

LA REGLA "LOCUS REGIT ACTUM"

POR MARGARITA ARGÜAS

1. *Aspectos de la evolución de la regla "Locus regit actum" desde el siglo XIII hasta mediados del XVIII.* Las necesidades del comercio, los desplazamientos ocasionados por las guerras y la misma asistencia de los estudiantes a las universidades en sociedades regidas por estatutos locales diferentes y donde era derecho común el romano, arrión de las disposiciones canónicas, produjeron choques de jurisdicciones, a cuya resolución se vio abocada la justicia sin saber, en relación a la forma qué ley aplicar: la del lugar donde el acto se había realizado, la del lugar del domicilio de su autor o al del lugar de situación de los bienes objeto del mismo.

Evidentemente, resolver cuál era en la emergencia la ley más adecuada, debió haber constituido para los juristas de la época un problema tentador.

Guillermo Durant, a fines del siglo XIII, en su "Speculum juris", al recordar, apenas en 30 líneas, la opinión sobre esta materia de uno de sus predecesores, Ubertus de Bobio, que profesaba en Parma en 1227, probó que el interés por resolver esta incidencia de leyes, respecto a la forma de los actos, ya se manifestaba a comienzos del mismo siglo. Para Pillez, el origen de la regla es contemporáneo a los albores de nuestra ciencia, y puede ser llevado con bastante seguridad a la época en que escribía Cynus de Pistorio (1270-1336). Este comentarista habiendo planteado la cuestión de la validez del testamento hecho en Florencia ante siete testigos y su efecto sobre los bienes situados en el territorio de Bolonia, donde eran necesarios diez, dice que el Specularior no la decide y que Jacobo de Ravenna (antecesor de Bartolo) atribuye los bienes de Florencia al heredero instituido y los de Bolonia al legítimo (2).

A principios del siglo XIII (2), comienza entonces a diseñarse el contenido de la máxima "Locus regit actum", con la cual se daba predominio, en materia de formas, a la ley del lugar de celebración del acto. Apenas conso-

1 A. Pillez.— *Journal de droit int. privé* 1893, p. 929 y s.

2 Savigny en su "Traité de Droit Romain" (traduc. Ch. Guenou, 2ª ed., 1869, T. VIII, pág. 144 y s.), equivocadamente creea la aparición de la regla recién en el siglo XVI. Para Alonso (Curso de Der. Int. Priv. T. II), nació en la opinión de los glossatores; y, para Zaballón (S'nta-Zaballón, Manual de Der. Int. Priv. T. II, pág. 305 y s.), se perfeccionó en ese tiempo, pero era conocida desde antes.

lidad, atravesó un largo período de vicisitudes en que brilló, fue discutida, se perfiló y se volvió a lucir, siguiendo en esa accidentada evolución la suerte misma del Derecho Internacional Privado. Breviamente a principios del siglo XVIII, en una sentencia del Parlamento de París, adquiere su aspecto definitivo en cuanto a terminología y con terros variantes y como clichés, es adoptada, ya en términos categóricos ya implícitamente por todos los cuerpos de leyes civiles y comerciales.

A pesar de las investigaciones de los autores modernos en los siglos de la época, llegados hasta nosotros, ciertas cuestiones permanecen en la sombra o no han sido resueltas en el mismo sentido. La metodología aconseja en esta materia distinguir los actos hechos en forma pública de los hechos en forma privada, dedicando preferente atención a los primeros y dentro de ellos al testamento, alrededor de cuya validez giran todas las controversias suscitadas en el curso de los siglos sobre la aplicación de esta máxima, en las doctrinas estatutarias italiana, francesa y holandesa.

Ya en el siglo XIII, según se desprende de las obras de los glosadores de esa época, el problema fue abordado en sus distintos aspectos, pero, concurriéndole a la opinión más extendida, parece que la solución tardó más de cien años en abrirse camino en Italia y el doble en Francia, donde los prejuicios de territorialismo absoluto influyeron demasiado en los autores. En la doctrina flamenca lo impuso la necesidad. Esos distintos aspectos palpados por los primeros comentaristas son los mismos, salvo leves diferencias, más que todo, de terminología, con que respirman los autores contemporáneos. Originalmente la cuestión se discutió a propósito del testamento. La índole particular de ese acto, realizado en la mayoría de los casos en los últimos momentos, hace que no se pueda diferir, ni perfeccionar posteriormente. Importa mucho, en consecuencia, el reconocimiento de su validez. Tres leyes, entonces como ahora, coincidían cuando se trataba de fijar la subsistencia legal de dicho acto jurídico: la ley del lugar de celebración, la ley del domicilio del autor en aquella época, la ley del lugar de situación de los bienes, objeto del acto.

Lainé¹, historizando la evolución de la máxima *locus regit actum* a través de glosadores y estatutarios, sintetiza admirablemente las dificultades con que ellos tropicaron emergentes de la concurrencia de las tres leyes nombradas².

¹ A. Lainé— *Dr. Int. Privé*. T. II p. 328 y s. (1923).

² Los grandes maestros contemporáneos de nuestra ciencia remiten al autor que paso a la obra de Lainé, mal podría ya estudiar ese mandato. Posiblemente confundiendo en la confusión del lector, como ellos mismos, aunque sea brevemente, los capítulos respectivos. Por mi parte, sin ninguna suspicacia, virtud de Jacotot, aparte del inserto evidente que el conocimiento de esa evolución puede traer para aclarar y resolver las múltiples cuestiones de respuesta nada fácil que la aplicación de la máxima *locus regit actum* provoca en el campo del derecho internacional privado de nuestros días; su inteligencia nos probará que, como dice Irving³: "la vida no debe plegarse a los principios los que deben modelarse sobre la vida. No en la lógica, en la vida,

a) Respecto a los actos públicos, el problema puede encararse, según mi humilde guía, desde dos puntos de vista:

1. *¿El acto hecho en cierto lugar conforme a la ley local, es válido para los jueces del país de celebración, siendo el autor de origen extranjero? En otros términos: ¿la lex loci actus es accesible a los individuos no domiciliados sobre su territorio a pesar de su extraneidad?*

2. *¿El acto conforme a la lex loci actus es válido en todas partes, aun donde sancionario sería dar efecto a una ley extranjera? Más claramente ¿la lex loci actus tiene, una vez observada, un valor extraterritorial?*

1ª) Con respecto al primer enunciado, la soberanía de las costumbres no dejó lugar a dudas en Francia: el imperio de la territorialidad de las leyes era allí demasiado absoluto para permitir cualquier discusión. En Italia la vigencia del derecho romano, al dar relatividad a la aplicación de los estatutos, complicó la solución. Según Bártolo, para Jacques de Arena, el estatuto de Venecia que, contrariamente al derecho común, sólo exigía dos testigos para la validez del testamento, debía tener un carácter excepcional y ser, como los demás derechos locales, sólo aplicable a sus sujetos con exclusión de los subeas.

Bártolo² y Alberic de Rosate admiten la validez del estatuto aun cuando fuera contrario al derecho romano; además, si estaba concebido en términos generales, aunque se dirigiera única y formalmente a los indígenas, constituía para ellos una disposición común a todos los testadores del municipio.

2ª) La segunda cuestión era más compleja. Dos aspectos surgen en seguida: a) *Si el acto conforme a "la lex loci actus" tiene por autor a un extranjero ¿es válido en su domicilio?*

Aceptando Bártolo la validez del testamento hecho por un extranjero que observa las formalidades de la *lex loci actus*, omitió decir si, a su juicio, sería también válido en el lugar del domicilio del testador donde imperaba otra ley. Para Alberic de Rosate, fue ésta una de las dos dificultades "bellas" tratadas en su Comentario del Código. La resolvió afirmativamente proclamando el valor extraterritorial del testamento hecho por un ciudadano de Bergamo, en Venecia, ante dos testigos. Jacques de Arena, en cambio, interpretando restrictivamente los estatutos contrarios al derecho romano, excluyó, según vimos, a los extranjeros; lo cual era negar, implícitamente, valor extraterritorial al testamento.

b) *El acto conforme a la "lex loci actus" tiene por objeto un inmueble situado en otro lugar cuya ley es diferente.*

La importancia inusitada adquirida en Francia por el feudalismo y el

son las relaciones, el matrimonio jurídico, que reclaman lo que debe ser y la accesión o la imposibilidad hágase esta aquí, completamente fuera de lugar".

² In. leg. *Constatu popularu* — Nos. 21 - 25.

predominio sin contestación de la *lex rei sitae* para los inmuebles, influyeron sobre la opinión de sus juristas. Jacques de Revigny y Pierre de Belleperche, los iniciadores, mal podían oponer contra la estricta y absoluta territorialidad de las costumbres. Cupo a Guillermo de Cugnesseu iniciar el movimiento innovador en Francia. Cino, en Italia, se recibió por su influencia, y más adelante Juan Fabre y Bártole en ambos países respectivamente, le dieron con el prestigio de sus nombres, la autoridad que le faltaba.

Como se ve, todo el siglo XIII fue teatro de las más apasionadas discusiones. En el XIV recién se admitió en Francia e Italia, sin contestación, la validez e extraterritorialidad del testamento realizado por un extranjero conforme a la *lex loci actus*, aun cuando existiera en desacuerdo con la ley del domicilio del autor, la ley de situación del inmueble objeto de la disposición o el derecho romano.

Esta conquista de los barcelistas fue definitiva en Italia. Andrés Fachinón parece ser el único disidente.

La máxima *totius collesseus sunt solles* estaba demasiado atarugada en Francia para que el ascendiente de Juan Fabre, nunca tan poderoso como el de Bártole, lograra vencer en forma concluyente a los partidarios del territorialismo.

