



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

La nacionalidad y el domicilio como elementos de conexión: estudio de las motivaciones de su preferencia en el Derecho Internacional Privado

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de: Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales

AUTORA:

Paula Lizeth Paguay Pintado
CI: 0104973300
Correo: pau44900@gmail.com

TUTORA:

Dra. María Elena Coello Guerrero
CI:0103092987

Cuenca - Ecuador

20 de Octubre del 2021



UNIVERSIDAD DE CUENCA

RESUMEN

Tanto la nacionalidad como el domicilio son factores de conexión muy importantes, los cuales han sido objeto de estudio de varios tratadistas, quienes han buscado establecer una prioridad del uno respecto del otro en cuestiones como el estudio de las instituciones o la capacidad de las personas, matrimonio, parentesco, sucesión por causa de muerte, etc. Por tal motivo dentro de ésta investigación determino todos aquellos argumentos a favor y en contra de estos dos factores, para establecer cuál de estos dos es el principal factor de conexión y el medio más idóneo para resolver conflictos de leyes que se presentan en la comunidad internacional.

También se ha realizado un estudio a la aplicación de la nacionalidad a la hora de resolver un conflicto de leyes en el espacio, a través del análisis de algunos casos prácticos resueltos recientemente por la CIDH, así como, el análisis de situaciones relevantes al tema que se han presentado en el Ecuador.

Es así que, el domicilio como factor o elemento de conexión en el Derecho Internacional Privado, es un elemento de carácter primario (junto con la nacionalidad) en cuanto sirve para resolver el proceso lógico y jurídico en el planteamiento de una Litis ya que determina a quién corresponde la competencia o fuero internacional para juzgar un problema de Derecho. En el transcurso de este trabajo se desarrollan los diferentes puntos que giran en torno a la nacionalidad y domicilio, con la finalidad de determinar cuál de estos dos factores tiene mayor preferencia en el Derecho Internacional Privado a la hora de resolver los conflictos de leyes en el espacio.

Palabras claves: Factores. Nacionalidad. Domicilio. Internacional. Apátrida. Extranjeros. Derechos.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ABSTRACT

Both nationality and domicile are very important connecting factors, which have been the object of study by several writers, who have sought to establish a priority of one over the other in matters such as the study of institutions or the capacity of people, marriage, kinship, succession due to death, etc. For this reason, within this investigation I determine all those arguments for and against these two factors, to establish which of these two is the main connecting factor and the most suitable means to resolve conflicts of laws that arise in the international community.

A study has also been carried out on the application of nationality when resolving a conflict of laws in space, through the analysis of some practical cases recently resolved by the CIDH as well as the analysis of situations relevant to the issue that have been presented in Ecuador.

Thus, the domicile as a factor or element of connection in Private International Law, covers many relevant issues considering that it is one of the elements of connection that determines the application of the laws of the States, in addition to being a primary element (along with nationality) as it serves to resolve the logical and legal process in the approach of a Litis since it determines to whom corresponds the international jurisdiction or jurisdiction to judge a problem of Law. In the course of this work, the different points that revolve around nationality and domicile are developed, in order to determine which of these two factors has the greatest preference in Private International Law when it comes to resolving conflicts of laws in the country space.

Keywords: Factors. Nationality. Domicile. International. Stateless. Foreigners. Rights.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ÍNDICE

Contenido

Capítulo I.- Los factores de conexión en el Derecho Internacional Privado	11
1.1.-Concepto e importancia	11
1.2.- Clasificación de los factores de conexión.....	13
1.3.- Ámbito de aplicación de los factores de conexión en el sistema de derecho internacional privado ecuatoriano.....	14
1.4.- La aplicación de la ley personal (nacionalidad, domicilio) en el sistema de derecho internacional privado ecuatoriano, problemas y soluciones.....	19
Capítulo II.- La nacionalidad como factor de conexión en el Derecho Internacional Privado	26
2.1 Concepto de nacionalidad.....	26
2.2 Importancia de la nacionalidad en el Derecho Internacional Privado.....	29
2.3 Formas de adquisición de la nacionalidad ecuatoriana.....	30
2.4 La doble nacionalidad en la legislación ecuatoriana.....	38
2.5 Análisis de caso “Niñas Yean y Bosico vs República Dominicana” resuelto por la CIDH respecto a la importancia de la adquisición de la nacionalidad....	43
2.6.- Aplicabilidad de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Latinoamérica.....	52
2.7.- Resoluciones emitidas por la CIDH sobre la importancia de la nacionalidad en base a los casos “Niñas Yean y Bosico vs República Dominicana” y “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs República Dominicana”.....	55
Capítulo III.- El domicilio como factor de conexión en el Derecho Internacional Privado	61
3.1.- Concepto e importancia	61



UNIVERSIDAD DE CUENCA

3.2.- Clasificación del domicilio y determinación del domicilio político como aquel que debe considerarse en el Derecho Internacional Privado.....	64
3.3.- Problemas en cuanto a la fijación del domicilio y los sistemas de solución.....	66
3.4.- Análisis de ejemplos en relación a domicilio o residencia como factores recurrentes en la solución de problemas en el sistema de derecho internacional privado ecuatoriano:	
3.4.1 Domicilio y personas apátridas.....	68
3.4.2 Matrimonios extranjeros y su registro.....	72
3.4.3 Otorgamiento de testamentos y habilidad de los testigos.....	77
3.4.4 Adquisición del dominio de bienes.....	78
3.4.5 Ejercicio de derechos políticos de los extranjeros.....	79
3.4.6 Deportación de extranjeros. Análisis de la reforma a la Ley de Movilidad Humana (03 diciembre del 2020).....	81
Capítulo IV.- El problema de la preferencia entre la nacionalidad y el domicilio en el Derecho Internacional Privado.....	89
4.1 Argumentos a favor de la nacionalidad y el domicilio.....	89
4.2 Argumentos en contra de la nacionalidad y el domicilio.....	91
4.3 Tendencias actuales.....	92
4.4 El problema del conflicto de nacionalidades, el principio de la “nacionalidad efectiva” y su relación con el domicilio como factor de solución.....	94
V.- Conclusiones y Recomendaciones.....	97
VI- Bibliografía.....	99



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Paula Lizeth Paguay Pintado, autora de la monografía "La nacionalidad y el domicilio como elementos de conexión: estudio de las motivaciones de su preferencia en el Derecho Internacional Privado", certifico que todas las ideas y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, 20 de Octubre del 2021

A handwritten signature in black ink, reading "Paula Lizeth Paguay Pintado", is written over a horizontal line.

Paula Lizeth Paguay Pintado

CI:0104973300



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CLÁUSULA DE LICENCIA Y AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

Paula Lizeth Paguay Pintado, en calidad de autor/a y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "La nacionalidad y el domicilio como elementos de conexión: estudio de las motivaciones de su preferencia en el Derecho Internacional Privado", de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 20 de Octubre del 2021

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Paula Lizeth Paguay Pintado", is written over a horizontal line.

Paula Lizeth Paguay Pintado

CI:010497330



UNIVERSIDAD DE CUENCA

DEDICATORIA

A mis padres Marco y Ximena quienes con su amor, paciencia y esfuerzo me han permitido llegar a cumplir hoy un sueño más, gracias por inculcar en mí el ejemplo de esfuerzo y valentía, de no temer las adversidades porque Dios está conmigo siempre y de su mano todo es posible.

A mis hermanas Andrea y Odalys por su cariño y apoyo incondicional, durante todo este proceso, por estar conmigo en todo momento y ser mis mejores amigas. Al amor de mi vida, que siempre me ha apoyado durante todos mis años de carrera, juntos compartimos las mismas aulas, risas, metas y sueños, en cada logro que tuve siempre estuvo él a mi lado, gracias mi bello Dante. A toda mi familia porque con sus oraciones, consejos y palabras de aliento hicieron de mí una mejor persona y de una u otra forma me acompañan en todos mis sueños y metas y; a mis queridas amigas/os que hicieron de estos años universitarios los más bonitos y especiales, gracias a ellos por su ayuda y consejos.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

AGRADECIMIENTO

Quiero expresar mi gratitud a Dios, por su ayuda y bendición en cada momento de mi vida y en especial en esta etapa universitaria, a mis padres quienes son mi motor y mi mayor inspiración, que a través de su amor, paciencia, buenos valores, ayudan a trazar mi camino, a mis hermanas por siempre estar para mí y apoyarme incondicionalmente y a toda mi familia por estar siempre presentes.

De igual manera mis agradecimientos a la Universidad de Cuenca, a toda la Facultad de Jurisprudencia, por abrirme las puertas para desarrollar mis estudios en esta distinguida institución, a mis profesores en especial a la Dra. María Elena Coello, quien con la enseñanza de sus valiosos conocimientos hizo que pueda culminar, esta etapa final de mis estudios, de una manera grata y satisfactoria, gracias por su paciencia, dedicación, apoyo en el desarrollo de mi proyecto de titulación.

Agradezco finalmente a todos mis docentes que, con su sabiduría, conocimiento y apoyo, me motivaron a desarrollarme como persona y profesional en la Universidad de Cuenca.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

INTRODUCCIÓN

Dentro del Derecho Internacional Privado podemos encontrar varios factores o elementos de conexión, que son circunstancias que vinculan un problema de derecho con un derecho determinado. No podemos ignorar que en todo ámbito se presentan conflictos y como tal esta área del derecho no está exenta de ellos. La solución a los problemas que existe dentro del Derecho Internacional Privado se da a través de la aplicación del factor de conexión más idóneo para así resolver el conflicto.

En la presente investigación realizaré un análisis sobre domicilio, que en primera instancia se consideró como el único elemento de conexión en el Derecho Internacional Privado, éste pasó a ser el principal elemento de conexión, aunque en la actualidad mucho se discute sobre si este factor de conexión es el más adecuado a la hora de resolver conflictos en el Derecho Internacional Privado.

Este factor de conexión es un elemento preponderante a la hora determinar la ubicación de las personas para que éstas puedan ejercer derechos y contraer obligaciones, así como establecer los efectos de sus actos y contratos. Estudiaremos además los diferentes tipos de domicilio, las teorías propuestas para la determinación del domicilio, etc.

Otro factor de conexión igual de importante es la nacionalidad, ya que de ésta depende la solución a diferentes problemas jurídicos tales como los señalados en el Código Civil, art. 14. Realizaré un análisis de este factor enfocado en la Constitución, así como en las diferentes leyes, códigos,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

reglamentos y convenios relevantes para saber quiénes son considerados ecuatorianos, todo sobre la nacionalidad, cómo adquirirla, como perderla, los requisitos para recuperarla y los derechos y deberes de quienes son nacionales de un Estado, en este caso el Estado ecuatoriano.

Con el fin de determinar qué factor de conexión, domicilio o nacionalidad, predomina a la hora de resolver los conflictos en el Derecho Internacional Privado; se han desarrollado cuatro capítulos en los que se abordará y estudiará los factores de conexión en el Derecho Internacional Privado, así como la nacionalidad como factor de conexión en el Derecho Internacional Privado; El domicilio como factor de conexión en el Derecho Internacional Privado y por último el problema de la preferencia entre la nacionalidad y el domicilio en el Derecho Internacional Privado.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPÍTULO 1

Los Factores de Conexión en el Derecho Internacional Privado.

1.1 CONCEPTO E IMPORTANCIA

El Derecho Internacional Privado en busca de dar solución a los diversos conflictos que se presentan, utiliza una serie de factores de relacionamiento para cumplir con su objetivo final que es vincular una persona, cosa, situación, relación jurídica, etc., con un ordenamiento jurídico nacional específico que las regule.

La solución a los problemas del Derecho Internacional Privado que se presentan dependerá de la aplicación del factor de conexión llamado a resolver el conflicto, de acuerdo a los supuestos dados.

"Más genéricamente se ha utilizado también la expresión "puntos de conexión" referida a los medios técnicos empleados para vincular, en la norma indirecta, a las relaciones jurídicas con sus respectivos derechos aplicables".¹

Es necesario definir entonces los factores de conexión para entender tanto su alcance como su ámbito de aplicación.

Wolff define a los factores de conexión como "las circunstancias que pueden servir como criterios para la determinación del derecho aplicable"

¹ Ricardo Balestra, "Derecho internacional Privado", parte especial, pág 6, Buenos Aires, Abeledo Perrot.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Por otra parte se dice que los factores de conexión son “aquellas circunstancias que vinculan un problema de derecho con un Derecho determinado”² o sea el derecho del Estado ecuatoriano en nuestro caso.

Francisco García define a los factores de conexión como “aquellos que tienen por función vincular la norma de conflicto con el derecho aplicable, es decir, Lex Fori y Lex Causae”³

En otras palabras, se puede decir que los factores de conexión son aquellos elementos que sirven para la determinación del derecho aplicable a un problema de derecho, en donde la norma del conflicto elige dicho derecho aplicable para dar solución del problema.

Cabe decir entonces que el objeto del Derecho Internacional Privado es solucionar los conflictos de leyes en el espacio. Para lo cual, se utiliza como mecanismo de solución a los denominados Factores de Conexión. Dar solución a los conflictos de leyes es cada vez necesario, debido al aumento de relaciones jurídicas en las que interviene un elemento extranjero como consecuencia del mundo globalizado en el que nos encontramos.

El desarrollo del Derecho Internacional Privado en la práctica, ha evolucionado en los últimos años hasta el punto de presentarse problemas de relaciones jurídicas, de tal manera que la aplicación del Derecho interno de cada uno de los Estados resulta insuficiente, encontrándonos con conflictos entre ordenamientos jurídicos de igual jerarquía.

² Dr. Hernan Coello García: “Derecho Internacional Privado”, 2da Edición, pág 191, Fundación Chico Peñaherrera, Cuenca 2004

³García, F. (septiembre de 2007). fcointernacional.blogspot.com. Obtenido de fcointernacional.blogspot.com/2007/09/factores-de-conexin.html?m=1



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Por tal motivo los juristas tienen la necesidad de saber qué normas jurídicas son aplicables en los casos donde se presentan conflictos de leyes en el espacio. Dicha necesidad se dificulta por el hecho de que las normas de Derecho Internacional Privado se encuentran dispersas o disgregadas en varios cuerpos normativos, por lo que, la tarea de encontrar la norma pertinente de manera eficiente se vuelve más bien en una tarea complicada.

La importancia de los factores de conexión radica entonces en el hecho de que si una relación jurídica tiene uno o más elementos extranjeros y estos presentan un conflicto de leyes en el espacio, es el Derecho Internacional Privado el obligado a dar solución a dicho problema a través de la remisión de normas al derecho material aplicable para cada caso concreto. Hay que tener en cuenta que en este ámbito del derecho no se resuelve de manera directa un conflicto determinado como lo hacen la mayoría de normas jurídicas, sino que establece cuál legislación es aplicable al conflicto, por ello, no son normas dispositivas, sino más bien de remisión ya que estas simplemente otorgan competencia a la legislación pertinente.

En definitiva, la solución a estos conflictos fuera casi imposible, si no se podría recurrir a la utilización de una institución jurídica del Derecho Internacional Privado conocida como los Factores de Conexión, he ahí su valor e importancia a la hora de resolver los diversos problemas que se presentan en este ámbito.

1.2 CLASIFICACIÓN DE LOS FACTORES DE CONEXIÓN

Existen diversos factores de conexión así como diversos son los conflictos que se presentan, cuya finalidad es la de ayudar en la solución de conflictos de leyes en el espacio. Hoy en día encontramos una lista de Factores de Conexión



UNIVERSIDAD DE CUENCA

que se han ido planteando con el paso del tiempo debido a la evolución que ha tenido la materia que estamos estudiando. Dicha lista no es taxativa pues constantemente el derecho está cambiando, ampliando su ámbito de aplicación para regular los diversos problemas que enfrenta la sociedad, de tal manera que los factores de conexión no pueden ser limitados a un número determinado, ya que, como mencioné anteriormente existen diversos problemas que deben ser tratados con la aplicación de las normas más idóneas para resolverlos.

Siendo así existirán tantos factores de conexión como tantas relaciones jurídicas con elementos extranjeros existan. Cabe mencionar que si bien todos los factores son importantes, unos tienen mayor aplicación que otros o su aplicación es más frecuente.

Estos factores de conexión son la nacionalidad, el domicilio, la residencia, el lugar de procedencia de una persona, lugar donde se encuentran los bienes, la fórmula locus regit actum o la forma externa de los actos y contratos, lugar donde se ha cometido una infracción, la religión, autonomía de la voluntad, etc. Todos estos factores son competentes a la hora de resolver los diferentes conflictos.

Debo señalar que tanto la nacionalidad como el domicilio son factores de conexión que requieren de un examen minucioso y detallado debido a la gran relevancia que tienen en el ámbito del Derecho Internacional Privado, sin desmerecer por ello la importancia de los demás elementos de conexión.

1.3 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS FACTORES DE CONEXIÓN EN EL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ECUATORIANO

Frente a un conflicto entre varias legislaciones, es menester la aplicación de las



UNIVERSIDAD DE CUENCA

reglas de Derecho Internacional Privado y de los factores de conexión, siendo así, consideramos los siguientes:

a) Por un lado la nacionalidad, ésta obedece a uno de los principios básicos consagrados en nuestra materia, el cual señala que toda persona debe tener una nacionalidad. Algunos autores consideran que se aplica también para las cosas como las naves, aeronaves, mercaderías, obras literarias, etc. y consideran que las sociedades, al tener la calidad de personas, deben entrar en esta categoría.

Siendo así se considera el término nacionalidad indistintamente que se trate de personas, cosas, o actos jurídicos.

El art. 14 del Código Civil ecuatoriano considera el elemento nacionalidad al señalar:

-Los ecuatorianos, aunque residan o se hallen domiciliados en lugar extraño, están sujetos a las leyes de su patria: 1o.- En todo lo relativo al estado de las personas y a la capacidad que tienen para ejecutar ciertos actos, con tal que éstos deban verificarse en el Ecuador; y, 2o.- En los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de su cónyuge y parientes ecuatorianos.

b) Otro factor importante es el domicilio, el cual se aplica a todas las personas, ya que todas deben poseerlo. Como bien sabemos la residencia hace las veces de domicilio. Al igual que la nacionalidad el domicilio se aplica también para ciertas cosas como a las naves y aeronaves y éstas se consideran domiciliadas en el país de su matrícula; dentro de esta categoría también se encuentran las sociedades, que siendo personas jurídicas constan con un domicilio social establecido.

