten la disposición de los bienes decomisados producto de los delitos vinculados a la delincuencia organizada transnacional (art. 1). También Argentina suscribió un Acuerdo bilateral de similar objeto y tenor con Uruguay en 2019, para contar con un mecanismo que permitiera el decomiso de activos en causas pendientes con aquel país, ante la demora que podría implicar la entrada en vigor del Acuerdo del MERCOSUR. Hasta el presente Uruguay no ha comunicado el cumplimiento de sus requisitos internos para la entrada en vigor del Acuerdo bilateral.

7) Empleo de los medios de información y comunicación tecnológicos en la cooperación jurídica internacional. Uso de la videoconferencia

El desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, la modernización de los sistemas de gestión de justicia, la digitalización de los expedientes judiciales y administrativos (sistema de gestión electrónica documental), el empleo de la firma digital, los trámites a distancia y el uso de plataformas para videoconferencia, se han incrementado en los últimos tiempos, y más exponencialmente durante la pandemia generada por la enfermedad de COVID-19.

El uso de medios electrónicos de comunicación para la cooperación jurídica internacional no ha sido ajeno a este crecimiento y es utilizado incluso para la transmisión de cartas rogatorias y los documentos que establecen la ejecución, notificaciones de objeciones y denegaciones, así como solicitudes y suministro de información aun en ausencia de un tratado que lo prevea. Sin perjuicio de ello, muchos países continúan exigiendo el envío postal como requisito ineludible para dar curso a la cooperación solicitada.

En la Declaración de Santiago sobre los “Principios comunes en materia de cooperación judicial” aprobada por la Cumbre Judicial CELAC-UE de 2013, las Presidentas y Presidentes y Representantes de las Cortes y Tribunales Supremos de los Estados miembros acordaron “promover que las autoridades competentes reconozcan la comunicación electrónica en el trabajo jurisdiccional, así como en la transmisión y recepción de solicitudes de asistencia judicial internacional de carácter urgente, e impulsar la utilización de mecanismos tecnológicos para la simplificación y celeridad de sus actuaciones, sin perjuicio de adoptar las medidas necesarias para dar seguridad y fe respecto de ellas” (párr. dispositivo 3).

La Comisión Especial de 2014 de la Conferencia de La Haya ya había auspiciado el uso de videoconferencia y otras tecnologías modernas para la obtención de pruebas en el extranjero, teniendo debidamente en cuenta consideraciones de privacidad y confidencialidad. En particular, para facilitar la ejecución expedita de las solicitudes de notificación, la Comisión Especial ha fomentado la transmisión y

recepción de solicitudes por medios electrónicos (como el correo electrónico)²⁷².

Más recientemente, en el ámbito de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) de 2019 se adoptó el Tratado de Medellín cuyo objetivo es facilitar la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre autoridades centrales. Argentina lo firmó pero no lo ha ratificado.

Asimismo, en 2022, el Consejo del Mercado Común del Mercosur, por Decisión CMC N° 20/02, recomendó: utilizar, siempre que sea posible, medios electrónicos institucionales para tramitar las solicitudes de cooperación jurídica internacional en materia civil y penal, a través de las autoridades centrales, sin perjuicio del envío por medios físicos en los casos en que la opción electrónica no se considere viable (art. 1); promover el uso de sistemas de videoconferencia como herramienta para facilitar la cooperación internacional en materia civil y penal, de conformidad con la legislación y acuerdos vigentes de los Estados partes y los medios tecnológicos que se encuentren disponibles (art. 2); e implementar medidas que permitan un margen de seguridad elevado para los intercambios electrónicos entre autoridades centrales, como por ejemplo la firma electrónica (art. 3).

En cuanto al empleo del sistema de videoconferencia para obtener una declaración testimonial, pericial o indagatoria, u otro acto procesal de una persona que no se encuentre en el territorio donde se lleva a cabo la investigación o el juicio, es necesario tener en cuenta que el medio telemático utilizado no afecta el carácter de acto jurisdiccional en el extranjero de la medida procesal de que se trate. Es por ello que ineludiblemente debe librarse una solicitud de asistencia jurídica internacional que precise que la toma de la declaración tendrá lugar por videoconferencia, con la intervención de las autoridades jurisdiccionales extranjeras, salvo que la autoridad extranjera no manifieste interés en intervenir o con las condiciones que estipule, y sin que el consentimiento de la persona a prestar la declaración exima de dar intervención a la autoridad local. Es que a pesar de la inmediatez que permite el empleo de estas tecnologías, se trata de la ejecución de un acto por parte de las

²⁷² HCCH, “Conclusions and Recommendations of the Special Commission on the practical operation of the Hague Service, Evidence and Access to Justice Conventions (20-23 May 2014)”. [en línea]. [consulta: 20 de septiembre de 2023]. Disponible en: <<https://assets.hcch.net/docs/eb709b9a-5692-4cc8-a660-e406bc6075c2.pdf>>.

autoridades de un Estado en el territorio de otro Estado soberano, a cuya jurisdicción el testigo, perito, imputado, actor o demandado se encuentran sujeto, así como a su protección legal en cuanto al respeto de las garantías procesales.

El Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la cooperación internacional entre sistemas de justicia, adoptado en la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Mar del Plata en 2010 establece que la diligencia procesal de que se trate se desarrollará de conformidad con el derecho del Estado requirente, previa solicitud de esta y aceptación de la autoridad competente de la parte requerida (art. 3).

§ IX

EL ACCESO INTERNACIONAL A LA JUSTICIA

1) Contenido y alcance del derecho internacional de acceso a la justicia

Casi todas las convenciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen en mayor o menor medida garantías que podrían denominarse genéricamente “derecho de acceso a la justicia”. Estos derechos comprenden el de interponer recursos efectivos por violaciones de los derechos reconocidos por la propia convención, de ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, a ser asistido por un defensor así como gratuitamente por un intérprete si no comprende o habla el idioma del tribunal, y a la igualdad de tratamiento en los tribunales y demás órganos que administran justicia sin distinción de raza, color, sexo, religión u origen (v.gr. art. XVIII, Declaración americana de los derechos y deberes del hombre de 1948; arts. 10 y 11, Declaración universal de derechos humanos de 1948; art. 2 inc. 1 a, arts. 14 y 15, Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966; art. 5 inc. a, Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1966; art. 8, Convención americana sobre derechos humanos de 1969 (conocido como Pacto de San José de Costa Rica); art. 8, Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura de 1985; art. 40, Convención sobre los derechos del niño de 1989; arts. 8, 11, 17, 18, 20 y 24, Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006).

Estos derechos, sin ser necesariamente programáticos, están definidos con gran vaguedad y su precisión y determinación depende de las legislaciones internas de los países con la única limitación que su reglamentación no debe conducir a impedir o a dificultar indebidamente su ejercicio, en cuyo caso, bajo ciertos tratados y cumplidas que sean determinadas condiciones, particularmente el agotamiento de los recursos internos, puede habilitarse una instancia judicial internacional. En todo caso, parece claro que, en el caso de los extranjeros, ese derecho de acceso a la justicia se concreta esencialmente frente a causas de carácter penal y cuando la persona aparece imputada de un delito. En las causas civiles y comerciales y cuando el extranjero es actor o interviene

como particular damnificado, el derecho de acceso a la justicia se identifica más bien con el derecho a no ser discriminado en virtud de su nacionalidad, derecho que a veces se rompe como cuando el país del juicio no concede el beneficio de litigar sin gastos a los extranjeros o les impone una caución (arraigo) en virtud de la extranjería de la persona o que reside en el exterior. El hecho de que cada vez más convenciones reconozcan aquel beneficio o eximan de aquella caución o fianza, no hace sino confirmar que se trata de verdaderos “derechos” en el estado actual del derecho internacional.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha elaborado una Convención para facilitar el acceso internacional a la justicia, signada en 1980. En virtud de este instrumento, los nacionales de un Estado contratante, así como las personas que tienen residencia habitual en un Estado contratante, gozan del derecho a disfrutar de asistencia judicial en materia civil y comercial en cada uno de los Estados contratantes en las mismas condiciones que si ellos mismos fueren nacionales de ese Estado y residieren en él habitualmente (art. 1), no pudiendo exigirse fianza ni depósito alguno por el único motivo de su condición de extranjero o de su falta de arraigo (art. 14). La Convención se aplica al asesoramiento jurídico en la medida que el requirente esté presente en el Estado en que se pida aquel (art. 2). Cuando el requirente no esté presente en el Estado requerido, la asistencia judicial podrá requerirse por conducto de la autoridad central receptora. La Argentina no es parte de esta Convención, aunque se está estudiando adherir a la misma. Cuando lo haga, esta Convención sustituirá los capítulos III a VI de la Convención de La Haya sobre procedimiento civil de 1954 titulados *cautio judicatum solvi*, asistencia judicial gratuita, expedición gratuita de actas relativas al estado civil, y arresto por deudas; y así, completará el proceso de revisión y modernización de la Convención de 1954 entre los Estados partes²⁷³.

²⁷³ El capítulo I de la Convención de 1954 fue revisado por la Convención sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial de 1965, mientras que el capítulo II fue revisado por la Convención sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial de 1970.

2) Admisión de extranjeros. Situación de los extranjeros después de su admisión. Expulsión de extranjeros

Contrariamente a lo que ocurre con los propios nacionales, que los países no pueden rechazar ni expulsar, el derecho internacional no impone a los Estados una obligación de recibir extranjeros ni de permitirles permanecer en su territorio después de admitidos, salvo quizás que en las medidas de rechazo o de expulsión que tome no debe actuar de una manera discriminatoria en razón de su raza, color, sexo, religión, origen u otras causas internacionalmente ilícitas²⁷⁴. El derecho de “circular libremente y [de] elegir su residencia en el territorio de un Estado” que consagra, por ejemplo, la Declaración universal de derechos humanos en el artículo 13 inciso 1 tiene limitaciones importantes que surgen del artículo 12 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos que, además de condicionar el ejercicio de esos derechos a la “legalidad” de la residencia, hace excepción de las medidas que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moralidad públicas²⁷⁵.