La guerra de los cien años (*inter arma, silent leges*)¹ contribuyó a un nuevo florecimiento de este último. Atizando al país obtuvo el activo intercambio intelectual de los franceses con las universidades del norte italiano, tan fecundo durante todo el siglo XIII. Recién con el Renacimiento y la consiguiente difusión de las ideas, los viajes se hicieron más seguros, el intercambio de mercancías precedió y alenó el comercio capitular y las catedras lombardas readquirieron con la afluencia de estudiantes franceses su antiguo esplendor. Al contacto con sus grandes juristas, Chaseneux y Tiraqueau depositaron el anterior respeto por la autoridad de las *collesseus*, preparando la llegada de Dumoulin. En la primera mitad del siglo XVI revólase éste, se impone y hace aceptar a los autores franceses la teoría de Bártole, a la cual inspecta nueva y pujante vida en sus nobles "Comentarios" anotados al margen, como lo hizo su maestro de Bolonia, de la ley *Coactio Populæ*.

A su juicio, la doctrina universalmente admitida para la forma de los actos jurídicos, no ya solo para el testamento (cabe a Alberic de Rosset el mérito de esa generalización), puede resumirse así: "La ley (costumbre o estatuto) a seguir, es siempre la ley del lugar en que el acto se realiza, se trate de contrato, juicio o sentencias (juggemens), de testamentos, de actos instrumentarios o de actos cualesquiera. Así, el testamento hecho en presencia de dos testigos, allí donde no se exige mayor solemnidad, es válido en todas partes y lo mismo para cualquier otro acto". (*Prima Conclusio: Aut statutum loquitur de his que concernunt nullam ordinationem vel so-*

¹ Frederic Harrison, *Journal de dr. int. pr.*, 1880, pág. 415.

terminata actus, inspicunt et semper inspicitur statutum vel consuetudo loci ubi actus celebratur, sive in consuetibus, sive in iudiciis, sive in consuetudinibus, sive in instrumentis... Idem in omni alio actu." *Conclusiones de statuto et consuetudinibus loci ubi actus celebratur, in Cod. De iurema Trinitatis*, op. T. III, p. 557).

En las posesiones del siglo XVI se formaron en Francia dos corrientes, debido a la aparición de d'Argentré, "competido apasionado de la territorialidad de las costumbres", para quien la *lex rei sitae* (inmuebles) no debía ceder ante la *lex loci actus* en ningún caso, terminando el imperio de ésta donde termina el territorio, finitas parentatu, finitas iurisdictione. Su influencia parece no haber sido considerable en el transcurso del mismo siglo. "La doctrina de d'Argentré sedujo sólo a escritores de orden inferior; los Chopin, los Charondas, los Brodeau, los Ricard, los Rousseau, la aprobaron poco y eso cuando le prestaron atención. La teoría de Bárilo y de Dumoulin permaneció intacta, aunque estacionaria, lo mismo en las obras de los autores que en las sentencias de los Parlamentos. Es que, en efecto, para Francia, el sistema de d'Argentré fue un puro anacronismo. Inspirado por las ideas feudales de soberanía y de independencia de costumbres, proclamaba que Francia debía permanecer dividida desde el punto de vista del derecho, y que sus diversas legislaciones debían mantenerse escarmentadas cada una en su jurisdicción territorial, sin casi ningún comercio entre ellas, precisamente en el momento en que todo eso devenía al pasado, al otro día de los combates victoriosos librados por Dumoulin en pro de la unidad del poder y del derecho y en vísperas de los reinados de Enrique IV, Richelieu y Luis XIV"¹.

Sin duda, la jurisprudencia ya había hecho suyo el principio expuesto por la máxima *locus regit actum*, aún cuando su forma exterior definitiva, permaneciera todavía latente.

En Alemania, la doctrina italiana de la forma de los actos periclitó hasta fines del siglo XVII. Mynsinger y Gail, profesores, ilustres de la Cámara Imperial de Spira², aprobaron la teoría que admite la validez del testamento conforme a la *lex loci actus*; y, según sostienen, aquel gran tribunal resolvió en ese sentido los casos de jurisprudencia en que le tocó entender; lo mismo la Rota Romana.

En los países Bajos y Flandes se produjo en el mismo siglo un reflorescimiento de la teoría italiana de los estatutos, favorecido por las relaciones comerciales y las condiciones políticas del momento. La competencia de la *lex loci* para fijar la forma de los actos había sido hasta comienzos del XVII, época en que fue excluida como ya lo había sido en Francia dos veces anteriormente. Respondiendo a influencias de carácter utilitario, veintitrés años después de esa reacción territorialista, preparada por los discípulos de d'Ar-

¹ De A. Lalor citado por Weira, op. cit. T. III p. 25 nota H.

² v. Austr y Rivier. *Elemente de dr. int. privé*, pág. 81 y s.

general, se volvió por un camino indirecto al viejo sistema cuyas ventajas prácticas se habían palpado en ese corto intervalo de inobservancia.

La tendencia resultante de los autores holandeses se explica, sin embargo, como lo hace notar Despagner², por la expansión de la autonomía municipal en los Países Bajos y por el celoso empeño con el cual las comunas defendían su independencia contra toda usurpación de una autoridad extranjera.

Todo el rigor del exclusivismo territorialista holandés y flamenco se pone de manifiesto en el "Edicto Perpetuo" sancionado por los príncipes Alberto e Isabel el 12 de julio de 1611, cuyo artículo 13 significa el más remoto triunfo de la *lex rei sitae* sobre la *lex loci actus* en la forma de los testamentos. Está así concebido: "Si es lícito de évidence des testateurs et de la situation de leurs biens, y a diversité de coutumes pour le regard de ces dispositions de dernière volonté, nous ordonnons qu'en tant que touche la qualité desdits biens, si on en peut disposer, en quel age et avec quelle forme et solennité, on suive la coutume et les usances de la dite situation".

La razón, al constatar la ineficacia práctica del sistema, volvió sobre él y el Consejo Privado de las Provincias belgas —en un caso particular donde jugaban valiosos bienes y poderosas influencias— respondiendo a las necesidades públicas, reconoció la oscuridad (*obscuritas*) del texto del artículo 13 y dio una interpretación legal declarando que "un testamento privado hecho según las formas locales era válido, aún respecto a los bienes situados en otro lugar, cuyas formas eran diferentes".

II. Dificultades para la clasificación de la regla "*Locus regit actum*" en la teoría estatutaria. El *Affaire de Pommereu*.

1. — Resuelta la larga controversia sobre la competencia de la *lex loci actus* para validar los actos jurídicos, tropezaron los juristas con otra dificultad que, sino pareció insoluble, fue origen de nuevas y bizarras discusiones. La confusión se produjo entre los autores cuando se trató de colocar el nacuro de las formas y especialmente la regla que atribuye validez universal al testamento, conforme a *lex loci actus*, en su clasificación bipartita de las leyes, so pena, para ellas, de ver derramarse dicha construcción tan cuidadosamente levantada.

La incertidumbre no fue de gran duración para los glossadores, pues como dice Piller "no les faltaron textos romanos para colmar su resolución, y ésta, en realidad, se inspiraba solamente en la conveniencia de la solución propuesta". Los estatuarios, para quienes el derecho romano había dejado de ser derecho común, debieron limitarse a buscarle cabida dentro de su distinción de las *costumes* en reales y personales; pretender otra solución hubiera sido para esos graves juriscónsultos, envejecidos en su respeto, apo-

² Despagner y de Boek.— *Précis de dr. int. privé*, 3ª edic., p. 502, Nº 92.

¹ *Principles de dr. int. pr.*, T. II, p. 295, § 253.

taar del propio credo. Era esa en realidad la única solución correcta y más conforme con la naturaleza de las cosas.

La forma de los actos no se relaciona más directamente con los bienes que con las personas. Froland y Pothier, al dejar las leyes relativas fuera de la clásica división, procedieron con excelente buen sentido y con lógica para Laurent. Pero no todos lo entendieron así; algunos se inclinaron a considerar la forma de los actos dentro del estatuto real y otros del personal.

Burgundus, Rodenburgh, Guillermo Ravier y Boullenois pertenecen al primer grupo. Los dos tuvieron en consideración únicamente los actos constitutivos o traslativos de derechos reales inmobiliarios, descurriendo los demás actos concernientes a inmuebles o generadores de créditos. Para Burgundus (Rodenburgh se limitó a reproducir su opinión), la forma de los actos concernientes a inmuebles constituía una cualidad de fondo del acto mismo y, por consiguiente, debía pertenecer al estatuto real; era admitir la *lex loci actus* sólo en caso de coincidencia con la *lex rei sitae*, y rechazar toda otra ley extranjera. Guillermo Ravier los colocaba dentro del estatuto real por ser, como éste, accesibles a nacionales y extranjeros, prescindiendo de que su relación fuera más directa con la cosa que con la persona. Olvidaba el otro carácter primordial del estatuto real: la territorialidad; siendo justamente la extraterritorialidad una de las ventajas más importantes de la *lex loci actus*. El autor del *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, conjointement et isolément* (1766) después de criticar a Rodenburgh y Pothier de la jamaica, sostenedores de la realidad y personalidad de la forma de los actos, respectivamente, en sus metódicos razonamientos sobre el mismo tema (T. I. p. 496, Observación XXIII) se declara en contra de Bouchier y partidario de Burgundus. "Yo no veo —dice— por qué no se mirarian esas formalidades como reales y por qué, al contrario, se las miraría como personales. . . No conozco más estatutos personales que aquellos que afectan la persona e imprimen en ellas alguna cualidad relativa a la persona". Sin haber llegado estrictamente a decidirse por el estatuto real en la primera parte de sus críticas, se manifiesta, al fin, partidario por una razón bien extraña para Lainé y que Baudry-Lacantinière¹ califica de "une piquante ironie". Boullenois dice: "el acto jurídico es un niño ciudadano del lugar de su nacimiento, y que debe ser vestido a la manera del país".

Tan hesitante en su criterio, que Weiss, comentando ese trozo, se expresa así: "A decir verdad, Boullenois no aplica el estatuto real a lo concerniente a las formas exteriores del acto, le da en cierta manera una existencia jurídica y, en consecuencia, un estatuto personal a este último". Era es, en Weiss, una interpretación suspicaz, más bien dedicada, a mi juicio, a mostrar las

¹ Baudry-Lacantinière et Hoque-Ferrade. — *Tr. abrégé et pr. de droit civil*. T. I, p. 179, § 213.

² L. Boullenois — *Tr. de la person. et de la réalité des lois*. T. I, cit. II, Cap. III. — Observación XXIII, pág. 493.