El art. 997 del Código Civil ecuatoriano considera en la aplicación de este factor



UNIVERSIDAD DE CUENCA

lo siguiente:

La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte, en su último domicilio; salvo los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regula por la ley del domicilio en que se abre; salvo las excepciones legales. El art. 1047 dice que la apertura y publicación del testamento se harán ante el juez del último domicilio del testador, sin perjuicio de las excepciones que a este respecto establezcan las leyes.

Es notoria la aplicación de este factor dentro de nuestro sistema jurídico ecuatoriano, ya que como podemos ver el derecho Internacional Privado utiliza factores de conexión, en este caso el domicilio, para cumplir su objetivo final, o sea vincular una persona, cosa, situación, relación jurídica, entre otras; con un ordenamiento jurídico nacional específico que las regule.

Siendo así, cabe mencionar que existen varias clases de domicilio, las cuales serán estudiadas a profundidad más adelante, sin embargo, la clase de domicilio que interesa al Derecho Internacional Privado, es el domicilio Político, de acuerdo al Código Civil, el cual ha sido adoptado por nuestro sistema para el caso de la sucesión por causa de muerte.

c) Como factor de conexión, el término residencia se aplica exclusivamente a las personas, en cuanto a los bienes dicho elemento se denomina ubicación o situación de la cosa; respecto a los actos jurídicos se designa como lugar en el cual se ha ejecutado el acto jurídico.

Nuestro Código civil ecuatoriano aplica este factor al decir en su art. 13 lo siguiente:

La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna.

d) En cuanto a los bienes, este factor está establecido en el art. 15 en donde dice que los bienes situados en el Ecuador están sujetos a las leyes



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ecuatorianas, aunque sus dueños sean extranjeros y residan en otra nación. Esta disposición no limita la facultad que tiene el dueño de tales bienes para celebrar, acerca de ellos, contratos válidos en nación extranjera. Pero los efectos de estos contratos, cuando hayan de cumplirse en el Ecuador, se arreglarán a las leyes ecuatorianas. Como punto a resaltar, resulta obvio que en este caso de la situación de los bienes no interviene el elemento de conexión nacionalidad, sino que cómo podemos observar mediante este artículo es factor de domicilio lo que rige, siendo esto correcto ya que si un bien está situado dentro del país debe regirse según sus leyes para efectos de poder resolver cualquier asunto que sobre ellos se presente; y, si ha de realizarse acerca de ellos contratos en otra nación, para que éstos adquieran plena validez legal deben sujetarse a las leyes ecuatorianas, caso contrario no tendría sentido.

e) Por otra parte, como otro factor de conexión tenemos también, a la fórmula *locus regit actum* o forma externa de los actos o contratos, pues en el art. 16 del mismo código establece como factor de conexión el lugar donde se otorgue un instrumento público y dice al respecto que la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil. La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese.

Es importante señalar que el domicilio y la residencia no son lo mismo, si bien están estrechamente relacionados tiene perspectivas diferentes, pues la residencia, no requiere presencia actual. Como por ejemplo un hombre de negocios cuyo empleo lo retiene en el extranjero.

Sin embargo, para la mayoría de sistemas jurídicos, la noción del domicilio está estrechamente relacionada con la de residencia habitual, y hay poderosos



UNIVERSIDAD DE CUENCA

motivos para reducir la distinción entre ellos a un mínimo. La residencia habitual es la base sobre la que se construye el concepto de domicilio por elección (*domicilium voluntarium*), y aún cuando se establezca un domicilio por operación de derecho (*un domicilium necessarium*), como en el caso de una esposa, tal domicilio coincide en la mayoría de los casos con la residencia.

Es así que decimos que el domicilio se encuentra en un cierto país, mientras que el lugar donde una persona reside en ese país puede ser: una casa reconocida, un piso, una habitación única, o aún una tienda de campaña, una caravana, o un barco. A veces, sin embargo, es imposible designar una morada fija, y para el objeto del Derecho Internacional Privado, esto no interesa, pues buscará la aplicación del factor más idóneo a la hora de resolver un conflicto de leyes.

f) La autonomía de la voluntad, que se refiere a la posibilidad que tienen las personas de elegir a qué ordenamiento jurídico va sujetarse el acto jurídico que realicen. Estas personas pueden renunciar así, al derecho conferido por las leyes, si cumplen con los requisitos que prevé el art. 11 del Código civil ecuatoriano, que señala - Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia. Como ejemplo aplicación de este factor tenemos la Convención sobre la Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías, en donde en su art. 7 nos dice que - El contrato de compraventa se regirá por la ley que elijan las partes. El acuerdo de las partes al respecto deberá ser expreso o quedar de manifiesto en el contrato y la conducta de las partes en su conjunto. La elección podría limitarse a una parte del contrato. 2. En cualquier momento, las partes podrían acordar que el contrato queda sometido en todo o en parte a una ley distinta de aquella por la que se regía anteriormente, haya sido o no elegida por las partes. El cambio de la ley



UNIVERSIDAD DE CUENCA

aplicable que acuerdan las partes una vez concertado el contrato no obstará a la validez formal de éste ni a los derechos de terceros.

Como se puede ver, el derecho internacional admite claramente tanto la elección expresa por las partes del Derecho aplicable, como la elección tácita, y es facultativo de las partes regular todo el contrato por una sola ley o seleccionar diversos Derechos Privados para regular determinados aspectos del contrato internacional.

1.4 LA APLICACIÓN DE LA LEY PERSONAL (NACIONALIDAD, DOMICILIO) EN EL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ECUATORIANO, PROBLEMAS Y SOLUCIONES

Es uno de los temas que son relevantes, en donde varios doctrinarios ecuatorianos se han visto en la necesidad de crear un cuerpo normativo (ley especial) que regule al Derecho Internacional Privado debido a que en la realidad ecuatoriana no existe un código, que regule a través de articulados normas de carácter internacional privado, es por esto que debemos remitirnos a un cúmulo de disposiciones que se encuentran dispersas en leyes de nuestro país, las cuales regulan lo referente a los factores de conexión, nacionalidad y domicilio dentro del sistema del derecho internacional privado ecuatoriano. Entonces, es primordial hacer un estudio de cómo se aplica la ley personal, nacionalidad o domicilio, así como los problemas y soluciones que giran en torno a estos dos factores.

Partamos señalando que, dentro de la legislación ecuatoriana, la NACIONALIDAD como factor de conexión se ha visto incorporada por varios textos normativos que la regulan.

Nuestra Constitución en el Art. 9 manifiesta que “las personas extranjeras que



UNIVERSIDAD DE CUENCA

se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo a la Constitución”, dentro de este apartado la norma suprema reconoce a las personas extranjeras los mismos derechos y deberes que tienen los ecuatorianos, siempre y cuando tales derechos se encuentren reconocidos en la Constitución y en el resto de leyes especiales. En la legislación ecuatoriana la nacionalidad como ya lo dijimos es un factor de conexión, que vincula un problema de derecho en el que interviene un elemento extranjero, con un derecho determinado; aplica tanto para las personas naturales como para las personas jurídicas; y, parte de su sustento legal se encuentra dentro del Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante; al cual se encuentra sujeta el derecho ecuatoriano. Por su parte la Constitución del Ecuador, en su art. 6 señala que (...) La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional. La nacionalidad ecuatoriana se obtendrá por nacimiento o por naturalización y no se perderá por el matrimonio o su disolución, ni por la adquisición de otra nacionalidad.

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

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

Artículo 274: La nacionalidad de las naves se prueba por la patente de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

navegación y la certificación del registro, y tiene el pabellón como signo distintivo aparente. Este artículo trata de la nacionalidad de ciertos bienes, tema que resulta importante porque con este caso podemos observar que no sólo las personas naturales o las personas jurídicas tienen acceso a una nacionalidad.

Código Civil

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

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

El art. 405 de nuestra Constitución establece que las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir a ningún título tierras o concesiones en las áreas de seguridad nacional ni en áreas protegidas, de acuerdo con la ley. Con este precepto que contempla nuestra Constitución queremos demostrar como la Carta Magna mediante la aplicación del elemento nacionalidad distingue la condición jurídica de los nacionales y extranjeros; observando así que en este artículo se establece tal diferencia entre personas nacionales o extranjeras.

Todos los principios que están plasmados en estas disposiciones legales nos demuestran que la nacionalidad tiene una importancia relevante dentro de nuestra legislación en cuanto tiene que ver tanto con el Derecho interno como con el Derecho Internacional Privado.

En cuanto a los problemas que tiene que ver con las siguientes condiciones como la capacidad, estado civil y los derechos de familia tenemos las siguientes soluciones plasmadas en estas disposiciones, que regulan este factor dentro del Sistema del Derecho Internacional ecuatoriano.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Como fundamento principal está el artículo 14 de nuestro Código Civil el cual ya hemos analizado pero además existen varias disposiciones legales que resultan procedentes para la aplicación de este factor, estas son:

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

Art. 43: La ley no reconoce diferencia entre el ecuatoriano y el extranjero, en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código. Una de las instituciones más importantes en lo se refiere al estado civil de las personas es el matrimonio, y al respecto nuestro Código Civil instituye lo siguiente:

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

Hay que tener en cuenta que si la autoridad competente ha declarado la insubsistencia o nulidad del matrimonio celebrado en nación extranjera, se respetarán los efectos de esa declaratoria.

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

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

Art. 93: El matrimonio que, según las leyes del lugar en que se contrajo, pudiera disolverse en él, no podrá sin embargo disolverse en el Ecuador sino de conformidad a las leyes ecuatorianas. Así también el art. 129 del Código Civil, establece que “No podrá anularse ni disolverse por divorcio el matrimonio contraído en el Ecuador, sino mediante sentencia pronunciada por jueces



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ecuatorianos, cuando uno de los cónyuges fuere ecuatoriano y existieren hijos menores de edad o bajo su dependencia que residan en el Ecuador⁴

Entonces podemos concluir que cuando se refiere al estado civil de las personas, éstas se rigen por su ley nacional y en este caso esa ley, resulta ser la ley de la nacionalidad.

Por su parte el DOMICILIO como factor de conexión, regula de una manera diferente a la de la nacionalidad, los problemas entorno a la capacidad, estado civil y derechos de familia, así como lo referente a los derechos sucesorios. Analizaremos a continuación las disposiciones que regulan este factor dentro de nuestro sistema normativo ecuatoriano.

En cuanto a la capacidad, estado civil y derechos de familia, es necesario hacer un pequeño análisis comparativo ya que nuestra legislación ecuatoriana a diferencia de la legislación argentina, no regula la capacidad de una forma literal como lo hace esta última legislación. Como vemos a continuación

⁵Artículo 6: La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras, será juzgada por las leyes de este Código, aún cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero.

Artículo 7: La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República. Como podemos ver, tanto la capacidad como la incapacidad de hecho están regidas por la ley domiciliaria.

Pero en nuestra legislación ecuatoriana, "en el Código Civil lo que se establece

⁴ Código Civil Ecuatoriano

⁵ Código Civil argentino



UNIVERSIDAD DE CUENCA

respecto al domicilio es la definición de domicilio en su art.46, luego de definirlo y clasificarlo en domicilio Político y Civil, pues nuestro sistema de derecho ecuatoriano declara que todo lo referente al domicilio político, que es el que le interesa a nuestra materia, corresponde al Derecho Internacional a través de instrumentos internacionales como el Código de Sánchez Bustamante y la Convención Interamericana sobre el domicilio de las personas."⁶

Así tenemos dicha regulación en los siguiente Artículos:

Código Sánchez Bustamante

Art. 22.- El concepto, adquisición, pérdida y recuperación del domicilio general y especial de las personas naturales o jurídicas se regirán por la ley territorial.

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

⁷Art. 24.- El domicilio legal del jefe de la familia se extiende a la mujer y los hijos no emancipados, y el del tutor o curador a los menores o incapacitados bajo su guarda, si no dispone lo contrario la legislación personal de aquellos a quienes se atribuye el domicilio de otro.

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

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

⁶ Coello Hernán, Derecho Internacional Privado, segunda edición, 2004, Fundación Chico Peñaherrera, pág. 195

⁷ Código de Sánchez Bustamante



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En cuanto la Convención Interamericana sobre el domicilio de la personas

⁸Art.1. La presente Convención regula las normas uniformes que rigen el domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado.

Art.2 El domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias:

1. El lugar de la residencia habitual;
2. El lugar del centro principal de sus negocios;
3. En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia;
4. En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare.

Art. 3. El domicilio de las personas incapaces será el de sus representantes legales, excepto en el caso de abandono de aquéllos por dichos representantes, caso en el cual seguirá rigiendo el domicilio anterior.

Art.4 El domicilio de los cónyuges será aquel en el cual éstos vivan de consuno, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 2.

Art.5 El domicilio de los funcionarios diplomáticos será el último que hayan tenido en el territorio del Estado acreditante. El de las personas físicas que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su Gobierno, será el del Estado que los designó.

Art.6 Cuando una persona tenga domicilio en dos Estados Partes se la considerará domiciliada en aquel donde tenga la simple residencia y si la tuviere en ambos se preferirá el lugar donde se encontrare.

En base a este análisis podemos decir entonces que, cada factor regula de una manera distinta aquellos problemas o cuestiones que se pueden presentar entorno a la capacidad, estado civil y derechos de familia, sin embargo ambos factores son, de cierta manera, soluciones viables a un problema específico,

⁸ Convención Interamericana sobre el domicilio de las personas



UNIVERSIDAD DE CUENCA

siendo así podemos ver que nacionalidad es un factor seguro y estable, pues, las normas que se hallan sujetas a este elemento se encuentran más seguras ya que este factor tiene un vínculo permanente a diferencia del domicilio, que es un modificable y poco estable por lo tanto la seguridad de sus normas también lo son, dando paso así, a la posibilidad de generar fraude a la ley y como consecuencia de ello la entrada de la poca seguridad jurídica.

En tal caso, hay que tener en cuenta que el domicilio no trae consigo únicamente puntos débiles pues este factor de conexión incluye de manera adecuada a los inmigrantes dándoles la posibilidad de gozar de muchos privilegios, por ello este factor ha sido muy bien recibido en aquellos países donde existe gran cantidad de extranjeros, además si de domicilio se trata, el domicilio de origen destruye todas aquellas carencias o dificultades que generan inestabilidad siendo más estable incluso que la misma nacionalidad pues el domicilio no puede cambiar como si lo puede la nacionalidad al menos que nos refiramos al domicilio electivo.

Para saber qué factor prevalece por encima del otro, es necesario seguir analizando más puntos relevantes entorno a ellos, mismos que se estudiarán más adelante.

A continuación se realizará un estudio minucioso y detallado de todas las cuestiones que abarca la nacionalidad y el domicilio como factores de conexión, su clasificación, problemas determinados con respecto a ellos y los factores recurrentes para solución de conflictos en casos concretos.

CAPÍTULO II

La nacionalidad como factor de conexión en el Derecho Internacional Privado

2.1 CONCEPTO DE LA NACIONALIDAD



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Es necesario comenzar señalando que la nacionalidad no requiere interpretaciones especiales ya que su concepto es común en todas partes a diferencia de las interpretaciones del domicilio que varían de país a país. Sin embargo es importante indicar algunos de los conceptos que mejor definen a la nacionalidad.

Niboyet afirma que “la nacionalidad es un vínculo político y jurídico que relaciona a una persona con un Estado”. Ésta, origina derechos y deberes recíprocos con los nacionales de un Estado, derechos que son diferentes a los que tienen los extranjeros.

Según. El Art. 6.- De nuestra Constitución Política inciso segundo dice: La Nacionalidad Ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional.⁹

Se dice también que “La nacionalidad es el vínculo jurídico y político que liga a una persona natural o jurídica con un Estado determinado que es origen y garantía de derechos y obligaciones recíprocas”.¹⁰

Otra definición es “La nacionalidad es un vínculo sociológico, político y jurídico que une a una persona con un Estado determinado”.¹¹

El Código Civil Ecuatoriano. Art. 42.- (Ecuatorianos y extranjeros). Se limita solamente hacer una breve referencia de lo que es nacionalidad, a fin de distinguir entre personas ecuatorianas y extranjeras; expresando que son

⁹ Constitución República del Ecuador, 2008.

¹⁰ Caicedo Castilla, J. "Derecho Internacional Privado". Quinta Edición. 1960, Bogotá - Colombia: Editorial Temis

¹¹ Monroy, M. " Tratado de Derecho Internacional Público". Bogotá, 1998. Editorial Temis



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ecuatorianos los que la Constitución Política de la República declara tales. Los demás son extranjeros.

No hay que confundir su concepto, tal como sucedió con nuestra Constitución del año 1998 en donde a través de una disposición transitoria se estableció que: "Cuando las leyes o convenciones internacionales se refieran a nacionalidad, se leerá ciudadanía; y cuando las leyes se refieran a derechos de ciudadanía se leerá derechos políticos." (Asamblea Nacional Constituyente, 1998)

De tal manera que los términos nacionalidad y ciudadanía no son sinónimos, ya que, el primero hace referencia a la condición de un ciudadano reconocido como sujeto de relaciones jurídico-políticas dentro de un Estado de Derecho, mientras que, como ya mencione anteriormente, la nacionalidad es "aquel vínculo de carácter público entre una persona natural o jurídica y un Estado determinado".¹²

Por tal motivo podría decirse que la nacionalidad es considerada como el género y la ciudadanía como la especie.

Actualmente es más complejo hablar de la nacionalidad, pues, se trata de una concepción jurídica, pero, al mismo tiempo tiene un trasfondo sociológico que no se lo puede reducir a un solo elemento, porque integra a su concepto la raza, la lengua, la religión, la geografía, lo cual se traduce en maneras de pensar, sentir y actuar que distinguen unos pueblos de otros y que promueven literatura, arte, e incluso instituciones jurídicas distintas de otras y que son propios de cada nacionalidad.¹³

¹² Milán, & Guzmán. Curso de Derecho Internacional Privado. Santiago de Chile: 1979, Editorial Jurídica de Chile.

¹³ Hauriou, M. Principios de Derecho Público y Constitucional. 2003, Granada : Comares



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En definitiva podemos decir que la nacionalidad es aquel el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado; el cual es considerado como un vínculo de Derechos y Obligaciones que deben ser cumplidos tanto por los nacionales y los extranjeros, y el Estado debe brindar protección de sus leyes y de los individuos. Cuyo fin es determinar qué Estado o cuál es el régimen jurídico que va a proteger y garantizar nuestros derechos.