Los Estados tienen el derecho de establecer, por medio de leyes, las condiciones de entrada y de residencia de los extranjeros en su territorio. Ello comprende el derecho de establecer requisitos diferenciados para conceder visas, en términos de procedimiento para solicitarlas, condiciones del otorgamiento, plazo de permanencia en el territorio autorizada, y otros, basados en la nacionalidad del solicitante²⁷⁶.

La mayoría de los países distingue entre extranjeros que buscan establecerse en el país, u obtener empleo allí, a los que someten a controles más severos, de quienes están meramente viajando, que son normalmente autorizados a hacerlo sujeto solamente a la obtención de una visa y al poder de policía del Estado (controles migratorios, de aduana y el cumplimiento de la legislación local)²⁷⁷. Incluso es cada vez

²⁷⁴ Jiménez de Aréchaga, Eduardo. “Deberes internacionales de los Estados respecto de los extranjeros”. Jiménez de Aréchaga, Eduardo (editor). *Derecho internacional público*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1991. IV, 23 y 25.

²⁷⁵ Nguyen Quoc Dinh. *Droit international public*. 5^e éd. Eds. Patrick Daillier et Alain Pellet. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994. 660-661.

²⁷⁶ Oppenheim, ob. cit. n. 209. I, 899-900.

²⁷⁷ Oppenheim, ob. cit. n. 209. I, 899.

más común que un grupo de países con lazos económicos y culturales estrechos permitan a nacionales de los respectivos países establecerse y trabajar libremente (como la Unión Europea y eventualmente el MERCOSUR²⁷⁸), creando una zona de pasaporte común en la cual los controles de migración internos son abolidos (como en el caso del Espacio Schengen en Europa). El otorgamiento de una visa y la admisión en el territorio (que generalmente se reconoce que los países pueden negar aun cuando el extranjero esté en posesión de una visa válida) suele estar condicionada a la acreditación por el extranjero de los motivos del viaje y de que posee solvencia económica para afrontar los gastos que demande su estadía y que la persona no quedará a merced de la asistencia pública. El caso clásico de rechazo concierne al “trabajador encubierto”, que ingresa para realizar actividades remuneradas sin contar con la habilitación migratoria para ello. Como el derecho internacional general no reconoce un “derecho” de los extranjeros a entrar, permanecer o trabajar en el territorio de un país del que no son nacionales, la devolución o expulsión de extranjeros en esos casos, no puede considerarse ilegal. Un caso diferente es el de los extranjeros que, siendo perseguidos, solicitan el estatus de asilo o refugio en un país; situación en la que no se aplican las normas habituales sino normas y procedimientos específicos donde la decisión es tomada por autoridades con competencia en esta materia (no por las autoridades migratorias) permitiéndose en ocasiones a la persona permanecer en libertad en el territorio hasta tanto se decida su solicitud.

Una vez admitidos, los extranjeros quedan sometidos, al igual que los nacionales, a la jurisdicción y las leyes locales, con independencia de que sean domiciliados o transeúntes. Este es un corolario del principio de supremacía territorial que tiene todo Estado. Al mismo tiempo, los Estados deben garantizar a los extranjeros, domiciliados o transeúntes, todas las garantías individuales que reconocen a favor de sus nacionales y el goce de los derechos *civiles* esenciales (v.gr. arts. 3 a 22 y 24 a 27, Pacto de San José de Costa Rica). No así los derechos *políticos* que, en principio, solo se conceden a los nacionales (art. 23). La igualdad del extranjero no es obstáculo, sin embargo, para imponerle ciertas restricciones, por ejemplo para la adquisición de inmuebles en zonas de frontera o el acceso al empleo público.

²⁷⁸ En este sentido, los Acuerdos sobre residencia para nacionales de los Estados partes del MERCOSUR y de nacionales de Estados partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, de 2002, en vigor desde 2009.

Finalmente, de la práctica internacional se desprende que los países tienen, en principio, el derecho de expulsar a los extranjeros residentes en su territorio; derecho que, sin embargo no puede ser ejercido de manera abusiva, incurriéndose en tal caso en una violación del derecho internacional. Un ejercicio abusivo del derecho de expulsión sería expulsar a un extranjero que se ha radicado en un territorio, desarrollando allí una actividad comercial o industrial lícita durante mucho tiempo, cuando esa expulsión carece de una justificación razonable²⁷⁹. Ahora, no sería abusiva en principio la expulsión de un extranjero que ingresó o permaneció ilegalmente en el territorio, o que ha sido condenado a un delito doloso. Más dudas genera el caso del extranjero condenado a un delito culposo y de aquel que, por ejemplo, ingresó al territorio siendo un niño y que no posee ningún lazo con el país de su nacionalidad porque no habla el idioma ni tiene familia que lo pueda acoger allí. En todo caso, sí resulta claro el derecho que tiene todo extranjero que se halle legalmente en un territorio de no ser expulsado sino en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley (art. 22 inc. 6, Pacto de San José de Costa Rica) ni de ser devuelto o expulsado a un país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal estén en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas (art. 8).

Además de esas limitaciones –de no discriminar, o abusar del derecho de expulsión, y de legalidad (o “tipicidad” de la causa que da origen a la expulsión)– el *corpus* del derecho internacional impone al Estado una obligación de informar, sin retraso alguno, si el interesado lo solicita, el arresto de cualquier forma, la detención o la puesta en prevención preventiva de un extranjero a los funcionarios consulares del país que la persona es nacional (cfr. art. 36 inc. b, Convención de Viena sobre relaciones consulares); obligación que se complementa con el derecho de los funcionarios consulares de visitar al nacional arrestado, a conversar con él y a organizar su defensa en los tribunales (en la medida del alcance de sus funciones que le atribuye su propia legislación) y que el nacional detenido no se oponga expresamente a ello (art. 36 inc. c). La excepción vendría dada por los nacionales del país del cónsul que son también nacionales del país receptor, indubitadamente si la persona vive en aquel país, en cuyo caso el derecho de ejercer la protección diplomática podría no resultar oponible al país receptor. Allende este

²⁷⁹ Jiménez de Aréchaga, ob. cit. n. 274. IV, 25-26.

caso, debe considerarse incluido en el supuesto del artículo 36 de la Convención de Viena el derecho del extranjero que es rechazado en la frontera (típicamente en el aeropuerto) de comunicarse con el cónsul. Aun cuando pueda argumentarse que la persona no ha ingresado al territorio del país, y que las autoridades migratorias tienen la última palabra respecto de su admisión o no, lo cierto es que la persona se encuentra privada de su libertad hasta que se dispone e instrumenta su devolución, por varias horas y a veces incluso días dependiendo de la disponibilidad de vuelos y otras cuestiones logísticas (v.gr. adquisición del pasaje de regreso, obtención de una visa de tránsito para los países donde el vuelo hace escala).

Una cuestión que se plantea es si un extranjero que es rechazado en el ingreso o se le conmina a abandonar el país, o se decreta su expulsión, o respecto de quien pesa una prohibición de reingresar, tiene derecho a apelar judicialmente la decisión. No parece que el derecho internacional consagre ese derecho en la actualidad, sin perjuicio de que tal derecho surja de la legislación interna argentina (art. 74, Ley N° 25.871 de política migratoria nacional) y de otros países. Es común que se permita recurrir administrativa y últimamente ante la justicia una orden de expulsión una vez que la persona está adentro. Es bastante menos común que se pueda llegar a los tribunales frente a la denegatoria de una visa, o de la admisión en la frontera salvo que se plantee un supuesto de asilo o una solicitud de *habeas corpus* por la violación de derechos fundamentales reconocidos por ley. Hay países donde la admisión conlleva la renuncia a recurrir una eventual expulsión si el extranjero es hallado en violación de las condiciones de su admisión. Otros países, como la Argentina, reconocen amplias garantías de acceso a la justicia y de defensa en los diversos supuestos, incluido el derecho de asistencia jurídica gratuita y de asistencia de intérprete si la persona no habla el idioma nacional (art. 86, Ley N° 25.871).

3) Los extranjeros en el proceso. Igualdad de trato procesal: derecho de defensa gratuita; beneficio de litigar sin gastos; excepción de arraigo; gastos y costas

Apenas puede dudarse que el derecho de defensa, que comprende tanto el derecho de ser oído en forma imparcial y pública como a ser juzgado por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo

con leyes preexistentes, ya forma parte del *corpus iuris* universal. No es aventurado decir que todos los regímenes jurídicos reconocen el derecho de las personas, incluidos los extranjeros, a ser asesorados y defendidos por un abogado cuando son acusados de un delito criminal y, en el caso de no poder pagarlo o no designar uno, a disponer de representación de oficio gratuita. Esta norma reviste tal grado de generalidad y conciencia de obligatoriedad para ser considerada un principio general del derecho internacional en los términos del artículo 38 inciso 1 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que describe las fuentes del derecho internacional. Diversas normas de las Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961 y sobre relaciones consulares de 1963 están dirigidas a garantizar esos derechos. En particular la segunda de esas convenciones garantiza en el artículo 36 el derecho de los funcionarios consulares a “organizar la defensa” ante los tribunales de los nacionales de su Estado que se hallan arrestados, detenidos o en prisión preventiva (inc. c), para cuyo ejercicio el cumplimiento por el Estado receptor de sus obligaciones de comunicar al consulado el arresto si la persona lo solicita (inc. b) y de permitirle las comunicaciones con —y el derecho de visita al— connacional (inc. c) son fundamentales. Las funciones específicas del cónsul argentino a este respecto, lo que puede y lo que no puede hacer, dentro de los límites de la Convención de Viena, están delineados en el derecho argentino interno (la Ley N° 20.097 del Servicio Exterior de la Nación, su Decreto reglamentario N° 1973/86, y el Reglamento consular aprobado por el Decreto N° 8714/63). En la inmensa mayoría de los casos, la labor del cónsul consiste en velar por que el argentino disfrute de los mismos derechos que se reconocen a los nacionales del Estado receptor.

