

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

VALIDEZ INTERNACIONAL DEL INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL(*) (628)

EDGARDO PEDRO FLORES

SUMARIO

PREFACIO. PRIMERA PARTE. Capítulo I. El tema y el problema. Capítulo II. Facetas del problema y disciplinas que se ocupan de ellas. Capítulo III. Causas de la problemática. SEGUNDA PARTE. HISTORIA DE LOS INTENTOS DE SOLUCION. Capítulo IV. Somera referencia a los trabajos y resoluciones de los Congresos Internacionales del Notariado Latino. a) I Congreso. Bs. As., 1948. b) II Congreso. Madrid, 1950. c) III Congreso. Roma, 1958. d) I Jornada Notarial Rioplatense. Punta del Este, 1957. e) VI Congreso. Montreal, 1961. f) VII Congreso. Bruselas, 1963. g) VIII Congreso, México, 1965 h) IX Congreso. Munich, 1967. i) VI Encuentro Internacional del Notariado Americano. Guatemala, 1970. TERCERA PARTE. SISTEMATICA. Capítulo V. Forma y contenido. Su diferenciación y coimplicancia. a) Acto y forma. Documento. b) El acto como concepto base. Capítulo VI. La regla locus regit actum. a) Significado y alcance. b) Modificación a la fórmula de la regla propuesta por Calandrelli. c) Fundamento que la regla. d) Problemas conexos. e) Carácter facultativo o imperativo de la regla. f) Limitaciones a la aplicación de la ley extranjera. g) Fraude a la ley. Capítulo VII. Incidencia del contenido o sustancia del acto, sobre la determinación de la ley aplicable. La lex rei sitae. a) Significado y alcance de la regla. b) Limitaciones. CUARTA PARTE. DIRECTIVAS PARA LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS INDIRECTAS POSITIVAS EN NUESTRO PAIS. Capítulo VIII. Introducción. Capítulo IX. Las normas directas o internas y las normas indirectas positivas. Capítulo X. Nuestras normas indirectas positivas. QUINTA PARTE. TEORETICA DE LA DISTINCIÓN CRITERIOLOGICA SEÑALADA POR NOSOTROS. SEXTA PARTE. SOLUCIONES. CONCLUSIÓN.

"Cuanto más intervengan los notarios menos intervendrán los jueces."

FRANCESCO CARNELUTTI

PREFACIO

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Se estudia aquí la validez que tiene el documento notarial en un Estado distinto a donde se lo ha autorizado. ¿El instrumento público notarial tiene validez extra territorium? Es decir, ¿vale el documento notarial en otros ordenamientos jurídicos distintos al de origen? Esto ha de desarrollarse en las páginas siguientes.

Comenzamos nuestro estudio delimitando los ámbitos de operatividad del derecho notarial y del derecho internacional privado.

Ubicado el problema, buscamos sus causas; luego historiamos los intentos de solución y centralizamos el estudio en el acto jurídico que es objeto de documentación por el notario. Ello por considerar que el acto es el concepto constante entre los variados elementos materia de instrumentación por el escribano. No estudiamos aquí las certificaciones de hecho según lo explicaremos en su oportunidad.

Importancia de este trabajo para el escribano

Pensamos que el notario, en el ejercicio de su función, asesora a las partes y prevé la inexistencia de vicios en la formación del acto jurídico del cual va a ser autorizante. Por lo cual debe precaverse acerca de los distintos supuestos que pueden presentarse al variar la ubicación ESPACIAL de uno de los elementos de la relación y configurar in mente los distintos tipos legales posibles previendo las correlativas consecuencias jurídicas que seguirán según las estructuras de la ley aplicable en cada caso. Con sólo cambiar de domicilio el otorgante, o variar la situación de los bienes, o pretender la validez del documento en otro Estado, se presentarán multiplicidad de conflictos de leyes.

El escribano debe -en cuanto esté a su alcance- prever esas consecuencias derivadas de la movilidad de los elementos de los actos jurídicos que se instrumentan.

Terminamos el trabajo adhiriendo a soluciones propuestas ya y aportando nuestras propias ideas.

PRIMERA PARTE

CAPITULO I. EL TEMA Y EL PROBLEMA

Nuestro tema es la validez internacional o extraterritorial del instrumento público notarial que documenta un acto jurídico; trataremos de hacer un aporte más para que en un futuro no muy lejano sea una realidad la total y absoluta validez internacional del documento notarial, cosa que actualmente se da, pero en germen.

a) Un documento notarial es válido dentro del territorio en el cual se autoriza, si se han observado todos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico que allí impera. No interesan aquí los requisitos que establecen otros ordenamientos jurídicos para documentos similares

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autorizados en sus respectivos territorios, ya que cada ordenamiento jurídico tiene su respectivo ámbito de validez.

b) Pero, puede suceder, y sucede con cierta frecuencia, dado el aumento en el volumen del tráfico internacional, que el documento autorizado en un ordenamiento jurídico determinado sea trasladado a otro país y desde éste se pretenda igual validez que en el país de origen.

Aquí se ponen en contacto los derechos de dos países; he aquí el problema que presenta un conflicto internacional de leyes, algunas de ellas locales, otras extranjeras (visto desde el país que hará aplicación del derecho). Como solución del conflicto de leyes, hay que encontrar la norma indirecta o norma de conflicto que va a indicar cuál ley -si nacional o extranjera- va a regir en ese caso. Por indicación de la norma de conflicto, unas leyes primarán sobre otras, a veces las locales, otras veces las extranjeras. En ciertos casos las normas locales aplicables habrán ya incorporado en sustancia la norma extranjera, habiendo comunidad jurídica en eso.

c) Puede darse también dentro de la situación de conflicto de leyes que hemos planteado, originada por la movilidad del documento, una situación problemática más compleja: supongamos que otro de los elementos intervinientes en el acto jurídico instrumentado -persona o cosa sobre la cual recae el objeto -fin del acto- se trasladen a un tercer país, en el cual impere un tercer ordenamiento jurídico: el conflicto de derechos sería así múltiple.

El problema es la extraterritorialidad del instrumento público notarial, es decir, el valor que tiene en otro ordenamiento jurídico distinto al de origen, en cuanto a SUS FORMAS, en cuanto a sus específicas CUALIDADES PROBATORIAS y FEHACIENTES, y en cuanto a su OPERATIVIDAD O EFICACIA. En cada uno de estos caracteres del documento notarial advertimos distintas posibilidades respecto a la aceptación extraterritorial por el país en el cual se intenta hacerlo valer.

1) Formas: respecto a la validez formal o extrínseca internacional del documento, la incorporación a la legislación positiva de la regla *locus regit actum* nos soluciona el problema, diciendo que el documento es formalmente inobjetable habiéndose observado las formas del lugar de creación.

2) Cualidades probatorias y fehacientes: valor que la ley local reconoce a un documento otorgado en el extranjero luego de cumplidos otros requisitos que impone la ley local.

3) Operatividad o eficacia: se vincula este tercer aspecto con la unión de los dos aspectos anteriores, depende de ellos.

En lo que hace al aspecto intrínseco del documento, los elementos a los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuales él se refiere, se encuentran condicionando la operatividad o eficacia al cumplimiento de las normas de conflicto positivas que regulan cuál es la ley que se aplica a las personas, bienes, contratos, cosas, etc. En este trabajo hacemos un estudio integral del problema y tratamos de encontrar el modo de lograr la extraterritorialidad plena del instrumento público notarial.