2.2 IMPORTANCIA DE LA NACIONALIDAD

Por otra parte, la importancia de este factor de conexión radica en que la nacionalidad determina un status que acompaña al individuo durante toda su existencia. Sin embargo, esta nacionalidad podría perderse por causas en las que incurre una persona en el ejercicio de un presunto derecho, dichas causas se encuentran establecidas en la ley; y a su vez esta nacionalidad puede recuperarse con el cumplimiento de ciertos requisitos que establece la Ley de Movilidad Humana y su Reglamento.

La Nacionalidad es indiscutiblemente un Factor de Conexión importante y a su vez, es una institución jurídica que como la mayoría de instituciones jurídicas en Derecho, ésta se encuentra sujeta a ciertos principios que establecen los lineamientos más generales que se aplican sobre una persona natural cuando se trata de su nacionalidad.

Entonces, la nacionalidad se enfoca en varias cuestiones relevantes dentro del Derecho Internacional Privado, como el hecho de que las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas de acuerdo con la Constitución.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Pero en la práctica la realidad de los extranjeros es otra. Si analizamos la historia de la humanidad, podemos ver que en épocas anteriores los extranjeros fueron considerados como esclavos o siervos, sin ninguna clase de derechos; siendo Inglaterra el país más parco en otorgar derechos a los extranjeros, y a medida que transcurre el tiempo y con el incremento de las relaciones mercantiles, comerciales y de manera especial a raíz de la Revolución Francesa, concibe que todos los individuos son iguales y en virtud de ello por primera vez se reconoce derechos de carácter civil para los extranjeros, al igual que los nacionales.

Siendo así resulta importante conocer la nacionalidad de una persona a fin de saber determinar con precisión qué Estado va a proteger y defender nuestros derechos.

De no ser así, la ausencia de nacionalidad acarrea que un individuo llegue al extremo de no poseer nacionalidad y por ende quedaría sin protección de ningún Estado, sin nacionalidad y desprotegido de toda clase de derechos por lo tanto aquí radica la importancia de tener una nacionalidad, de modo que esto constituye una accesibilidad jurídica a la que tenemos derecho todos los individuos sin excepción alguna. De tal manera que toda persona necesariamente debe tener una nacionalidad y un Estado que garantice el respeto de sus derechos.

En otras palabras, ¿qué sería de una persona que no cuente con una nacionalidad? Ésta es tan necesaria e imprescindible, ya que el mundo se encuentra dividido en Estados, cada uno de ellos cuenta con un Derecho Interno propio, el cual brinda protección a sus ciudadanos, así como ciertos derechos y garantías fundamentales para cada uno de ellos, siendo así cada individuo



UNIVERSIDAD DE CUENCA

cuenta con el respaldo y cuidado del Estado del que forma parte. Por ello se dice que la nacionalidad es un atributo de la personalidad.

2.3 FORMAS DE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ECUATORIANA

Las formas de adquirir la nacionalidad ecuatoriana son dos: la nacionalidad de origen y la nacionalidad adquirida, cada una con diversas cualidades y características propias que las diferencian

a) Nacionalidad de Origen

Debemos comenzar señalando que la nacionalidad de Origen llamada también Nacionalidad natural, es en doctrina, "aquella que la ley atribuye al individuo por el solo hecho de nacer una persona dentro de un Estado determinado. Es decir que tiene su origen en el nacimiento mismo de una persona".¹⁴

Se le atribuye a una persona desde su nacimiento basándose en dos factores mundialmente aceptados, aunque se dice que "Tres son los sistemas o fuentes originarias de adquirir la Nacionalidad". Donde diversas Legislaciones han seguido para atribuir a un individuo la Nacionalidad de origen. Estas fuentes o sistemas son Sistema Ius Soli, Sistema Ius Sanguini y Sistema Mixto.

Entonces por un lado tenemos el sistema Ius Solis, que es aquel que atribuye la nacionalidad a una persona según el lugar de su nacimiento, sin importar la nacionalidad de los padres ni alguna otra circunstancia, cuyo fundamento es el afecto natural que guarda una persona con el suelo en el que ha nacido.

Siendo así, se ha dicho "Que el sistema del Ius Soli, es aquel que impone a la persona la Nacionalidad del suelo, es decir la del lugar donde nace".¹⁵

¹⁴ Fenwich, C. "Derecho Internacional". Buenos Aires - Argentina", 1963, pág 51.

¹⁵ Monroy, M. " Tratado de Derecho Internacional Público". Bogotá, 1998. pág 85. Editorial Temis



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Alvarado, tratadista Ecuatoriano, manifiesta con respecto al ius soli, y dice que “todo hombre mantiene un afecto natural por el suelo que lo vio nacer, en cuyo seno hemos recibido al ser, la familia y la sociedad que protegió nuestra infancia y, lo que prima es el afecto al suelo natal, que es uno de los sentimientos más universales y más indelebles del corazón humano que nos vio nacer”.¹⁶

El vínculo del suelo parte entonces, de aquel afecto al suelo natal que es uno de los sentimientos más profundos, pues el hombre siente un apego por el suelo que lo vio nacer, dicho vínculo influye de cierta manera sobre el carácter de los individuos, contrarrestando a los vínculos de sangre.

Países como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Perú, Uruguay, Venezuela adoptan el sistema Ius Solis. Pero algunos de estos países otorgan su nacionalidad a los hijos de sus naturales nacidos en el exterior, cuando aquellos optan por la nacionalidad de sus padres o van a residir al país de donde estos proceden. En el caso ecuatoriano, el sistema que se ha adoptado es el sistema mixto, puesto que, nuestra legislación a través de sus diferentes normas permite la adquisición de la nacionalidad ecuatoriana por medio de los dos sistemas antes mencionados, Ius Solis - Ius Sanguinis.

Contrario al Sistema Ius Soli está el conocido Sistema Ius Sanguinis, el cual tuvo su origen histórico en el Derecho Romano Antiguo. Hoy en día este sistema tiene mayor predominio en las Constituciones Políticas de la Comunidad Europea, siendo su principal causa la migración.

¹⁶ Alvarado, J. "Estudios Históricos de Nacionalidad". 1960. Quito - Ecuador: Casa de la Cultura.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Este sistema otorga a una persona la nacionalidad que hayan tenido sus padres sin considerar el lugar de nacimiento, en otras palabras, la nacionalidad se le atribuye a un neonato por el "Derecho de Sangre".

En otras palabras, este tipo de Nacionalidad se transmite por el vínculo de sangre existente entre el padre y el hijo.

Este sistema trae como consecuencia que existan más problemas que soluciones, como es el caso de hijos con padres de nacionalidad diferente, doble nacionalidad de los padres o cambio de nacionalidad de los padres antes del nacimiento de un hijo.

Como ejemplo de ello tenemos el siguiente: "Una pareja alemana tiene un hijo en Ecuador, en virtud del *ius sanguinis*, la legislación alemana, reconoce a este hijo con Nacionalidad Alemana, para tal efecto se lo registrará en el consulado Alemán en Quito. Pero en virtud del *ius soli*, se otorga la posibilidad para que los padres Alemanes registren al hijo en el país donde nació. Porque da la posibilidad que con el tiempo, desarrolle sus actividades, celebre contratos, adquiera bienes, etc".¹⁷

Siendo así las legislaciones Europeas, reconocen el principio Universal de la consanguinidad, para que los hijos de quienes emigran sigan manteniendo la nacionalidad de sus padres, es decir unidos por los mismos vínculos de sangre, por las mismas leyes del Estado y estar sujetos a unas mismas costumbres.

En definitiva el sistema del *ius sanguinis* se fundamenta en el hecho, que el hijo sigue la nacionalidad de sus padres sea cual fuere el lugar de su nacimiento.

¹⁷ Larrea Holguín, J. "Compendio de Legislación Ecuatoriana". pág 97. Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. 1975. Impreso Editorial "Jodoco Ricke".



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Por último tenemos el Sistema Mixto que es aquel que mantiene una combinación de los dos sistemas anteriores, pero con el predominio de uno de ellos. Hoy en día la mayoría de Estados Americanos aplican el Sistema Mixto.

La nacionalidad de Origen en el Sistema ecuatoriano se regula de la siguiente manera:

Conforme al artículo 7 de la Constitución del Estado, podemos concluir que nuestro sistema es mixto, con predominio del *ius soli* aunque también toma en consideración el *ius sanguinis* en determinadas circunstancias.

Art. 7.- (Ecuatoriano por nacimiento).-Son ecuatorianas y ecuatorianos por nacimiento:

- 1.- Las personas nacidas en el Ecuador. y añade que también lo son, los nacidos en el extranjero en los siguientes casos:
- 2.- Las personas nacidas en el extranjero de madre o padre nacidos en el Ecuador y sus descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad.
- 3.- Las personas pertenecientes a comunidades, pueblos o nacionalidades, reconocidos por el Ecuador con presencia en las zonas de frontera.

Como podemos ver nuestro país ha optado por la aplicación de un sistema mixto, pero con una dominación del *ius soli*, contrario a lo que sucede en Europa, en donde se mantiene una clara denominación del *ius sanguinis*, con una poca combinación con el *ius soli*.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el Derecho Internacional Privado, al hablar de los sistemas para la determinación de la Nacionalidad de origen, dice que la Legislación interna de cada Estado es quien la establece.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El Art. 9. Del Código de Derecho Internacional Privado de Sánchez De Bustamante, respecto a la Nacionalidad de origen sostiene: “Que cada Estado contratante aplicará su propio derecho a la determinación de la Nacionalidad de origen de toda persona individual o jurídica”.¹⁸

Hay que tener en cuenta que las legislaciones Americanas en su mayoría optan por la aplicación del Sistema del ius soli y el Sistema Mixto, mientras que las Legislaciones Europeas, por su lado han adoptado la aplicación del sistema ius sanguinis y, otras Legislaciones aplican el sistema mixto, como es el caso de Ecuador.

b) Nacionalidad Adquirida

La naturalización o nacionalidad adquirida contiene la petición de la nacionalidad distinta a la de origen y la aceptación del Estado previo al cumplimiento de algunos requisitos, además de ser considerada un acto soberano y discrecional de la potestad pública, en virtud del cual un individuo cambia una nacionalidad por otra.

Ésta se puede obtener sin perjuicio de la nacionalidad de origen, como lo establece el inciso 3 del art. 6 de la Constitución “La nacionalidad ecuatoriana se obtendrá por nacimiento o por naturalización y no se perderá por el matrimonio o su disolución, ni por la adquisición de otra nacionalidad”.¹⁹

Las formas de adquirir la nacionalidad son diversas, ya que, dependerá de la legislación interna de naturalización que haya sido establecida por cada Estado,

¹⁸ Sánchez De Bustamante, A. Código de Derecho Internacional Privado. Sexta Conferencia Panamericana. 1928. La Habana - Cuba: Editorial Talleres Disgraf

¹⁹ Constitución de la República del Ecuador, 2008



UNIVERSIDAD DE CUENCA

sin embargo cabe recalcar que estas variaciones son mínimas ya que diversos países mantienen requisitos similares.

En el Ecuador estas reglas estaban contempladas en la Ley de Naturalización que se encuentra derogada. Actualmente la normativa que establece los procedimientos necesarios para la naturalización es la Ley Orgánica de Movilidad Humana junto a su Reglamento establecido en agosto del año 2017. Para obtener la nacionalidad ecuatoriana a través de la Carta de Naturalización, es necesario que las personas extranjeras ostenten visa de residencia permanente y se encuentren domiciliadas en el Ecuador de forma regular al menos por tres años, a la fecha de ingreso de la solicitud. Para el caso de personas refugiadas o apátridas el tiempo de permanencia en el país es de al menos dos años, quienes podrán acceder a un mecanismo excepcional de naturalización, esto según el Art. 71 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

De acuerdo al artículo 72 del mismo cuerpo normativo, los requisitos para solicitar la carta de naturalización son:²⁰

1. Residir de forma regular y continua en el país con una visa de residencia permanente según las disposiciones de la ley.
2. Disponer del documento debidamente apostillado o legalizado y emitido por la autoridad competente del país de origen en el que conste el lugar de nacimiento y demás datos de filiación del solicitante; excepto en el caso de aquellas personas reconocidas por el Ecuador como refugiados y/o apátridas.
3. Tener más de 18 años de edad cumplidos a la fecha de la solicitud;
4. Para las personas menores de 18 años se requerirá el consentimiento de quienes tengan la patria potestad o tutela legal, se escuchará la opinión de los niños, niñas y adolescentes conforme a lo establecido en la ley especial de

²⁰ Ley Orgánica de Movilidad Humana



UNIVERSIDAD DE CUENCA

niñez y adolescencia.

5. Tener conocimientos generales de historia, geografía, cultura y de la realidad actual de Ecuador;
6. Hablar y escribir el idioma castellano.
7. Poseer medios de vida lícitos en el país. En el caso de personas extranjeras con discapacidad que dependan económicamente de un tercero, será el tercero a quien le corresponderá demostrar su capacidad económica y medios de vida lícitos en el país;
8. Encontrarse al día en sus obligaciones con el Estado ecuatoriano; y,
9. Exponer en una entrevista los motivos por los que desea adquirir la nacionalidad ecuatoriana.

Nuestra Legislación prevé actualmente la doble nacionalidad tanto para los ecuatorianos que se naturalizan en otros Estados, como para los extranjeros que se naturalizan en nuestro país, con el fin de evitar los numerosos casos de Apátrida, etc. Así lo establece el Art. 8. De nuestra actual Constitución, Numeral 5. Inciso primero que dice textualmente: Quienes adquieran la nacionalidad ecuatoriana no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen. De igual manera lo establece el Art.6. Inciso segundo dice: Que la nacionalidad ecuatoriana se obtendrá por nacimiento o por naturalización y no se perderá ni por la adquisición de otra nacionalidad.

Por último, nuestra Constitución ecuatoriana establece los casos de naturalización en su Art. 8.- (Ecuatorianos por Naturalización)-. Son ecuatorianas y ecuatorianos por nacimiento:

1. Las que obtengan la Carta de Naturalización.
2. Las extranjeras menores de edad adoptadas por una ecuatoriana o



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ecuatoriano, que conservarán la nacionalidad ecuatoriana mientras no expresen voluntad contraria.

3. Las nacidas en el exterior de madre o padre ecuatorianos por naturalización, mientras aquéllas sean menores de edad, conservarán la nacionalidad ecuatoriana si no expresan voluntad contraria.

4. Las que contraigan matrimonio o mantengan unión de hecho con una ecuatoriana o un ecuatoriano, de acuerdo con la ley.

5. Las que obtengan la nacionalidad ecuatoriana por haber prestado servicios relevantes al País con su talento o esfuerzo individual.

Conforme al Art.80 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana, pueden renunciar a la nacionalidad ecuatoriana las personas que han adquirido la misma por naturalización y quienes han adquirido la nacionalidad por adopción o por naturalización de sus padres, una vez que hayan cumplido dieciocho años, siempre y cuando la persona renunciante no se convierta en persona apátrida. La renuncia a la nacionalidad deberá ser manifestada de forma expresa.

La nacionalidad ecuatoriana por nacimiento no es susceptible de renuncia.

Por otra parte, el Art. 81 de la misma ley, establece que previa acción de lesividad, la autoridad de movilidad humana declarará nula la naturalización cuando se haya otorgado sobre la base de ocultación de hechos relevantes, documentos falsos o el cometimiento de fraude a la ley en el procedimiento de concesión.

2.4 LA DOBLE NACIONALIDAD EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

La doble nacionalidad es aquella condición de ser considerado ciudadano de dos naciones.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Como primer punto, creo conveniente hacer un repaso histórico sobre la regulación de la doble nacionalidad del Sistema de Legislación ecuatoriana. Es así que, en un principio, las disposiciones que regulaban la Institución de la Doble Nacionalidad para ciudadanos ecuatorianos nacen a partir de la Constitución de 1945, en donde se establece la doble nacionalidad para los ciudadanos españoles e iberoamericanos, a través de convenios de los cuales el Ecuador es un país suscribiente del mismo, razón por la que a partir de aquel momento gozamos de título de iberoamericanos y del derecho de tener la doble nacionalidad.

Como un suceso en contra de lo ya establecido por la anterior Constitución, en la Constitución de 1946 se establece la pérdida de la nacionalidad ecuatoriana por la adquisición de otra, dejando a un lado la condición establecida en la anterior (1945) sobre la doble nacionalidad para los ciudadanos españoles e iberoamericanos. Suceso que en las Constituciones de 1967 y la de 1978 se establece nuevamente la condición y aprobación de la doble nacionalidad para ciudadanos españoles e iberoamericanos. Estableciéndose así, en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, en su Art. 10 que “quienes adquieran la nacionalidad ecuatoriana, conforme el principio de reciprocidad, a los Tratados que se hayan celebrado y a la expresa voluntad de adquirirla, podrán mantener la ciudadanía o nacionalidad de origen”. Disposición que ha transitado hasta la Constitución del 2008 actualmente vigente, que regula del derecho o goce de la doble nacionalidad, consagrándose como norma constitucional fundamental

Es así que, el principio que establece que ninguna persona puede tener más de una nacionalidad, en nuestro sistema de legislación ecuatoriana no tiene valor alguno, pues, nuestra Constitución del 2008 en su artículo 11 establece en su inciso segundo que: “los ecuatorianos por nacimiento que se naturalizan o se hayan naturalizado en otro país, podrán mantener la nacionalidad



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ecuatoriana (...)” Como podemos ver en nuestra Carta Magna actualmente es permitido mantener una doble nacionalidad, pero este sería uno de los errores en los que incurre nuestra ley. Lo ideal sería decir que se permite mantener una doble nacionalidad únicamente con los Estados con los que se tenga un convenio para aquello, tal es el caso de nuestro país en donde se permite tener la nacionalidad española mientras se mantiene la ecuatoriana.

La nacionalidad regulada en nuestra Constitución y en los instrumentos internacionales busca otorgar a la nacionalidad, el derecho de adquirir y manejar, sea la nacionalidad de origen como la ecuatoriana, durante el transcurso de su vida, sin limitar ese derecho tanto a los nacionales como extranjeros.