En los procesos civiles, los países suelen reservar el goce de ciertos derechos exclusivamente a sus nacionales o a los extranjeros que residen en el país. Un instituto clásico es el beneficio de litigar sin gastos (o beneficio de pobreza). También se suele exigir a los extranjeros sin “arraigo” en el país pagar una fianza o caución para garantizar los gastos y costas judiciales que demande la intervención de sus tribunales, como condición para litigar allí (*cautio judicatum solvi*). Hay tratados internacionales —cada vez más, siguiendo una tendencia que se afianza internacionalmente²⁸⁰— que extienden a los extranjeros los mismos o ciertos derechos que se garantizan a los nacionales (igualdad de trato

²⁸⁰ Dreyzin de Klor y Saracho Cornet, ob. cit. n. 232. 154.

procesal). Entre los tratados vigentes para la Argentina, la Convención sobre procedimiento civil de La Haya de 1954 reconoce a los nacionales de los Estados partes el derecho de gozar en todos los otros Estados partes del beneficio de asistencia gratuita en un pie de igualdad con sus nacionales, de conformidad con la legislación del Estado dentro de cuyo territorio el beneficio de la defensa gratuita sea reclamado, beneficio que puede extenderse a las causas administrativas en los Estados donde exista defensa gratuita en materia administrativa (art. 20). El certificado o la declaración de indigencia debe ser entregada por las autoridades de la residencia habitual de la persona o, en su defecto, por las autoridades de su residencia actual. En caso de que estas últimas autoridades no pertenezcan a un Estado parte y no reciban o no entreguen certificaciones o declaraciones de este tipo, puede emitirla el agente diplomático o consular argentino si se trata de indigentes argentinos (art. 21 1º párr.), acreditada que esté la indigencia que se alega. Si el argentino no reside en el país en el que solicita el beneficio, el certificado o la declaración de indigencia puede ser otorgado gratuitamente por el cónsul en el país ante el cual debe presentar el documento. También esta Convención en el artículo 17 exime del pago de caución para pagar las costas y los gastos del proceso a los nacionales de uno de los Estados partes en la medida que tengan domicilio en otro Estado parte y sean demandantes o partes ante los tribunales de otro de estos Estados (art. 17).

En el MERCOSUR, el Protocolo de Las Leñas sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa de 1992 establece la igualdad de trato procesal que incluye el libre acceso a la jurisdicción y la eliminación de cualquier tipo de caución o depósito a nacionales, ciudadanos o residentes permanentes o habituales en uno de los Estados partes (arts. 3 y 4)²⁸¹. Con el fin de sistematizar en un cuerpo único de normas las disposiciones existentes en la región sobre el beneficio de la justicia gratuita (beneficio de litigar sin gastos y la asistencia jurídica gratuita), se suscribieron en Florianópolis en 2000 un Acuerdo sobre el beneficio de litigar sin gastos y asistencia jurídica gratuita entre los Estados del MERCOSUR y otro entre los Estados partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile. Estos Acuerdos, que no han sido ratificados por la Argentina, establecen que el beneficio de litigar sin gastos concedido en un Estado parte (requiriente)

²⁸¹ Perotti, Alejandro D. “Protocolo de Las Leñas. La excepción de arraigo en la jurisprudencia de los Estados del MERCOSUR”. *JA*. 2003-III-71.

debe ser reconocido en otros Estado parte (requerido) en un proceso en que se solicite una medida cautelar, la recepción de pruebas o cualquier otro tipo de medida de cooperación mediante exhortos o cartas rogatorias (art. 4). Para la obtención del beneficio, la autoridad del Estado parte que entiende en el proceso en el que se solicita puede requerir a las autoridades de los otros Estados partes información sobre la situación económica del peticionante, a través de las autoridades centrales o por la vía diplomática o consular (art. 12).

En el ámbito interamericano, la CIDIP II sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros (Montevideo, 1979) establece que, reconocido que fuere el beneficio de pobreza en el Estado del que proviene la sentencia, se mantendrá en el país donde se efectúe la presentación (art. 5). La finalidad radica en resguardar la tutela efectiva de los derechos, lo que incluye el derecho de defensa en juicio²⁸². Otras Convenciones interamericanas someten el beneficio a las leyes del Estado requerido: CIDIP I sobre exhortos y cartas rogatorias, artículo 12 (Panamá, 1975) y su Protocolo adicional (CIDIP II, Montevideo, 1979), y la CIDIP I sobre recepción de pruebas en el extranjero, artículo 7 (Montevideo, 1979).

Diversas convenciones, por lo demás, prevén la gratuidad de los procedimientos de que se encargan las convenciones de que se trata, en particular los derivados de la tramitación de los exhortos, salvo los gastos ocasionados (art. 12, Tratado de derecho procesal internacional de Montevideo de 1889; art. 15 de su homónimo de 1940), cuando se trate de rembolsar las indemnizaciones pagadas a los testigos o los peritos, gastos derivados por la intervención de un funcionario público por la falta de comparendo voluntario de los testigos, y cuando la autoridad requirente demanda un procedimiento especial (arts. 7 y 16, Convención sobre procedimiento civil de La Haya de 1954), cuando se requiera una traducción, la intervención de peritos e intérpretes, la intervención de un procedimiento especial o cuando, por así disponerlo el derecho constitucional del Estado requerido, se deban costear los gastos ocasionados por la persona que debe declarar y el labrado del acta del procedimiento (arts. 4, 14 y 26, Convención de La Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial de 1970); y cuando se nombre un profesional para intervenir en el diligenciamiento

²⁸² Dreyzin de Klor y Saracho Cornet, ob. cit. n. 232. 202.

del exhorto o las erogaciones que supone valerse de medios probatorios especiales (art. 15, Protocolo de Las Leñas del MERCOSUR).

En los procedimientos de cooperación internacional en cuestiones de familia expresamente se establece la prohibición de exigir fianza ni depósito alguno, cualquiera sea la denominación que se le dé, para garantizar el pago de las costas o gastos de los procedimientos judiciales o administrativos (art. 22, Convención de La Haya sobre sustracción internacional de menores de 1980; art. 14 1º párr., CIVIP IV sobre obligaciones alimentarias (Montevideo, 1989), reconociéndose efectos extraterritoriales al beneficio de litigar sin gastos y comprometiéndose los países a dar asistencia jurídica gratuita a quienes gocen del beneficio de pobreza (art. 14 2º párr., CIVIP IV sobre alimentos).

A falta de disposición convencional especial, la gratuidad de gastos y costas, la obligatoriedad o no de prestar arraigo así como de beneficiarse de la posibilidad de litigar sin gastos o de gozar de la asistencia jurídica gratuita se rige por las leyes del Estado donde se busca litigar sin que pueda afirmarse, en el estado actual del derecho internacional, que los Estados estén internacionalmente obligados a garantizar a los extranjeros o a los no residentes derechos equivalentes a sus nacionales o a los extranjeros que residen en su territorio, si bien, la tendencia es hacia la equiparación.

El nuevo Código civil y comercial ha consagrado la igualdad de trato en el artículo 2610 al establecer que los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina. Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado. La igualdad de trato se aplica asimismo a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de un Estado extranjero. El carácter de la norma hace que la prohibición recaiga sobre cualquier tipo de exigencia pecuniaria a un litigante que no tenga una vinculación local que implique una discriminación contra él, no solo independientemente de la designación (como se dice expresamente en el artículo) sino también del monto, de la forma percibida o de la finalidad de lo recaudado²⁸³.

²⁸³ Fernández Arroyo, Diego P. "Jurisdicción internacional". Rivera y Medina, ob. cit. n. 20. VI, 826.

§ X CONCLUSIONES

El desempeño de los cónsules se ampara en las facilidades, las funciones y los derechos que reconoce el derecho internacional y que se encuentran explicitados mayoritariamente en la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963, así como en otras convenciones generales o particulares celebradas por nuestro país y en la práctica consular que ha alcanzado un nivel suficiente de adhesión para poder ser considerada una costumbre internacional.

La propia Convención de Viena distingue, de manera clásica, las funciones documentarias de las de asistencia a nacionales en el exterior. Las primeras, relacionadas con la emisión de visas y pasaportes y el diligenciamiento de exhortos, surgen principalmente del artículo 5 incisos d), f) y j). Para poder cumplir las funciones de asistencia, de protección a los nacionales en general y de los menores de edad, detenidos, incapacitados y fallecidos, tanto en sus personas como en sus bienes, en particular, asignadas en el artículo 5 incisos e), g), h) e i), se reconocen al cónsul las facilidades del artículo 36 inciso 1 y del artículo 37 incisos a) y b), es decir de comunicación y de asegurar la representación judicial, y se establecen obligaciones concomitantes para el Estado receptor de dar aviso al consulado cuando está en conocimiento de ciertas situaciones que afectan a los nacionales del Estado que envía. Las funciones del cónsul están formuladas de manera amplia, pudiendo ejercer “las demás funciones confiadas por el Estado que envía a la oficina consular” con la única salvedad de “que no estén prohibidas por las leyes y reglamentos del Estado receptor o a las que este no se oponga”, además de las que le sean atribuidas por los acuerdos internacionales en vigor entre el Estado que envía y el receptor (art. 5 inc. m).