³ Weiss. — *Op. cit.* T. III, p. 43, nota 1.

vacilaciones del gran estatario del siglo XVIII. En su principal disertación sobre la forma de los actos, Boullenois⁴ no deja lugar a dudas y se coloca junto a Burgundes, Rodenburgh y Ravier; y consignas: "desde luego hay que decir que esas formalidades aptas para la autenticidad son reales, por la razón alegada por Burgundes que los actos solemnemente *consententur* *certantibus* *secundum leges regionis in qua celebrantur* (en general o generalmente toman su esencia de la ley del lugar donde son celebrados). Enonces, si los actos toman su ser y su esencia de la "ley del lugar en que son hechos", ellos pertenecen a esa Ley: son los hijos de la Ley; ella les ha dado el ser y la vida; los contratos son la cosa del lugar, las formalidades están ligadas al contrato, ellas afectan la cosa y no la persona, ellas son, entonces, reales... "Así bien se puede decir que las leyes que reglan las formalidades son reales, porque sólo cuando ligan a las personas ellas no la ligan más que en el sentido de sujetarlas a observar ciertas formalidades para la validez de los contratos solamente, sin disponer de su estado y de su condición".

Cerrando los ojos a la razón y dejándose llevar como los anteriores por un respeto exagerado de la primitiva división de los estatarios, *Boullenois* y *Péviot de la Janner* se consienten por su parte las leyes sobre la forma de los actos al estatario personal. La concepción del presidente del Parlamento de Dijon (*Péviot de la Janner*, sólo reprodujo su opinión) expuesta en el Cap. XXIII, N° 81 a 88 de su obra "Observations sur la coutume du duché de Bourgogne, 1717", adquiere un carácter bizarro y significa una deplorable confusión de principios. "Todo estatario —dice *Boullenois*— concerniente a las formalidades extrínsecas de los actos y a su autenticidad es personal, de manera que, cuando el acto es hecho con las formas usadas en el lugar de su redacción, tiene en toda parte su ejecución." Para explicar la aparente falta de hilación entre la premisa y la conclusión, agrega: "Se opone en mala ocasión, inopportunitivamente (*mal à propos*) que, si los estatarios concernientes a la forma de los actos son personales, no es más que por relación a la persona de los disponentes y que, en consecuencia, deben conformarse a la ley de su domicilio. Me asombra que no se hayan fijado que las formas de los actos está vinculada, no a la persona de aquel que los hace sino a la del oficial encargado de redactarlos. El, es el amo de la forma, es a él que las partes, a menudo illetteradas, están obligadas a dirigirse; él, es el responsable de esa forma, si a su respecto cometiera alguna falta esencial contra su deber. De la autoridad confiada por los magistrados del lugar donde está domiciliado, depende la fe dada a sus actos. En entonces, únicamente con relación a él, que se debe decidir de la forma de aquéllos".

"Una confusión se ha hecho —dice *Lainé*⁵— en el espíritu de *Boullenois*, entre la calidad de oficial público y la calidad de persona privada; entre la competencia del uno y la capacidad del otro; entre las reglas de derecho propias a esa competencia y las referentes a esa capacidad."

Admitiendo el valor extraterritorial del acto realizado conforme a la ley

⁴ Op. cit., T. 1, p. 496 y 497. Observados XXIII. Tit. 2, Cap. III.

del domicilio del oficial público encargado de su redacción, es natural que lo colocara dentro de los estatutos personales. Natural, a primera vista, porque si es cierto que la extraterritorialidad es una propiedad del estatuto personal, también lo es que ese estatuto no se aplica a los extranjeros y ya vimos anteriormente que, cuando Guillermo Bavió hacía entrar en el estatuto real las formalidades extrínsecas de los actos, juráramos se apoyaba en su carácter absolutamente territorial que lo hace aplicable a domiciliados y extranjeros.

En la doctrina holandesa no costó trabajo admitir las leyes sobre la forma de los actos en la clasificación de los estatutos. La división bipartita perdió allí mucho de su prestigio debido a la influencia de d'Argentré quien, como se sabe, creó una tercera categoría, la de los estatutos mixtos, comprendiendo en ella todas las leyes relativas a la vez a las personas y a los bienes.

Pablo Voet, con tendencias realistas en la distinción de los estatutos, quiso dar cabida a la competencia de la *lex loci actus* en la división de aquellos y habiendo entrevisto la dificultad de resolver la cuestión de los estatutos mixtos tal como la enseñaba d'Argentré, creyó haber hallado una solución satisfactoria creando con las leyes relativas a la forma de los actos, por su carácter de absolutas (la *lex loci actus* era imperativa para regnicolas y súbditos) y extraterritoriales, aún respecto a los inmuebles situados en otro país, los estatutos mixtos.

No carecía de originalidad ni aún de lógica semejante construcción, pero ¿no hubiera sido acaso más sensato confiar con Pothier y Froland la extraterritorialidad de las formas de los actos dentro de los estatutos, fueran reales o personales?¹

Affaire de Pommeroy

En una célebre sentencia pronunciada el 15 de enero de 1721 por la Gran Cámara del Parlamento de París, aparece, por primera vez, la máxima *locus regit actus* en su fórmula de términos tan simples y tan abstractos a la vez. Debía hacer mucho tiempo que era usada por los prácticos sin haber adquirido todavía su aspecto definitivo, a la vez tan criticado como difundido.

Brillon, en su recopilación de Sentencias ("Dictionnaire des arrêts" edición de París, 1727, T. VI, V^o Testament) comienza así el resumen del caso: "*Locus regit actum pour la formalité des testaments*"... Por constituir este pleito algo así como el acta bautismal de nuestra regla y ser citado por los autores en ese sentido (Asser y Rivier, op. cit. p. 60, nota 1; Lairé, op. cit. T. II p. 417 y s.; Weiss op. cit. T. III p. 108, nota 1), credo interesante resumir a grandes rasgos la relación detallada que de él trae Merlin²

¹ Juan Voet siguió a su padre. Hubo si se ocupó del asunto.

² Merlin. — *Répertoire de Jurisprudence*, París 1827, v^o. Testament, sect. II, § 4, arts. 1 y 2.

a propósito de la aplicación de la *lex loci actus* a los testamentos ológrafos. La cuestión se trató de la siguiente manera: Mr. de Pommeroy, gobernador de Douai, original de París, había testado en el lugar de su residencia en forma ológrafa. A su muerte, en 1719, herederos y legatarios pleitaron acerca de la validez del testamento. Los herederos sostenían: 1°, que el testamento ológrafa no era admitido en Douai cuando regida esa ciudad por el Edicto Perpetuo de 1611, según el cual los testamentos debían ser firmados por el testador y dos testigos y recibidos por un notario, un cura o un vicario; 2°, que el testador tenía su domicilio en Douai; y 3°, que aún teniendo su domicilio en París, debía seguir la *Coutume* de Douai para la relación de su testamento.

La sentencia des *Requêtes du Palais* anuló el testamento por la segunda de las razones enunciadas, lo que era eludir el conflicto de leyes y dejar sin resolver la tercera cuestión. Al ir en apelación ante la Gran Cámara del Parlamento de París, el abogado general, Gibbert des Voisins, se pronunció en el mismo sentido, aunque dificultando en los considerandos. A su juicio el testador estaba domiciliado en París, pero al redactar su testamento, conforme lo accionaban los herederos, debió haber aplicado la máxima *locus regit actum*. La sentencia, dictada el 15 de enero de 1721, confirmó su parecer.

Desde la muerte de Boultonois, en 1762, hasta el fin del siglo, y aún hasta los primeros años del XIX°, no hay nada sobre la materia. La Revolución con sus remesas consecuencias políticas y sociales, abarcó todas las actividades espirituales de los pensadores de la época e hizo descuidar el leno florcer de las especulaciones jurídicas.

Faltándole a la vieja teoría estatutaria gran parte de su prestigio, la regla *locus regit actum* se impuso fuertemente sobre sus ruinas, después de ciertas vacilaciones. Dice Laurent: "Encontramos en la doctrina contemporánea las mismas incertidumbres", y me atrevo agregar yo, la misma confusión en lo concerniente a su sentido y extensión. "La tradición juega un gran papel en nuestra ciencia y aquí se trata de un principio tradicional. Si la tradición es una gran fuerza cuando viene en apoyo de los verdaderos principios, es por el contrario, una causa de debilidad cuando ella se ha equivocado. Es necesario, entonces, repudiar al pasado y sus inevitables errores. De esa manera, la historia alumbra siempre, a veces formalizándose en el camino de la verdad, a veces señalándonos los errores en los cuales han caído los precursos"².

III. *Origen de la regla "Locus regit actum" en el derecho romano.* La pertinencia y difusión internacional de la máxima *locus regit actum*, se justifican según Bougeois, por su fundamento racional. En un principio pretendióse, por algunos autores del Renacimiento, hacerla derivar de ciertos textos romanos en los cuales, extrayendo el análisis de los términos, se podía encontrar alguna relación con el conflicto de leyes por ella resuelto. Era

² F. Laurent. — Op. cit. T. I. p. 325 Nº 235.

demostrar originalidad a aquellos oscuros exégetas que, aun con limitados recursos de hermenéutica, al margen del *Corpus iuris*, consiguieron hallar como ya he dicho, fórmulas nuevas, aparentemente sostenidas por sus textos, pero, en realidad, motivadas por la razón, la justicia y la utilidad general. Hoy casi unánimemente se reconoce a los post-glosadores de la escuela bolonésa, y de ellos principalmente a Bártoło, el honor de la creación de la máxima *locus regit actum*¹.

Anteriormente a Savigny, a quien Bevoise², atribuye incorrectamente el mérito de este reconocimiento, Andrés Fachinés, auzar italiano de los siglos XVI y XVII (profesor de la Universidad de Pisa), a quien ya vimos distinguiendo con los barrolinas a propósito de la extensión y alcance del acto celebrado conforme a la *lex loci actus*, negó su adhesión a la doctrina de la época que veía el fundamento de la máxima en algunos textos del Código y del Digesto, citados por Bártoło.