Nuestro tema tiene por punto de partida al instrumento público que documenta un acto jurídico. Al instrumento público lo estudian el derecho civil y el derecho procesal -en lo que respecta a prueba- pero es principal objeto de estudio del derecho notarial, es uno de sus pilares. Entendemos por instrumento público al "escrito auténtico en que se consigna y perpetúa un título o un hecho"(1)(629), es "el documento autorizado por notario"(2)(630) en el ejercicio de su función. Esta última definición circunscribe el concepto al documento público notarial; a él limitamos el alcance de nuestro estudio, sin entrar a considerar los instrumentos públicos judiciales o administrativos(3)(631).

Las finalidades del instrumento público son dar forma y eficacia legal a un negocio jurídico -o constituirlo directamente- valiéndolo como prueba preconstituida; pero lo principal es que contribuye al desarrollo del derecho en su estado normal. He aquí la diferencia fundamental con los instrumentos públicos judiciales. La documentación de un acto por instrumento público aleja la posibilidad de intervenciones judiciales. Esto último supone un estado anormal(4)(632); nosotros preferimos decir aconflictual -para la primera situación- y conflictual, para la segunda.

Bien decía Carnelutti que cuanto más notario, menos juez; dando a entender que con la intervención del notario se alejaba la posibilidad de conflictos y litigios.

En los siguientes capítulos efectuaremos, en base a originales distinciones propias, un estudio integral del tema que nos pone frente al problema de que corrientemente el documento notarial otorgado dentro del ámbito de imperio de un ordenamiento jurídico no vale como tal en otro ordenamiento jurídico, a no ser que se prevean los requisitos legales locales.

CAPITULO II. FACETAS DEL PROBLEMA Y DISCIPLINAS QUE SE OCUPAN DE ELLAS

Las distinciones que efectuamos a continuación son criteriológicas y no físicas -es decir-, son la realidad lógica y no fáctica, con una finalidad expositiva y simplificadora: no pretendemos dividir al derecho, sino estudiarlo por partes con la guía de un concepto aglutinante.

Nuestro punto de partida debe ser firme, por ello nos acercamos a lo empírico. Nos basamos en que:

a) la función notarial implica normalidad jurídica -ausencia de controversia- estabilidad, seguridad;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) sabemos que interesa a la función notarial, principalmente el momento en que el instrumento se confecciona, CUIDANDO que no sea observable;

c) sin embargo con posterioridad a su confección pueden surgir problemas y controversias judiciales, ya sea respecto a la materia instrumentada como a su forma. Aquí es donde, habiendo algún elemento extranjero al país en el cual se considera el instrumento -puede éste mismo ser extranjero-, se presenta un contacto entre dos soberanías. Aquí existe la posibilidad de conflicto de leyes y jurisdicciones en lo atinente al mismo factum. Hay, en cada legislación o derecho nacional, una serie de normas cuyo supuesto de hecho al cual se le impone una determinada consecuencia jurídica consiste precisamente en un conflicto de leyes o jurisdicciones. La consecuencia nos indicará cuál derecho es aplicable al caso en cuestión.

Estudiados estos puntos de partida empíricos y teóricos, advertimos que el problema acerca de cuál es la ley o derecho que rige los elementos del instrumento público, tiene dos facetas al menos y dos correlativos puntos de vista desde los cuales puede enfocarse el tema:

a) un punto de vista de interés prevalentemente "JUS NOTARIAL" correlativo de la faceta jus notarialista; y

b) otro de netas características "jus internacionalista". Esta distinción, que desarrollaremos a continuación, es meramente conceptual, ya que en la realidad ambas facetas se coimplican.

A) FAZ JUS NOTARIALISTA: si consideramos el aspecto NORMAL o biológico(5)(633), nos encontramos haciendo un estudio de derecho notarial. El objeto de éste es amplio, está ligado a la función notarial y por ser ésta una actividad técnica jurídica de realización del derecho, se lo inordina -generalmente- dentro del derecho adjetivo (de modo que es derecho para el derecho)(6)(634). Siendo una técnica jurídica de realización del derecho en actuación fehaciente, es importantísima la óptima realización de ella en orden a las premisas del derecho interno y del derecho internacional privado para evitar litigios y hacer inatacable el derecho límpidamente instrumentado aun en el caso que uno de los elementos se traslade o sea trasladado a otro país con cuyo punto de vista, derecho, y en base a todos los principios de su orden público se juzgará sobre la validez y, en todo caso, sobre los efectos. Es sobre ellos que el criterio se hace más LOCAL.

Aclaremos que esta utilización de las normas de derecho internacional privado -hecha por el notario- al tener en cuenta el posible cambio de jurisdicción de un elemento en el futuro, no contradice nuestra anterior distinción criteriológica, es previa a un conflicto de leyes existente en verdad, tiene existencia virtual. El proceder metódico del escribano en este caso es el siguiente:

a) luego que los otorgantes le plantean la posibilidad futura de trasladarse ellos o trasladar un elemento de los instrumentados a otro

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

país, averigua desde qué país se va a invocar los derechos que surgen del instrumento; y

b) en base a esas hipótesis de conductas posibles les adecua las consecuencias jurídicas que eventualmente van a serles impuestas;

c) luego informa a los otorgantes haciendo una inevitable casuística y cuida de instrumentar el acto observando los requisitos que impone la ley local y en lo posible los de derecho que según la regla de conflicto del país en el cual se piensa hacer valer el documento será aplicable. Puede suceder que la norma de conflicto de ese otro país reenvíe a la legislación y usos del lugar en el cual se instrumenta el acto de que se trate, y en este caso el problema de falta de adecuación a ese derecho no puede presentarse operándose la validez extraterritorial del documento.

Vemos que el escribano llega al conocimiento del derecho mediante la comprensión del sentido de una conducta humana normada, realizando -abstractamente- la imputación de una consecuencia jurídica a supuestos figurados y mediante una vivencia valorativa pero apoyada en una mera abstracción ideatoria (ya que los supuestos fácticos antecedentes son "ideados", "imaginados" por el escribano, previendo las posibles consecuencias)(7)(635).

B) FAZ "JUS INTERNACIONALISTA": Se deslinda luego de definir al derecho internacional privado como el que proporciona soluciones normativas para el caso de dos o más normas que se encuentren en conflicto reclamando cada una su observancia para la misma situación condicionante. En el caso que nos interesa, el derecho internacional privado determina la o las normas aplicables en el juzgamiento de un caso en que se plantee o alegue algo contravirtiéndose en torno a un acto instrumentado auténticamente en otro Estado o jurisdicción, o con respecto a bienes o situaciones reguladas por otro ordenamiento jurídico.

Importante es destacar que se ha propuesto otorgar autonomía a una materia que se llamaría derecho internacional privado NOTARIAL(8)(636).

El contenido de la disciplina que estudiaría esta temática sería:

1) estudio de los instrumentos públicos en un análisis jus-comparatista y caracteres similares que presenten en los diversos Estados;

2) validez internacional del instrumento público -aquí hay quien opina que se estudiaría no sólo del notarial sino también de los restantes instrumentos públicos-. Decir validez internacional es igual a decir EXTRATERRITORIALIDAD del instrumento público. Entendemos por tal a la validez que puede tener un instrumento público en un ordenamiento jurídico distinto al que fue creado;

3) formalidades requeridas para que el instrumento público tenga extraterritorialidad -total en el futuro-, circunscripto al notariado latino ahora.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Depende de cada caso particular, respecto a qué elemento del acto instrumentado se pretenda produzca efectos y si es o no tomado como punto de conexión por la norma de derecho internacional privado que declara aplicable el ordenamiento jurídico que el punto de conexión determine. En esto se insistirá más adelante. (Ver cap. III, párrafo 1ero.)