Dentro de los límites que el derecho internacional impone, cada Estado determina la naturaleza y alcance de las funciones de su personal consular en el exterior. En la Argentina, como en otros países, además de las leyes y regulaciones que rigen el ejercicio de sus funciones propiamente dichas –lo que el cónsul puede o no hacer– y que surgen principalmente de la Ley del Servicio Exterior y en el Reglamento consular, el cónsul en tanto autoridad argentina (extraterritorial) debe aplicar los principios y normas del derecho internacional privado

argentino para resolver los casos que se le presenten en ocasión de proveer los diversos servicios consulares.

En última instancia, la función del cónsul es resolver *justamente* esos casos. La justicia del caso tiene carácter de meta y punto final²⁸⁴. El principio de solución justa exige tener en cuenta la realidad *internacional* (o *multinacional* o *multiestatal*) de los casos, tan frecuentes en la actividad consular. El cónsul no puede desatender dicha exigencia, imponiendo apriorísticamente y a manera de principio la solución material del derecho argentino, en detrimento de la localización internacionalmente justificada del caso²⁸⁵.

El legislador, al dictar normas de conflicto, buscó la justa solución del caso multiestatal a través de la elección del derecho más estrechamente relacionado al mismo y la ulterior solución material en virtud de ese derecho²⁸⁶. La justa solución material se obtiene indirectamente mediante la determinación legislativa del criterio de gravitación o de conexión considerado relevante para conectar el caso con un determinado país, eventualmente extranjero (“principio de nacionalidad de los casos” que se basa en el “principio de mayor proximidad” del caso con un sistema jurídico determinado). Así, la aplicación del derecho del domicilio de una persona se estima más justo que el derecho de la nacionalidad, el lugar de ejecución de un contrato que el lugar de la celebración, el lugar de constitución de una sociedad que el lugar de la sede, etc. A veces, los criterios de localización persiguen una finalidad de justicia material; v.gr. la ley de la celebración de un acto favorece su validez formal, el lugar de celebración del matrimonio tiende a favorecer matrimonios válidos y el carácter matrimonial de los hijos, etc.

Para cumplir con el mandato del legislador, el cónsul tiene que llegar a conocer el derecho del país, eventualmente extranjero, donde el caso se localiza, por los medios a su disposición. Aplicar el derecho designado por la norma de conflicto argentina equivale a darle a la persona lo que le corresponde en derecho, ni menos ni más. No hacerlo es caer en arbitrariedad.

Naturalmente, que los principios del derecho argentino prevalecerán en casos de conflicto material con la solución extranjera que

²⁸⁴ Boggiano, ob. cit. n. 16. 85.

²⁸⁵ van Hecke, Georges. “Principes et méthodes de solutions des conflits de lois”. *Recueil des cours*. 126 (1961-I): 445.

²⁸⁶ Boggiano, ob. cit. n. 16. 85.

adopte la ley elegida por la norma de conflicto argentina. La comparación es normal²⁸⁷. Lo que no se justifica es su sustitución *a priori* por el derecho propio excepcionalmente competente.

Ahora, como en los casos internacionales, el fraccionamiento que implican las fronteras nacionales constituyen un límite obstativo al perfeccionamiento de la solución²⁸⁸, los países han desarrollado convenios internacionales y mecanismos de cooperación entre autoridades nacionales que responden a la realidad objetiva de los casos antes estudiados. La Argentina es parte y ha sido promotora de varios de tales convenios y mecanismos. La globalización, que es a la vez causa y consecuencia de la multiplicación y diversificación de las relaciones jurídicas de derecho internacional privado, y la integración económica y política, explican el auge que ha cobrado en los últimos años la cooperación internacional²⁸⁹. Estos instrumentos tienden a la uniformidad, a la seguridad, a que la solución sea la misma sin importar la jurisdicción nacional, es decir el juez que tenga competencia (“principio de armonía internacional de soluciones”)²⁹⁰; y determinan el reconocimiento recíproco de decisiones y de aplicaciones de derechos, sin los cuales no habría unidad²⁹¹.

Otro ingrediente de la modernidad apunta a la influencia de los derechos humanos, que constituyen valores y principios que trascienden un Estado en particular, y que aun en un mundo donde coexisten diferentes concepciones culturales, en no pocos casos repercuten sobre aspectos esenciales del derecho internacional privado, especialmente en el ámbito familiar²⁹². Ni el legislador puede elaborar normas que contradigan esos mandatos esenciales ni, en lo que a este estudio interesa, los cónsules pueden tomar decisiones que impliquen un cercenamiento de los mismos, además de la obligación que les acarrea de velar por que los derechos humanos de los nacionales argentinos (acceso a la justicia, no discriminación por razones de su lengua, raza, religión, etc.) sean respetados por las autoridades del Estado receptor.

²⁸⁷ *Ibid.* 90.

²⁸⁸ *Ibid.* 86.

²⁸⁹ Fernández Arroyo, ob. cit. n. 240. 59-74.

²⁹⁰ van Hecke, ob. cit. n. 285. 436 ss.

²⁹¹ Kahn-Freud, O. “General Problems of Private International Law”. *Recueil des cours.* 143 (1974-III): 469.

²⁹² Fernández Arroyo, ob. cit. n. 240. 74-79.

Por último y quizás también como una manifestación de la expansión de los derechos humanos individuales, se aprecia en las últimas décadas una afirmación, a través de normas nacionales, convencionales e institucionales, del poder de los particulares para autorregularse, no solo dentro del ámbito más tradicional de los contratos, sino también en materia de familia (“principio de la autonomía de la voluntad”²⁹³). Baste con citar la libertad que se reconoce a los cónyuges de elegir el apellido de uno de ellos para sus hijos, y el derecho de toda persona de rectificar registralmente el sexo sin autorización judicial, en un ámbito, como el estatuto personal, tradicionalmente excluido de la autonomía de la voluntad.

La resolución *justa* de muchos de los casos que se presentan a los diplomáticos y a los cónsules en el exterior requiere que los funcionarios conozcan derecho internacional privado –sus fines, sus principios, sus elementos esenciales y sus soluciones.

La familiarización con la teoría de los problemas generales (calificaciones, aplicación de oficio del derecho extranjero, reenvío, orden público, fraude a la ley) y la solución dada por el derecho positivo a esos problemas, es decir lo que constituye la “Parte general” del derecho internacional privado, es necesaria para aplicar correctamente y justamente las soluciones que el legislador ha dado a los distintos problemas puntuales (derecho aplicable a la capacidad, reconocimiento de matrimonios extranjeros, legalización de documentos y poderes a ser usados en la República, exhortos; etc.) que comprenden la llamada “Parte especial”. Hay que conocer la Parte general para poder resolver los problemas de la Parte especial.

No todos los problemas de la Parte especial del derecho internacional privado se le presentan al cónsul en el curso de sus funciones. Los principales problemas conciernen a las personas humanas, las relaciones de familia, la validez y circulabilidad internacional de documentos, el acceso a la justicia y la cooperación legal y administrativa internacional.

Tampoco los cónsules son jueces ni escribanos ni funcionarios del Registro Civil, aun cuando como autoridad extraterritorial deben verificar la validez de actos pasados ante una autoridad extranjera y de derechos adquiridos bajo una legislación extranjera y autorizar actos para que surtan efectos en el ordenamiento jurídico argentino.

²⁹³ *Ibíd.* 79-81.

La naturaleza de la función consular y el ámbito material en que dicha función se ejerce explica un *derecho internacional privado para diplomáticos*, que aun cuando no constituye un derecho internacional privado consular al no contar con un objeto científico propio, tiene en cuenta sus particularidades. Parte de reconocer que los problemas que se presentan ante los cónsules no son idénticos a los que se presentan ante las autoridades territoriales, como tampoco lo son las leyes orgánicas que determinan las respectivas atribuciones y límites a la función, ni lo es el contexto en que cada autoridad actúa. Ello, a su turno, permite delimitar el objeto de estudio, que no es la autoridad consular como objeto del derecho (lo que corresponde al derecho consular) sino como sujeto de actuación del derecho, como interpretador y aplicador del derecho internacional privado argentino y artífice de la cooperación internacional²⁹⁴.

Para los cónsules, como para todos los practicantes del derecho incluyendo los juristas (y quizás principalmente los juristas), el desafío es vencer el prejuicio de que a todas las relaciones jurídicas de que son parte ciudadanos argentinos y a todos los actos destinados a surtir efecto en el territorio argentino se aplica el derecho privado argentino sin más. *Sic erit!*

²⁹⁴ Aguilar Benítez de Lugo, Mariano. *Intervención consular en derecho internacional privado*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005. 14.

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN

LEYES NACIONALES

Código civil. Aprobado por Ley N° 340 (no publicada en el Boletín Oficial), con sus sucesivas modificaciones, rigió desde el 1 de enero de 1871 hasta el 31 de julio de 2015.

Código civil y comercial. Aprobado por Ley N° 26.994 (BO, 8/10/2014), reemplazó al Código civil y al Código comercial, a partir del 1 de agosto de 2015 (Ley N° 27.077, BO, 19/12/2014).

Código penal. Aprobado por Ley N° 26.994 (BO, 3/11/1921) y sus modificatorias.

Código procesal civil y comercial de la Nación. Aprobado por Ley N° 17.754 (BO, 7/11/1967) y sus modificatorias.

Código electoral nacional. Aprobado por la Ley N° 19.945 (t.o. por el Decreto N° 2135, BO, 18/8/1983) y sus modificatorias.

Ley N° 346 de ciudadanía (no publicada en el Boletín Oficial).