Fachinés, adelantándose a Savigny, analizó cuatro de las leyes aducidas por Bártoło en apoyo de su tesis y según el testimonio de Lainé³, demostró clara y perentoriamente que esos fragmentos son muy poco o nada probantes, habiendo podido refutar también, digo yo, todos los otros argumentos de la máxima naturalista esgrimidos por sus contemporáneos o sucesores. Indudablemente el mérito de Savigny no queda disminuido por este ignorado percursor; el mismo⁴, recordando que desde antiguo muchos autores han ensayado hacer derivar esta regla de las fuentes del derecho común escrito, lo cita a Wüchier (l. p. 246) entre los que han observado con cenón la infructuosidad de esas tentativas. El valor de la opinión savigniana se basta en el análisis prolijo de los pasajes latinos y, sobre todo, en el perseguido de su talento. Pocos autores han estado, después de conocer sus conclusiones, emitiendo opinión contraria; y los que lo han hecho no son absolutamente convincentes, no pueden serlo, porque aquel detenta la verdad, como veremos en seguida.

Examina Savigny los diferentes textos de donde se pretende sacar la regla *locus regit actum* para confirmar su juicio contrario a esa interpretación, sin llevar, sin embargo, el menor ataque a la veracidad y a la corrección de la máxima. Sólo me referiré someramente a su argumentación por ser de todos bien conocida⁵. Comienza por la:

*Ley 9 C. De testamentis (lib. VI, tit. 23) et quomodo testaments ordinantur*².

Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. Patroclian.

Si non speciali privilegio patrie tunc iuris observatio relevante est, et

¹ V. en Weiss, op. cit. T. III, p. 108, nota 1, el nombre de los autores que sostienen la misma opinión.

² Resú de Bevoise. — De la regla "locus regit actum" et de conflict des lois relatif a la forme des actes en droit maritime. (Introducción), 1895.

³ Lainé. — Op. cit. T. II, p. 354 y s.

*testis non in competenti territorio testamentorum officio functi rati, nullo iure ratum habentur.*¹

Con ser étre el más enfático de los textos no significa, para Savigny, un caso de aplicación de nuestra regla. Se había hecho un testamento sin que los testigos, conforme al derecho romano, estuvieran en presencia del testador. Petrelicia, seguramente la heredera instituida, demandó a los emperadores la validez del testamento; éstos respondieron por un rescripto, que el testamento era nulo si *non speciali privilegio patriae rati observatio relaxaretur* (si por privilegio especial de tu patria no se dispensó la observancia de las formalidades del derecho). Los autores han querido ver en los edictos *patriae rati* una coalición entre diferentes derechos locales, aunque el argumento pierde su valor, si se considera que no se ha indicado el lugar del otorgamiento del testamento, que se presume, el del domicilio del testador y la heredera instituida. Analizando el texto latino sin pasión, buscando, libre el ánimo de preconcepciones, su exacto significado, sólo contiene, para mí, la solución de un caso en el cual no se habían cumplido las formalidades exigidas por el derecho romano, respecto a los testigos, en el otorgamiento de los testamentos. Como era norma en aquel momento, el derecho común de observancia obligatoria, salvo el caso de privilegio especial, entendiendo por tal el derecho particular o una parte del derecho particular otorgado por una constitución imperial a una ciudad, no admite la validez del testamento, aún cuando pudiera haberlo admitido si los emperadores hubieran concedido, con anterioridad, el uso de un estatuto especial derogatorio del derecho común, a esa ciudad.

Ley 3, C., Quomodo modum testamenta aperiantur et inspiciantur et describantur, (VI, 32).

Impp. Valerianus et Gallienus A. A. Alexandro.

Testamentum tabulis ad hoc tibi a patre datum, ut in patriam perforantur, potius illic preferre, ut secundum leges inorsaque locorum instrumentum, hoc rectius, ut, testibus non presentibus adire prius vel pro tribunali vel per libellam recurrens provincias processerit, ut permittente eo bonorum vobis adire facias, quibus presentibus aperiantur et ab his ratiorem obligentur²

¹ Savigny. — *Traité de Droit Romain*. — (Trad. Ch. Guenzou). T. VIII. p. 356 y s. 2ª ed., 1860.

² Savigny. — *Op. cit.* p. 357 y s.

³ V. J. L. García del Corral. — *Campo del derecho civil romano*. — Barcelona. 1889.

⁴ "De los testamentos y de cómo se otorgan los testamentos". "Los mismos Augustus a Petrelicia: Si por privilegio especial de tu patria no se dispensó la observancia de las formalidades del derecho, y los testigos no desampararon su oficio de testimonio en presencia del testador, el testamento no es válido por derecho alguno".

⁵ "De cómo se abren, se inspeccionan y se copian los testamentos".

"Los mismos Augustus a Alejandro: Afirmando que las tablas del testamento se

La traducción textual del párrafo, huelga el comentario. Habiendo estado un padre en una ciudad, fuera de su domicilio, los empujados le cedían al hijo, cumpliendo la disposición paterna, llevar el testamento a aquél para su apertura y manuscipción *conforme a las leyes y las costumbres de esa localidad*. Constituye esta ley la simple confirmación que, en materia de formalidades, los actos jurídicos están sometidos al derecho local, pero no podría encontrarse, ni aún conociendo el texto, la sombra de un conflicto de leyes de donde surgiera el predominio de la ley del lugar de celebración, en cuanto a los requisitos extrínsecos, sobre las otras leyes con que suele encontrarse la regla *locus regit actum*. Bajo la autoridad de este texto y del anterior colocaba especialmente Búrrodo, en el siglo XIV, el principio de nuestra máxima¹.

El doctor Marcos Figueroa,² halla su origen en los códigos romanos siguiendo a Flore quien, de acuerdo con un texto de Gaius (libro III, § 134), conviene en que los romanos conocían y aplicaban la regla *locus regit actum* al reconocer a los peregrinos (extranjeros) el uso de las formas permitidas exclusivamente por sus leyes o sus usos o costumbres nacionales. El texto L. 2. C., Quædam, *ver. aper.* (VI, 52) que acabamos de comentar constituye para el doctor Figueroa un argumento decisivo. Según él, se refiere sólo a la apertura de los testamentos en las que se debe observar las formas establecidas por el derecho local y no se trata de hacer de nuevo el testamento, y agrega: "Desde luego, aceptándose como válido éste, no obscure haber sido hecho en otro país y sólo imponiéndose formalidades a su apertura y a su ejecución, este texto establece nuestra regla. Es también la opinión de varios autores entre los que está Goyena que trae esta ley en apoyo del artículo 10 del Cód. español".

La objeción de Figueroa sería perfecta si en la ley citada se dijera categóricamente, o por lo menos se dejara constar, que el testamento había sido hecho conforme a la ley del lugar de celebración y en desacuerdo con la ley del domicilio. En cambio el texto, a diferencia de la ley 9. C., *testamentis et quædam* (VI, 23) donde es tan categórico, nada dice sobre las formalidades observadas en su redacción. Ese silencio y la circunstancia de referirse únicamente a los requisitos de la apertura, dejan suado en cambio, para mí, que en dicho testamento, aún cuando otorgado fuera de la patria, se habían observado todas las condiciones de forma exigidas para su validez, y que esas condiciones debieron ser las del derecho romano. Me lo

haceré más por no poder para que fueran llevadas a su patria, por lo que llevarlas allí a fin de que sean instruidas (manuscipción) con arreglo a las leyes et, a las costumbres de la localidad pero de suerte que, no estando presentes los testigos, procure dirigirse personalmente al gobernador de la provincia, o hallándose en el tribunal, o por medio de instancia y haga, permitiéndoselo, que comparezcan hombres buenos, en cuya presencia sean abiertas y sean de nuevo selladas por ellos".

¹ Baudry-Lacantinrie et Houquet-Jourdain. — Op. cit. T. I, p. 179. § 213.

² M. Figueroa. — "Locus regit actum" (tesis) Bs. As., 1901.

hace suponer, creo que con razón, la ausencia de referencias explicativas, innecesarias por ser ese el derecho común del Imperio.

Menciona todavía Savigny dos textos más:

Ley. 1. C., De emancipationibus liberorum (VIII, 49).

Imp. Diocletiano et Maximiano A. A. Herennio.

Si lex municipii, in quo te poter emancipavit, potentatem deest, dedit, ut eriam alienigenae liberor neco emancipare patrias, id, quod a patre factum est, tuam obtrinet firmitatem¹.

Se contrasta la validez de la emancipación efectuada por un padre, ante los magistrados de una ciudad, donde era extranjero. Según la ley 3. C., *De emancip.* (VIII, 49) del emperador Anastasio, en el año 302, se permitía la emancipación por un escrito del príncipe insinuado —es decir manuscrito por los magistrados sobre registros públicos,— y en la ley 6 del mismo libro y título del Código se informa que Justiniano, en 521, simplificó aún más las formas, permitiendo al padre la emancipación del hijo sustrato, por una simple declaración ante el magistrado indicado al efecto, —*decretis utitur iudicandis*—.

La respuesta de los emperadores a Herennio, el hijo emancipado, es concisa y clara. Evidentemente surge de ella que la validez de la emancipación, en cualesquiera de las formas autorizadas, depende de lo dispuesto por la ley local del municipio donde se efectúe. Si conforme a ese derecho, un padre extranjero de la ciudad podía emancipar a su hijo ante los magistrados competentes, la validez de la emancipación era incontestable y en su defecto la nulidad. Se trata de la aplicación del derecho local en la celebración de un acto solemne, y nada más; no puede afirmarse, como parecería desprenderse de un análisis superficial del párrafo, la preeminencia de la ley de celebración sobre las otras, por que ni aún extramando la interpretación podría afirmarse la ingrencia de ésta.

La última ley citada por Savigny es del *Corpus Iuris Canonici*, I, 59. *De sponsalibus* (IV, 1). Un sajón, después de haber continuado durante varios años familia con una mujer franca, fundándose en que el matrimonio era irregular, por haberse realizado conforme a los usos de los francos no de los sajones, la repudió y desposó a otra. Un sínodo declara la validez del primer matrimonio, la nulidad del segundo y el aspecto culpable de la repudiación, basándose en el carácter indisoluble de la primer nupcia ante el derecho canónico, y en la poca o ninguna importancia que tiene, ante este derecho, la observancia de las costumbres del derecho civil. Mal puede verse en este caso un conflicto entre la ley del lugar de celebración, ni siquiera

¹ "De la emancipación de los hijos".