Esta faz, no por ser de interés prevalentemente jus-internacionalista deja de tenerlo para el derecho notarial, pues el derecho es uno, y todo lo que a él se refiera aparece interconectado: como si hubiera vasos comunicantes.

Estas distinciones del problema en facetas y los puntos de partida adoptados son originales nuestras.

CAPITULO III. CAUSAS DE LA PROBLEMÁTICA

Es evidente que la principal causa es de índole política. La división de soberanías conspira contra la unidad normativa. Las diferentes valoraciones crean diversas normas y se originan conflictos normativos en los cuales debe aplicarse a cada elemento un derecho determinado. Hay elementos que se toman como medios técnicos para resolver los conflictos de leyes: puntos de conexión. Entendemos por tales al elemento más a propósito de cada relación jurídica -el que más la caracteriza- para conectarla con un determinado derecho (en caso que haya conflicto de normas) y hacerla regir por éste. Ejemplos: el domicilio, la nacionalidad, el lugar de celebración, etc.

Las normas de conflicto existentes en cada legislación toman puntos de conexión para ubicar cuál es la ley más propia para reglar cada relación. Hecha esta introducción, vamos ahora a las causas del problema de validez internacional del instrumento notarial o no.

a) Enfoque filosófico: las causas primeras las hallamos en la naturaleza sociable del hombre, quien no vive aislado de sus semejantes. Además en la división del trabajo entre los individuos de la comunidad humana al vincularse con hombres cuya conducta es regida por un derecho diferente que se aplica a todos los que habiten un determinado territorio, puede darse el conflicto entre dos o más leyes que reclaman su observancia para el mismo supuesto.

El hombre es sociable, y esto es una realidad, ya sea por ser su naturaleza sociable, o aunque esto se discuta, porque necesita de sus semejante para satisfacer sus exigencias físicas espirituales y culturales. El ser humano es, por naturaleza, cosmopolita, ciudadano del mundo, contrae vínculos con los demás hombres con quienes se relaciona, haciendo caso omiso de las fronteras políticas. El ser humano, en uso de la elección continua en que lo coloca su vida, en ese continuo preferir y posferir a que se ve obligado en su vida circunstanciada por las cosas que en ella se radican(9)(637), contrae vínculos jurídicos que son frecuentemente instrumentados por instrumentos públicos en uno de los países base de la relación, o sede de uno de los elementos de ella.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Eliseo Guardiola halla la fundamentación jusfilosófica del problema en la diversidad de soberanías existente y correlativa diversidad de poderes, recurre a conceptos de derecho político e internacional público y filosofía para saber por qué el derecho es tal y por qué nos obliga, como camino para saber dónde está la raíz del poder que hace del instrumento público un documento auténtico y si es posible su internacionalidad(10)(638).

b) Enfoque causal jurídico: otra causa, desde el punto de vista jurídico-político, se halla en la variedad de Estados existentes, ordenamientos jurídicos diversos con el correlato de una variedad legislativa en orden a supuestos fácticamente similares. Pero a pesar de ello hay concordancias, especialmente entre los países de notariado de tipo latino: en cuanto a la jerarquía de profesional y funcionario público del escribano -al cual se le ha delegado la potestad jurídica de dar fe y autorizar- y en cuanto al carácter del instrumento público, su indubitabilidad, fecha cierta, fuerza ejecutiva, etc.

SEGUNDA PARTE - HISTORIA DE LOS INTENTOS DE SOLUCIÓN

CAPÍTULO IV - SOMERA REFERENCIA A LOS TRABAJOS Y RESOLUCIONES DE LOS CONGRESOS INTERNACIONALES DEL NOTARIADO LATINO
ACLARACIÓN PRELIMINAR

En este capítulo se efectúa una historia de los intentos de solución en somera referencia, pero parcializando el estudio en un doble aspecto:

1) porque se refiere únicamente a los problemas del notariado latino, y

2) porque comenzamos desde una época relativamente reciente, en la cual ya se proporcionan ideas coherentes y de posible realización.

Sin embargo, dejamos sentado que la extraterritorialidad del instrumento público fue posible desde su existencia merced a la regla *locus regit actum* por la cual se delega la regulación formal del documento a la ley del lugar en que éste se autoriza. Esta regla fue conocida por los posglosadores -Baldo especialmente-, la escuela de Bolonia del siglo XII y XIII y concretada en las Partidas del rey Alfonso el Sabio. Primero existió la regla que se aplicó a los testamentos y luego el documento notarial que nació con el notario.

Efectuada esta preliminar aclaración, comenzamos con el comentario al primer congreso de la Unión.

a) I Congreso. Buenos Aires, 1948.

Bajo la presidencia de su ilustre fundador José Negri, se reunió en Buenos Aires en el año 1948 el primer Congreso del Notariado Latino. En él se presentó un enjundioso trabajo de Eliseo Guardiola(11)(639) y del belga René Dechamps(12)(640) se admitió la validez internacional de las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escrituras públicas, expresándose respecto a las legalizaciones, que debe tenderse a la supresión de muchas de ellas, a fin de que, con toda simplicidad puedan servir a su objeto de dar seguridad de la autenticidad del acto.

El instrumento notarial realizado con arreglo a la ley vigente en el lugar de su celebración, tiene que ser considerado válido en los demás países en lo que a formas y autenticidad se refiere. Siendo de aplicación la regla locus regit actum. El problema mayor se presenta para saber si el notario de un determinado país en el cual se autorizó el instrumento cumplió todos los requisitos para que valga en el país en el cual se pretende su operatividad.

b) II Congreso. Madrid. 1950.

En él se continuaron los estudios y tratativas acerca del tema en un triple sentido:

1) es necesario realizar el acercamiento entre todos los notarios del mundo, tarea que le cupo a la Comisión n° 2; y

2) creación de un sistema internacional de información acerca de las normas que regulan la capacidad civil de las personas en cada Estado miembro; y, además,

3) se realizaron estudios sobre internacionalidad del documento notarial, tarea ésta que le cupo a la comisión número siete, entre cuyos integrantes se cuentan Guardiola y Yorio.

Se aprobó una resolución que gravita en los posteriores congresos incluso en el reciente VI Encuentro Internacional del Notariado Americano, Guatemala, 1970.

"Organización de un sistema corporativo notarial internacional respecto a legalizaciones:

"a) Cada notariado adherido propiciará ante sus autoridades nacionales, que se delegue en las instituciones notariales locales, la FACULTAD DE AUTENTICACIÓN de firma y del carácter funcional del signatario y ADEMÁS la certificación del CUMPLIMIENTO DE LAS FORMALIDADES EXTERNAS del mismo (es decir que sea conforme a derecho)". Madrid, octubre 17/ 1950.

También fueron aprobados los despachos de la Comisión séptima: "El documento notarial formalizado con arreglo a la ley del lugar de su celebración, será considerado válido en los demás países en cuanto a su forma y autenticidad...

"En cuanto a los efectos extraterritoriales el documento notarial... a) su materia o contenido procurará el notario sujetarse a las normas reguladoras de la relación jurídica o de la ley del país en que el documento haya de producir efectos".