La forma en la que se obtiene la nacionalidad en nuestro país, es a través de la naturalización, previo cumplimiento de los requisitos establecidos para que una persona extranjera adquiera la nacionalidad ecuatoriana, en concordancia con las disposiciones establecidas en los Tratados y Convenios Internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador. La naturalización produce varios efectos legales cuyo fin es brindar al extranjero los mismos derechos y deberes que posee un nacional para con el Estado que la otorga. Entonces, es así que en el Ecuador se acepta la doble nacionalidad, esto es que un extranjero puede adquirir la nacionalidad ecuatoriana, de acuerdo a la Constitución Ecuatoriana, sin necesidad de que el extranjero renuncie a su nacionalidad de origen.

Como dato relevante en este punto y, realizada una investigación respecto a la adquisición de la nacionalidad ecuatoriana en los últimos años, se ha determinado que el número de extranjeros que han adquirido la nacionalidad ecuatoriana subió 59% del 2018 al 2019, según la Cancillería.

Un total de 1.031 extranjeros se han nacionalizado (300 en el 2018 y 731 en el 2019). A este grupo se suman las 17 naturalizaciones vía decreto del



UNIVERSIDAD DE CUENCA

presidente de la República por “servicios relevantes”. De estos últimos, nueve la recibieron durante los últimos cinco meses del gobierno de Rafael Correa, de ellos cinco estaban vinculados a ese régimen como funcionarios, dos son futbolistas y dos por destacar en el ámbito científico. En total, 1.048 personas nacidas en el exterior se han convertido en ecuatorianas desde enero del 2018 hasta hoy.

Aplicando así lo establecido por La Ley Orgánica de Movilidad Humana (LOMH), la cual se encuentra vigente desde hace cuatro años, misma que establece que los extranjeros, para ser ecuatorianos, no deben renunciar a su nacionalidad de origen, en concordancia con la Constitución del 2008 la cual acepta la doble nacionalidad en su artículo 10.

Cabe señalar que el Estado ecuatoriano mantiene actualmente con España, un Convenio sobre Doble Nacionalidad suscrito el 4 de marzo de 1964, que en esencia es un documento que se supone es de aplicación bilateral. La doble nacionalidad, es un principio que se consagra en la Constitución de la República del Ecuador vigente desde el 2008, así como en la de 1967, 1976, 1998. El derecho fundamental de las personas a cambiar libremente de nacionalidad, es un derecho consagrado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948.

Por tal motivo, a nadie se le puede imponer una nacionalidad que no desee, pues este vínculo jurídico debe ser libre y voluntario. En virtud a las disposiciones establecidas tanto en la Ley como en la Constitución e Instrumentos internacionales vigentes, en la actualidad en el Ecuador, los nacionales y los extranjeros pueden optar por obtener la nacionalidad en el país que se encuentren y mantener la original es decir poseer la doble nacionalidad, de igual manera los extranjeros en nuestro país opten por mantener la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

nacionalidad adquirida, es decir la ecuatoriana, sin que ello acarree la pérdida de su nacionalidad de origen. Debo mencionar que las disposiciones sobre la doble nacionalidad, reguladas en los diversos cuerpos normativos, protege no solamente a los extranjeros sino también a los nacionales que se encuentran residiendo fuera de Ecuador incluyendo a sus consanguíneos.

Con respecto a este tema, el jurista Juan Larrea Holguín manifiesta lo siguiente: “Por una parte, la nacionalidad distingue a dos clases de sujetos de derecho, los nacionales y los extranjeros, que al entrar en relaciones de carácter jurídico, originan problemas de Conflictos de Leyes. Este mismo fenómeno desde un peculiar punto de vista, es el problema de los “derechos de los extranjeros (...) Hay, pues, que conceder la nacionalidad automáticamente, al individuo arraigado en un país mediante la residencia continuada y algún acto expresivo de su voluntad, como sería sobre todo la inscripción en los registros electorales”²¹.

A continuación veamos los requisitos que se necesitan para la obtención de la doble nacionalidad.

En el caso de que uno de tus progenitores sea de nacionalidad ecuatoriana, se puede adquirir la Doble Nacionalidad llevando a cabo en primer lugar, la “Inscripción tardía de Nacimiento”.

Los hijos pueden ser inscritos en cualquier tiempo, ya que el derecho de hacerlo es imprescriptible. Los requisitos para la inscripción tardía de los nacimientos son:²²

1.- Documento de identidad. (Copia del pasaporte en vigor).

²¹ Larrea Holguín, J. (2005). Manual de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano. Quito- Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

²² <https://www.gob.ec/mremh/tramites/obtencion-nacionalidad-ecuatoriana-carta-naturalizacion>



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- 2.- Certificación literal del Registro Civil del país de origen, debidamente legalizado y/o apostillado.
- 3.- Cualquiera de los siguientes documentos del progenitor ecuatoriano que compruebe o acredite el parentesco:
 - a) Original o copia de la cédula de ciudadanía.
 - b) Certificado literal de nacimiento.
- 4.- Razón de inexistencia; constatada mediante la verificación en el sistema informático, y que deberá ser impresa y formará parte del expediente.
- 5.- Declaración juramentada, en la que se indique el lugar y fecha de nacimiento, nombres, apellidos y nacionalidad de los padres, realizada ante el Cónsul del Ecuador. Las personas mayores de 65 años de edad y personas con capacidades especiales, quedan exentas de este requisito.
- 6.- Pago de los aranceles pertinentes. (En el caso de la inscripción tardía a partir de los 18 años de edad, tendrá un costo de 5 dólares).
- 7.- Podrán ser necesarias fotografías tipo pasaporte.²³

Luego de haber inscrito el nacimiento se debe hacer la solicitud de la cédula de identidad y ciudadanía y finalmente, solicitar el respectivo pasaporte en el Registro Civil.

2.5 ANÁLISIS DE CASO "NIÑAS YEAN Y BOSICO VS REPÚBLICA DOMINICANA" RESUELTO POR LA CIDH RESPECTO A LA IMPORTANCIA DE LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD

²³ <https://www.gob.ec/mremh/tramites/obtencion-nacionalidad-ecuatoriana-carta-naturalizacion>



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El análisis del presente caso tiene como finalidad mostrar los efectos que genera el no tener una nacionalidad como la vulneración de principios fundamentales del Estado de Derecho, así como la violación de la seguridad jurídica y del derecho a la nacionalidad, el cual, como veremos, es de vital importancia a la hora de adquirir otros derechos.

Los hechos del presente caso iniciaron el 5 de marzo de 1997, cuando comparecieron ante la Oficialía Civil de Sabana Grande de Boyá, la madre de Violeta Bosico, de 10 años de edad, y la prima de la madre de Dilcia Yean, de 12 años de edad, con la finalidad de solicitar el registro tardío de sus nacimientos. Las niñas habían nacido en República Dominicana y su ascendencia era haitiana. A pesar de contar con los documentos requeridos, se denegó el registro de las niñas.

El 11 de julio de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión”) sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una demanda contra la República Dominicana (en adelante “el Estado”), la cual se originó en la denuncia No. 12.189, recibida en la Secretaría de la Comisión el 28 de octubre de 1998.

El 28 de octubre de 1998 las niñas Yean y Bosico, a través del señor Genaro Rincón Miesse y de la señora Solain Pierre , coordinadora general del Movimiento de Mujeres Domínico Haitianas (en adelante “MUDHA”), presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana fundada en la “negación a [las niñas Yean y Bosico] de sus actas de nacimiento que les permitieran tener una nacionalidad y un nombre; y cuya denegación coarta[...] el derecho a [la] educación, ya que en la República Dominicana, sin la certificación de nacimiento es imposible asistir a la escuela entre otras cosas”. El 27 de abril de 1999 la Comisión recibió una denuncia enmendada en inglés



UNIVERSIDAD DE CUENCA

y una solicitud de medidas cautelares, presentadas por el señor Genaro Rincón Miesse, representante de MUDHA.

El 7 de julio de 1999 la Comisión abrió el caso, transmitió al Estado las partes pertinentes de la denuncia, le solicitó información respecto de los hechos, y de acuerdo al Reglamento de la Comisión vigente en ese momento, le pidió que le suministrará “cualquier elemento de juicio que permitieran apreciar si en el caso se ha agotado o no los recursos de la jurisdicción interna”.

El 27 de agosto de 1999 la Comisión solicitó a la República Dominicana la adopción de medidas cautelares a favor de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, con la finalidad de “otorgar inmediatamente a las niñas las garantías necesarias tendientes a evitar que pudieran ser expulsadas del territorio dominicano y que Violeta Bosica pudiera continuar asistiendo normalmente a la escuela y recibiendo la educación que se brinda a los demás niños de nacionalidad dominicana”.

El mismo 30 de septiembre de 1999 el Estado informó, respecto de la adopción de medidas cautelares, que “no existía ninguna posibilidad de que la República Dominicana repatrió/ara a un ciudadano haitiano que esté bajo alguna condición de legalidad en el país como son: residencia legal, refugiados, permiso de trabajo, y visado vigente en el país o bajo alguna de las condiciones de tolerancia a inmigrantes ilegales que han establecido, tales como] ciudadanos con un largo período de estadía o con vínculos familiares con nacionales dominicanos”, y que “la Dirección General de Migración, reiteró a los departamentos correspondientes las disposiciones que había establecido en los procesos de repatriación, enfatizándoles [...] que no proceda a repatriar a las niñas Yean y Bosico hasta tanto no se culmine con el proceso de verificación de la autenticidad de sus argumentos”²⁴.

²⁴ https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=289&lang=es



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El 1 de diciembre de 1999 el Estado comunicó a la Comisión su disposición de acceder al mecanismo de solución amistosa, e hizo constar que “aún no han sido agotados los recursos internos”. El 2 de diciembre de 1999 los representantes de las peticionarias alegaron que “habían agotado los recursos internos y habían cumplido con las disposiciones de la ley dominicana para recurrir la denegación de registro ya que las niñas apelaron la decisión ante el Procurador Fiscal, quien la denegó. Asimismo, los representantes de las peticionarias alegaron que la Junta Central Electoral “ya había considerado y resuelto en contra de las [niñas su solicitud de registro] y, por tanto, Dilcia y Violeta ha[bían] agotado el discutible ‘proceso de apelación’ ante la Junta Central Electoral”.

El 1 de octubre de 2001 el Estado informó a la Comisión que se ha resuelto otorgar las actas de nacimiento a las niñas y, adjuntó copias de los extractos de acta de nacimiento en nombre de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, ambas actas fueron emitidas el 25 de septiembre de 2001.

El 11 de julio de 2003 la Comisión presentó la demanda ante la Corte. La Comisión fundamentó la demanda con base en el artículo 61 de la Convención Americana, con la finalidad de que la Corte declarara la responsabilidad internacional de República Dominicana por la presunta violación de los artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 8 (Garantías Judiciales), 19 (Derechos del Niño), 20 (Derecho a la Nacionalidad), 24 (Igualdad ante la Ley) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) del mismo instrumento convencional, en perjuicio de las niñas Dilcia Oliven Yean y Violeta Bosico Cofi (en adelante “las niñas Yean y Bosico”,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

“las presuntas víctimas”), en relación con los hechos acaecidos y los derechos violados desde el 25 de marzo de 1999, fecha en que la República Dominicana reconoció la competencia contenciosa de la Corte.²⁵

El 11 de julio de 2003 la Comisión presentó la demanda ante la Corte. La Comisión alegó en su demanda que el Estado, por medio de las autoridades del Registro Civil, negaron a las niñas Yean y Bosico la emisión de sus actas de nacimiento, a pesar de que ellas nacieron en el territorio del Estado y de que la Constitución de la República Dominicana establece el principio del *ius soli* para determinar quienes son ciudadanos dominicanos. La Comisión indicó que República Dominicana obligó a las víctimas a permanecer en una situación de ilegalidad y vulnerabilidad social, violaciones que tienen un alcance mayor y grave cuando se trata de niños/as, toda vez que la República Dominicana negó a las niñas Yean y Bosico su derecho a la nacionalidad dominicana y las mantuvo como apátridas hasta el 25 de septiembre de 2001. La Comisión señaló que, la niña Violeta Bosico se vio imposibilitada de asistir a la escuela por un año debido a la falta de documentos de identidad, privándole de su derecho a la educación.

Además de ello, la Comisión pidió a la Corte que ordenara al Estado se otorgue una reparación justa y satisfactoria por las presuntas violaciones de derechos ocurridas en perjuicio de las niñas.

Solicitó también que el Estado adopte medidas legislativas necesarias para garantizar el respeto a los derechos consagrados en la Convención Interamericana y se establezca parámetros adecuados para la determinación de los requisitos en caso de una inscripción tardía de nacimiento y no que se impongan directrices discriminatorias, con el fin de registrar de los niños dominico-haitianos. Por último, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado

²⁵ https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=289&lang=es



UNIVERSIDAD DE CUENCA

cubrir las costas y gastos generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante los órganos del sistema interamericano.

Fecha de remisión del caso a la Corte IDH: 11 de julio de 2003

Petitorio de la CIDH: La CIDH solicitó al Tribunal que declare la responsabilidad internacional del Estado de República Dominicana por la presunta violación de los derechos reconocidos en los artículos 3, 8, 19, 20, 24 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Oliven Yean y Violeta Bosico Cofi.

Excepciones Preliminares

No agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna del Estado

El Estado alegó que primero se debían agotar los recursos internos y en este caso el más adecuado era el recurso jerárquico existente dentro del derecho administrativo. Alega que las presuntas víctimas no agotaron el recurso de reconsideración ante el Oficial del Estado Civil, ni tampoco interpusieron una acción de amparo, la cual ya se regulaba en la República Dominicana desde 1978. Por otra parte las víctimas no interpusieron el recurso de inconstitucionalidad contra la norma que les negó el acceso al reconocimiento de su nacionalidad.

La Corte manifiesta, en cuanto a la interposición de la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos en primer lugar, que el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita a la invocación de esa regla. En segundo lugar, la excepción de no agotamiento de recursos internos debe plantearse, para que sea oportuna, en la etapa de admisibilidad del procedimiento ante la Comisión (...); si no es así, se presume que el Estado



UNIVERSIDAD DE CUENCA

renuncia tácitamente a valerse de ella. En tercer lugar, la Corte ha señalado que la falta de agotamiento de recursos es una cuestión de pura admisibilidad y que el Estado que la alega debe indicar los recursos internos que es preciso agotar, así como acreditar que esos recursos son adecuados y efectivos.²⁶

La Corte considera que el Estado, al no señalar expresamente durante el procedimiento de admisibilidad ante la CIDH cuáles son los recursos idóneos y efectivos que debían haber sido agotados, renunció tácitamente a un medio de defensa que la Convención Americana establece en su favor e incurrió en admisión tácita de la inexistencia de dichos recursos o del oportuno agotamiento de éstos.

En base a lo analizado, y en consideración a los argumentos expuesto por la Comisión Interamericana, que son afines con las disposiciones relevantes de la Convención Americana, la Corte desestima la primera excepción preliminar interpuesta por el Estado.

No cumplimiento de la Solución Amistosa presentada por la Comisión y acogida por el Estado

El Estado alegó que el 1 de noviembre de 1999 la Comisión se puso a disposición de las partes para llegar a una solución amistosa, procedimiento que fue aceptado por la República Dominicana, y dentro de dicho marco los representantes hicieron peticiones que consideró que “sobrepasaba con creces el objeto de la solución amistosa”.

La Corte considera que para alcanzar una solución amistosa es necesario que exista un consenso básico entre las partes, en el cual se pueda constatar la

²⁶ Corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha



UNIVERSIDAD DE CUENCA

voluntad de éstas de poner fin a la controversia, en lo que respecta al fondo del asunto y las posibles reparaciones, situación que no ocurrió en el presente caso.

Por lo antes expuesto se desprende que el mecanismo de solución amistosa no concluyó con un acuerdo expreso de las partes para llegar a la terminación del asunto. En consecuencia, la Corte desestima la segunda excepción preliminar interpuesta por el Estado.

Falta de competencia *ratione temporis*

El Estado alegó que la supuesta violación a los derechos de las niñas Yean y Bosico tuvo cabida el 5 de marzo de 1997 y el Estado reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 25 de marzo de 1999, es decir, dos años después de la presunta violación.

Con respecto al argumento del Estado sobre la alegada falta de competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana para conocer de los hechos relacionados con este caso, ocurridos el 5 de marzo de 1997, con anterioridad a que el Estado reconociera su competencia contenciosa, la Corte manifiesta que, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia, ya que el reconocimiento de la misma por el Estado presupone la admisión del derecho del Tribunal a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. En consecuencia, la Corte tomará en consideración tanto la fecha de reconocimiento de su competencia contenciosa por parte de la República Dominicana, como el principio de irretroactividad, establecido en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, para determinar el alcance de su competencia en el presente caso. En razón de lo expuesto, la Corte desestima la tercera excepción preliminar interpuesta por el Estado.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

LA CORTE, DECIDE: Por unanimidad, 1. Desestimar las tres excepciones preliminares interpuestas por el Estado, de conformidad con los párrafos 59 a 65, 69 a 74, y 78 y 79 de la presente Sentencia. **DECLARA:** Por unanimidad, que: 2. El Estado violó los derechos a la nacionalidad y a la igualdad ante la ley consagrados, respectivamente, en los artículos 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. 3. El Estado violó los derechos al nombre y al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica consagrados, respectivamente, en los artículos 3 y 18 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. 4. El Estado violó el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 de la misma, en perjuicio de las señoras Leonidas Oliven Yean, Tiramén Bosico Cofi y Teresa Tucent Mena. 5. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación. **Y DISPONE:** Por unanimidad, que: 6.- El Estado debe publicar, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional en la República Dominicana, al menos por una vez, tanto la Sección denominada “Hechos Probados”, sin las notas de pie de página correspondientes, como los puntos resolutivos de la presente Sentencia. 7. El Estado debe hacer un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y de petición de disculpas a las víctimas Dilcia Yean y Violeta Bosico, y a Leonidas Oliven Yean, Tiramén Bosico Cofi y Teresa Tucent Mena, en un plazo de seis meses, con la participación de autoridades estatales, de las víctimas y sus familiares, así como de los representantes y con difusión en los medios de comunicación (radio, prensa y televisión). El referido acto tendrá efectos de satisfacción y servirá como garantía de no repetición, en los términos del párrafo 235 de la presente Sentencia. 8. El



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Estado debe adoptar en su derecho interno, dentro de un plazo razonable, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad dominicana, mediante la declaración tardía de nacimiento. Dicho procedimiento debe ser sencillo, accesible y razonable, en consideración de que, de otra forma, los solicitantes pudieran quedar en condición de ser apátridas. Además, debe existir un recurso efectivo para los casos en que sea denegada la solicitud, en los términos de la Convención Americana. 9. El Estado debe pagar, por concepto de indemnización por daño inmaterial, la cantidad de ocho mil dólares americanos a la niña Dilcia Yean, y la misma cantidad a la niña Violeta Bosico. 10. El Estado debe pagar, por concepto de las costas y gastos generados en el ámbito interno e internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. 11. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento.²⁷

2.6.- APLICABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LATINOAMÉRICA.