² "Los mismos Augustos a Herennio: Si la ley del municipio en que tu padre te emancipó, dio potencia a los deestinos para que también pudieras emancipar tus hijos los de otra ciudad, tiene toda su validez lo que se hizo por el padre".

mencionada, y las leyes personales de las partes. Bien dice Bevoise¹, refiriéndose a la cuestión de la máxima por los representantes de la escuela de Bolonia, es imposible verla en ese texto del *Corpus Juris Canonici* que resuelve una dificultad relativa a las formas de un matrimonio, únicamente del punto de vista del derecho canónico y no desde el del derecho civil.

Aún hubiera podido examinar Savigny, para probar el valor de su conclusión las leyes I, pr., *De auctoritate et fructibus* (XXII, 1), I, § 15 (XXV, 4); 34, *De regalis juris* (L. 17); ley 6, *De evictionibus* (XXI, 2); ley 44, *De testamento militis*, (XXIV, 1) del Digesto y 31, 32 § 2 *De testamentis* (VI, 23) del Código de Justiniano.

De ellas, por ser las más analizadas, citaré la ley 44, *De testamento militis*, y la ley 6, *De evictionibus* del Digesto.

Ley 44, De testamento militis. D., Libro XXIX, Tit. 1.

*Ulpianus libro XLV ad Edictum. Reruptis Principum contendant, omnes omnino, qui cum sunt gradus ac iure militari, testari non possunt, si in hostico deprehendantur, et illic decedant, quomodo velint, et quomodo possint, testari, sine Praesente in provinciis, sine quis alius, qui iure militari testari non possit.*²

Si se recuerdan los privilegios concedidos a los soldados para testar en el campo de batalla, teniendo en cuenta las dificultades con que podían ocuparse para realizar las formalidades ordinarias de un acto tan solemne en el derecho común, no parece nada extraño se concedieran franquicias análogas a aquellas personas que, encontrándose por motivos de guerra en situación parecida a los militares, no podían usar de esas prerrogativas por no pertenecer al ejército. De ningún modo puede deducirse del texto transcrito un antecedente para la aplicación de la regla *locus regit actum* en el derecho romano. Al permitir a "todos los que son de tal condición, que no pueden testar, según el derecho militar, que testen como *quærens* y como *pauperes*, si se hallaran en lugar enemigo" no se entiende, a mi juicio, facultarlos para testar conforme a los requisitos del sitio donde lo hagan, sino dar validez, en vista de las circunstancias, a las disposiciones de última voluntad de esas personas. Y si recordamos que un soldado podía testar confiando su última voluntad a un compañero de armas, escribiéndola con su sangre en el escudo o consignándola en la acna con la punta de su espada (Ley 13, C., *De testam. mil.*, VI, 21), para mí, en virtud de la ley comentada, la voluntad de las personas a quienes se refiere constituye un testamento válido,

¹ Bevoise. — Op. cit. Introducción.

² "Del testamento del militar."

³ 44 — Ulpiano. Comentarios al Edicto, libro XLV. «Manifesta los privilegios de los príncipes, que absolutamente todos los que son de tal condición, que no pueden testar según el derecho militar, testen como *quærens*, y como *pauperes*, si se hallaran en lugar enemigo, y allí falleciendo, ora sea un Pretendiente de Provincia, ora otro cualquiera, que no pueda testar conforme al derecho militar».

con prescindencia absoluta de la ley del lugar y de cualquier manera que ella se haya manifestado.

Terminaré este largo análisis con la conocida: *Ley 6. De evictionibus et dupliis stipulatione*, D. Libro XXI, Tit. 2 *Gaius*, libro X, ad *Edictum provinciale*.

*Si fundus venierit, ex consuetudine eius regionis, in quo negotium geritur sit, pro evictione cavere oportet*¹.

Savigny no menciona este texto que, para el doctor Figueroa², es bien clara y establece la regla de un modo que no da lugar a duda ni discusión. Lejos está de haberme producido análoga impresión; sólo lo encuentro dogmático en el sentido de dar preeminencia a la costumbre del lugar en que se realizó el negocio, para fijar el monto de la caución. Y me apoyo, al sostener esta opinión, en la ley 57, pr. D, *De ariet.*, (XXI, 2, Ulpiano), de cuya interpretación se deduce, que, habiéndose establecido el uso de agitar a la venta una estipulación por la cual el vendedor se comprometería a pagar al comprador, en caso de evicción, una suma oscilante entre el precio y su cuádruplo, por ser más generalmente el doble, se le dio a esa cláusula penal el nombre de *stipulatio dupliis*.

Stipulatio dupliis pasó a ser la denominación genérica de las cauciones en caso de evicción y su valor, en relación al precio, debía en cada caso ser indicada por los usos de la región, según, con toda certeza para mí, se desprende del texto en discusión. Me confirma en esta tesis el uso de la palabra *negotium* en el texto latino. Los romanos distinguen perfectamente el *negotium del interuentum* y, en juristas de tanta precisión lingüística, el empleo del primer término permite suponer, con acierto, que en este caso, no quisieran referirse a las formalidades extrínsecas de la caución.

Reforzando mi argumentación podría citar la opinión de Foelix³, quien, extrayendo las apreciaciones de Savigny, declara que todos los textos de los cuales se ha procurado deducir la regla *locus regit actus* no se refieren a la forma sino a la substancia o materia de los contratos. Concluyendo: en el minucioso examen anterior creo haber demostrado de manera inconcusa el carácter inane de la interpretación que quiere hacer remontar el origen de la regla al Derecho Romano, viendo en algunos textos del *Corpus Iuris* el fundamento de esa pretensión. Si bien ese criterio es menos disculpable en los autores

¹ "De la evicción y de las estipulaciones dobles."

² G. Goya — Comentarios al Edicto provincial, libro X."

³ "Si se hubiera vendido un fundo, debe darse caución por la evicción, según la costumbre de aquella región en que se hizo el negocio."

⁴ Op. cit.

⁵ Foelix-Demarguez. — Traité de dr. int. pr. (ed. 1886, París) T. I, p. 708 y to. N^o 83.

modernos que en los juristas del Renacimiento, tan imbuidos por la etimología renovadora de los estudios clásicos en el respeto de aquellos códigos, significa esa posición, en arribos, un profundo desconocimiento de la labor de aquellos autores del siglo XIV que si por desconfianza de las propias fuerzas y por obedecer a las sugerencias del momento jurídico en que les tocó actuar, enlazaron su teoría de las formas de los actos al *decreto escrito*, al crear la máxima *locus regit actum* consiguieron a sentimientos de justicia y a las poderosas exigencias de la necesidad.

IV. *Definición de la regla "Locus regit actum".— Significado de sus términos.* Desde su aparición a la vida jurídica en el affaire de Pomereu, las palabras rituales de la regla *locus regit actum*, parecieron obtener consagración definitiva. Bajo esa fórmula incompleta a fuerza de abstracta y aún careciendo de toda precisión de lenguaje, significa, diríamos, casi un axioma del Derecho Internacional Privado. No es difícil percibir las inconexiones de la regla en cuanto a terminología. Creo conveniente por eso, aclarar el contenido de sus conceptos; de otro modo, atendiendo únicamente al aspecto literal, parecería decir, en términos generales, que el lugar rige el acto. Así planteado el problema, inmediatamente surgen en el espíritu múltiples interrogantes sobre la extensión y el exacto significado de cada una de las palabras empleadas.

Iré analizando a fines por partes, a fin de llegar por eliminación de las ambigüedades, a una fórmula más correcta. En primer lugar, la distinción entre el acto en sí mismo (actus) y el instrumento destinado a constatarlo (instrumentum), es substancial.

La palabra *acto* significa todo hecho del hombre, *id quod actum est*¹. Puntualizando diremos que "los actos jurídicos, son aquellos realizados únicamente con el fin de producir uno o varios efectos de derecho"; y dicho autor lo aclara diciendo: "ellos son llamados «jurídicos» en razón de la naturaleza de sus efectos".

Por un abuso de lenguaje se ha extendido esa expresión al escrito que constata el hecho realizado. En virtud de ese abuso, el término *acto* tiene, en el lenguaje jurídico, dos sentidos diferentes: puede designar una *operación jurídica*, y corresponde al latín *negotium*; o puede designar un *escrito probatorio* destinado a constatar alguna cosa, correspondiendo al latín *instrumentum*. Una venta, una donación, una compensación, una cesión de derechos considerados en sí mismos, haciendo abstracción de su prueba, constituyen *actos jurídicos*; los escritos que los constatan son *actos instrumentarios*². Por otra parte, si

¹ Baudry-Lacantinière et Houques-Fourcade. — Op. cit., T. XIV, § 2068, p. 429 y 430.

² Maxcul Plantel. — Tr. élém. de dr. civil, T. I, § 265, p. 98. Véase también el art. 944 del Código Civil y la nota correspondiente.

³ M. Plantel. — Op. cit. T. I, § 264, p. 98.

Según Selvas, la palabra "acto" se emplea en nuestro Código en su doble sen-

un escrito ha sido especialmente redactado para constituir una prueba, se llama *acto o título* y constituye una clase dentro de la prueba literal, encoñándose por ella la resultante de toda especie de escritos, hayan sido o no destinados en el momento de su redacción a probar un hecho jurídico. Dejo de lado, aunque también se asimilan a la prueba literal, ciertos signos empleados para conservar la crasa de los hechos jurídicos, tales como los mojonos, hitos, cillas, sajas, etc.