Con relación al valor probatorio del documento notarial, se dispuso que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se juzgará con arreglo a la ley del país en que se hubiera otorgado. Octubre 21/1950.

Además el trabajo que Guardiola había presentado al Congreso anterior fue considerablemente ampliado, estudiándose la legislación argentina interna y de conflicto con referencia a los distintos casos en que puede encontrarse el notario.

c) III Congreso. Roma, 1958.

En este Congreso se presentó un trabajo de nuestro profesor Miguel Norberto Falbo, en el cual, luego de referirse a los documentos, su forma, el formalismo, condiciones de validez de los instrumentos públicos, fuerza probatoria, limita el alcance de la regla locus regit actum siguiendo la opinión de Fiore. Dice que esta regla reconoce en su aspecto formal EXTRINSECO la validez extraterritorial del instrumento notarial. Pero puede plantearse el problema de que sea argüida la validez ficta, por no conformarse el documento a la ley del lugar de su otorgamiento, planteándose así un problema de aplicación de la ley extranjera(13)(641).

Todos esos temas serán objeto de ulterior desarrollo.

Termina el trabajo que comentamos proponiendo se proclame y logre el reconocimiento del derecho que tienen las instituciones o colegios notariales, para certificar, con pleno valor probatorio internacional, la legitimidad formal de la escritura pública o documento público autorizado por los escribanos públicos en ejercicio de sus funciones.

d) I Jornada Notarial Rioplatense. Punta del Este, 1957.

En esta oportunidad se declaró:

"1) Que el notario debe tener siempre en cuenta tres elementos: personas, actos y bienes, para considerar la validez internacional del documento que va a autorizar, o que viene a sus manos autorizado por notario; 2) que con referencia a las personas debe considerar especialmente el estado, la capacidad y las relaciones de familia, en que rige preferentemente el domicilio; 3) que en relación a los actos se debe considerar la forma como materia típica de la actuación notarial, en la que rige especialmente, la ley del lugar de celebración; 4) que con relación a los bienes inmuebles se comprueba la generalidad que, por razones de soberanía existe en la aplicación de la ley del lugar de situación... Y para los MUEBLES el de su situación o domicilio de su propietario, según se trate de muebles de ubicación permanente o traslaticios; 5) finalmente se declaró que "en las obligaciones se comprueba un estado complejo de validez internacional, dado por elementos como ser: celebración, ejecución, naturaleza, pero existiendo una gran libertad para aplicar el principio de autonomía de la voluntad para sujetarse a distintas leyes nacionales, por la falta de incidencia sobre los derechos de la soberanía estatal que, generalmente, no se halla afectada".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

e) VI Congreso. Montreal, 1961.

Se trató el tema "Estudio de la eficacia probatoria del acto público notarial" nacional o extranjero, en su conjunto y en cada una de sus partes, de manera de permitir a la Unión del Notariado Latino la edición de un estudio general tendiente a facilitar la utilización internacional del acto público notarial.

Se propuso que el notariado de cada uno de los países miembros en el siguiente congreso profundizara el estudio del tema citado.

f) VII Congreso. Bruselas, 1963.

Cuando el instrumento público notarial fue perfectamente estructurado, se dice que es auténtico, pero para que tenga valor probatorio y eficacia internacional, la firma del escribano debe ser certificada por una autoridad competente.

Se sostuvo que una medida de mayor seguridad jurídica y que confiera seguridad a las transacciones internacionales, sería la de agregar a la certificación tradicional una nueva certificación de legitimidad. Esa legitimación es la conexión del acto jurídico con la situación jurídica que le sirve de base. En consecuencia es la declaración auténtica de haberse verificado todo en legal forma.

Legitimación implica la comprobación de que continente y contenido concuerdan con las normas legales, por eso es juicio de legalidad, y eso debe efectuarlo la única autoridad notarial jerárquicamente superior al notario actuante: El Colegio de Escribanos de cada jurisdicción(14)(642). Esta doctrina fue aprobada.

g) VIII Congreso. México, 1965.

En este Congreso se presentó un trabajo de los notarios españoles Gabarró Samsó y Puig Salellas, sobre conflictos de leyes en materia civil y mercantil - sociedades.

Comienzan refiriéndose a que la actividad internacional de la sociedad, por ser cada día más importante y abarcar diversidad de países, da lugar a conflictos de leyes. Seguidamente analizan el problema de la nacionalidad de las sociedades, donde advertimos que ignoran la doctrina argentina (Bernardo de Irigoyen) en lo que respecta al problema(15)(643). Luego analizan los conflictos de leyes en la faz constitutiva de la sociedad, durante su vida, y en situaciones extraordinarias de ésta, concluyendo con un análisis de conflictos legislativos en materia fiscal: doble imposición o evasión impositiva (la antítesis patológica).

h) IX Congreso. Munich, 1967.

En él se presentó un trabajo del Dr. Miguel N. Falbo, en el cual se hace una breve pero completa reseña que se refiere al tema que nos ocupa conectado con el derecho positivo argentino(16)(644).

También se presentó un trabajo de la delegación española sobre conflictos de leyes en materia de sucesiones y el régimen español,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estudiando la noción de orden público y su función excluyente de la aplicación de la ley extranjera, y los casos en que funciona(17)(645).

i) VI Encuentro Internacional del Notariado Americano. Guatemala, agosto de 1970.

En este encuentro internacional hemos encontrado dos trabajos que tratan nuestro tema: 1) "Validez y eficacia del documento notarial en el ámbito internacional", colaboración del Colegio de Escribanos de la Prov. de Bs. As. por Jorge Ibáñez y J. Miliano de Pampín. Es un trabajo sumario y pobre, donde se ignora la vigencia del Tratado de Montevideo de 1940 y se hace referencia al de 1889;

2) "Validez internacional del documento notarial". El autor es nuestro profesor Miguel Norberto Falbo, quien nos calificara con sobresaliente el trabajo de seminario que hicimos en el mes de mayo de 1970, sobre el mismo tema. En él se insiste sobre ponencias anteriores y se adoptan varios de nuestros puntos de vista sobre el problema, y se toma a la letra (págs. 5 y 6) nuestra definición de la página 12 del citado trabajo de seminario; sin embargo no se nos cita, sino que se cita a Juan Carlos Smith.

Finaliza el trabajo que comentamos con la siguiente PONENCIA:

"1) Que se peticione a los respectivos gobiernos, con reciprocidad, el reconocimiento de la atribución de los Colegios Notariales de certificar con eficacia internacional LA LEGALIDAD FORMAL de las escrituras o documentos públicos autorizados por los escribanos de las respectivas demarcaciones...

"2) Que en tanto se obtenga ese reconocimiento, las instituciones o colegios notariales certifiquen la legalidad formal de las escrituras o documentos notariales de su demarcación cuando deban producir efectos extraterritoriales"(18)(646).

Con esta reseña damos por finalizada la parte histórica del presente estudio.

TERCERA PARTE - SISTEMÁTICA

CAPÍTULO V. FORMA Y CONTENIDO. SU DIFERENCIACIÓN Y COMPLICANCIA

Es nuestro propósito hallar la manera de que el documento notarial valga aun fuera del territorio de la nación en la cual se autorizó; para hacer nuestro estudio intentamos llegar a la raíz de la naturaleza de los problemas, por ello empleamos el método analítico descomponiendo al negocio jurídico en todos sus elementos: causa, forma y contenido o materia del acto.