Ley N° 14.394 de modificación del régimen de menores y de la familia (BO, 22/12/1954). Abrogada por Ley N° 26.994.

Ley N° 16.569 de nacionalidad de hijos de exiliados argentinos nacidos en el extranjero (BO, 29/11/1964).

Ley N° 17.671 de identificación, registro y clasificación del potencial humano nacional (BO, 29/2/1968) y sus modificatorias.

Ley N° 17.692 de nacionalidad argentina de los hijos de argentinos que prestan servicio en organizaciones internacionales (BO, 4/4/1968). Abrogada por Ley N° 20.097.

Ley N° 18.248 de nombre de las personas (BO, 10/6/1969) y sus modificatorias. Abrogada por Ley N° 26.994.

Ley N° 19.134 de adopción (BO, 29/7/1971) y sus modificatorias. Abrogada por Ley N° 24.779.

Ley N° 20.097 de régimen jurídico del Servicio Exterior de la Nación (BO, 22/5/1975) y sus modificatorias.

Ley N° 20.305 que reglamenta el ejercicio profesional de los traductores públicos (BO, 3/5/1973).

Ley N° 21.795 de ciudadanía y naturalización (BO, 23/5/1978). Rigió entre 1978 y 1984 durante la última dictadura militar. Abrogada por Ley N° 23.059 (BO, 9/2/1984) que restituyó la vigencia de la Ley N° 346.

Ley N° 23.515 de divorcio vincular (BO, 8/6/1987). Abrogada por Ley N° 26.994.

Ley N° 23.732 de autorización a los ciudadanos argentinos a aceptar y usar condecoraciones y honores otorgados por los Estados con los que la República mantiene relaciones diplomáticas (BO, 13/9/1989) y sus modificatorias.

Ley N° 24.007 de creación del Registro de Electores Residentes en el Exterior (BO, 9/10/1991) y sus modificatorias.

Ley N° 25.854 de creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (BO, 28/9/2009).

Ley N° 24.767 de cooperación internacional en materia penal (BO, 18/12/1996).

Ley N° 25.326 de protección de los datos personales (BO, 30/10/2000).

Ley N° 25.871 de política migratoria nacional (BO, 20/1/2004) y sus modificatorias.

Ley N° 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (BO, 21/10/2005).

Ley N° 26.165 de reconocimiento y protección del refugiado (BO, 6/11/2006).

Ley N° 26.413 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (BO, 6/10/2008) y sus modificatorias.

Ley N° 26.579 de mayoría de edad a los 18 años (BO, 21/12/2009). Abrogada por Ley N° 26.994.

Ley N° 26.618 de matrimonio igualitario (BO, 23/7/2010). Abrogada por Ley N° 26.994.

Ley N° 26.743 de identidad de género (BO, 23/5/2012).

DECRETOS NACIONALES

Decreto N° 7743/1963 que aprueba el Reglamento para las representaciones diplomáticas de la República Argentina (BO, 23/9/1963).

Decreto N° 8714/1963 que aprueba el Reglamento consular (24/12/1963) y sus modificatorias.

Decreto N° 3213/1984 reglamentario de la Ley N° 346 de ciudadanía (BO, 19/10/1984) y sus modificatorias.

Decreto N° 1973/1986 reglamentario de la Ley N° 20.097 del Servicio Exterior de la Nación (BO, 22/1/1987) y sus modificatorias.

Decreto N° 1138/1993 reglamentario de la Ley N° 24.007 de creación del Registro de Electores Residentes en el Exterior (BO, 9/6/1993) y sus modificatorias.

Decreto N° 1501/2009 que autoriza la utilización de tecnologías digitales en la identificación de los ciudadanos nacionales y extranjeros como así también en la emisión del documento nacional de identidad argentinos (BO, 20/10/2009).

Decreto N° 616/2010 reglamentario de la Ley N° 25.871 de política migratoria nacional (BO, 3/5/2010).

RESOLUCIONES Y DISPOSICIONES DE ORGANISMOS NACIONALES

Resolución N° 154/1964 del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto que adopta las Normas de aplicación del Reglamento consular y sus modificatorias.

Resolución N° 145/1972 del MRECIC que establece el procedimiento para la identificación consular de los argentino nacidos en las Islas Malvinas.

Resolución N° 1636/2012 del Registro Nacional de las Personas que aprueba modelos de actas de opción de nacionalidad y de carta de ciudadanía.

Resolución general N° 3109/2011 de la Administración Federal de Ingresos Públicos que establece el régimen aplicable a la importación de bienes pertenecientes a los extranjeros que obtengan su residencia permanente en la República Argentina y a los argentinos que retornan al país luego de haber residido más de dos años en el exterior, en el marco de la Ley N° 25.871 y del Decreto N° 616/2010.

Disposición N° 2742/2009 de la Dirección Nacional de Migraciones que aprueba el cuerpo de instrucciones para el tratamiento migratorio de los argentinos que se hubieran naturalizado en otro país, Actualiza las Resoluciones DNM N° 2650/1984 y N° 2578/1991 así como la Disposición DNM N° 33/1994.

Disposición N° 1344/2022 de la Dirección Nacional de Migraciones que establece el procedimiento para el egreso e ingreso de niños, niñas y adolescentes.

NORMAS PROVINCIALES

Ley N° 887 orgánica del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (BO de la Provincia, 31/8/2012).

Disposición N° 93/DGCR/17 de la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sobre autorización para inscribir, en términos preventivos, los nacimientos de los menores nacidos por Técnicas de Reproducción Humana Asistida de alta complejidad, denominada gestación solidaria (BO de la CABA, 24/10/2017).

ÍNDICE DE TRATADOS MULTILATERALES EN VIGOR

La Biblioteca Digital de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina mantiene una base de datos que contiene el texto y la información sobre el estado de vigencia de los tratados multilaterales y bilaterales y otros instrumentos celebrados por nuestro país y sus instituciones durante sus más de doscientos años de existencia, que se encuentra accesible al público en <https://tratados.cancilleria.gob.ar/index.php>

TRATADOS ADOPTADOS POR LOS CONGRESOS DE MONTEVIDEO DE 1889 Y DE 1939-1940

Tratado de derecho civil internacional de 1889. Signado en Montevideo el 12 de febrero de 1889. Aprobado por Ley N° 3192. En vigor para Argentina desde el 11 de diciembre de 1894.

Tratado de derecho civil internacional de 1940. Signado en Montevideo el 19 de marzo de 1940. Aprobado por Ley N° 7771. En vigor para Argentina desde el 18 de junio de 1956.

TRATADOS ADOPTADOS POR LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Convención sobre procedimiento civil. Signado en Montevideo el 1 de marzo de 1954. Aprobada por Ley N° 23.502. En vigor para Argentina desde el 9 de julio de 1988.

Convención suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros. Signada en La Haya el 5 de octubre de 1961. Aprobada por Ley N° 23.458. En vigor para la Argentina desde el 18 de febrero de 1988.

Convención sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y comercial. Signada en La Haya el 15 de noviembre de 1965. Aprobada por Ley N° 25.097. En vigor para la Argentina desde el 1 de diciembre de 2001.

Convención sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial. Signada en La Haya el 18 de marzo de 1970. Aprobada por Ley N° 23.480. En vigor para la Argentina desde el 7 de julio de 1987.

Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Signada en La Haya el 25 de octubre de 1980. Aprobada por Ley N° 23.857. En vigor para la Argentina desde el 1 de junio de 1991.

Convención relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Signada en La Haya el 19 de octubre de 1996. Aprobada por Ley N° 27.237. Pendiente de ratificación.

Convención sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia y el Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Signados en La Haya el 23 de noviembre de 2007. En trámite de aprobación legislativa.

TRATADOS ADOPTADOS POR LAS CONFERENCIAS INTERAMERICANAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CIDIP)

Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias. Signada en Panamá el 30 de enero de 1975 (CIDIP I). Aprobada por Ley N° 23.503. En vigor para la Argentina desde el 16 de agosto de 1987.

Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero. Signada en Panamá el 30 de enero de 1975 (CIDIP I). Aprobada por Ley N° 23.481. En vigor para la Argentina desde el 24 de abril de 1987.

Convención interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero. Signada en Panamá el 30 de enero de 1975 (CIDIP I). Aprobada por Ley N° 22.550. En vigor para la Argentina desde el 6 de enero de 1983.

Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado. Signada en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (CIDIP II). Aprobada por Ley N° 22.921. En vigor para la Argentina desde el 31 de diciembre de 1983.

Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero. Signada en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (CIDIP II). Aprobada por Ley N° 23.506. En vigor para la Argentina desde el 3 de octubre de 1987.

Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares. Signada en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (CIDIP II). Aprobada por Ley N° 23.506. En vigor para la Argentina desde el 3 de octubre de 1987.

Protocolo adicional a la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias. Signada en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (CIDIP II). Aprobada por Ley N° 22.921. En vigor para la Argentina desde el 31 de diciembre de 1983.

Protocolo adicional a la Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero. Signada en La Paz el 24 de mayo de 1984 (CIDIP III). Aprobada por Ley N° 24.037. En vigor para la Argentina desde el 29 de noviembre de 1992.

Convención interamericana sobre restitución internacional de menores. Signada en Montevideo el 15 de julio de 1989 (CIDIP IV). Aprobada por Ley N° 25.358. En vigor para la Argentina desde el 16 de marzo de 2001.

Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias. Signada en Montevideo el 15 de julio de 1989 (CIDIP IV). Aprobada por Ley N° 25.593. En vigor para la Argentina desde el 4 de octubre de 2002.

Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores. Signada en México el 18 de marzo de 1994 (CIDIP V). Aprobada por Ley N° 25.179. En vigor para la Argentina desde el 29 de marzo de 2000.