Acto y *título* aunque son usados por la ley y la costumbre indistintamente, constituyen expresiones de doble significación, cuya ambigüedad no ha escapado a la crítica. Nada se ha hecho, sin embargo, por hacer desaparecer el equívoco. La palabra *título*, tomada con esta frecuencia en el sentido de medio de prueba, sirve también para designar, tanto el hecho de donde resulta el nacimiento, la modificación o la extinción de un derecho, como una cierta calidad, que puede ser la de heredero, legatario, donatario, donante o compondor, etc. Para Escribhe "aunque la palabra instrumento suele confundirse con la palabra título connotándose frecuentemente la una por la otra, en rigor son muy distintas y significan cosas diversas. Título es la causa del derecho que tenemos: el título de un compondor es la compra, el de un donatario es la donación, el de un heredero, la institución, de modo que el título viene a ser lo mismo que la convención o el contrato o la institución, mientras que el instrumento no es otra cosa que la prueba escrita del título. Resumiendo: título es la causa, en cuya virtud poseemos alguna cosa y el instrumento con que se acredita nuestro derecho"¹.

La terminología romana era más precisa. Distingúan el *negotium*, entendiendo por tal la operación jurídica, de la *instrumentum*, es decir, los escritos destinados a constatar los hechos jurídicos. Cuando hacían una estipulación, tenían la costumbre de redactar un escrito llamado *instrumentum* o *cautio*. En él se consignaba el objeto del contrato (*profectio*), la realización de las formalidades, y terminaba por los nombres y los sellos de los testigos (*signatores*) que habían asistido al acto². Ese escrito no era una condición de validez de la estipulación, pero era útil del punto de vista de la prueba y hacía presumir el cumplimiento regular de las formalidades exigidas por la ley.

Por su parte, dice Escribhe: "Instrumentum es, en general, lo que sirve para

título: desde luego para designar el acto considerado en sí mismo, el "negotium iurii"; ya se trate de simples actos voluntarios lícitos (art. 898, 899, 918, 919, 921, 923), ya de verdaderos actos jurídicos (art. 944, 954, 955, etc.); en segundo lugar, la palabra acto se emplea también como equivalente de instrumento para designar el documento escrito que sirve para constatar la existencia de un acto jurídico (art. 986, 983, 984, 1020). Para evitar confusión sería preferible emplear en uno último caso la palabra instrumento. (Tratado de Derecho Civil Argentino, parte general, § 1802, p. 713).

¹ Joaquín Escribhe. — *Disertación racional de legislación y jurisprudencia, n. Instrumentum y Título*, 1863.

² E. Petit. — *Tr. de Droit Romain*, p. 306, § 289 y Girard, *Textes*, p. 841 y 842.

instruir una causa, todo lo que nos conduce a la averiguación de la verdad, todo lo que nos da luz sobre la existencia de un hecho o convenio, de modo que en ese sentido pueden llamarse instrumentos las deposiciones de testigos y sus promesas. *Instrumentorum nomina*, (ley 1, tit. 4, libro 22 del Digesto) es *omnis scripienda res, quibus causa iurata patet; et idcirco tam testimonio, quam peritiam instrumentorum loco habentur.*" (Cuya traducción literal sería: Deben ser considerados con el nombre de instrumentos todas aquellas cosas por las cuales puede ser instruida una causa; por eso mismo tanto los testimonios, cuanto las personas, deben ser tenidos o deben hacer las veces de instrumentos.) "La voz instrumento deriva del verbo *instruere* (instruir, enseñar) efectivamente, porque está destinado a instruirnos e informarnos de lo que ha pasado y por eso no es extraño que se haya comprendido también bajo esta apelación a los testigos. Mas en sentido propio y riguroso no se entiende por instrumento sino el escrito en que se perpetúa la memoria de un hecho, el papel o documento con que se justifica o prueba alguna cosa, la memoria o nota de lo que uno ha dispuesto o ejecutado o de lo que ha sido convenido entre dos o más personas".

En el viejo francés se usó *instrument* del latín *instrumentum* con idéntico significado que en éste; pero el uso de la palabra se ha perdido, y el Código Napoleón no la menciona. En castellano antiguo también se usó. En el "Índice de las leyes de las Siete Partidas"¹, se menciona el "Instrumento Público, qual fe diga y qual autentico, y qual privado", remitiendo a la ley 1, tit. 18, Partida 3ª, aunque justo es confesar que el término no debió ser, sin embargo, muy usado, porque esa ley y todo el título 18 de la Partida 3ª tratan en forma genérica "De las Escrituras". Felizmente, en nuestro idioma la palabra *instrumento* se ha conservado y es usada con frecuencia en el Código Civil, aunque no en todos los casos en que la precisión lingüística lo exigiera. Así, en el libro II,

sección II, títulos III y V, al usar de los instrumentos públicos, la emplea correctamente, con excepción de los arts. 980, 983, 984, 985, 986, 987, 1012, 1020, etc., donde coloca en su lugar, aco, usando una de esas incorrectas sinonimias jurídicas a que me he referido.

Para la perfecta comprensión de los términos de la regla *locus regit actum* en nuestro derecho, convendría uniformar nomenclaturas, evitando las anfibologías arriba enunciadas. Y, así como Baudry-Lacantintrie aboga por el restablecimiento en el lenguaje de la jurisprudencia de la expresión *instrument* caída en desuso en su país, yo me permito recomendar el uso de la palabra aco únicamente para designar el *negotium iuris*, reservando el empleo de *instrumento* no sólo para denominar la prueba escrita, sea pública o privada, sino, también, todas las otras formalidades de que puede estar revestido el acto jurídico, conforme a su derivación del verbo latino *instruere* y a la amplia definición de Escriba (todo lo que nos da luz sobre la existencia de un hecho o convenio).

¹ V. Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, XIIIª (ed. 1736).

Volviendo después de esta digresión a nuestro tema, direé, siguiendo a Haas, citado por Edmond Picard, "la máxima *locus regit actum* se refiere a la forma de los actos de cualquier naturaleza que sean, abstracción hecha de su fondo, y esa forma debe ser considerada como válida cuando ésta es conforme a la ley del lugar del país en que los actos son hechos aún cuando estos fueran regidos, en cuanto al fondo, por la ley de otro lugar o país. Así, el fondo de un contrato de matrimonio depende en general de la ley del domicilio del marido, porque es en ese sitio donde se encuentra el asiento del matrimonio, el lugar regido en vista por las partes contratantes. Sin embargo, si ese contrato es hecho en país extranjero podrá seguirse la ley extranjera respecto a la forma del instrumento del contrato" "El *actus* y el *instrumentum* se producen al mismo tiempo, en general son contemporáneos; la *solatio* (ejecución) viene más adelante".¹

Las partes, suponiendo el caso de un contrato, celebran la convención (*actus*), reducen la prueba escrita, la *lex causae* por oposición a la *lex situs* (*negotium*) de las "Partidas" (*instrumentum*), y la ejecución (*solatio*).

Contrariamente a la opinión de Haas, (ib, n° 90) Picard no acepta junto con los autores modernos la indivisibilidad del *actus* y del *instrumentum*. Tiene entre ellos, dice, estrechos lazos, pero se pueden dismembrar tanto en el pensamiento como en el hecho. Su contemporaneidad habitual y su proximidad, les hicieron por eso, en un principio, aplicar reglas comunes.

Sujetando el análisis a los términos estrictos de la regla, según he adelantado al comienzo de este capítulo, ella autorizaría sin limitaciones el uso de la ley del lugar, ya veremos cuál, para todos los aspectos de cualquier clase de actos. De la evolución histórica de la regla se desprende que el significado de su fórmula latina, cuya fiel traducción sería: "la ley del lugar de celebración rige la forma externa del acto", es mucho más preciso de lo que la amplitud de su enunciado permitiría suponer.

Aplicándola al fondo del acto, la máxima sería falsa, inexacta. "El *actus* (de la fórmula *locus regit actum*, es decir, el *instrumentum* para mí) — dice Bevoce citando una tesis de Febvre sobre la distinción entre la forma y el fondo — no es *res, actus, negotium, actus, negotium, actus, negotium*, la *res, de actu*, el elemento externo, lo que lo manifiesta y lo vuelve sensible, es la ropa con la cual el consentimiento de las partes se viste para constatarse, el hecho material, escrito u otro que exteriorice sus voluntades, por oposición a los hechos intelectuales constitutivos del fondo, tal como esa voluntad soñada en sí misma".² Ocupándose la máxima de la forma y no del fondo del acto jurídico, del *instrumentum* y no del *actus* (*negotium*) debía decirse: *locus regit instrumentum*. La palabra *locus*, por su parte, así, sin ninguna designación complementaria

¹ v. *Journal du droit int. privé*, 1881, p. 464 y s. — Haas: *Droit privé des étrangers en Belgique*, N° 83.

² Essai de Bevoce. — Op. cit. Introduction. Joseph Febvre: *De la forme des actes en Droit Int. Privé*, thèse (Paris 1885).

mantiene en la sombra el lugar a que la regla se refiere y esta conserva su incorrección apenas atenuada en la definición anterior. En la Edad Media para despejar la duda, interpretando equivocadamente una ley romana, se profesó una teoría según la cual las formas del acto debían ser regidas por la ley del lugar de ejecución.

El *locus* —afirma Bevoise— es el lugar en que el derecho adquiere su existencia o la pierde, el lugar donde el acto que le da nacimiento, contrato u otro, o resuelve el acto que lo resuelve es realizado.

Edmond Picard propone, para fijar con claridad y exactitud el verdadero alcance de la regla, modificarla así: *locus actus regit instrumentum ejus*.¹ Traducido en buen romance sería: la ley del lugar donde el acto (*negotium*) se perfecciona, rige el instrumento del mismo. Como la ley del lugar donde el acto se perfecciona puede ser la del lugar de celebración o la del de ejecución aún no es correcta esa fórmula. El doctor Calandrelli ha propuesto otra: "*Lex loci celebrationis o lex loci actus (ley del lugar de celebración) regit instrumentum ejus*"² Su perfección a la luz de las aclaraciones anteriores es innegable.

V. *Noción y objeto de la forma. Clasificación de la forma de los actos en la teoría antigua y en la contemporánea. Formas "ad solemnitatem y ad probationem". Ley que rige la forma de los actos jurídicos. La regla "Locus regit actum"*

En su magistral estudio sobre la forma, dice Ihering:³ "existe una relación particular entre ésta y la libertad, dos ideas fundamentales del derecho romano. A pesar de su contradicción aparente, porque la una garantiza la libertad más limitada de la voluntad material, mientras que la otra reduce estrictamente esa libertad desde el punto de vista formal, descubren, sin embargo, por el paralelismo de la línea de su desenvolvimiento su dependencia mutua y recíproca y dejan adivinar la relación oculta que las enlaza".

"Enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad. Es, en efecto, el freno que detiene las tentativas de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia, la que dirige la libertad, la continúa y la protege. Las formas fijan con la escuela de la disciplina y del orden y, por consiguiente, de la libertad, son un baluarte contra los ataques exterior: podrán romperse, pero no plégarse"⁴.

Las leyes sobre la forma de los actos constituyen, para cada estado un principio de orden que, por estar relacionado con la distribución de la justicia, interesa uno de los más importantes aspectos de la vida en sociedad. Sometiéndolo los actos jurídicos a ciertas formas, el legislador responde a diversas razones legales. Pueden concretarse diciendo que la forma es requerida en

¹ *Journal de dr. int. pr.*, p. 461 y s., 1881.

² Vico, Carlos M. — *Conferencias de Dr. int. Privado* (La Plata, 1921).

³ El espíritu del derecho romano, T. III, pág. 178, § 30 y s.

beneficio del autor del acto para prevenir el perjuicio o evitar la precipitación, en interés de los terceros, haciéndolos conocer por la publicidad la realización de ciertos actos que pueden afectarles en sus derechos; también es impresa para asegurar la validez del acto rodeándolo de ciertos requisitos que permiten conservar la libertad y capacidad de los contratantes en la emisión de su voluntad, y por último, en pos de una mejor administración de justicia asegurando la prueba.

Ya en el terreno concreto de las definiciones, dice, citando nuevamente a Heriing, que "la forma es el contenido desde el punto de vista de su *estabilidad*; este la supone siempre a aquella porque no existe forma sin contenido, ni contenido sin forma. Para admitir la existencia de la voluntad jurídica es preciso, ante todo, tener la posibilidad de su reconocimiento y ello sólo podrá observarse mediante su manifestación exterior".

De los fines perseguidos por la justicia al exigir ciertos requisitos materiales o externos en las manifestaciones de voluntad y de los caracteres de libertad o de imposición que la elección de esas formas puede revestir, se deduce la conveniencia de hacer clasificaciones y aceptar distinciones. De otro modo, referirse a las leyes sobre la forma de los actos así en términos generales, significaría dejar en la oscuridad el objeto preciso y la competencia de dichas leyes. En el siglo XVIII, usábase, al referirse a los elementos de los actos jurídicos, las expresiones: *forma*, *formalidad* y *solemnidad*; cogiendo en ellas indistintamente las condiciones de existencia y las formas de prueba. Boullenois pretende inútilmente, en largas páginas, aclarar la terminología oscura de la época, sin conseguirlo; y él mismo, siguiendo la orientación más acertada en ese momento al calificar los elementos del acto jurídico distingue las formalidades extrínsecas o probatorias, de las sustanciales o vitales, sin acertar a comprender que las últimas no son formas en realidad¹.

En esta materia concerniente a la clasificación de las formas vienen repitiéndose desde entonces por todos los autores, ciertas distinciones que califican unánimemente de erróneas en su esencia, y de bárbaras en sus nominaciones. Remítense ellos a Merlin por ser, según todos las apariencias, el que primero sistematizó las numerosas clasificaciones de los juristas anteriores, quienes, perdidos en un mar de subdivisiones y clases, no llegaban a separar el fondo, es decir, el conjunto de aquellos elementos sin los cuales el acto sería inexistente, de la forma que, como dice Bevoer, "es, por definición, aquello que es idéntico a la existencia misma del acto, aquello que se agrega únicamente para revelarlo, para sacarlo del dominio intelectual y hacerlo pasar al de los hechos concretos"².

Merlin tampoco parece haber percibido la sutileza de esa distinción,

¹ Boullenois. — Op. cit. T. I. Tit. II, Cap. III. Observación XXIII, p. 492 y páginas anteriores desde 446.

² R. de Bevoer. — Op. cit. Introduction.

considerando su mérito en la exposición ordenada de ese error de concepto, que llamaríamos tradicional y en sustitución del cual, a pesar de todos los demeritos, ningún autor ha propuesto nuevas calificaciones, limitándose todos a reproducirlo y criticarlo.

Pregúntase Merlin "cuál es la excepción de las leyes reglamentarias de las formas de los actos"; y contesta que a ese respecto, cabe distinguir entre las formalidades habilitantes, las extrínsecas o probantes, las intrínsecas y las de ejecución. "Las formalidades habilitantes —agrega— son aquellas que confieren capacidad de hacer ciertos actos a algunas personas que por su estado serían incapaces de realizarlos. Tales son, la autorización del marido necesaria para que una mujer casada pueda estar en juicio o constatar; la autorización de un consejo de familia para que el tutor pueda alienar los bienes inmuebles de su pupilo o transmitir en su nombre, y tratándose del menor la facultad que se le concede para contraer matrimonio y una vez emancipado para alienar o pedir prestado; la autorización concedida a un establecimiento por el gobierno, permitiéndole aceptar donaciones o legados, etc."¹.

Estas formalidades, no es preciso decirlo, por ser modificaciones de la capacidad de las partes, dependen únicamente de la ley personal, sea del domicilio o de la nacionalidad de las personas a quienes son necesarias. "Las formas intrínsecas o vitales —continúa Merlin— constituyen la esencia del acto, le dan el ser y sin ellas no puede existir. Tales son, en los contratos, el consentimiento de las partes; en la venta, la cosa y el precio; en el préstamo de consumo, la tradición de la cosa objeto del mismo. Estas formalidades dependen regularmente en los contratos de la ley del lugar donde éstos se realizan". "Las formas extrínsecas, probantes o instrumentarias, son aquellas cuyo objeto es constatar, sea la celebración de formalidades habilitantes y de formalidades intrínsecas, sea el hecho por el concurso de los unos y los otros, (sic). Tales son en los contratos y en los testamentos, las firmas de las partes, de los testigos y de los notarios; tales son, también, en los unos y en los otros, las cualidades que deben tener esos notarios y esos testigos. A estas formalidades se aplica la regla *locus regit actus*".

Como definición es la más difusa e imperfecta de las cuatro. Weiss, aún transcribiendo las cosas del mismo autor, al referirse a ésta prefiere decir que esas formalidades comprenden las formas materiales que deben observarse en la realización del acto jurídico, con el fin de asegurar la libre expresión de la voluntad de las partes, o de facilitar la prueba². Laurent, aludiendo a las denominaciones empleadas por Merlin, se detiene en *instrumentarias*, encontrando que ese término, poco usado, es tal vez el mejor; y aunque dado su concepto de las formas *ad instrumentum* lo refiere únicamente a las condi-

¹ M. Merlin. — *Repertoire de Jurisprudence*. T. X. Lei, § VI, N.º VII, (Paris, 1827).

² Weiss. — *Op. cit.* T. III, p. 169, nota 1.

ciones del escrito probatorio, me place contar con su apoyo en la nomenclatura anteriormente propuesta.⁵

En fin, volviendo a Merlin diré con él: "Las formalidades de ejecución son aquellas que sin tocar a la validez del acto perfecto en sí mismo, son requeridas para hacer posible su ejecución"— su cumplimiento—⁶. Tales son, en los contratos y en los juicios la copia revestida de la fórmula ejecutoria o la apostición de esta misma, sin la cual, debe seguirse, en caso de incumplimiento, la vía ordinaria. Esas formalidades, concernientes al procedimiento y ajenas al derecho civil, dependen de la ley del lugar donde el acto es ejecutado. Aún podrían citarse las formas de publicidad, omitidas por Merlin. Establecidas en beneficio de los terceros, tienen por objeto llevar a su conocimiento los actos que les interesan y en ese sentido afectan el crédito público y dependen del estatuto real. Pertenecen a esta categoría de formas, la transcripción de los actos translativos de derechos reales inmobiliarios y la inscripción en los registros públicos de la propiedad, de los privilegios y las hipotecas.

De la simple lectura de la exposición anterior se deducen las inexactitudes connotadas por esa terminología imperfecta. Las únicas formalidades verdaderas son las referentes al aspecto extrínseco del acto, a su manifestación exterior y constatación. Al decir formalidades intrínsecas o internas se usan términos contradictorios y, según manifestación de Laurent, "las expresiones que confunden nociones jurídicas de naturaleza diferente, por conducir a error, debían desenterrarse de la ciencia".

Faltando las formalidades extrínsecas, el resultado no sería nunca la inexistencia; el derecho limita la voluntad en la elección de formas uniendo a la inexecución de las ordenadas o a su cumplimiento deficiente ciertas sanciones, cuyo rigor oscila entre la pena de nulidad y la simple multa fiscal pasando por la limitación de los efectos del acto jurídico que se pensó realizar. En el caso de nulidad, la inobservancia de las formas exigidas por la ley deja sin efecto las manifestaciones de voluntad; en cambio, tratándose de multas, se castiga al autor de la omisión formal con una pena completamente independiente que no afecta en nada la validez del acto jurídico en cuestión.⁷ Dentro de las formas extrínsecas o instrumentarias, la doctrina distingue generalmente las formas de solemnidad o solemnitas de las simplemente probatorias, llamándolas respectivamente *ad solemnitates* y *ad probationem*. Su fi-

⁵ Laurent. — Op. cit. T. III, p. 418, § 213.

⁶ Véase, por ser más precisa la definición de Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, T. I, p. 127, § 105 in fine.

Pillet, *Principios de Derecho Internacional Privado*, T. II, p. 299, § 253.