La forma: concepto general

Ha sido vista esta noción por algunos filósofos como una cualidad de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

materia, por otros, como una esencia, por otros, como organizadora de la materia -esto como información-, ya que nos interesa el aspecto jurídico de la noción de forma.

Seguiremos a Carnelutti, quien comienza diciéndonos que un acto es un movimiento, es decir, altera un estado de cosas: por ello es además, una mutación del mundo exterior -movimiento y cambio son indisolubles-, son correlativos. La forma del acto traduce, exterioriza ese movimiento y ese cambio(19)(647).

Antes que el movimiento se produzca, sólo hay una mera intención (cogitatio), que por sí sola es indiferente para el derecho, pues no presenta exterioridad, lo cual la haría accesible objetivamente (intersubjetividad trascendental). Cuando esa vivencia de intención produce un cambio exteriorizándose, adquiere importancia para el derecho. En igual sentido nuestro Código Civil, art. 913.

Recordemos que Giorgio del Vecchio en su búsqueda del concepto de derecho estudia una constante: LA ACCIÓN HUMANA, de la cual puede decirse que le caben todos y cada uno de los calificativos jurídicos (justo, injusto, lícito, etc.); los fenómenos puramente naturales rechazan esos predicados.

Una acción humana es un hecho de la naturaleza que es a un tiempo un hecho de voluntad. Todo acto tiene dos elementos: uno EXTRINSECO, objetivo, perteneciente al mundo físico: MUTACIÓN de él; y otro INTRINSECO, es una intención, una vivencia, una voluntad(20)(648). Un fenómeno determinado sólo es acto cuando emana de un sujeto y emana de su voluntad: todo acto es interno y externo a la vez.

No existen en el ámbito social puros actos internos: actos del pensamiento que no tengan la necesaria correlación con el mundo exterior; como tampoco hay actos puramente externos, que no tengan un contenido psíquico.

Hecha esta aclaración previa, se advierte que forma es la parte externa de un ente, a manera de vaso o molde en que se contiene la esencia; en el caso del acto jurídico, esa esencia es la voluntad. Para nosotros, FORMA de los actos jurídicos es no sólo su ser sensible -accesibles a los sentidos- sino también su presentación objetiva de modo que sean relevantes para el derecho. Y esto es para nosotros lo fundamental, ya se considere al derecho como norma, como conducta humana en interferencia intersubjetiva -dicho con las bellas palabras de Cossio ya señaladas por Del Vecchio- o como conducta humana en interferencia categorizada por las normas.

Como el estímulo a la voluntad humana proviene del interés, y éste se califica como causa del acto, y como la voluntad obra como puente entre la causa y la forma, la forma debiera ser la realización de la causa. Cuando ello sucede, es que el proceso activo ha alcanzado su fin, PERO no siempre lo alcanza, y ello se debe a la falibilidad propia del ser humano.

a) Acto y forma. Documento

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El acto acaece en el tiempo y en el espacio (este último es el elemento que más nos interesa aquí), dependiendo de la categoría de acto de que se trate y de su finalidad si hay o no otros elementos que la ley considere más importantes que el acto mismo para tomarlos como puntos de conexión (ver cap. III, 1era. parte). Frecuentemente sucede que se tiene en cuenta el acto mismo como punto de conexión y al lugar de su acaecimiento para regular todo lo que de él se origina.

El acto es un fenómeno exterior, su significación no es perceptible por los sentidos, sino que el acto puede, mediante las formas que lo revisten, hacer inteligible su sentido al cual se accede mediante el raciocinio fundado en FORMAS que son soportes de significados a los cuales se accede mediante comprensión y valoración jurídica.

Los civilistas tienen el mérito de haber realizado la distinción entre forma y contenido de los actos.

La forma contribuye a la realización del valor seguridad jurídica, ya que la objetividad categorizada por el derecho, resulta segura para los terceros y aun para las partes, pues evitan actos impensados. Aquí se remarca la labor del notario, dando forma a las declaraciones de los otorgantes de actos jurídicos cuidando la perfecta adecuación a las normas y previendo su eficacia aun en el caso en que se deba trasponer las fronteras del país en que se otorga el acto. CREA UN DOCUMENTO.

Recordemos las divisiones entre actos no formales, formales, solemnes y formales no solemnes; son éstos conceptos de derecho civil útiles para comprender el desarrollo de este trabajo, pero que no se desarrollará aquí.

El documento es un objeto que puede representar algo que haya sucedido. Es una cosa producida por la actividad humana, una obra, destinada a representar un hecho o acto jurídico.

El escribano documenta, da formas jurídicas a las declaraciones que recibe o actos que percibe.

Para hacer varias imágenes metafóricas, diríamos que la voluntad e intención de las partes se comparan con el agua; las formas jurídicas, con un recipiente que elige el escribano, quien es también el que abre y cierra la canilla en la medida necesaria.

b) El acto como concepto base

Tomamos el concepto de acto jurídico: acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos extinguiéndolos, y afirmamos que es el concepto que nos va a servir de base para nuestro estudio, pues es una constante entre los variados elementos materia de documentación notarial. Hay excepciones, como ser las certificaciones de hechos, pero no se estudia aquí la extraterritorialidad de tales documentos, sino de los que instrumentan actos jurídicos.

Hemos dado nociones previas sobre forma y acto, mostrando que la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

forma reviste al acto, lo exterioriza con aptitud jurídica, y ambos elementos quedan plasmados en el instrumento público, fruto de la alitigiosa labor del escribano a modo de documento y, en casos, como un requisito constitutivo del acto mismo.

Es este documento el que sobrevive, el que se mantiene inmutable pese al transcurso del tiempo; en cambio el acto, una vez desaparecida la actividad humana que le dio vida, no se mantiene en el presente sino y merced al documento, -público en este caso.

Es cuando, transcurrido un lapso, uno de los elementos que integraban o acompañaban un acto jurídico, cambia de ubicación espacial y comienza a ser regido por las leyes de otro país, en que se presenta el problema de los efectos y la validez extraterritorial de ese documento público que prueba una voluntad y su exteriorización. Es aquí donde se presenta el problema de reconocer o no los actos autorizados por notario de otro país bajo las leyes de éste. Es aquí donde chocan los conceptos de soberanía territorial absoluta y los modernos principios de comunidad entre todas las naciones civilizadas del orbe, o al menos de recíproca cortesía, que lleve a reconocer efectos a una institución aun fuera del territorio que la ha cobijado.

Es el acto, para nosotros, el concepto central de cualquier estudio que se pretenda hacer acerca de la validez extraterritorial del instrumento público notarial.

CAPÍTULO VI. LA REGLA LOCUS REGIT ACTUM

En su expresión literal significa: el lugar rige al acto. De este modo se alude a un principio generalizado por la costumbre milenaria en el ámbito internacional: de que las leyes vigentes en el locus de realización de un determinado actus jurídico, son las más propias para regular las formas y solemnidades extrínsecas del mismo(21)(649).

El problema de la validez internacional de las formas que documentan un acto jurídico, se presentó en un principio respecto al testamento: se lo hizo valer extraterritorialmente merced a esa regla.

a) Significado y alcance: qué lugar rige y qué cosa es lo que rige.