TRATADOS ADOPTADOS POR EL MERCOSUR

Protocolo sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. Signado en Las Leñas el 27 de junio de 1992. Aprobado por Ley N° 24.578. En vigor para la Argentina desde el 3 de julio de 1996.

Protocolo de medidas cautelares. Signado en Ouro Preto el 16 de diciembre de 1994. Aprobado por Ley N° 24.579. En vigor para la Argentina desde el 13 de abril de 1996.

Acuerdo sobre exención de traducciones para documentos administrativos para efectos de inmigración entre los Estados partes del MERCOSUR. Signado en Florianópolis el 15 de diciembre de 2000. Aprobado por Ley N° 25.901. En vigor para la Argentina desde el 17 de noviembre de 2005.

Acuerdo sobre exención de traducciones para documentos administrativos para efectos de inmigración entre los Estados partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile. Signado en Florianópolis el 15 de diciembre de 2000. Aprobado por Ley N° 25.901. En vigor para la Argentina desde el 20 de diciembre de 2005.

Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados partes del MERCOSUR. Signado en Brasilia el 6 de diciembre de 2002. Aprobado por Ley N° 25.903. En vigor para la Argentina desde el 28 de julio de 2009.

Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados partes del MERCOSUR y entre los Estados partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile. Signado en Brasilia el 6 de diciembre de 2002. Aprobado por Ley N° 25.902. En vigor para la Argentina desde el 28 de julio de 2009.

Acuerdo sobre traslado de personas condenadas entre los Estados partes del MERCOSUR. Signado en Belo Horizonte el 16 de diciembre de 2004. Aprobado por Ley N° 26.259. En vigor para la Argentina desde el 18 de enero de 2012.

Acuerdo marco para la disposición de bienes decomisados de la delincuencia organizada transnacional entre los Estados partes del MERCOSUR. Signado en Montevideo el 17 de diciembre de 2018. En vigor para la Argentina desde el 28 de septiembre de 2021.

OTROS TRATADOS MULTILATERALES

Convención que fija la condición de los ciudadanos naturalizados que renuevan su residencia en el país de origen suscrita. Signada en Rio de Janeiro el 13 de

agosto de 1906. Aprobada por Ley N° 8111. En vigor para la Argentina desde el 29 de septiembre de 1911.

Convención de las Naciones Unidas sobre la obtención de alimentos en el extranjero. Signada en Nueva York el 20 de junio de 1956. Aprobada por Ley N°17.156. En vigor para la Argentina desde el 29 de diciembre de 1972.

Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas. Signada en Viena el 18 de abril de 1961. Aprobada por Ley N° 8672. En vigor para la Argentina desde el 24 de abril de 1964.

Convención de Viena sobre relaciones consulares. Signada en Viena el 23 de abril de 1963. Aprobada por Ley N° 17.081. En vigor para la Argentina desde el 6 de abril de 1967.

BIBLIOGRAFÍA

Aftalión, Enrique R., José Vilanova y Julio Raffo. *Introducción al derecho*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

Aguilar Benítez de Lugo, Mariano. *Intervención consular en derecho internacional privado*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005.

Albornoz, Jorge R. y Paula María All. “Disposiciones generales”. Rivera, Julio César y Graciela Medina (directores). *Código civil y comercial comentado*. Buenos Aires: La Ley, 2015. VI, 935-938.

All, Paula María. “Restitución internacional de niños”. Rivera, Julio César y Graciela Medina (directores). *Código civil y comercial comentado*. Buenos Aires: La Ley, 2015. VI, 911-915.

—. “Sucesiones”. *Ibíd.* 917-934.

All, Paula María y Jorge R. Albornoz. “Disposiciones generales”. Rivera, Julio César y Graciela Medina (directores). *Código civil y comercial comentado*. Buenos Aires: La Ley, 2015. VI, 775-797.

Arminjon, Pierre. “Les systèmes juridiques complexes et les conflits de lois et de juridictions auxquels ils donnent lieu”. *Recueil des cours*. 74 (1949-1): 73 ss.

Balestra, Ricardo. “La confirmación judicial de un criterio erróneo: el supuesto del fraude a la ley en el derecho internacional privado”. *LL*. 1982-C-213.

Ballarino, Tito e Andrea Bonomi. *Diritto internazionale privato*. 3ª ed. Padova: Cedam, 1999.

Batiffol, Henri et Paul Lagarde. *Droit international privé*. 5^e éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, vol. I, 1970, vol. II, 1971.

Belluscio, Augusto C. *Manual de derecho de familia*, 7ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2002. 2 vols.

Bidart Campos, Germán J. “La nacionalidad de los hijos de funcionarios argentinos internacionales”. *ED Legislación argentina*. 1978-989.

—. “La pérdida de la nacionalidad argentina nativa es inconstitucional”. *ED*. 84-895.

—. *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar, 1998. 3 vols.

—. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires: Ediar, 1998. 6 vols.

Boggiano, Antonio. *La doble nacionalidad en derecho internacional privado*. Buenos Aires: Depalma, 1973.

—. *Del nuevo al viejo derecho internacional privado*. Buenos Aires: Depalma, 1981.

—. *Derecho internacional privado*. 3^a ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991. 6^a ed. Buenos Aires, La Ley, 2017. 3 vols.

—. *Tratado de derecho internacional privado*. 6^a ed. Buenos Aires: La Ley, 2017. 3 vols.

—. *La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en Latinoamérica. The Hague Conference on Private International Law in Latin America*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

Borda, Guillermo A. *Tratado de derecho civil: Parte general*. 11^a ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. 2 vols.

Brownlie, Ian. “The Relations of Nationality in Public International Law”. *British Year Book of International Law*. 39 (1963): 284 ss.

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 5th ed. 1998, 6th ed. 2003.

Busso, Eduardo, Federico Videla Escada y María López Olaciregui. *Código civil anotado*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1944. 5 vols.

Capotorti, Francesco. “La capacité en droit international privé”. *Recueil des cours*. 110 (1963-III): 153 ss.

Cheshire & North's Private International Law. 13th ed. by P. M. North and J. J. Fawcett. London/Dublin/Edinburgh: Butterworths, 2004.

Ciuro Caldani, Miguel Ángel. “El nombre de las personas de existencia visible en el mundo jurídico en general y en el derecho internacional privado”, *Revista del Colegio de Abogados*. 12 (1977): 144 ss.

De Nova, Rodolfo. “Les systèmes juridiques complexes en droit international privé”. *Revue critique de droit international privé*. (1955-1): 1 ss.

Denza, Eileen. *Diplomatic Law, Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.

Nguyen Quoc Dinh. *Droit international public*. 5^e éd. P. Daillier et A. Pellet. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.

Dicey, Albert V. and J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws*. 12th ed. by J.H.C. Morris and Lawrence Collins (editors). London: Sweet & Maxwell, London, 1993.

Diwan, Paras and Diwan, Peeyushi, *Private International Law. Indian and English*. 4th ed. New Delhi: Deep & Deep Publications, 1998.

Dreyzin de Klor, Adriana. *El MERCOSUR: Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

—. *El derecho internacional privado actual*. Buenos Aires: Zavalía, I, 2015. II, 2017.

Dreyzin de Klor, Adriana (editor). *La protección internacional de menores*. Córdoba: Advocatus, 1996.

Dreyzin de Klor, Adriana y Teresita Saracho Cornet. *Trámites judiciales internacionales*. Buenos Aires: Zavalía, 2005.

Feldstein de Cárdenas, Sara L. *Derecho internacional privado: Parte especial*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000.

Fermé, Eduardo Leopoldo. “El nombre de las personas físicas en el derecho internacional privado”. *AADI*. IX (1999): 23 ss.

Fernández Arroyo, Diego P. *La codificación del derecho internacional privado (Ámbitos de aplicación jurídica y orientación metodológica)*. Madrid: Universidad

Complutense de Madrid, 1993. [en línea]. Disponible en: <<https://eprints.ucm.es/id/eprint/53495/1/5312297645.pdf>>.

—. *Derecho internacional privado interamericano: Evolución y perspectivas*. México: Universidad Anáhuac del Sur/Porrúa, 2003.

—. “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privée internationales”. *Recueil des cours*. 223 (2006): 197 ss.

—. “Disposiciones de DIPr.”. Rivera, Julio César y Graciela Medina (directores). *Código civil y comercial comentado*. Buenos Aires: La Ley, 2015. VI, 771-774.

—. “Jurisdicción internacional”. *Ibid.* 799-829.

Fernández Arroyo, Diego P. (editor). *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires: Zavallía, 2003.

Ferrari Bravo, Luigi. “Gli effetti delle condanne penali nel diritto internazionale privato italiano”. *Rivista di diritto internazionale*. (1960): 26 ss.

Feuillade, Milton C. *La sentencia extranjera*. Buenos Aires: Ábaco, 2008.

—. *Cooperación judicial internacional*. Ábaco: Buenos Aires, 2004.

Fresnedo de Aguirre, Cecilia (coordinadora). *Las personas frente a la dinámica y las exigencias del mundo globalizado*. Asunción: CEDEP/ASADIP, 2010.

Gallardo, Ricardo. “La ley del domicilio: Punto de conexión admirable en el derecho internacional privado latinoamericano”. *Revista jurídica interamericana*. (1960-II): 19 ss.

Goldschmidt, Werner. “Derecho internacional privado y Constitución Nacional”. *Estudios insprivatistas internacionales*. (1969): 279 ss.

—. *Derecho internacional privado: Derecho de la tolerancia*. 8ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1992. 10ª ed. a cargo de A. M. Perugini Zanetti. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

—. *Introducción filosófica al derecho*. 6ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1996.