En la actualidad, en Latinoamérica los derechos humanos son protegidos por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión tiene el deber de velar por el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos en todo el continente; a través de informes sobre la

²⁷ CORTE I.D.H.: Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

situación de los derechos humanos en distintos países y al escuchar denuncias individuales de violaciones. Por su parte, la Corte escucha casos individuales de violaciones a los derechos humanos en países que aceptaron su competencia, y emiten decisiones autoritativas.

Cabe señalar que la Corte no es un tribunal supranacional de instancia facultado para revocar o anular las decisiones definitivas de los tribunales internos. Más aún, en la práctica, la generalidad de las sentencias de la Corte Interamericana son y han sido de carácter indemnizatorio.²⁸

Haciendo un análisis de la legislación latinoamericana en materia de cumplimiento de sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es evidente que son muy pocas las excepciones en las cuales se han expedido disposiciones específicas para el cumplimiento de recomendaciones y fallos compensatorios provenientes de los organismos internacionales.²⁹

Es así que, el Caso Yean y Bosico resultó ser un claro exponente de la necesidad de establecer límites y reglas por las que la Administración debe regirse, en los países que se encuentran sometidos a la Convención Americana. Tanto la CIDH en su demanda, como la Corte en su sentencia, determinaron que los países deben adoptar medidas para evitar la restricción de los márgenes de discrecionalidad de las autoridades estatales con el fin de erradicar las prácticas discriminatorias en la Administración de los Estados, y que no ocurra lo que sucedió en República Dominicana al momento de intentar la inscripción tardía de un nacimiento.

²⁸ Cfr. Fix Zamudio, Héctor, “La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, op cit.

²⁹ Quintana, K. Ejecución de sentencias de la CIDH, México 2002.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El SIDH reconoció en este caso una importante relación entre los alcances del debido proceso legal administrativo y el resguardo de una norma fundamental del sistema: la prohibición de discriminación, señalando que “los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas, condición que es derivada de la falta de nacionalidad, cuando un individuo no califica bajo las leyes de un Estado para recibirla, como consecuencia de su privación arbitraria, o bien por el otorgamiento de una nacionalidad que no es efectiva en la práctica.

Además, la Corte IDH consideró que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los diferentes Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos.

La Corte IDH destacó la importancia de la nacionalidad, no sólo como un derecho, sino también como un vínculo jurídico político entre una persona y un Estado, que le permite ser titular y ejercer derechos y responsabilidades.

También precisó, que si bien cada Estado puede establecer los criterios para otorgar la nacionalidad, esta facultad está limitada por deber de garantizar protección igualitaria y efectiva de la ley, sin discriminación, y por el deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia.

La sentencia emitida por la Corte IDH estableció tres reglas con respecto al derecho a la nacionalidad de los hijos de personas inmigrantes, que los Estados deben tener presente:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- a) el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos;
- b) el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos, y
- c) la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron.³⁰

Finalmente, la sentencia emitida por la Corte IDH, impuso no sólo al Estado Dominicano, sino a todos los países que conforman Latinoamérica, el deber de combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, a través de la indispensable adopción de medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas, sentencia que deja muchas enseñanzas y lecciones para los Estados que se encuentran sujetos a la Convención, pues como bien sabemos decisiones del Tribunal Interamericano siguen siendo vinculantes para los Estados.

2.7.- RESOLUCIONES EMITIDAS POR LA CIDH SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA NACIONALIDAD EN BASE A LOS CASOS “NIÑAS YEAN Y BOSICO VS REPÚBLICA DOMINICANA” Y CASO DE ‘PERSONAS DOMINICANAS Y HAITIANAS EXPULSADAS VS REPÚBLICA DOMINICANA’

Las Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 8 de septiembre de 2005 en el caso de las Niñas Yean y Bosico y el 28 de

³⁰ Olea, H. Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) ,2015, pag. 268



UNIVERSIDAD DE CUENCA

agosto de 2014 en el caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas (en adelante “los dos casos”), ambos contra el Estado de República Dominicana. En la Sentencia del caso de las Niñas Yean y Bosico la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado por la violación, entre otros, a los derechos a la nacionalidad, al nombre y a la integridad, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, dominicanas de ascendencia haitiana, así como el derecho a la integridad personal de sus madres y la hermana de una de ellas, debido a que en julio de 1998 denegó a las niñas la nacionalidad dominicana por razones discriminatorias y las mantuvo en situación de apatridia por más de cuatro años.³¹

En el caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas la Corte determinó que el Estado era responsable, entre otros, por la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la nacionalidad, al nombre y a la identidad, en perjuicio de miembros de las familias Medina, Fils-Aimé, Gelin, Sensión y Jean y del señor Rafaelito Pérez Charles. Se constató que los hechos de este caso se insertaron en un contexto en que, en República Dominicana, las personas nacidas en territorio dominicano de ascendencia haitiana y la población haitiana, están en situación de vulnerabilidad por distintos factores, como la dificultad que enfrentan para obtener documentos personales de identificación y por el patrón sistemático de expulsión de esta población.³²

Con respecto a la importancia de la nacionalidad, en ambos casos, la Corte Interamericana ha manifestado varias cuestiones que fueron relevantes y de necesaria apreciación a la hora de resolver ambos casos.

³¹ Cfr. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130,5.

³²Cfr. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana.Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014 Serie C No. 282,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La Corte IDH, ha sostenido que la nacionalidad es un derecho fundamental inderogable de la persona humana, que está establecido tanto en la Convención Americana y en otros instrumentos internacionales. En su jurisprudencia, la Corte ha establecido que el derecho a la nacionalidad abarca un doble aspecto: el derecho a tener una nacionalidad significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado; y el de protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuos.

Así, el Tribunal Interamericano ha considerado que la nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano. Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil. De allí que, no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos.³³

Por otra parte, la Comisión Interamericana se ha referido a la nacionalidad como un vínculo jurídico que tiene como base “un hecho social de

³³ Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrs. 32 y 33.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

incorporación, una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, de sentimientos, unida a una reciprocidad de derechos y deberes.

Este órgano inclusive ha considerado que en el derecho a la nacionalidad radican “todas las prerrogativas, garantías y beneficios que el ser humano deriva de su calidad de miembro de una comunidad política y social, cuál es el Estado” y que “dadas estas características casi no existe legislación en el mundo que utilice o aplique la privación de la nacionalidad como una pena o sanción para ninguna clase de delitos y menos todavía por actividades de orden político”³⁴

De manera específica respecto al derecho a la nacionalidad, la Corte considera que: [...] el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos[...]

La Corte también ha establecido que los Estados tienen la obligación de garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación independientemente del estatus migratorio de una persona en un Estado, y dicha obligación se proyecta en el ámbito del derecho a la nacionalidad.

Como lo ha señalado la Comisión Interamericana, la privación de la nacionalidad de una persona no puede ser arbitraria y debe responder a un fin legítimo del Estado, proporcional al fin a alcanzar y no motivado en razones discriminatorias. En este sentido, los Estados deben evitar que la legislación interna sobre inscripción y otorgamiento de nacionalidad de personas tengan

³⁴ CIDH. Informes de País. Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile. OEA/Ser.L/V/II.40, doc. 10, del 11 de febrero de 1977



UNIVERSIDAD DE CUENCA

un impacto discriminatorio de manera directa o indirecta basado en características como lo pueden ser el origen racial o nacional, o por sexo, idioma, religión, opinión política, posición económica, o cualquier otra condición.

"En este sentido, tanto la Corte como la Comisión Interamericanas han establecido algunas situaciones que resultan arbitrarias, contrarias a una igual protección ante la ley o discriminatorias en el reconocimiento de la nacionalidad de una persona:³⁵

- Es irrazonable que se transmita el estatus migratorio irregular del padre o madre a una persona a efectos de privarle de la nacionalidad del país donde nació. Así, la diferencia hecha entre las personas nacidas en el territorio de un Estado con base en la diferente situación de sus padres en cuanto a la regularidad o irregularidad migratoria no resulta una explicación válida para una diferencia de trato, y es violatoria del derecho de igualdad ante la ley del artículo 24 de la Convención Americana.
- Los Estados no pueden privar de nacionalidad a una persona nacida en su territorio porque su padre o madre se consideren persona transeúnte o en tránsito en el país, sin por lo menos respetar un límite temporal razonable para ello y sin tomar en cuenta que una persona extranjera que desarrolla vínculos en un Estado no puede ser equiparado a un transeúnte o a una persona en tránsito.
- Es arbitraria la aplicación retroactiva de una disposición que priva de la nacionalidad de un Estado a personas que habían sido reconocidas como nacionales antes de la vigencia de dicha disposición. Para la Corte, una situación como tal implica la afectación a la seguridad jurídica en el goce del

³⁵ CIDH. Benito Tito Méndez y Otros, Op.cit., párr.232.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

derecho a la nacionalidad de las personas.

- Cuando las restricciones al derecho a la nacionalidad no existían en la legislación positiva del Estado al momento en que la persona la adquirió, lo cual la hace arbitraria.

- La Corte ha planteado que los requisitos exigidos para probar el nacimiento en el territorio de una persona, inclusive cuando se trate de registros tardíos, deben ser razonables y objetivos, no pudiendo representar un obstáculo para acceder al derecho a la nacionalidad, y debiendo implementarse en condiciones de igualdad y no discriminación.

- Cuando la medida mediante la cual se priva de la nacionalidad a una determinada persona no se adopta de manera individual y sin que se respeten garantías de debido proceso, tal como sería negarle la posibilidad a la persona afectada de oponerse a dicha medida, o si la acción es bastante ilógica dadas las circunstancias. Esto hace a la medida arbitraria.

- Para evitar privaciones arbitrarias a la nacionalidad, los Estados deben adoptar en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra naturaleza que sean necesarias “[...] para regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad [...]. Dicho procedimiento debe ser sencillo, accesible y razonable, en consideración de que, de otra forma, los solicitantes pudieran quedar en condición de ser apátridas”

- La Comisión ha señalado que la privación de la nacionalidad para algunas personas en un determinado país por medio de leyes y prácticas se puede enmarcar en un contexto de discriminación estructural principalmente basada



UNIVERSIDAD DE CUENCA

en criterios raciales y étnicos, afectando desproporcionadamente al grupo en específico.

- Se debe tener en consideración que en algunos casos la denegación de la nacionalidad a residentes permanentes o de largo plazo puede resultar en la creación de una desventaja para ellos en el acceso al trabajo y a los beneficios sociales, en violación de los principios de no discriminación.

Por último, La Corte ha citado lo indicado por la Asamblea General de la OEA en el mismo sentido respecto a que “el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana”³⁶

Como podemos ver, la nacionalidad es un derecho fundamental, que da paso a otros derechos que surgen de ésta, siendo así, el Estado debe garantizar este derecho y no privarlo por meras formalidades evitando así, que las personas queden en indefensión o que no gocen de derechos políticos, los cuales les otorgan facultades en el Estado en el que se encuentran, entonces, es deber del Estado, velar porque las personas se encuentran en el país tengan una nacionalidad y no sean considerados apátridas.

³⁶ párr.123. Ver: OEA, “Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y ‘Derecho a la Identidad’”, resolución AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07) de 5 de junio de 2007; resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008 y, y resolución AG/RES. 2602 (XL- O/10), sobre seguimiento al programa, de 8 de junio de 2010.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPÍTULO III

El domicilio como factor de conexión en el Derecho Internacional Privado

3.1 CONCEPTO E IMPORTANCIA

Como punto de partida es importante señalar la definición de este factor de conexión llamado domicilio, teniendo en cuenta que definir este elemento no es sencillo, ya que, existen varias cuestiones que abarca este factor y que deben analizarse dentro del Derecho Internacional Privado.

El art. 45 del Código Civil Ecuatoriano, define el domicilio y dice que consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Divídase en político y civil.

El Código Civil Alemán establece que: "Domicilio de una persona es el lugar en que se establece de una forma permanente"; pero además, establece una serie de Domicilios Legales y admite la posibilidad de que se tengan varios Domicilios a un tiempo.

Por otra parte, el Derecho Internacional Privado considera al domicilio de las personas físicas como aquel territorio del Estado en el que tenga su residencia habitual, en donde el fin de este factor es determinar la legislación aplicable.

Hay que tener en cuenta que, otra cosa muy distinta es definir el término Domicilio Internacional el cual es considerado como "Un vínculo jurídico mediato o indirecto que también tiene un cierto carácter político entre los individuos y el Estado, por el cual aquellos forman parte de éste, sin ser por ello nacionales"³⁷

³⁷ Guzmán, Latorre. Tratado de Derecho Internacional Privado, Editorial Chile, 1997.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Diversos autores utilizan el término "Domicilio Internacional", con el fin de indicar que se trata de un Domicilio para un orden internacional y no de un Domicilio Civil existente en el ámbito interno.

Puede existir confusión a la hora de definir este término al creer que se pretende señalar que se trata de una noción de carácter internacional; en el hecho de que el Domicilio establecido en un país corresponda a una noción común a los diversos países. Pero no es así, ya que en el estado actual del ámbito internacional no existe un concepto general internacional de Domicilio, sino una concepción propia del Derecho Nacional de cada Estado.

Al referirnos a la expresión de "Domicilio Internacional" se busca en realidad, indicar que se trata del Domicilio desde el punto de vista de las relaciones internacionales.

En cuanto a la importancia del domicilio como elemento de conexión dentro del Derecho Internacional Privado, este factor es fundamental dentro de la solución de conflicto de leyes.

Este es un elemento determinante de la Ley Personal, que actualmente tiende a reemplazar muchas veces a la Nacionalidad como fundamento de esa ley, por ejemplo, el Código de Bustamante respeta el Principio territorial para la aplicación de las leyes personales, cuando éste ha sido adoptado por la legislación interior de los Estados según lo expresan los art. 3 y 7.

Cabe señalar también que, el factor Domicilio ha inspirado varios acuerdos realizados en diversos Congresos y Conferencias Internacionales, tales como los Tratados de Montevideo, suscritos en el Primer Congreso en (1888-1889), inspirados en El Principio del Domicilio; y el Segundo Congreso de Montevideo



UNIVERSIDAD DE CUENCA

(1939-1940), que revisó y modificó dichos Tratados, en donde se priorizó aún más este principio, al destacarse como elemento fundamental en la realización de los Tratados antes mencionados.

Este factor es importante también en los Conflictos de Jurisdicción, analizados desde el punto de vista del Derecho Internacional, cuando nos enfrentamos a una relación jurídica en la que se puede constatar la concurrencia de elementos internacionales y los jueces de dos o más países se crean competentes para conocerlos. En el ámbito del Derecho Procesal Internacional, el Código de Bustamante se acoge en numerosos casos al Domicilio, como por ejemplo: en lo relativo a la sumisión art. 318; en materia de Competencia Internacional, tratándose de acciones personales art. 323; de acciones reales muebles art. 324; de juicios sucesorios art. 327; de concurso y quiebra art. 328 y 329 y de actos de jurisdicción voluntaria art. 330; en concurso de demandas de extradición art. 349.

Es necesario mencionar que, la importancia del Domicilio se ha visto disminuida desde el Derecho Antiguo, pues actualmente la Ley Nacional es la que rige el Estatuto Personal en varios países. Sin embargo, el Domicilio, como factor de conexión, sigue aplicándose aún en algunos Estados como por ejemplo en Francia, en la sucesión de bienes muebles o en la cesión de créditos para fijar la competencia judicial en materia sucesoria, etc.

3.2.- CLASIFICACIÓN DEL DOMICILIO Y DETERMINACIÓN DEL DOMICILIO POLÍTICO COMO AQUEL QUE DEBE CONSIDERARSE EN EL DERECHO INTERNACIONAL



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El art. 45 de nuestro Código Civil, define el domicilio como tal y en su parte final menciona como este se encuentra dividido, en domicilio político y civil, clasificación de relevante estudio dentro de este punto.

La variedad de domicilios se da debido a que el domicilio está regulado tanto por el derecho interno como por el Derecho Internacional. Ya que "cada rama del derecho interno tiene una especial referencia al domicilio y por eso se admite uno procesal, otro comercial, electoral, fiscal, civil, político, etc. Esta clasificación se origina, como mencioné anteriormente, de cada rama del derecho existente, pero la doctrina por su parte señala una clasificación del domicilio diferente. Es así que tenemos:

a) El domicilio de origen el cual se entiende como el lugar de nacimiento de una persona, aquel vínculo que en muchas ocasiones depende del azar, debiendo entenderse como el "lugar del nacimiento no accidental", como consta más abajo, el domicilio del padre en el momento de nacimiento del hijo.

Según el Derecho Inglés y Anglo-americano, "las personas adquieren con el nacimiento un llamado domicilio de origen". Este no es ni el país donde la persona ha nacido ni aquel en que sus padres residen, sino el país en que el padre está domiciliado en el momento del nacimiento del hijo.

b) En el "domicilio de elección"; para su obtención se necesita dos factores: en primer lugar la capacidad, pues las personas con incapacidad, tales como menores, dementes o mujeres casadas, no son capaces de obtener un domicilio de su propia elección. En segundo lugar la residencia, la cual se define como presencia física habitual en un lugar, siendo una concepción puramente de hecho y no requiere capacidad legal.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

c) El Domicilio por operación de derecho o legal, el cual se adquiere como su nombre lo dice, por derecho y no por un acto voluntario de la persona domiciliada, esto se da en el caso de personas dependientes como niños y adolescentes, mujeres casadas, en la gran mayoría de los países también consideran en esta categoría a los dementes y a las personas sometidas a tutela o curaduría.

Dejando a un lado la clasificación del domicilio, nos centraremos en el análisis de otro tipo de domicilio que interesa dentro del Derecho Internacional Privado, el domicilio Político.