El sentido de la regla no es el literal, sino el que se evidencia al analizar sus términos. ¿Qué lugar es el que rige al acto: aquel en que se ha celebrado o aquel en el cual va a tener ejecución? El de celebración. Luego dice la regla "rige el acto", sin aclarar qué es lo que rige del acto, si la forma, la sustancia o la capacidad de las partes. El sentido que corresponde es el de que la ley del lugar de celebración rige la forma extrínseca del acto(22)(650). Por abuso del lenguaje se ha extendido la expresión al escrito que documenta -constata- el acto(23)(651).

El ámbito de aplicación, entonces, es exclusivamente formal y no material. Se aplica como criterio de solución de las contradicciones que se suscitan entre dos normas jurídicas de dos distintos ordenamientos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que regulan de un modo distinto la realización, instrumentación y validez de un mismo acto voluntario del derecho privado.

La aplicación de esta regla nos va a dilucidar los problemas que se presentan cuando el documento notarial debe producir sus efectos en un país distinto del que tuvo origen. Es decir, la extraterritorialidad del documento notarial.

b) Modificación a la fórmula de la regla propuesta por Calandrelli:

Lex loci celebrationis regit instrumentum ejus ("la ley del lugar de celebración rige a su propio instrumento").

Esta fórmula, más completa y clara, es corrientemente aceptada por la doctrina como la significación de la regla expresada en forma tradicional.

c) Fundamento de la regla:

Se ha tratado de encontrar la fundamentación en: 1) la soberanía territorial, que impone la aplicación de la ley territorial; 2) en el consentimiento unánime de las naciones (pero vemos que esto no es un fundamento sino una realidad necesaria para su vigencia); 3) Laurent y Weiss encuentran la base racional de esta regla en la imposibilidad de hecho de realizar formas distintas a las acostumbradas en el lugar del acto; 4) Savigny, halla el fundamento en la sumisión voluntaria de los contratantes a la ley del lugar de celebración; 5) un criterio utilitario dice que es la solución más conveniente para armonizar las distintas situaciones posibles. Además, se respetan los derechos adquiridos; es cómodo, cierto, seguro, y conocido el derecho vigente en el lugar de formación del acto.

d) Problemas conexos: Aplicación de la ley extranjera.

Puede plantearse la invalidez de un documento extranjero por no ajustarse a la ley del lugar de su otorgamiento (aplicable al acto por aplicación de la regla locus...). Según nuestro Cód. Civil, art. 13 y nota: "la aplicación de las leyes extranjeras en los casos en que este código lo autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes"... Esto en casos en que el juez no tiene obligación de conocer la ley extranjera, no así en los casos en que el mismo Código impone la aplicación de la ley extranjera al juez (ejemplo. arts. 6, 7 y 12 del Cód. Civil). El CPC art. 377 (conc. 375 CPC Prov. Bs. As.) dispone: "Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer".

El Cód. Civil, en este aspecto, no sigue a Savigny sino a la doctrina de la comitas gentium o cortesía internacional, en cuya virtud la ley extranjera se aplica por mera cortesía, siendo natural que quien solicita un favor solicite los medios para que se le acuerde. En cambio, si se admite como fundamento de la aplicación del derecho extranjero el sistema de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la COMUNIDAD JURIDICA, vemos que no influye para nada el carácter de nacional o extranacional de la ley aplicable, el derecho viene impuesto por la misma naturaleza de la relación jurídica, sea nacional o extranjero. Es necesario destacar que el fundamento de la CORTESIA para aplicar la ley extranjera está ligado al régimen procesal de aplicación a petición de parte (nuestro Código Civil) y el sistema de la comunidad jurídica entre las naciones de similar grado de civilización, preconizado por Savigny, consustancialmente ligado al sistema de aplicación de oficio.

e) Carácter facultativo o imperativo de la regla:

Sostienen que es facultativa su aplicación: Werner Goldschmidt y Romero del Prado (en nuestro país). La forma de los actos se regiría -según esta doctrina-, en principio, por la misma ley que gobierna el fondo del negocio.

Argumento histórico: El origen de la regla locus, fue el deseo de permitir a los mercaderes testar durante un viaje, por cuyo motivo se les autorizaba a utilizar, además de la forma de su domicilio, la forma del lugar de otorgamiento del testamento.

Argumento legal: El art. 950 del Cód. Civil prescribe la regla locus para cualquier negocio jurídico, sea unilateral o contractual.

El art. 12 Cód. Civil especifica que es para los contratos y los arts. 1180 y 1181 especifican aún más el ámbito de aplicación. (Ver art. 14, inc. 4°). Romero del Prado sostiene que para las formas SOLEMNES no debe aplicarse la regla locus, salvo que esto expresamente se establezca por la ley (ejemplo, art. 2° de la ley 2393); en consecuencia, deben estar sometidas como regla general a la ley territorial. Ejemplo: el caso de donación de un inmueble situado en nuestro país, mediante instrumento privado en país que lo permita. No se aplicarían aquí los arts. 12 y 950 de nuestro Cód. Civil sino el 1810 y ss., que exigen escritura pública. En cambio, para las formas ad probationem sí se aplicaría la regla locus regit actum pero con las limitaciones que puede establecer la ley territorial, tal como la necesidad de instrumento público en el caso de los arts. 1211 y 3129 del Cód. Civil(24)(652).

Sostiene que es imperativa la aplicación de la regla, Carlos M. Vico. Fundamenta su opinión en razones de necesidad, de utilidad, y de comodidad, que imponen la tarea de facilitar la realización en cualquier lugar de los actos que no deben ejecutarse necesariamente en un país determinado(25)(653).

Los autores que sostienen el carácter FACULTATIVO de la regla, se fundan en los arts. 3638 y 14 inc. 4° del Cód. Civil, y los que sostienen el carácter IMPERATIVO de la regla, se fundan en los arts. 12, 950 y 1205 del Cód. Civil.

f) Limitaciones a la aplicación de la ley extranjera

Orden público: Es una característica negativa de la consecuencia jurídica

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de una determinada norma -esto desde el criterio lógico formal-; impide el desencadenamiento de la consecuencia de una norma. Es aquello a lo que una sociedad considera ligada su existencia y que no va a permitir que la consecuencia jurídica de una ley extranjera vulnere. Es un estado de cosas valioso para la sociedad que lo utiliza como enervante de las consecuencias jurídicas de las normas extranjeras. LEGISLADO: en el art. 14 del Cód. Civil; art. 4° del protocolo adicional del Tratado de Montevideo 1940, y en otras normas específicas.

Aquí sólo queremos brindar una somera idea de cómo funciona, para comprender más claramente el articularse de las normas extranjeras y evidenciar las dificultades con las que puede encontrarse la aplicación lisa y llana de la regla locus regit actum.

El efecto del orden público es que impone no aplicar la ley extranjera, aplicándose en cambio la lex fori (la ley del juez).

g) Fraude a la ley:

Cuando los contratantes dejan un territorio para no sujetarse a las leyes y formas que en él rigen para determinado acto, se configura el fraude a la ley. Hay casos en que la ley lo admite, como en el caso de la ley 2393, art. 9°, incs. 4° y 7°, contemplados en el art. 22 de la misma ley, cuando dice: "La validez del matrimonio, no habiendo ninguno de los impedimentos establecidos en los incisos 1°, 2°, 3°, 5° y 6° del art. 9°, será juzgada en la República por la ley del lugar en que se haya celebrado, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las leyes y formas que en él rigen". De él surge que en caso de los impedimentos de los incisos 4° y 7° del art. 9° el fraudem legis no impide la aplicación de la ley del lugar de celebración del matrimonio, en razón de su poca gravedad, valorada así por el legislador. El fraude a la ley es una característica negativa del tipo legal, pues la situación fáctica se ha configurado, pero fraudulentamente, y por ende no puede reclamarse la actuación de la consecuencia jurídica.