Goicoechea, I. "Implementing the CRC through the HCCH Children's Conventions". *Family Law: Challenges and Developments from an International Perspective*, UIA/LexisNexis Publications Collection, 2020. 89 ss.

González Napolitano, Silvina S. (coordinadora). *Lecciones de derecho internacional público*. Buenos Aires: Errepar, 2015.

Graveson, Ronald H. "Capacity to Acquire a Domicile". *ILQ*. (1950-3): 149 ss.

Grotius, Hugo. *De iure belli ac pacis*. 1625 (traducción francesa de J. Barbeyrac).

van Hecke, Georges. "Principes et méthodes de solutions des conflits de lois". *Recueil des cours*. 126 (1961-I): 399 ss.

Hooft, Eduardo R., *Derecho internacional privado*. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2019.

Iud, Carolina. "A propósito de la oposición de la República Argentina a la utilización de los medios previstos por el art. 10 del Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el extranjero de Documentos Judiciales o Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial". XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional "A doscientos años de la Asamblea del Año XIII", La Plata, 26 al 28 de septiembre de 2013.

—. "Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida". Rivera, Julio César y Graciela Medina (directores). *Código civil y comercial comentado*. Buenos Aires: La Ley, 2015. VI, 881-890.

—. "Adopción". *Ibid.* 891-901.

Kahn-Freud, O. "General Problems of Private International Law". *Recueil des cours*. 143 (1974-III): 139 ss.

Jiménez de Aréchaga, Eduardo (editor). *Derecho internacional público*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1991. 5 vols.

Kaller de Orchansky, Berta, Adriana Dreyzin de Klor y Amalia Uriondo de Martinoli. *Nuevo manual de derecho internacional privado*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1991.

Lalive, Pierre. "Tendances et méthodes en droit international privé: Cour

général”. *Recueil des cours*. 155 (1977-II): 1 ss.

Llambías, Jorge. *Tratado de derecho civil. Parte general*. 18ª ed. a cargo de P. Raffo Benegas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. 2 vols.

van Loon, J. H. A., “The Global Horizon of Private International Law”. *Recueil des cours*. 380 (2015): 9 ss.

McClean, David. *International Judicial Assistance*. Oxford: Clarendon Press, 1992.

Maekelt, Tatiana. “General Rules of Private International Law in the Americas”. *Recueil des cours*. 177 (1982-IV): 193 ss.

Makarov, Alexandre. “Règles générales du droit de la nationalité”. *Recueil des cours*. 74 (1949-I): 269 ss.

Mancini, P. S. *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*. Torino: Tipografia Eredi Botta, 1851.

Menicocci, Alejandro y Mariel C. Rabino. “Personas humanas”. Rivera, Julio César y Graciela Medina (directores). *Código civil y comercial comentado*. Buenos Aires: La Ley, 2015. VI, 831-856.

Moncayo, Guillermo, Raúl Vinuesa y Hortensia Gutiérrez Posse. *Derecho internacional público*. Buenos Aires: Zavallá, 1990.

Muir-Watt, Horaria. “Le domicile dans les rapports internationaux”, *Juris-classeur de droit international*. 543-A (1994).

Najurieta, María Susana. *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2004.

—. “Fraude en el derecho internacional privado”. *Revue critique de droit international privé*. 1993-4: 305 ss.

Negri, Stefania (editor), *Self-Determination, Dignity and End-of-Life—Regulating Advance Directives in International and Comparative Perspective*. *Queen Mary Studies in International Law* 7. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff

Publishers, 2011.

Noodt Taquela, María Blanca. “Applying the Most Favourable Treaty or Domestic Rules to Facilitate Private International Law Co-operation”. *Recueil des cours*. 377 (2016): 121 ss.

—. *Relaciones entre tratados de derecho internacional privado en materia de cooperación judicial internacional*. Buenos Aires, EUDEBA. 2018.

Norrie, Kenneth McK. “Reproductive Technology, Transsexualism and Homosexuality: New Problems for International Private Law”. *International & Comparative Law Quarterly*. 43 (1994): 757-ss.

Opertti Badán, D., *Restitución internacional de menores. Aspectos civiles*. Montevideo: Instituto Interamericano del Niño. 1989.

Opertti Badán, Didier, Diego P. Fernández Arroyo, Gonzalo Parra-Aranguren, José Antonio Moreno Rodríguez y Jürgen Basedow (editores). *Derecho internacional privado: Derecho de la libertad y el respeto mutuo: Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*. Asunción: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2010.

Oppenheim's International Law. 9th ed. by R. Jennings and A. Watts. London: Longman: 1999. 2 vols.

Oyarzábal, Mario J. A. “Aspectos internacionales de la presunción de fallecimiento”. *LL*. 2001-F-1417.

—. *Ausencia y presunción de fallecimiento en el derecho internacional privado*. Buenos Aires: Ábaco, 2003.

—. “Doble nacionalidad y ciudadanía. El artículo 8° de la ley 346 y la suspensión de los derechos políticos de los naturalizados en país extranjero”. *LL*. 2003-F, 1158.

—. “La doble nacionalidad en el derecho internacional y en la legislación argentina”. *Revista de derecho internacional y del Mercosur*. 2003-2: 7 ss.

—. *La nacionalidad argentina. Un estudio desde la perspectiva del derecho internacional público, del derecho internacional privado y del derecho interno argentino*,

- con referencias al derecho de la integración*, Buenos Aires: La Ley, 2003.
- . “Nuevos desarrollos en el proceso de legalización de documentos extranjeros”. LL. 2003-C-1426; *Revista del notariado*. 872 (2003): 27-29.
- . “Observaciones generales sobre el estatuto personal en derecho internacional privado”. *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela*. 14 (2004): 165-181.
- . “Los actos de estado civil en derecho internacional privado y la competencia específica de los agentes diplomáticos y consulares argentinos”. *Anuario argentino de derecho internacional*. XIII (2004): 125-138.
- . “El nombre y la protección de la identidad de las personas. Cuestiones de derecho internacional público y privado”. *Prudentia iuris*. 58 (2004): 85-97.
- . “El Protocolo adicional al Convenio de nacionalidad entre España y Argentina. Un análisis desde la perspectiva argentina”. *Revista española de derecho internacional*. 56-1 (2004): 579-581.
- . “La descentralización del proceso de legalización mediante la Apostille”. ED. 2004-B-1011; *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*. 65 (2004): 189 ss.
- . “La revisione dell’Accordo italo-argentino di doppia cittadinanza”. *Rivista di diritto internazionale e procesuale*. 41 (2005): 101-106.
- . “O Acordo de simplificação de legalizações com a Argentina”. *Revista de direito constitucional e internacional* (Brasil). 51 (2005): 343-345.
- . “Algunos problemas derivados del hermafroditismo y de la transexualidad en el derecho internacional privado argentino”. *Revista de derecho de familia*. 30 (2005): 97 ss.
- . “El inicio y el fin de la existencia de las personas humanas en el derecho internacional privado”. ED. 210-1146.
- . “La capacidad en el derecho internacional privado argentino”. JA. 2004-III-1186; *Revista mexicana de derecho internacional privado y comparado*. 17

(2005): 9-24.

—. “El reconocimiento en la Argentina de la paternidad de hijos concebidos en el extranjero por inseminación artificial de una pareja de homosexuales hombres”. *LL Suplemento de actualidad*. 21 de febrero de 2006.

—. “El derecho a la intimidad y el tratamiento de datos personales en el derecho internacional privado argentino”. *Lecciones y ensayos*. 83 (2007): 52-78.

—. “Exención de traducciones para efectos de inmigración en el MERCOSUR”. *Revista de derecho privado y comparado*. 2005-3: 672-682. Reproducido en *Revista de informação legislativa Brasil*, en portugués). 171 (2006): 125-131; *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*. XIX-2 (2006): 109-116; *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia* (Venezuela). 24 (2007): 347-356; y *Revista boliviana de derecho*. 4 (2007): 161-170.

—. “Il Protocollo aggiuntivo che modifica l’Accordo italo-argentino sulla cittadinanza”. *Rivista di diritto internazionale*. 90-3 (2007): 749-758.

—. “La doble nacionalidad del Juez Zaffaroni en una sentencia de la Corte Suprema: Una decisión correcta por las razones equivocadas”. *J.A.* 2008-I-484.

—. “Efectos en la Argentina de matrimonios extranjeros entre personas del mismo sexo”. *Revista de derecho de familia*. 44 (2009): 123-130.

—. “¿Se puede renunciar a la ciudadanía argentina para adquirir una nacionalidad extranjera? (comentario al fallo de la Cámara Nacional Electoral en autos ‘S., C. D. y otro’, 5/3/2009)”. *J.A.* 2009-III-533.

—. “El domicilio en el Derecho Internacional Privado”. Operti Badán, Didier, Diego P. Fernández Arroyo, Gonzalo Parra-Aranguren, José Antonio Moreno Rodríguez y Jürgen Basedow (editores). *Derecho internacional privado: Derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos a la*

memoria de Tatiana B. de Maekelt. Asunción: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2010. 453-476.

—. “A Private International Law Perspective: Conflict Rules in Advanced Directives and Euthanasia Legislation”. Negri, Stefania (editor), *Self-Determination, Dignity and End-of-Life—Regulating Advance Directives in International and Comparative Perspective. Queen Mary Studies in International Law* 7. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. 127-140.

—. “Nacionalidad, asilo y refugio”. González Napolitano, Silvina S. (coordinadora). *Lecciones de derecho internacional público*. Buenos Aires: Errepar, 2015. 897-909.

—. “The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law”. *Recueil des cours*. 428 (2023): 129 ss.

Oyarzábal, Mario J. A. (coordinador), *Derecho procesal transnacional: Homenaje al Prof. Dr. Gualberto Lucas Sosa*. Ábaco: Buenos Aires, 2012.