El art. 46 del mismo Código establece que el domicilio político es relativo al territorio del Estado en general. El que lo tiene o adquiere, es o se hace miembro de la sociedad ecuatoriana, aunque conserve la calidad de extranjero. La constitución y efectos del domicilio político pertenecen al Derecho Internacional.³⁸

Este tipo de domicilio es el que se regula dentro de las fronteras de un país, sin relación a un lugar determinado. La expresión de Domicilio Político establecida y definida por nuestro Código Civil es adecuada, ya que, el domicilio de una persona en las relaciones internacionales no tiene la misma naturaleza que el Domicilio regulado por del Derecho Interno o que el Domicilio Civil.

El Domicilio, en el ámbito internacional tiene una naturaleza particular, ya que posee relación con los problemas de orden político, toda vez que la noción misma del Domicilio tiene también carácter político.

Domicilio es considerado, en la mayoría de países, lo mismo que la nacionalidad, uno de los atributos de la personalidad humana. Ahora bien, el

³⁸ Código Civil ecuatoriano



UNIVERSIDAD DE CUENCA

legislador ha comprendido que el aspecto político del Domicilio Internacional es más importante que la calidad del atributo de la personalidad que se pueda poseer, por tal motivo, ha establecido que su constitución y efectos pertenecen al Derecho Internacional. Teniendo en cuenta que lo que interesa es saber en qué país se encuentra domiciliada una persona y no en qué parte del país está. En otras palabras, corresponde al Derecho Internacional Privado ocuparse de este tipo de materia (domicilio político). En otras palabras, el domicilio que interesa al Derecho Internacional Privado, es el domicilio político.

3.3.- PROBLEMAS EN CUANTO A LA FIJACIÓN DEL DOMICILIO Y LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN

Los problemas en cuanto a la fijación del domicilio son una cuestión de relevante importancia, pues anteriormente “la jurisprudencia daba por sentada la constitución del domicilio, en uno u otro lugar, sin fundar sus razones o sustentando su posición en criterios territorialistas.”³⁹

Varios son los sistemas de solución a la determinación del domicilio, los cuales examinaremos a continuación.

- Sistema de la autonomía de la voluntad: este sistema defiende la idea de que “El domicilio, pertenece al dominio de la voluntad individual y no al de la ley; la ley lo constata, pero no lo establece. Es un hecho no una intención (...) El hecho y la intención, están bajo la plena dependencia de la persona que crea uno y manifiesta el otro”⁴⁰

³⁹ Adolfo Manuel. El domicilio en el derecho Internacional Privado. Montevideo. pág 149.

⁴⁰ Loiseau. El Domicilio como principio de la competencia legislativa. pág 563



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Siendo así, diríamos que, solamente es necesario demostrar la intención de la persona para establecer su domicilio. Este sistema resulta un tanto insuficiente ya que si bien la voluntad es importante a la hora de elegir un domicilio, considero, no es el único elemento para determinarlo porque existen casos en los que la voluntad queda disminuida como es el caso del domicilio legal.

-Sistema de la Ley Nacional: este sistema señala que el domicilio al ser considerado un atributo de la personalidad y por ende al ser parte del Estatuto Personal de los individuos, debe sujetarse a la misma ley que rige dicho estatuto.

Este sistema ha sido bastante criticado ya que varios autores señalan que el Domicilio no es un atributo de la personalidad, sino que es un hecho territorial, al únicamente unir a un individuo con un territorio determinado.

Para el autor Niboyet, este sistema trae consigo una serie de desperfectos, tanto desde el punto de vista práctico como desde el punto de vista teórico.

Es así que, desde el punto de vista práctico ha generado problemas debido a que hay países en los cuales el Domicilio es uno de los factores primordiales al momento de determinar la Nacionalidad, impidiendo que esta se fije sin antes establecer el Domicilio.

Por otra parte, desde el punto de vista teórico, también se refuta este sistema, pues como manifiesta Niboyet “no se puede a menos de caer en círculo vicioso, someter el domicilio al ley que rige el estado y la capacidad de la persona”



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Esta competencia está regulada por las instituciones de puro Derecho Privado con respecto a las personas y a la familia.

-Sistema de la Lex Fori: está basado en el sistema de los autores anglosajones, quienes examinan el domicilio en base a sus principios. Entonces, este sistema plantea que la ley del Tribunal sea la que resuelva y determine el lugar donde se encuentra el domicilio de una persona. Como un claro ejemplo de este sistema tenemos lo establecido por el Tratado de Montevideo en su art 8. en donde señala que la única ley capaz de determinar si el hogar conyugal se encuentra en el territorio del Estado, es la lex fori.

-Sistema de la Lex Loci o Ley Territorial: Este sistema acepta la competencia de la Lex Fori cuando se trata de determinar si un individuo está o no domiciliado en él. Pero cuando se trata de resolver si la persona está o no domiciliada en países diferentes al del tribunal, se hace a través de la aplicación de la ley del Estado en el cual el interesado señala tener un Domicilio.

3.4.- ANÁLISIS DE EJEMPLOS EN RELACIÓN AL DOMICILIO O RESIDENCIA COMO FACTORES RECURRENTES EN LA SOLUCIÓN DE PROBLEMAS EN EL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ECUATORIANO:

Considero necesario y oportuno analizar las diversas situaciones o relaciones jurídicas, en las que el domicilio ha actuado como elemento de solución de conflictos de dichas situaciones dentro del Sistema de Derecho Internacional



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Privado Ecuatoriano. Varios son los conflictos que se pueden presentar dentro de un Estado en donde el domicilio viene a ser factor primordial para tratarlos.

3.4.1 DOMICILIO Y PERSONAS APÁTRIDAS

Comenzaré señalando la definición de apátrida, la cual para el internacionalista Antonio Brotóns, un apátrida es “un extranjero absoluto, debido a que carece de nacionalidad y se encuentra consecuentemente falto de todos los derechos y beneficios inherentes a la condición de nacional de un estado.”⁴¹

Un factor común de estas personas es que no están protegidos por legislación nacional alguna, por lo tanto son vulnerables ante diversas situaciones que como resultado provocan que sus derechos humanos sean violados, ya que, el Estado en el que se encuentran estas personas apátridas se los priva al no poder demostrar un vínculo formal de nacionalidad.

Los derechos mayormente afectados son, el derecho a la educación, a la asistencia sanitaria, al trabajo, a la propiedad, a la libre circulación, al ejercicio de derechos civiles y políticos, a la representación internacional, es decir todo un conjunto de derechos fundamentales que necesita la protección del Estado.

Se han creado diversos cuerpos normativos tanto internacionales como internos para regular y evitar la vulneración de los derechos humanos de las personas apátridas, en estos instrumentos normativos, el factor domicilio es fundamental al momento de regular los derechos de los apátridas, entre los cuales están:

-Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, en su Art. 12.- nos habla sobre el estatuto personal de las personas apátridas.

⁴¹ Antonio Ramiro Brotóns. Derecho Internacional. Pág. 829



UNIVERSIDAD DE CUENCA

1. El estatuto personal de todo apátrida se registrará por la ley del país de su domicilio o, a falta de domicilio, por la ley del país de su residencia.
2. Los derechos anteriormente adquiridos por el apátrida que dependan del estatuto personal, especialmente los que resultan del matrimonio, serán respetados por todo Estado Contratante, siempre que se cumplan, de ser necesario, las formalidades que exija la legislación de tal Estado, y siempre que el derecho de que se trate sea de los que hubiera reconocido la legislación de tal Estado, si el interesado no se hubiera convertido en apátrida.

-Convención para reducir los casos de apátridas de 1961 la cual establece obligaciones específicas sobre la Prevención y Reducción de la Apatridia, además requiere a los Estados que establezcan salvaguardias en su legislación para manejar la apatridia que ocurre al nacer o en otros momentos de la vida.

Ahora bien, el Ecuador ha sido parte de muchos de los tratados y convenios internacionales tales como "la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos, Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo; Estatuto de los Apátridas, Convención para Reducir los Casos de Apatridia, Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención Belem do Pará"; Convención sobre los Derechos del Niño; Protocolos de Palermo contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes; Convención contra la Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes; y, los demás instrumentos



UNIVERSIDAD DE CUENCA

internacionales suscritos por el Ecuador".⁴² Con la finalidad de proteger los derechos humanos de todos quienes se encuentren en una situación de indefensión por alguna condición o situación.

De tal manera que, en el año 2017 se crea la Ley Orgánica de Movilidad Humana, con el fin de facilitar el acceso de las personas extranjeras a una situación regular y reducir las categorías migratorias, priorizar el principio de reagrupación familiar y establecer procedimientos de obtención de visa sustentados en los principios de igualdad, celeridad, desconcentración territorial, servicios con calidad y calidez y simplificación de trámites.⁴³

Esta ley regula la situación de los apátridas en los siguientes artículos, cuyo elemento de conexión a destacar es el domicilio, pues, a través de este se ha podido brindar mayor seguridad y protección a las persona apátridas que se encuentran en nuestro país.

Artículo 60.- Residencia temporal. Residencia temporal es la condición migratoria que autoriza la estadía de dos años en el territorio ecuatoriano, renovable por múltiples ocasiones, a la que acceden las personas extranjeras que ingresan al país dentro de las siguientes categorías: numeral 14. Personas en protección internacional: las personas que han sido reconocidas por el Ecuador como asiladas, refugiadas o apátridas y que no cumplan con los requisitos para acceder a una de las categorías migratorias establecidas en este artículo, podrán acceder a la categoría migratoria de persona en protección internacional.

⁴² Ley Orgánica de Movilidad humana

⁴³ Ley Orgánica de Movilidad Humana



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Artículo 71.- Carta de Naturalización. Es el acto administrativo por el cual se otorga la nacionalidad ecuatoriana en razón del tiempo de permanencia en el país y en cumplimiento de la normativa establecida para el efecto.

Podrán solicitar la carta de naturalización:

1. Las personas extranjeras que ostenten visa de residencia permanente y se encuentren domiciliadas en el Ecuador de forma regular al menos por tres años, a la fecha de ingreso de la solicitud; y,
2. Las personas reconocidas por el Estado ecuatoriano como refugiadas y apátridas que hayan permanecido en el país al menos por dos años. Las y los refugiados y apátridas podrán acceder a un mecanismo excepcional de naturalización.

En estos artículos, se ve claramente que una persona apátrida para solicitar la carta de naturalización en el Ecuador, debe al menos encontrarse domiciliada en el Ecuador por 2 años, es así que este factor, domicilio, es fundamental a la hora de brindar una mejor protección a dichas personas.

3.4.2 MATRIMONIOS EXTRANJEROS Y SU REGISTRO.

Para los cónyuges ecuatorianos, así como para los ciudadanos ecuatorianos que residan en el extranjero son aplicables las disposiciones establecidas en el art. 14 del Código Civil, el cual regula las relaciones de familia y en especial la de los cónyuges.

Para el caso de los extranjeros nos remitimos a lo establecido en el Art. 104 del Código civil, referente a que los agentes diplomáticos y consulares del Ecuador en nación extranjera, tienen competencia para la celebración del



UNIVERSIDAD DE CUENCA

matrimonio entre ecuatorianos, ecuatorianos y extranjeros, y entre extranjeros domiciliados en la República.⁴⁴

Igualmente, los agentes diplomáticos y consulares de naciones amigas acreditados en el Ecuador, pueden celebrar matrimonio válido de sus connacionales, siempre que la ley del país que los acredita, les confiera competencia.

Los matrimonios extranjeros que fijen su domicilio en el Ecuador, están sometidos a las obligaciones que establece este Código, y gozan de los derechos que el mismo concede

Como podemos ver, el domicilio actúa como factor esencial al momento de determinar las obligaciones que tiene los contrayentes extranjeros, siendo este factor, además, una puerta para que los cónyuges extranjeros gocen de los mismos derechos que goza un matrimonio celebrado en el Ecuador. “El código civil en concordancia con el art. 9 de la Constitución de la República, señala que las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución. ”

Por su parte el art. 139, sobre el Régimen de bienes en el Ecuador y en el extranjero, establece que “por el hecho del matrimonio celebrado conforme a las leyes ecuatorianas, se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges.

No se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes de celebrarse el matrimonio o después de que este termine. Toda estipulación en contrario es nula.

Los que se hayan casado en nación extranjera y pasaren a domiciliarse en el Ecuador, se mirarán como separados de bienes siempre que, en conformidad

⁴⁴ Código Civil- Registro Oficial



UNIVERSIDAD DE CUENCA

a las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes.”⁴⁵

Larrea Holguín da una interpretación adecuado de este artículo y manifiesta que “Es necesario saber conforme a qué ley se ha de entender el régimen de separación de bienes, que se presume en el inciso segundo; podría ser el extranjero o el ecuatoriano, pero el espíritu de la ley es claro; la presunción, no puede referirse sino a la ley ecuatoriana. Luego dos extranjeros que se domicilian en el Ecuador, mientras no prueben que de conformidad con la ley con la que se casaron se estableció sociedad conyugal, se han de mirar como separados de bienes según la ley ecuatoriana, aunque según la ley extranjera haya también una forma de régimen de bienes de separación en algo o en mucho distinto del nuestro.”⁴⁶

A continuación, analizaremos cuál es el procedimiento administrativo para registrar en el Ecuador un matrimonio celebrado en el extranjero, sea celebrado entre ecuatorianos, o extranjeros con la calidad de residentes en este país.

Como bien sabemos, en el Registro Civil se inscriben y registran los hechos relativos al estado civil de las personas y los que determina la ley.

Conforme a lo establecido en el Art. 54 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.- Matrimonios celebrados en el exterior ante autoridad extranjera. Los matrimonios celebrados en el exterior ante autoridad extranjera entre personas ecuatorianas, entre una persona ecuatoriana y una persona extranjera o entre personas extranjeras con residencia legal en el Ecuador, si no contravienen la Constitución de la República del Ecuador y la ley, podrán registrarse ante la autoridad diplomática o consular del Ecuador acreditada en el país donde se celebró el matrimonio. En los países donde no existan agentes

⁴⁵ Código Civil ecuatoriano - Registro oficial

⁴⁶ Larre, Holguín. Manual del Derecho Internacional Privado. Sexta edición. pág. 258



UNIVERSIDAD DE CUENCA

diplomáticos o consulares del Ecuador, podrán registrarse en el consulado del Ecuador en el país más cercano adjuntando los documentos debidamente legalizados. Se prohíbe el registro del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo. Puede solicitar el registro de la inscripción él o los cónyuges domiciliados en el Ecuador o, en su defecto, a través de un mandatario o una mandataria legalmente acreditada, cualquiera sea el lugar de residencia del o los mandantes.⁴⁷

Entonces, al ser obligatorio registrar los matrimonios llevados a cabo en el extranjero, analizaremos los diferentes casos que se pueden suscitar dentro de este proceso

En el caso del registro de un matrimonio extranjero cuando uno o ambos cónyuges son ecuatorianos se presentan diversos procesos, dependiendo ante que autoridad se celebró dicho matrimonio. Así tenemos:

1.- Celebración del Matrimonio ante un Agente Consular o Diplomático del Ecuador.

Cuando el matrimonio se llevó a cabo ante un Agente Consular o Diplomático del Ecuador acreditado en el país de la celebración, dicho agente deberá levantar un acta y los inscribirá en el Registro de Matrimonios a su cargo. Conservará el original y entregará una copia a los contrayentes y otra copia auténtica será enviada al Departamento de Registro Civil de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, ubicado en la ciudad de Quito, con el fin de que se realice la respectiva inscripción en el Registro Civil del Exterior.

Hay que tener en cuenta que, el matrimonio celebrado en el extranjero, ante el Agente Consular o Diplomático del Ecuador, acreditado en el país de la

⁴⁷ Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos civiles



UNIVERSIDAD DE CUENCA

celebración, tendrá los mismos efectos que si se hubiere realizado en el territorio ecuatoriano. Por lo que los requisitos de existencia y la validez matrimonial serán los mismos que se establecen en el Ecuador. Y con relación al régimen económico matrimonial, si no se celebran capitulaciones matrimoniales, antes o en el momento en el que se lleve a cabo el matrimonio, se establecerá entre los cónyuges, el régimen económico que esté legalmente establecido.⁴⁸

2.- En el caso de celebración del Matrimonio en el Extranjero ante una Autoridad Local, de extranjeros residentes en el Ecuador, se realiza el mismo procedimiento que los matrimonios entre ecuatorianos o entre ecuatorianos y extranjeros, realizados en otros países ante la autoridad local y de acuerdo a sus leyes.

3.- En el caso de la celebración de un matrimonio en el Extranjero ante Autoridad Extranjera, de extranjeros que pasan a tener su Domicilio en el Ecuador. En este caso los extranjeros que han contraído matrimonio en otro país diferente al Ecuador, ingresan con su Visa Inmigrante o la obtienen en el Ecuador ingresando con una Visa No Inmigrante obteniendo su domicilio político en este país. Debido a su inscripción en el Registro de Extranjeros, tendrán la posibilidad de inscribir su matrimonio en el Registro Civil de Ecuador.⁴⁹

⁴⁸<https://www.adipiscor.registor-civl.com/tramites-cotidianos/documentos-de-identidad/cuales-son-los-requisitos-para-registrar-tu-matrim/>

⁴⁹<https://www.adipiscor.registor-civl.com/tramites-cotidianos/documentos-de-identidad/cuales-son-los-requisitos-para-registrar-tu-matrim/>



UNIVERSIDAD DE CUENCA

3.4.3 OTORGAMIENTO DE TESTAMENTOS Y HABILIDAD DE LOS TESTIGOS

En nuestro país tanto ecuatorianos como extranjeros pueden otorgar testamentos de acuerdo a nuestras leyes. Analizaremos qué se necesita para la validez del testamento y qué papel desempeña el domicilio como factor de conexión.

En el caso de los testamentos otorgados en el extranjero nuestro código establece en su Artículo 1019: La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte, en su último domicilio, salvo los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regula por la ley del domicilio en que se abre, salvo las excepciones legales.

“Art. 1065.- Valdrá en el Ecuador el testamento escrito, otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo, en la forma ordinaria.