CAPÍTULO VII. INCIDENCIA DEL CONTENIDO O SUSTANCIA DEL ACTO, SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE. LA LEX REI SITAE

Esta fórmula nos indica que todo acto vinculado con una cosa es regido por la ley de situación de esa cosa; en nuestro derecho, hay que efectuar distinciones según sean muebles o inmuebles y según se considere a las cosas, como singularidades o como universalidades.

En lo que respecta a la regulación normativa, nos remitimos a la parte cuarta capítulo VII, hacemos aquí el desarrollo doctrinario.

a) Significado y alcance de la regla: Los derechos reales son en las cosas, es decir, los que para ejercitarse requieren acción directa del titular sobre el objeto. Las cosas son realidades corpóreas y ocupan, como todo cuerpo, un lugar en el espacio, y se halla ínsita en ellas y en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la acción humana la posibilidad de cambiar de lugar en el espacio, conforme a la voluntad del hombre, EXCEPTO los bienes raíces. Por ello es fundamental separar dos categorías de cosas, muebles e inmuebles. Además se necesita hacer otra distinción: según se considere a las cosas como universalidades ut universitas o en su individualidad ut singuli, ya que el criterio normativo será distinto, porque los bienes ut universitas -como el patrimonio por ejemplo- constituyen un ente ideal que no se puede situar ni tiene un lugar determinado en el espacio. En cambio, tratándose de bienes considerados ut singuli, existe esa relación de hecho que impone la aplicación del derecho local.

Es de destacar el INTERES DE LA SOBERANIA de los estados sobre los bienes, particularmente los inmuebles, por su importancia no sólo económica, sino conformativa del territorio en donde se ha de ejercer el poder estatal.

El fundamento del régimen que somete los bienes inmuebles a la ley del lugar de la situación de las cosas (lex rei sitae) no es hoy día el fundamento feudal de la estricta territorialidad de la ley, ni el del orden público. Esto acontecía cuando estaban confundidos los derechos políticos y civiles sobre la propiedad raíz, pero hoy ambos derechos están deslindados, y los derechos políticos no son objeto de nuestro estudio sino los derechos civiles.

En los casos de orden público, el juez, en presencia de la ley extranjera contraria a éste, NO LA APLICA, sino que aplica la lex fori (su ley), es decir, que el orden público es un principio que excluye la aplicación de la ley extranjera. No sucede lo mismo con la lex rei sitae cuando se aplica como regla la ley de la situación de los inmuebles; no se enuncia ningún principio de orden público aquí, porque no se veta la aplicación de ninguna ley extranjera, al contrario, la lex rei sitae puede obligarnos a la aplicación de una ley extranjera que sea vigente en el lugar de situación de la cosa.

He aquí cómo una cosa son las leyes territoriales, y otra distinta las leyes de orden público. La aplicación de la ley territorial puede hacerla tanto el juez del territorio como un juez extraño, competente para conocer en la respectiva relación jurídica; interesa aquí se mantenga el imperio de la ley que rige las cosas que se encuentran en un determinado territorio.

b) Limitaciones: No alcanza a todas las relaciones jurídicas cuyo objeto sea una cosa, sino que es aplicada como ley de competencia normal, por ser la más propia a las cosas. En principio, la ley de la situación no es competente para regir:

- 1) la capacidad de los contratantes;
- 2) la forma extrínseca de los actos referentes a inmuebles.

Generalmente ésta se rige por la ley del lugar de celebración del acto (arts. 12 y 950 Cód. Civil), salvo la excepción territorial de orden público (art. 10 Cód. Civil).

**CUARTA PARTE - DIRECTIVAS PARA LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS
INDIRECTAS POSITIVAS EN NUESTRO PAÍS**

CAPÍTULO VIII. INTRODUCCIÓN

Estamos viendo el problema que se presenta cuando un documento notarial se otorga en un lugar para producir sus efectos en otro Estado, donde los documentos similares están sujetos a distinta regulación legal. No estudiamos en este trabajo las certificaciones de hecho, para cuya validez en otro Estado es necesaria una similar organización notarial y una aceptación de la posibilidad de dar fe pública de los hechos presenciados, por parte del notario extranjero.

En todos los ACTOS en que actúe el notario como tal, dada su función, se dará la característica de que se trata de actos jurídicos, o bien, negocios jurídicos, por eso partimos del elemento constante en los problemas que pueden plantearse en torno a la extraterritorialidad del documento notarial: EL ACTO JURÍDICO PUBLICAMENTE INSTRUMENTADO POR ESCRIBANO PUBLICO.

Partimos del concepto de que los actos llamados jurídicos son aquellos voluntarios lícitos, exteriorizados, que tienen por finalidad inmediata establecer relaciones jurídicas, crear, modificar, conservar, transferir o extinguir derechos.

CAPÍTULO VIII. EL PUNTO DE PARTIDA.

LABOR DEL ESCRIBANO

Nuestro punto de partida en el análisis de la extraterritorialidad del documento notarial es el acto instrumentado en ese documento, es decir, el fruto de la labor del notario en el ejercicio de su profesión y función. Luego analizaremos los elementos que lo constituyen y con relación a los cuales se actúa jurídicamente, pues las normas positivas de conflicto regulan los elementos de los actos jurídicos según su incidencia en los valores comunitarios y esto para el Estado donde se encuentran los bienes que forman el objeto o materia del acto.

Labor del escribano

En su libre ejercicio de la función de escribano público él asesora a las partes y prevé la inexistencia de vicios en la formación del acto jurídico del cual va a ser autorizante. Debe precaverse acerca de los distintos supuestos que pueden presentarse al variar la situación espacial de los elementos de la relación (el caso más frecuente: el cambio de domicilio) y configurar in mente los distintos tipos legales posibles, previendo las consecuencias jurídicas correlativas que -según las estructuras de la ley aplicable en cada caso- serán la consecuencia. La ley aplicable estará indicada por la norma indirecta o norma de conflicto, cuya función es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

designar, ante un conflicto entre leyes de distinta soberanía, justamente, cuál es la norma que debe aplicarse.

CAPÍTULO IX. LAS NORMAS DIRECTAS O INTERNAS Y LAS NORMAS INDIRECTAS POSITIVAS

Las normas internas o directas no se estudian en este trabajo, porque varían las que deben aplicarse según lo indiquen las normas indirectas y el punto de conexión: pueden ser de nuestro país o de cualquier otro Estado con el cual se conecte el acto.

LAS NORMAS DE CONFLICTO o NORMAS INDIRECTAS tienen como supuesto de hecho: el conflicto entre varias normas positivas internas de distintos ordenamientos que pugnan por aplicarse a la misma situación; y por consecuencia jurídica la norma indirecta tiene la determinación de cuál de esas normas internas va a normar el elemento de que se trate.

CAPÍTULO X. NUESTRAS NORMAS INDIRECTAS POSITIVAS

Las encontramos en nuestros códigos y en el Tratado de Montevideo de 1940, pero no las estudiamos en este trabajo, pues nuestro estudio perdería valor internacional. Sin embargo, esa empresa la acometeremos en el próximo estudio que ya estamos preparando.