Pallarés, Beatriz A. M. *Derecho internacional privado matrimonial*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1988.

—. “Matrimonio”. Rivera, Julio César y Graciela Medina (directores). *Código civil y comercial comentado*. Buenos Aires: La Ley, 2015. VI, 857-870.

—. “Unión convivencial”. *Ibíd.* 871-880.

—. “Alimentos”. *Ibíd.* 875-880.

Paredes, S. “Protection of the Individual in Recent Private International Law Codification in Latin America”. Ruiz Abou-Nigm, V., and M. B. Noodt Taquela (editores). *Diversity and Integration in Private International Law*. Edinburgh University Press. 2019. 251 ss.

Parra-Aranguren, Gonzalo E. “The Venezuelan Act on Private International Law of 1998”. *Yearbook of Private International Law*. (1999-1): 103 ss.

—. “La Convención de La Haya de 1961 para suprimir la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros”. *Revista de la*

Fundación Procuraduría. 21 (1999): 103 ss.

Parra-Aranguren, Fernando (editor). *Libro homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2001. 4 vols.

Pereznieto Castro, Leonel. “La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays d’Amérique Latine”. *Recueil des cours*. 190 (1985-I): 271 ss.

Pérez Vera, Elisa (editora). *Derecho internacional privado*, Madrid: Colex/UNED, 1998. 2 vols.

Perotti, Alejandro D. “Protocolo de Las Leñas. La excepción de arraigo en la jurisprudencia de los Estados del MERCOSUR”. *JA*. 2003-III-71.

Perugini de Paz y Geuse, Alicia. *La validez y circulabilidad internacional del poder de representación notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1988.

Perugini Zanetti, Alicia M. “Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: El Derecho, 2012. 674. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2940/1/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf>>.

Perugini de Paz y Geuse, Alicia y Raúl Ramayo. “Constitución Nacional, derecho extranjero y orden público”. *LL*. 1978-D-925.

Pinto, Mónica, “La ley argentina de nacionalidad”. *Anuario de derecho internacional público*. Buenos Aires: Instituto de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Buenos Aires. I (1981): 71 ss.

Piombo, Horacio D. *Extradición de nacionales: Proyecciones sustanciales, procesales e internacionales de la regla interdictoria*. Buenos Aires: Depalma, 1974.

—. *Tratado de la extradición: Internacional e interna*. Buenos Aires: Depalma, 1998. 2 vols.

—. *Extraterritorialidad del derecho extranjero. Aplicación de su método a todas las ramas*. Buenos Aires: Astrea, 2020.

Primeras Jornadas sobre el Régimen Jurídico de la Nacionalidad Argentina. Buenos Aires: Organización Internacional para las Migraciones, 2003.

Radzyminski, Alejandro. “La capacidad matrimonial en el derecho internacional privado argentino”. *LL*. 1990-B-1056.

Ramayo, Raúl, “Aplicación del derecho extranjero en el ámbito de los Tratados de Montevideo de derecho internacional privado”. *ED*. 167-155.

Rapallini, Liliana. *Temática de derecho internacional privado*. 3ª ed. La Plata: Lex, 1998.

Rigaux, François. “Le conflit mobile”. *Recueil des cours*. 117 (1966-I): 329 ss.

—. *Droit public et droit privé*. Paris: Pedone, 1977.

—. “La loi applicable à la protection des individus à l’égard du traitement automatisé des données à caractère personnel”. *Revue critique de droit international privé*. 1980: 467 ss.

—. *Derecho internacional privado: Parte general*. Madrid: Civitas, 1985 (traducción al español de A. Borrás-Rodríguez).

Rigaux, François et Marc Fallon. *Droit International Privé: Droit positif belge*. 2^e éd. Bruxelles: Larcier, 1993.

Rivera, Julio César y Graciela Medina (directores). *Código civil y comercial comentado*. Buenos Aires: La Ley, 2015. 6 vols.

Rohr, Aldana. “La obligación de extraditar o juzgar, inmunidades de los funcionarios del Estado y obligaciones *erga omnes* en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”. *El Dial: Suplemento de derecho internacional público*, 4 de octubre de 2013.

Rohr, Aldana (et al). *Estándares internacionales de protección de Derechos Humanos aplicables al Instituto de Extradición. Su incidencia en la práctica argentina*. Buenos Aires: Proyectos UBACyT, 2016.

Romero del Prado, Víctor. *Derecho internacional privado*. Córdoba: Assandri, 1961. 3 vols.

Rua, María Isabel. “¿Es renunciable la nacionalidad argentina?”. *LL: Suplemento de derecho constitucional*, junio 29 de 2009.

Rubaja, Nieve. “Responsabilidad parental e instituciones de protección”. Rivera, Julio César y Graciela Medina (directores). *Código civil y comercial comentado*. Buenos Aires: La Ley, 2015. VI, 903-910.

Salvioli, F. *Introducción a los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Santos Belandro, Rubén. *Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias: reglas de conflicto materialmente orientadas hacia la protección de las personas*. Montevideo: Ediciones del Autor, 1991.

von Savigny, Friedrich Carl. *A Treatise on the Conflict of Laws*. 1849 (traducción al inglés por W. Guthrie. 2nd ed. 1880).

Scotti, Luciana. *Manual de derecho internacional privado*. Buenos Aires: La Ley, 2017.

Seoane de Chiodi, María del Carmen e Ignacio Goicoechea. “Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”. *LL*. 1995-D-1412.

Sosa, Gualberto Lucas. “La prueba de las normas jurídicas y la reforma procesal”. *LL*. 132-1222.

—. “La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV, Montevideo, 1989)”. *JA*. 1990-I-779.

—. “Un nuevo hito en la filiación biológica en el derecho internacional privado”. *Revista jurídica del nordeste El Jurista*. 11 (1993): 3 ss.

—. *El derecho internacional privado interamericano y el derecho de la integración (CIDIP V, México, 1994)*. Santa Fe: Tercer Milenio, 1996.

—. “La Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV, Montevideo, 1989)”. *JA*. 1990-I-845.

Soto, Alfredo Mario. *Derecho internacional privado: La importación del derecho extranjero*. Buenos Aires/Madrid: Ciudad Argentina/USAL Universidad del Salvador, 2001.

—. *Temas estructurales del derecho internacional privado*. 5ta. ed. Buenos Aires: Editorial Estudio, 2020.

Spiro, Erwin. “Domicile of Illegal Immigrants (Based on Smith vs. Smith”. *International & Comparative Law Quarterly*. 12 (1963): 680 ss.

—. “Deportation and Domicile”. *South African Law Journal*. 81 (1964).

Spota, Alberto G. *Tratado de derecho civil: Parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1962.

Tondini, Bruno M. “Aspectos de derecho internacional privado en Malvinas: la discusión generada por un matrimonio celebrado en las islas y su reconocimiento en la Argentina”. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata*. 41 (2011): 117 ss. [en línea]. [consulta: 30 de octubre de 2023]. Disponible en: <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/20657/Documento_completo_.pdf?sequence=1>.

Travieso, Juan Antonio. “La nacionalidad en el derecho internacional: Notas sobre la nacionalidad de los habitantes de las Islas Malvinas”. *JA*. 1986-I-703.

Trillo, José María. “Nacionalidad y Pasaporte”. *ED*. 215-879.

—. “Nuevo régimen de acceso a la nacionalidad argentina por opción creado por el decreto 1601/2004. Normativa de aplicación en sede administrativa”. *LL Suplemento de actualidad*. 22 de septiembre de 2005.

Trillo, José María y Noemí Gladys Huarte (compiladores). *Derecho consular: Cuadernos de actualización consular*. Buenos Aires: Instituto del Servicio Exterior de la Nación, 2014.

Turack, Daniel C. *The Passport in International Law*. Lexington, Mass.: Lexington Books, 1972.

Uzal, Maria Elsa. “La legalización de documentos públicos extranjeros. Su supresión por la Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961”. *ED*. 129-697.

—. “Algunas reflexiones sobre temas de derecho procesal internacional”. *LL*. 1998-E-1070.

—. *Derecho internacional privado*. Buenos Aires: La Ley, 2ª ed. 2022.

Valladão, Haroldo. “Le droit international privé des Etats Américains”. *Recueil des cours*. 81 (1952): 1 ss.

—. “The influence of Joseph Store on Latin-American Rules of Conflicts of Laws”. *American Journal of Comparative Law*. (1954-3): 27 ss.

Vieira, Manuel Adolfo. *Tratados de Montevideo (1889 a 1939/1940)*. Montevideo, 1959.

Weinberg de Roca, Inés. *Derecho internacional privado*. Buenos Aires: Depalma, 1ª ed. 1997, 2ª ed. 2002.

—. *Nuevo Derecho internacional privado*. Buenos Aires: ErreIus, 2021.

de Winter, Louis I. “Le principe de la nationalité s’effrite-t-il peu à peu”. *Netherlands International Law Review*. 1962 (*De Conflitu Legum, Mélanges Kollenwijn-Offerbas*): 514 ss.

—. *De maatschappelijke woonplaats als aanknopingsfactor in het internationaal privaatrecht*. Leiden: A.W. Sijthoff, 1962 (traducido al italiano en *Rivista di diritto internazionale*. (1963): 233 ss.

—. “Domicile or Nationality. The Present State of Affairs”. *Recueil des cours*. 128 (1969-III): 347 ss.

Wolff, Martin. *Internationales Privatrecht*. Berlin: Springer Enzyklop, 1933.

Zuccherino, Ricardo M. *Los Tratados de Montevideo*. La Plata: Ediciones Librería Jurídica, 1973.



DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA DIPLOMÁTICOS