Art. 1066.- Valdrá, asimismo, en el Ecuador el testamento otorgado en país extranjero, con tal que concurren los requisitos que van a expresarse: 1o.- No podrá testar de este modo sino un ecuatoriano, o un extranjero que tenga su domicilio en el Ecuador; 2o.- No podrán autorizar este testamento sino un funcionario consular o diplomático. Se hará mención expresa del cargo, y de los referidos título y patente; 3o.- Los testigos serán ecuatorianos, o extranjeros domiciliados en la ciudad donde se otorgue el testamento; 4o.- Se observarán,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

en lo demás, las reglas del testamento solemne otorgado en el Ecuador; y, 5o.- El instrumento llevará el sello de la legación o consulado"⁵⁰

"El testamento otorgado en la forma prescrita en el artículo precedente y que no lo haya sido ante un jefe de legación donde lo haya, llevará al pie el visto bueno de este jefe, si el testamento fuere abierto; y si fuere cerrado, lo llevará sobre la cubierta. El testamento abierto será siempre rubricado por el mismo jefe, al principio y fin de cada página. El jefe de legación, donde lo haya, remitirá enseguida una copia del testamento abierto, o de la cubierta del cerrado, al Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador. Este, a su vez, remitirá dicha copia al juez del último domicilio del difunto en el Ecuador, para que la haga incorporar en los protocolos de un notario del mismo domicilio."⁵¹

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

Vemos entonces que, la jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del último domicilio del causante. Es ahí donde el domicilio tiene un papel importante pues es un punto de conexión en a la hora de tratar la sucesión por causa de muerte.

3.4.4 ADQUISICIÓN DEL DOMINIO DE BIENES.

El art 15 del Código Civil establece que los bienes situados en el Ecuador están sujetos a las leyes ecuatorianas, aunque sus dueños sean extranjeros y residan en otra nación. Esta disposición no limita la facultad que tiene el dueño

⁵⁰ Código Civil ecuatoriano- Registro oficial

⁵¹ CODIGO CIVIL ECUATORIANO- Registro Oficial



UNIVERSIDAD DE CUENCA

de tales bienes para celebrar acerca de ellos, contratos válidos en nación extranjera.

En este caso de la situación de los bienes no tiene relevancia alguna el factor de conexión nacionalidad, pues cómo podemos observar en el mencionado artículo, el domicilio es el que regula dicha situación, ya que si un bien se encuentra situado dentro del Ecuador debe regirse según sus leyes para efectos de poder resolver cualquier asunto que este abarque, además de resolver si ha de realizarse acerca de estos (bienes) contratos en otra nación. Entonces, para que éstos obtengan plena validez legal deben sujetarse a las leyes ecuatorianas, caso contrario no sería válido.

3.4.5 EJERCICIO DE DERECHOS POLÍTICOS DE LOS EXTRANJEROS.

Como punto de partida, es importante señalar que “los derechos políticos están vinculados a la formación del estado democrático-representativo e implican una libertad activa, una participación de los ciudadanos en la determinación de la dirección política del estado”⁵²

Los derechos políticos actualmente no sólo se limitan al derecho de sufragio, sino que además los ciudadanos pueden ejercer muchas facultades como las de poder revocar el mandato de sus representantes, presentar proyectos de ley, ser consultados, fiscalizar actos del poder público, etc.

Siendo así, podríamos decir que los derechos políticos son el conjunto de privilegios y obligaciones que tiene todo ciudadano para participar de manera

⁵² Bobbio, Norberto. Diccionario de Política, México DF, Siglo Veintiuno Editores, Décima Tercera Edición, 2002



UNIVERSIDAD DE CUENCA

activa en el funcionamiento, el control y la toma de decisiones políticas del Estado al que el individuo pertenece.

El Artículo 61 de la Constitución establece que los extranjeros gozarán de los derechos de participación en lo que les fuere aplicable y veta a los extranjeros únicamente de la posibilidad de ser candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República.

Por su parte, la ley de movilidad humana establece en su art. 49.- Derecho a la participación política. Las personas extranjeras que residan en el Ecuador tendrán derecho al voto y a ser elegidos para cargos públicos, siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años, conforme a lo dispuesto en la Constitución y la ley. Las personas visitantes temporales en el Ecuador no podrán inmiscuirse en asuntos de política interna del Ecuador.

-Requisitos esenciales para obtener la residencia temporal o permanente en el Ecuador.

Así mismo el art. 64 del mismo cuerpo normativo, establece que son requisitos esenciales para el otorgamiento de una visa de residencia temporal o permanente, los siguientes:

1. Acreditar una de las condiciones establecidas en esta Ley para la residencia temporal o permanente;
2. Pasaporte, documentos de viaje o identidad, válidos y vigentes, reconocidos a través de instrumentos internacionales y la autoridad de movilidad humana;
3. No ser considerado una amenaza o riesgo para la seguridad pública y estructura del Estado, según la información que dispongan las autoridades competentes;
4. Acreditar los medios de vida lícitos que permitan la subsistencia de la persona solicitante y de su grupo familiar dependiente. En el caso de las personas solicitantes en las calidades 2, 3 y 4 del artículo



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- referente a residencia permanente, la persona en quien se amparan para su solicitud de residencia podrá acreditar los medios de vida necesarios para la subsistencia de los amparados;
5. No haber obtenido sentencia ejecutoriada por delitos como asesinato, homicidio, violación, secuestro o los demás sancionados con pena privativa de libertad mayor a cinco años, conforme lo establecido por la ley penal vigente; y,
 6. Pago de la tarifa fijada por la autoridad de movilidad humana.

Como podemos ver, la adquisición de los derechos políticos de los extranjeros dependen del tiempo de permanencia del individuo en el Ecuador, es decir, otra vez el factor domicilio es determinante de ciertas facultades de las que gozan los extranjeros, demostrando así que, nuestro sistema jurídico se acoge una vez más al elemento del domicilio para resolver los problemas que se suscitan en torno a las facultades que gozan los extranjeros en nuestro país.

3.4.6 DEPORTACIÓN DE EXTRANJEROS. ANÁLISIS DE LA REFORMA A LA LEY DE MOVILIDAD HUMANA (03 DICIEMBRE DEL 2020)

La deportación actualmente se encuentra regulada en el Sistema legislativo ecuatoriano en aplicación del principio de soberanía estatal, en donde el Estado se reserva el derecho de escoger y determinar quiénes son las personas extranjeras que considera adecuadas para sus intereses, así como la facultad de expulsar a aquellas que consideren no idóneas de permanecer en nuestro país. El Sistema internacional reconoce la soberanía de los Estados, pero a su vez ha establecido parámetros para proteger los derechos de las personas y evitar que la discrecionalidad de los Estados provoque abusos y violaciones a los derechos humanos de los individuos.

El Ecuador ha ratificado gran parte de los convenios internacionales de protección de derechos humanos con respecto a la migración y refugio, en los



UNIVERSIDAD DE CUENCA

cuales se establecen los lineamientos para los procedimientos de deportación; pese a ello, el marco legal ecuatoriano tenía una serie de desperfectos que, en los últimos años ha provocado una serie de violaciones a los derechos humanos de las personas extranjeras, pues en los últimos 7 años, se ha manifestado un considerable incremento en el número de deportaciones, debido a las políticas de control, restricción del ingreso y permanencia de personas extranjeras, especialmente personas colombianas y venezolanas.

En busca de regular estas situaciones en las cuales los derechos de los extranjeros se veían limitados y vulnerados, se crea Ley Orgánica de Movilidad Humana publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 938 del 6 de febrero de 2017, la cual derogó entre otras leyes, a la ley de la de Naturalización y su Reglamento, vigentes desde el año 1976, (RO N° 66 del 14 abril de 1976), leyes que fueron creadas durante un régimen que regulaba una realidad distinta a la actual y que pese a ser reformados permanecieron vigentes por más de cuatro décadas, brindando una protección disminuida para los extranjeros en nuestro país.

Con la finalidad de otorgar una mejor protección a los extranjeros, este 03 de diciembre del 2020, la Asamblea Nacional aprobó las reformas a la Ley Orgánica de Movilidad Humana, actualmente publicada en el Registro Oficial tercer suplemento 386 de fecha 5 de febrero 2021, las cuales estuvieron en trámite en el Legislativo por más de tres años. Entre los cambios más relevantes tenemos que la deportación será un trámite administrativo de las autoridades migratorias, antes que pasar por la instancia judicial, aunque pueden interponerse acciones judiciales.

Los artículos que se han reformado son los siguientes:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Art. 141.- Deportación. Constituye la resolución administrativa mediante la cual la autoridad de control migratorio dispone el abandono del territorio nacional de una persona extranjera, la que no podrá reingresar al país por un plazo de tres años. La deportación se aplicará solamente bajo las causales establecidas por la presente Ley y guardando respeto estricto a las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución.

REFORMA: Art. 141.- Deportación. (...)La deportación se aplicará solamente bajo las causales establecidas por la presente Ley y guardando respeto estricto a las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución de la República.

Art. 142.- Casos de salida voluntaria. Cuando una persona extranjera no ha regularizado su situación migratoria en el Ecuador en el término establecido en esta Ley, la autoridad de control migratorio le notificará la obligación de salir del país en un plazo de treinta días, de no cumplirse este plazo se iniciará un procedimiento de deportación.

REFORMA: Art. 142.- Casos de salida voluntaria (...) la autoridad de control migratorio le notificará la obligación de salir del país en un plazo de treinta días, si no lo hiciese, se iniciará el procedimiento de deportación de manera inmediata de conformidad con las disposiciones de esta ley y su reglamento.

Art.143: Causales de Deportación. Será deportada del territorio ecuatoriano la persona extranjera que incurra en cualquiera de las siguientes causales:

1. Haya ingresado por un lugar no autorizado, salvo las personas sujetas a protección internacional;
2. Proporcione, en cualquier tiempo, documentación fraudulenta o alterada y la exhiba ante cualquier autoridad pública sin perjuicio de la responsabilidad penal;



UNIVERSIDAD DE CUENCA

3. No haya iniciado el proceso de regularización en el plazo dispuesto por esta Ley;
4. Haya reincidido en el cometimiento de faltas migratorias;
5. Haya recibido la revocatoria de su visa y haya incumplido con el plazo de salida del país;
6. No haya cumplido con la notificación de salida del país en el plazo de treinta días;
7. Sea considerada una amenaza o riesgo para la seguridad pública y estructura de Estado, según la información que dispongan las autoridades competentes;

REFORMA: Ser considerado “una amenaza o riesgo para la seguridad pública y estructura de Estado, según la información que dispongan las autoridades competentes, respecto a antecedentes en el cometimiento de delitos relacionados con la norma penal vigente”

8. Haya recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por el cometimiento de un delito sancionado con pena privativa de libertad de mayor a cinco años de acuerdo con la legislación penal vigente; y,

REFORMA: Haber recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por el cometimiento de un delito sancionado con tres a cinco años de cárcel.

9. Haya sido sancionada por el cometimiento de alguna de las contravenciones contenidas en la legislación penal vigente por alterar y poner en riesgo la tranquilidad y la paz ciudadana, o alterar el orden público.

REFORMA: Haber sido sancionado por alguna contravención penal por alterar y poner en riesgo la tranquilidad y la paz ciudadana, o alterar el orden público



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Art. 144.- Procedimiento administrativo para la deportación. Cuando la autoridad de control migratorio tenga conocimiento, por cualquier medio lícito, que una persona ha incurrido en una causal de deportación, iniciará el siguiente procedimiento administrativo: 1. La autoridad de control migratorio notificará de forma inmediata el inicio del procedimiento administrativo a la autoridad de movilidad humana y a la persona extranjera que ha incurrido en una causal de deportación. 2. En la misma notificación se convocará a la audiencia que deberá realizarse en un término no mayor a diez días y en la que se practicará toda la prueba. 3. En caso que la persona lo requiera se notificará a la Defensoría Pública para que ejerza la defensa del administrado. 4. Una vez concluida la audiencia, la autoridad de control migratorio emitirá de forma inmediata resolución motivada, la que será notificada al administrado por escrito en un término no mayor a cuarenta y ocho horas. La resolución administrativa podrá ser objeto de recurso de reposición y apelación, de conformidad con la norma que regula los procedimientos administrativos. Dentro del proceso se brindará asistencia jurídica en caso de no contar con los recursos económicos suficientes, traductor o intérprete de ser necesario, y facilidades para comunicarse con sus familiares. Una vez que se cuente con la resolución en firme se procederá conforme al reglamento de esta Ley. Para los casos de las personas extranjeras que han iniciado con anterioridad el procedimiento para el cambio de su condición migratoria no procederá la deportación hasta que se resuelva su solicitud.

REFORMA: Cuando la autoridad de control migratorio tenga conocimiento, por cualquier medio lícito, que una persona ha incurrido en una causal de deportación, iniciará el procedimiento administrativo sancionatorio correspondiente de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional vigente en apego irrestricto a las garantías del debido proceso.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La autoridad de control migratorio será la competente para iniciar, sustanciar y resolver el procedimiento administrativo para la deportación, de conformidad con la Ley.

El auto de inicio del procedimiento de deportación deberá ser notificado, además de a la persona extranjera que ha incurrido presuntamente en una de las causales de deportación, a la autoridad de movilidad humana y a la misión diplomática o consular del Estado de la nacionalidad de la persona extranjera, por cualquier medio válido previsto en la legislación nacional vigente.

En caso de que la persona extranjera lo requiera o no cuente con una o un abogado defensor particular, la autoridad de control migratorio notificará a la Defensoría Pública a fin de que le provea de una o un defensor público.

En el procedimiento administrativo de deportación la persona extranjera será asistida de una o un traductor o intérprete si no hablase, leyese y entendiese suficientemente el idioma castellano.

No podrá iniciarse el procedimiento administrativo de deportación en contra de las personas extranjeras que han iniciado, con anterioridad, el procedimiento para el cambio de su condición migratoria, hasta que se resuelva tal solicitud.

Mientras dure el proceso de deportación, la persona extranjera permanecerá en el centro de acogida determinado por la autoridad de control migratorio. Deberá informarse a la persona extranjera de su derecho a comunicarse con su representante consular en el marco de los tratados y convenios internacionales de los cuales Ecuador es parte.

Art. 145.- Custodia para la ejecución de la deportación. La autoridad de control migratorio garantizará la presencia de la persona sobre la cual recaiga un procedimiento de deportación en condiciones que precautelen sus derechos humanos. Con el fin de garantizar la ejecución de las medidas de deportación la autoridad de control migratorio, en el auto de inicio del respectivo



UNIVERSIDAD DE CUENCA

procedimiento, podrá imponer a la persona extranjera que se encuentre sujeta al procedimiento de deportación las siguientes medidas cautelares: 1. Presentación periódica ante la autoridad de movilidad humana o pago de una caución monetaria, la que se fijará de conformidad con la situación económica de la persona extranjera. 2. Otras medidas que garanticen la comparecencia del administrado durante el procedimiento de deportación, siempre que estas no impliquen una privación o restricción del derecho a la libertad personal. En caso de incumplimiento de las medidas cautelares, la autoridad de control migratorio dispondrá con el apoyo de la Policía Nacional la deportación inmediata de la persona extranjera. La autoridad de control migratorio comunicará a la persona en proceso de deportación las consecuencias del incumplimiento de las medidas dispuestas por ella.

REFORMA: Art.145 La autoridad de control migratorio garantizará la presencia de la persona extranjera sujeta al procedimiento de deportación en condiciones que precautelen sus derechos humanos, pudiendo para aquello, imponer las medidas cautelares que la ley establezca para garantizar la ejecución del procedimiento de deportación.

En caso de incumplimiento de las medidas cautelares, la Autoridad de Control Migratorio dispondrá la deportación inmediata de la persona extranjera. Para dicho efecto podrá solicitar el apoyo de la Policía Nacional.

La autoridad de control migratorio comunicará a la persona vinculada al proceso de deportación las consecuencias del incumplimiento de las medidas cautelares que se hayan dispuesto.

Por otra parte, según el Asambleísta Flores estas son “reformas encaminadas a criminalizar la migración, a equiparar una falta administrativa con la categoría de delito y a violar sistemáticamente los derechos humanos básicos”.

Con las reformas a esta Ley, la deportación será un trámite administrativo de las autoridades migratorias, en vista de que hay una gran diferencia entre el



UNIVERSIDAD DE CUENCA

trámite administrativo y el judicial, se abre la posibilidad de que, queden a criterio de las autoridades el hecho de deportar o no e inclusive regularizar su situación en el país.

Muchos han criticado la modificación del trámite por el cual se llevará a cabo la deportación de los extranjeros, pues, manifiestan que se los expone a un estado de indefensión absoluta, ya que, estas causales de deportación son de índole administrativa sin posibilidad de defensa. Cabe mencionar que, los inmigrantes en Ecuador son en su mayoría de Colombia y Venezuela, mismos que escapan de las crisis generadas por sus gobiernos. La gran mayoría de los inmigrantes colombianos no son refugiados ya que salieron de su país a causa de la violencia y una deportación pondría en peligro sus vidas.

Como datos relevantes de esta investigación, debo señalar que “en nuestro país, en Tulcán, ciudad fronteriza con Colombia, se hacen hasta cuatro controles migratorios diarios, en los que se encuentra a migrantes indocumentados. Los controles migratorios consisten en revisar el estado migratorio de los extranjeros para determinar si su presencia en el país cumple los requisitos legales. En el caso de los migrantes venezolanos deben tener la visa humanitaria o de residencia temporal, que el gobierno exige a los migrantes desde el 26 de agosto de 2019. También los migrantes venezolanos pueden ingresar a Ecuador con el pasaporte o el documento de identidad hasta cinco años después de su fecha de caducidad”⁵³

Sin embargo, con la reforma actual a la Ley de movilidad humana se ha puesto énfasis en el tema de la deportación a los extranjeros que hayan cometido delitos. Sobre ese tema, la ex Ministra Romo, Ministra del Interior en el Ecuador, en una entrevista dijo que según dice la Constitución “velar por las

⁵³ <https://gk.city/2020/02/06/reformas-ley-movilidad-humana-ecuador/>



UNIVERSIDAD DE CUENCA

personas en movilidad” no significa que no se pueda aplicar reglas y que no tengan consecuencias si infringen la ley.

Al parecer estas reformas, ubican al Ecuador en una posición de autoexclusión de naciones sudamericanas, pues se ve comprometida la integración regional, lo que dejaría a los ecuatorianos en un estado de vulnerabilidad, ya que por el principio de reciprocidad es posible que se establezcan normas similares en otros Estados, afectando la vida de los ecuatorianos en esos países. Pues, en el 2020 se registraron más de dos mil ecuatorianos deportados en Estados Unidos siendo esta cifra mayor al 2019, en donde 1.500 ecuatorianos fueron deportados debido a los estrictos controles migratorios que el Gobierno de Donald Trump realizó; es decir no significa que haya más migración, sino que, se incrementaron los controles hacia las personas indocumentadas.