Son éstas las normas que debe tener en cuenta el notario al prever las posibles consecuencias de un cambio de situación de un elemento de los que intervienen en un acto a instrumentar. También deben tenerse en cuenta normas de conflicto extranjeras.

Para la aplicación de la norma indirecta puede que haya que superar diversas etapas:

1°) CALIFICACIÓN; 2°) CUESTIÓN PREVIA; 3°) REENVÍO; 4°) APLICACIÓN DE LA REGLA DE CONFLICTO; 5°) pueden surgir circunstancias excluyentes de la aplicación del derecho extranjero -si éste es el que indica la norma indirecta-: orden público y fraude a la ley. Nos remitimos para todos estos aspectos a los trabajos y manuales de derecho internacional privado, pues ya entramos en el terreno de éste y nos alejamos del ámbito del derecho notarial.

QUINTA PARTE - TEORÉTICA DE LA DISTINCIÓN CRITERIOLÓGICA SEÑALADA POR NOSOTROS

En el capítulo segundo de este trabajo, hemos propugnado una distinción criteriológica dentro del tema que tratamos: deslindar la faz que interesa al derecho internacional privado -que para nosotros cumple aquí una función instrumental- y la faz que interesa al derecho notarial. Nos basamos en varios factores: uno de ellos, el hecho de que la función notarial sea actuación aconflictual del derecho (supra capítulos I y II), y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otro factor, el elemento temporal de que el escribano actúa en el momento de formación de un acto, momento en el cual puede haber un conflicto POTENCIAL de leyes, pero aún no hay controversia judicial acerca del mismo.

Otro factor en que nos basamos es el proceder metodológico del escribano, quien, por el aspecto "cautelar" de su función, trata de prever por anticipado los distintos casos que pueden presentarse en lo que respecta al acto que instrumenta si es que un elemento móvil cambia de situación espacial, y asesora a sus comparecientes, indicándoles los distintos resultados que pueden derivarse según las normas de conflicto aplicables en cada supuesto imaginado. Estas normas indirectas van a declarar de aplicación un determinado efecto normativo, proporcionando en cada caso una norma de derecho interno que regule normativamente el elemento.

Esta concepción de una conducta imaginada -valorada a través del sentido que le confiere la norma- es un procedimiento totalmente distinto al que va a realizar el juez en caso de litigio; éste va a conocer una conducta REAL, y la va a conocer con el sentido que le confiere la norma territorial o extraterritorial, según lo indique la regla de conflicto. Además, va a aplicar y crear el derecho en virtud de su potestad imperativa.

Otro de nuestros aportes consiste en que tomamos al ACTO que se encuentra instrumentado, como el punto de partida en todo estudio que quiera realizarse sobre la internacionalidad de ese instrumento público. Debe analizarse sus elementos, su movilidad, y las normas aplicables a cada uno de ellos según el caso.

En el capítulo II, punto B damos una personal definición acerca de lo que entendemos por derecho internacional privado CON RELACIÓN al problema de validez internacional del documento notarial y de cómo funciona.

Efectuado este pequeño balance, pasamos a exponer las posibles soluciones al problema que nos ocupa.

SEXTA PARTE - SOLUCIONES. CONCLUSIÓN

El problema de la validez internacional del instrumento público, es decir, su extraterritorialidad -validez fuera del territorio de su otorgamiento y autorización-, se presenta cuando algún elemento, materia o forma del acto jurídico documentado, cambia de ordenamiento jurídico y se invocan derechos basados en ese documento.

LA SOLUCION, es decir, el medio para lograr la validez idéntica en todos los Estados, está en la regla LOCUS REGIT ACTUM: para las formas que debieron observarse al instrumentar el acto.

Creemos que la regla locus... soluciona el conflicto de leyes en el aspecto formal, pues es corriente que se observen las reglas locales en lo que respecta a formas de un acto.

En los países signatarios del Tratado de Montevideo del año 1940 de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho procesal (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay) se reconoce la autenticidad de los instrumentos públicos, otorgados por los funcionarios de un Estado contratante, en los demás Estados cocontratantes -siempre que estuvieran legalizados (arts. 3° y 4°)-. Esto en lo que respecta al valor del aspecto extrínseco; en lo que respecta a lo intrínseco, cada elemento es normado por el Tratado -cuyas normas son de conflicto- por separado.

En los países no signatarios del Tratado de Montevideo: Generalmente se acepta la regla *locus regit actum*, por lo que no habría problema en cuanto al aspecto extrínseco. Pero es deseable obtener mayor seguridad jurídica, por medio de tratados concluidos sobre bases de reciprocidad, evitando las situaciones dudosas.

RESOLUCIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES Y CONGRESOS DE NOTARIOS

a) Del Instituto de Derecho Internacional

La Haya, 1898: Entre otras reglas, votó la siguiente: "Del punto de vista de un notario extranjero, la forma, la validez de toda declaración, de todo acto de un colega de otro Estado, debe ser apreciada de acuerdo a la *lex loci*", o sea, la ley del país donde el acto se ha otorgado o pasado, aunque sus efectos jurídicos deban producirse en otro país donde se quiera prevalerse del mismo.

Madrid, 1911: En esta sesión, el Instituto recomendó la adopción de la regla: "Las condiciones de forma de los actos jurídicos que tengan por fin o por consecuencia la constitución de un derecho real, deben ser determinadas conforme a las reglas generales sobre formas de los actos".

"Un derecho real, sin embargo, no puede establecerse y subsistir de modo que pueda oponerse a los terceros, sino cumpliendo las condiciones de forma de los actos exigida por la *LEX REI SITAE* para la salvaguardia de los intereses generales y del orden público".

b) Resoluciones de los Congresos de la Unión Internacional del Notariado Latino

Fueron tratados en la parte histórica de este trabajo. Nos adherimos a ellos y muy especialmente a la resolución acerca de la creación de un fichero internacional de las personas, su capacidad, etc.

Y ESPECIALMENTE a la que dispone sobre el otorgamiento a los colegios notariales la facultad de certificar sobre la LEGITIMIDAD FORMAL del instrumento, habiéndose extendido dentro de sus respectivas demarcaciones territoriales.

Debemos olvidar el estricto y feudal anacronismo de la territorialidad absoluta de las leyes, en este caso, extendido a los actos documentados en forma fehaciente por escribano público.

Si el producto de la función legislativa de un Estado, halla su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reconocimiento en los demás Estados, y vemos que así sucede también con la función judicial y administrativa (en tanto no viole el orden público local) ¿por qué no puede reconocerse igualmente la función notarial extranjera?, si sabemos que ésta reviste las mismas garantías de seriedad y seguridad que las otras funciones -al menos en los países de notariado tipo latino-.

Estamos convencidos de que se trata de un proceso gradual de evolución, y llegará el día en que se admita sin cortapisas la extraterritorialidad del instrumento público notarial, engendro de la correlativa función.

Esa uniformidad puede ser lograda mediante tratados, por legislación de armonía o por uniformidad legislativa. La legislación de armonía uniforma las reglas de conflicto o normas indirectas; la uniformidad legislativa uniforma las normas internas. O bien puede lograrse uniformidad -en un ideal de total evolución- por integrar todos los Estados una entidad supraestatal (civitas maxima) que coordine las normas y las unifique bajo su imperium.

Esperamos, con este pequeño estudio, haber hecho un nuevo aporte a la solución del problema planteado. En nuestro próximo trabajo estudiaremos las normas positivas de conflicto vigentes en nuestro país.