Como dato final, debo mencionar que el 2017 fue el último año en el que el Ecuador deportó a extranjeros a sus países de origen, un total de 68 procesos ocurrieron en ese año, pues datos oficiales muestran que entre 2018 y 2019 no hubo deportaciones, con la aplicación de la actual Ley de Movilidad Humana; para este 2021, no sabemos qué consecuencias pueda traer, para los ecuatorianos y extranjeros, dichas reformas a la ley de movilidad humana, solo nos queda esperar y confiar que los resultados sean satisfactorios y para el bienestar de todos.

CAPÍTULO IV

El problema de la preferencia entre la nacionalidad y el domicilio en el Derecho Internacional Privado

4.1 ARGUMENTOS A FAVOR DE LA NACIONALIDAD Y EL DOMICILIO

Existen varios argumentos en pro de la nacionalidad:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

1.- Como primer punto, debemos considerar que, el concepto de nacionalidad es unívoco en los diferentes sistemas legales, haciendo más fácil para los Estados, la aplicación de este factor al momento de resolver algún conflicto de leyes.

2.- La nacionalidad es más estable que el domicilio, pues es más fácil cambiar el domicilio que la nacionalidad, ya que el cambio del domicilio está supeditado a la voluntad de la persona y el ánimo de permanecer en ella. Para cambiar la nacionalidad, se requiere el consentimiento del Estado de quien queremos adquirir la nacionalidad.

Siendo así, la nacionalidad limita en mayor medida la posibilidad de cambios fraudulentos del factor de conexión para modificar, a voluntad, la ley personal. Siendo ventajosa, en vista que el estatuto personal tiene como finalidad la aplicación de una ley invariable a las cuestiones referentes a la persona.

3.- La nacionalidad es más simple de determinar que el domicilio, cualquier dificultad en la esfera internacional se resuelve a través del requerimiento de pasaportes. En cambio, en el domicilio, es más complicado determinarlo como tal, pues no se considera regulado en un instrumento público, como es el caso del pasaporte, pues bien sabemos que el domicilio tiene como elemento subjetivo, el ánimo de permanecer en un lugar.

4.-Las personas quedan sujetas a su ley nacional aunque se encuentren en el extranjero.

Existen varios argumentos en pro del domicilio:

1.- El factor domicilio regula mejor el interés individual, ya que este sistema permite a las personas sujetarse a las leyes del lugar, lugar que han elegido



UNIVERSIDAD DE CUENCA

libremente y dependen de su voluntad, esta ventaja del domicilio se pierde cuando debe aplicarse el domicilio de origen.

2. El domicilio coincide en mayor medida con la *lex fori*, ya que lo habitual es que las personas demanden en el lugar de su domicilio o en el del demandado.

3.- El domicilio supone la residencia, la que no siempre es fácil de obtener en otro Estado. Hay que tener en cuenta que los Estados del *common law*, acogidos al factor del domicilio, consideran primordial el "domicilio de origen", el cual tiene que ver con aquel domicilio al que pertenece "originalmente" una persona al nacer y que se cambia al adquirirse un domicilio de elección. El domicilio de origen, siempre se conserva y puede recuperarse en caso de no adquirirse nuevos domicilios de elección, este tipo de domicilio viene a ser tanto o más permanente que la nacionalidad.

4.-Facilita la integración jurídica de los inmigrantes, ya que es favorable para los Estados, pues actualmente el número de inmigrantes es una cifra que no pasa desapercibida por los Estados en los que estás persona se encuentran.

4.2 ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA NACIONALIDAD Y EL DOMICILIO

Argumentos en contra de la nacionalidad:

1.- No es así de simple como se ha dicho, determinar la nacionalidad sobre todo, en los casos de doble nacionalidad y de las personas apátridas, en los cuales ha sido necesario acudir al domicilio como factor para determinar la nacionalidad o la ley aplicable.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

2.- No permite a las personas registrarse por la ley de su elección, pues deben sujetarse a las leyes cuya nacionalidad corresponde, a diferencia del domicilio que permite tal supuesto.

Argumentos en contra del domicilio:

1.- Es más complicado determinar con exactitud y certeza el domicilio de un individuo, ya que, como vimos anteriormente, el domicilio está supeditado a la intención del individuo, lo cual resulta difícil probar.

2.- El término domicilio es diverso en los diferentes sistemas, generando que, cuando hayan dos leyes que convengan en la aplicación del domicilio como factor de conexión, disten sobre el contenido de esta noción.

4.3 TENDENCIAS ACTUALES

Hoy en día, en la práctica los distintos Sistemas Legislativos optan por combinar la nacionalidad y el domicilio, generando dominio de uno u otro factor de conexión. En los Estados en los que rige el domicilio como factor de conexión, también aparece la nacionalidad para regular determinados efectos, por ejemplo, se permite a los nacionales casarse y testar en los Consulados en el extranjero.

Por otra parte, cuando rige la nacionalidad, también el domicilio tiene un papel importante en la regulación de los casos de doble nacionalidades y apatridia.

La mayoría de autores manifiestan que el sistema del domicilio se adopta más en los Estados de inmigración con el objeto de impedir que los extranjeros de diversos orígenes conserven su sujeción a diversos sistemas jurídicos. Por otra



UNIVERSIDAD DE CUENCA

parte, la nacionalidad se adopta más en los Estados de emigración con la finalidad de mantener a los nacionales regidos a la ley del Estado, así se hayan traslado a países extranjeros .

“En algunos países, afortunadamente pocos, el principio de la nacionalidad ha sido adoptado solamente para los ciudadanos del país con objeto de que estos se rijan por su ley nacional, aunque vivan en el extranjero, mientras que los extranjeros presentes en el país están sometidos a la ley de su domicilio (Austria, Perú, Venezuela) o aun a la ley territorial del país (Rusia Soviética)”⁵⁴

En nuestro país dicha situación se regula, como ya lo mencionamos en páginas anteriores, de la siguiente manera, según nuestro Código civil en el Art. 13.- La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna.

Art. 14.- Los ecuatorianos, aunque residan o se hallen domiciliados en lugares extraños, están sujetos a las leyes de su patria(...)

Por otra parte, el estado civil, la capacidad y los derecho de familia de los individuos se encuentra regulado por la nacionalidad, factor que, a lo largo de los años ha sido incorporado a diversos cuerpos normativos, pese a ello, el domicilio no ha sido disminuido en cuanto la aplicación en nuestro sistema legislativo ecuatoriano, pues un claro ejemplo es la Ley de movilidad humana, que reconoce al domicilio en varios de sus artículos como factor preponderante para la protección a los extranjeros.

Como argumento final de este punto y sin restar gran la importancia que tiene la nacionalidad como factor de conexión para solventar conflictos de leyes en el espacio, cabe mencionar que, en la actualidad estamos sumergidos en una

⁵⁴ Wolff, Martin. Derecho Internacional Privado, pág 121.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

era tecnológica que nos ha convertido en un mundo más unido, generando que el tráfico de personas sea más común hoy en día, tanto para los turistas como los inmigrantes.

Podemos decir entonces que, actualmente el domicilio es el factor de conexión de más fácil aplicación en este mundo globalizado, debido a las altas tasas de extranjeros que existen en los diversos países, pues, este elemento permite la integración jurídica de los inmigrantes, hecho que no resulta fácil o hasta incluso imposible mediante la aplicación del principio de la nacionalidad.

Por tal motivo, podemos manifestar que, la tendencia actual en el Derecho Internacional Privado determina al domicilio como el principal Factor de Conexión para la solución de conflictos en el espacio.

4.4 EL PROBLEMA DEL CONFLICTO DE NACIONALIDADES, EL PRINCIPIO DE LA “NACIONALIDAD EFECTIVA” Y SU RELACIÓN CON EL DOMICILIO COMO FACTOR DE SOLUCIÓN

Como consecuencia de la unión de ambas reglas de atribución de nacionalidad (jus soli y jus sanguinis) pueden presentarse casos donde nos encontramos una persona con 2 nacionalidades originarias. Por ejemplo, una persona, hijo de padres españoles nació en Uruguay. Recordemos que en Uruguay prevalece la regla del jus soli y en España la de jus sanguinis. Es decir que esa persona sería uruguayo para la ley Uruguaya, pero español para la ley española, aquí tendríamos un caso no de doble nacionalidad. El problema aparece cuando se presenta alguna situación que es necesario hacer prevalecer alguna nacionalidad. Pues qué pasaría si, en el ejemplo mencionado, Uruguay y España entran en algún conflicto bélico. Esto nos



UNIVERSIDAD DE CUENCA

conduce a tratar el tema conocido en derecho internacional como conflicto de nacionalidades.

Para evitar los conflictos de nacionalidades, los Estados pueden celebrar tratados que regulen la unificación de normas materiales sobre la atribución de la nacionalidad. El Método más adecuado consiste en suprimir convencionalmente sus incompatibilidades más graves. Sin embargo, se exigía por parte del derecho internacional una respuesta o principio rector que obrara como guía a los efectos de brindar una solución al conflicto de nacionalidades, siendo ese principio "la nacionalidad efectiva".

El hecho de que una persona esté sujeta a dos leyes nacionales significa que es titular de derechos y prerrogativas en cada uno de los Estados en cuestión por el simple hecho de ser nacional. Es decir, que la persona que posea la doble nacionalidad sea considerada como nacional de cada Estado.

El domicilio ha venido a ser considerado como factor para solución de los asuntos relativos a la determinación de la "prevalencia del jus soli sobre el jus sanguinis (o viceversa) o la nacionalidad adquirida al nacimiento sobre la naturalización (...) pues parecen no obstante haberse inclinado en favor del domicilio como criterio de decisión en lo que concierne a la admisibilidad de una reclamación en beneficio de una persona con doble nacional, es decir, que posee a la vez la nacionalidad del Estado requirente y la del Estado requerido."⁵⁵

En otras palabras, en un conflicto de leyes en cuanto a la nacionalidad, la ley del lugar de domicilio debería dominar, lo que nos lleva a determinar que para

⁵⁵ Jules J. Basdevant, "Conflicts de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905", *Revue de Droit International privé et de Droit pénal international*, vol. 5, pp. 41-63)



UNIVERSIDAD DE CUENCA

solucionar un conflicto, se debe investigar en cuál de los dos Estados, se encuentra el lugar donde el requirente ha establecido su domicilio regular, es decir, donde llevaba normalmente sus asuntos o donde ejerce habitualmente sus derechos públicos y donde está acogido por la autoridad pública; y una vez determinado, la ley del país donde se encuentra este lugar debe prevalecer sobre la ley del otro país en el sentido de que, la nacionalidad del demandante debe ser regulada exclusivamente por la primera ley; que es, en efecto, únicamente en el domicilio de esta ley donde se encuentran reunidos los elementos de derecho y de hecho indispensable para hacer nacer un lugar de nacionalidad efectiva y no solamente teórica.

En relación a este tema, la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, en 1912, se pronunció sobre el caso de Rafael Canevaro nacido en Perú, de padres italianos. Era necesario determinar su nacionalidad para hacerlo sujeto de ciertas obligaciones fiscales. La Corte decidió que la nacionalidad de Canevaro era la peruana debido a que Canevaro estaba ligado a ella de hecho, es decir, existieron manifestaciones que demostraron el vínculo jurídico de Canevaro con el Estado Peruano, como por ejemplo, haber residido toda su vida en ese país, haber tenido allí sus actividades y negocios, inclusive, se presentó de candidato al Senado y prestó servicios como cónsul del Perú en Holanda.

La Corte formuló así el principio de “nacionalidad efectiva” tomando al domicilio como factor de conexión y dio paso a la creación de una solución frente al conflicto entre dos nacionalidades.

Si un individuo cuya nacionalidad se discute, está domiciliado en alguno de los países involucrados, se aplicará la ley del domicilio.

El Derecho Internacional Privado, recurre al domicilio cuando resulta inaplicable el principio de nacionalidad. Niboyet considera al domicilio como una “especie de vice-nacionalidad”, suficiente para dar solución a dichos conflictos por ser evidente el vínculo efectivo entre una persona y el Estado.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Siendo así, podríamos decir que, el principio basado en la igualdad soberana de los Estados, que excluye la protección diplomática en el caso de doble nacionalidad, debe ceder ante el principio de nacionalidad efectiva, a menos que tal nacionalidad sea la del Estado reclamante.

Conclusiones y Recomendaciones.

Como conclusiones de este proyecto de investigación, tenemos que, la nacionalidad como factor de conexión es un vínculo estable que mantiene una persona con el Estado del cual forma parte y por tal motivo es fácil establecerlo y reconocerlo, pues, la aplicación de las normas que dependen de este vínculo es más segura; a diferencia del domicilio que puede ser cambiado con facilidad, generando que la estabilidad y la firmeza de los principios también puede cambiarse de la misma manera, lo que en muchas veces ocasiona que las personas cometan fraude a la ley.

Hay que tener en cuenta que, la nacionalidad al ser considerada como atributo de la personalidad, posee una jerarquía mayor a la que mantiene el domicilio. Pese a ello, existen también combinaciones de nacionalidad y domicilio como factores de conexión que rigen el estatuto personal. Así, Suecia y Finlandia aceptan la aplicación de la ley del domicilio en lo que se refiera a otros Estados nórdicos y la ley nacional para los demás casos. Otros países como Chile al igual que Ecuador, comparten la regulación de ambos factores de conexión en los diversos cuerpos normativos.

Sin embargo, resulta adecuado decir que la nacionalidad es más fácil de determinar y que es más permanente. Sin desmerecer al domicilio como un



UNIVERSIDAD DE CUENCA

importante factor de conexión, ya que, este tutela mejor el interés individual pues las personas pueden regirse por la ley de su elección.

En la práctica, hoy en día, los diferentes sistemas legislativos de los Estados han optado por combinar la nacionalidad y el domicilio, existiendo una cierta preeminencia de un factor sobre otro. En nuestro país, el domicilio, ha tomado gran importancia y relevancia en la solución de conflictos sobre todo en lo que respecta a la regulación de derechos de los extranjeros pues, a través de este factor se ha podido brindar una mayor protección a aquellas personas que por una u otra razón han tenido que migrar a nuestro país, como claro ejemplo de ello, tenemos la creación de la Ley de Movilidad Humana, la cual destaca al domicilio como factor de conexión para la regular estas situaciones que tiene gran peso en el Ecuador, ya que en los últimos años lo que más se ha presentado es la inmigración masiva de venezolanos a nuestro país, generando la necesidad de crear nuevas normas para regular estos supuestos, jugando en ello un papel primordial los factores de conexión, nacionalidad y domicilio, pues, en base a estos dos, sobre todo en base al factor domicilio, se han establecido y reformado las disposiciones que regulan, la capacidad, estado y derechos de las personas extranjeras.

Como recomendaciones puedo decir que, la solución a los distintos problemas que hoy por hoy se presentan, pueden ser resueltos mediante la aplicación de los principios del Derecho Internacional Privado como fuente de resolución de conflictos en donde concurren dos legislación distintas.

Pienso que se evitaría un gran número inconvenientes si consideramos como factor de conexión preponderante al domicilio, entendiéndose desde el domicilio de origen ya que este no puede cambiarse bajo ningún motivo, a diferencia de la nacionalidad, la cual si puede ser cambiada. Desde mi punto



UNIVERSIDAD DE CUENCA

de vista, recomiendo la aplicación del Domicilio como factor preponderante en la solución de conflictos. Pues la nacionalidad como factor de conexión abre paso a que surjan más problemas, ya que, como manifiestan los doctrinarios que defienden la tesis del domicilio; debido a la tendencia cosmopolita de la población, hoy en día muchos individuos se ven en la necesidad de abandonar su país de nacimiento, siendo entonces, para estos casos, el domicilio un factor de más fácil aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

RICARDO BALESTRA," Derecho internacional privado", parte especial. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

-GARCÍA, F. (septiembre de 2007). fcointernacional.blogspot.com. Obtenido de fcointernacional.blogspot.com/2007/09/factores-de-conexin.html?m=1

-CAICEDO CASTILLA, J. "Derecho Internacional Privado". Quinta Edición. 1960, Bogotá -Colombia: Editorial Temis

-MONROY, M. " Tratado de Derecho Internacional Público". Bogotá, 1998. Editorial Temis

-MILÁN, & GUZMÁN. Curso de Derecho Internacional Privado. Santiago de Chile: 1979, Editorial Jurídica de Chile.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

-HAURIOU, M. Principios de Derecho Público y Constitucional. 2003, Granada : Comares.

-ALVARADO, J. "Estudios Históricos de Nacionalidad". 1960. Quito - Ecuador: Casa de la Cultura.

-LARREA HOLGUÍN, J. "Compendio de Legislación Ecuatoriana". Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. 1975. Impreso Editorial "Jodoco Ricke".

-SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, A. Código de Derecho Internacional Privado. Sexta Conferencia Panamericana. 1928. La Habana - Cuba: Editorial Talleres Disgraf

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=289&lang=es

-OLEA, H. Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) ,2015, pag. 268

-Cfr. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana.Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014 Serie C No. 282



UNIVERSIDAD DE CUENCA

-Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrs. 32 y 33.

-CIDH. Informes de País. Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile. OEA/Ser.L/V/II.40, doc. 10, del 11 de febrero de 1977

-CIDH. Benito Tito Méndez y Otros, Op.cit.

-GUZMÁN, LATORRE. Tratado de Derecho Internacional Privado, Editorial Chile, 1997.

-ADOLFO MANUEL. El domicilio en el derecho Internacional Privado. Montevideo. 1889.

-LOISEAU. El Domicilio como principio de la competencia legislativa.

-ANTONIO RAMIRO BROTONS. Derecho Internacional. 2010

-WOLFF, MARTIN. Derecho Internacional Privado, 1977

-JULES J. BASDEVANT, "Conflicts de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905"



UNIVERSIDAD DE CUENCA

-COELLO GARCÍA, Hernán: “DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO”. Segunda Edición. Universidad del Azuay. Fundación Chico Peñaherrera. Cuenca- Ecuador. Abril del 2004

.

-LARREA HOLGUIN, Juan: “MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ECUATORIANO” Sexta Edición, septiembre de 1998

-“CÓDIGO BUSTAMANTE Y CONVENCIONES INTERAMERICANAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO”

-SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, ANTONIO. Derecho Internacional Privado. Editorial Carasca y Cía. La Habana,1939

-ENCICLOPEDIA JURÍDICA. (marzo de 2014). Obtenido de www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-canonical/derecho-canonical.htm

-Constitución del Ecuador

-Código Civil del Ecuador

-Ley Orgánica de Movilidad Humana



UNIVERSIDAD DE CUENCA