⁷ Véase v. Ihering. — (Op. cit.) T. III, p. 178, § 50 y s. Pillet, *Principios de Derecho Internacional Privado*, T. II, p. 299, § 253; Laurent, op. cit., T. II, p. 417, § 213 y p. 454, § 251 y s.; Asser y Rivier, op. cit., p. 61 y s.; Saville et Artigue, *Cours élémentaire de dr. int. privé*, p. 262, Nº 185 (2ª ed.) Alcobis Ruiz, *Principios de dr. int. pr.*, T. I, p. 337 Despagnet et de Bock, op. cit., p. 646, Nº 210; Despagnet, *Précis de dr. int. privé*, p. 433, § 210 y Weiss, op. cit., p. 106, nota 1.

validad es distinta. "Los actos solemnes —dice Fillet— son aquellos que no existen más que en tanto y en cuanto la voluntad de las partes ha sido revestida de las formas ordenadas por la ley. Para ellos la forma es sustancial"². En cambio, con las formas *ad probationem*, se busca, como su nombre lo indica, únicamente asegurar la conservación y la prueba de los actos jurídicos ante la justicia para el caso de discusión sobre su validez o celebración.

Las formas *ad solemnitates* son indispensables para la existencia del acto por haberse unido a su incumplimiento la pena de nulidad; las formas *ad probationem* sólo constatan la existencia del acto, y, faltando, no producen más efecto que dificultar su prueba. Las primeras, merced a los requisitos de que están rodeadas, son también probatorias, pero la recíproca no es exacta. Si la existencia del acto no es constada, las formas *ad probationem* son innecesarias, sin embargo, "cuando la ley exige una forma instrumental determinada para un acto jurídico, y establece que si un acto no llena estos requisitos se tendrá por no existente, las formas probatorias instrumentales se convierten en formas *ad solemnitates*" para Vico.

Algunos autores atendiendo al objeto de los actos solemnes, que buscan aumentar la certidumbre de los derechos resultantes de esos mismos actos y, con la presencia del oficial público en los solemnes, prevenir los fraudes, impedir las capaciones, garantizar la libertad de las partes y asegurar una expresión más correcta de su voluntad³, han creído que la solemnidad es un elemento intrínseco del acto, análogo a la capacidad, y por ser una protección dispensada por la ley nacional o del domicilio de las personas contra las sorpresas que un acto privado podría reservarse en el extranjero, pretenden excluirlas del régimen de las formas que les es propio y gobernarlas por el de la ley personal de las partes. Contribuye a reforzarlos en su opinión, la sanción de nulidad decretada por las legislaciones para el caso de inobservancia de dichas formalidades. Con toda razón dice Calandrelli: "si la clasificación de las formas en intrínsecas y extrínsecas es inaceptable, también lo es la exclusión de las formas *ad solemnitates*, como se pretende, del concepto de las formas o formalidades. Dichas formas, en efecto, no dejan de ser tales, porque las leyes les atribuyen el efecto de anular, en su presencia, los actos para los cuales las establecen. En realidad, no hacen parte del fondo de aquellos: son independientes de la existencia del acto y sólo una ficción *legal* les atribuye tal carácter. El acto puede existir y producir todos sus efectos propios y jurídicos, aún sin ellas"⁴.

Vico y Bevoise hacen entrar por las mismas razones las formas solemnes dentro de las extrínsecas; en idéntico sentido, aunque por motivos diversos, se pronuncia la doctrina francesa más reciente, según la afirmación

² A. Fillet. — Principes, T. II, p. 302, § 258.

³ V. Fillet. — Op. cit., p. 303, § 258.

⁴ Calandrelli. — Comentar., T. II, p. 105, nota 1.

de Weiss¹. Este autor y Pillet², entre otros, entienden que excluir las formas solemnes del imperio de la *lex loci actus* por considerarse condiciones intrínsecas del acto, sería negar a los nacionales la facultad de realizar algunos de éstos lejos de su país, y justamente la solemnidad es atributo exclusivo de los más importantes. Respondiendo a esas consideraciones y al fundamento racional de la regla *lex loci actus* que se justifica ante todo por la necesidad internacional de permitir a las personas realizar en todas partes los actos de la vida jurídica, su aplicación, sólo a los contratos solemnes, no es dudosa para Weiss, salvo que una disposición formal e inequívoca de la ley personal del interesado le niegue ese beneficio. En cambio, Laurent³, Duguit, Rolin y algunos autores más antiguos, especialmente⁴, ven en las formas solemnes un elemento intrínseco. El primero de los citados expone su teoría al margen de la ley hipotecaria belga y sostiene que hay dos órdenes de ideas a distinguir en materia de actos solemnes; en otros términos: los actos solemnes están sometidos a dos principios. Desde luego, la solemnidad es una condición substancial del hecho jurídico; en tanto que, en los contratos no solemnes, las formas del acto concierne sólo a la prueba.

Admitiendo la solemnidad como una condición de existencia del acto solemne, resulta una consecuencia muy importante para el derecho instrumental privado y es que no se aplica a esa condición la máxima *lex loci actus*, sino la ley territorial tratándose de donaciones y de hipotecas, y la ley personal nacional cuando se trata del matrimonio. Hay un segundo principio en esta materia: si la solemnidad prescribe en la de la autenticidad, el acto deberá ser hecho en el extranjero en la forma auténtica, sino la convención no producirá ningún efecto, ella será inexistente. En cuanto a las formas de autenticidad se observarán las de la ley del lugar de celebración, pues tratándose aquí únicamente de determinar las formas que constituyen la autenticidad, ellas dependen de la ley local. Esta distinción fundamental para Laurent, entre ambos aspectos del acto solemne, no ha encontrado acogida favorable. No es cosa fácil separar la solemnidad, de las formas que la constituyen, aplicando a éstas la ley del lugar de celebración y dejando subordinada la exigencia o no exigencia de aquella a la ley territorial o personal, según los casos. Esta solución ecléctica, como se ve, en lugar de facilitar las transacciones de los extranjeros en el extranjero, las complica aumentando su libertad; y, aunque así no fuera, está muy lejos de responder a los principios científicos que abonan la opinión contraria anteriormente expuesta.

2.—Habiendo fijado el concepto y extensión de las formas, más llamadas consuevas por ser ellas los únicos elementos del acto que con propiedad me-

¹ Weiss. — Op. cit., T. III, p. 111.

² Pillet. — Op. cit., T. II, p. 302, § 236.

³ Laurent. — Op. cit., T. II, p. 433 y s., § 240, 241, 242 y 243.

⁴ V. en *Journal de dr. int. privé*, p. 381, 1880, la más conocida afirmación que las formas solemnes constituyen condiciones intrínsecas de los actos jurídicos auténticos.

seca este nombre, se trata de saber cuál es el derecho aplicable a fin de obtener un acto internacional regular. Del acierto de esa elección depende convenientemente su validez o nulidad en el orden internacional.

Conforme a los principios expuestos por Savigny parece que "la forma del acto jurídico debe ser reglada por el derecho local al cual ese acto está sometido. Así, los contratos deberían hacerse según las formas legales exigidas en el lugar de ejecución; los testamentos, según las formas exigidas en el domicilio del testador; los matrimonios, según las formas prescritas en el domicilio del marido. La observación de esa norma, agrega, no presenta dudas ni dificultades cuando el acto jurídico interviene u ocurre en uno de los lugares enumerados, pero sucede a menudo que la base del acto jurídico existe en un lugar muy diferente, algunas veces muy alejado y esa circunstancia puede ocasionar las más graves dificultades. Donde se realiza el acto jurídico, es a veces muy difícil conocer con seguridad las formas legales de ese otro lugar único regulador, y, cuando se conocen, ponerlas en ejecución es a veces hasta imposible"¹. Cita Savigny a continuación, un ejemplo muy repetido por los autores donde se manifiestan los inconvenientes de una excesiva dureza legislativa. Se supone el caso de un prusiano que, habiéndose enfermado en Francia, quisiera testar allí. Por la ley prusiana sólo era admitida la validez del testamento hecho ante la justicia, es decir, ante el tribunal competente; y como en Francia ningún tribunal puede intervenir en la redacción de un testamento, por ser esa función atribuida exclusivamente a los notarios, resulta que esa persona, sometándose a la ley de su domicilio (Prusia), debería renunciar a testar, tal vez perjudicando grandemente los intereses de su familia. Dice Savigny: "Esa falta de flexibilidad en los principios legislativos que imposibilita muchas veces la realización de los actos jurídicos o con más frecuencia los expone a ciertas nulidades emergentes de la ejecución defectuosa de formas legales que, con certeza, no han sido establecidas para impedir o dificultar las transacciones civiles, ha hecho nacer un derecho consuetudinario cada vez más reconocido, cuya expresión concreta es la regla *locus regit actum*". Esa feliz solución es aceptada por el mismo autor, aún cuando otras formas fueran establecidas por la ley, en el lugar en que la relación de derecho tiene su asiento.

A fin de llegar a la misma solución, Piller² se pregunta, siguiendo sus métodos para la resolución de los conflictos de leyes: ¿cuál es la finalidad social de esta categoría de leyes sobre la forma de los actos? Esa investigación no es fácil —concreta— por ser muy compleja la finalidad de dichas leyes que interesan a la vez al estado en que se ha realizado el acto, a aquel a que pertenecen los contratantes y al de los jueces que tengan que apreciarlo. Para el primero, las formas de los actos jurídicos representan un elemento de

¹ Savigny. — *Traité de Droit Romain*, (traduc. Carreras), T. VIII, p. 544, 2ª ed. 1860.

² Piller. — *Op. cit.*, p. 310, § 262; ver también del mismo autor dos artículos en el *Journal de dr. int. privé*, p. 3, 1891 y especialmente 1893, p. 929.

orden, del cual no puede desentenderse completamente; para el Estado a que pertenecen las partes, significan una protección acordada a sus nacionales en el extranjero, de la cual no debe desinteresarse; y, por fin, para el país de los jueces llamados a estarar acerca de los derechos de los litigantes, es evidente que el empleo de formas obligadas disminuye la probabilidad de error y simplifica su tarea.

No pudiéndose exigir a las partes el sometimiento simultáneo a esa triple legislación concurrente, conforme al método de Pillet, es necesario elegir entre esas leyes, y, entre las tres, hacer prevalecer aquella cuyo interés es más directo y más cierto. No cabe duda que esa ley es la *lex fori*, la ley del juez llamado a pronunciarse acerca de los derechos de las partes, si se recuerda que las formas de los actos jurídicos en general, y especialmente las que interesan la prueba, son organizadas, ante todo, para la mejor administración de la justicia en cada país.

Pero, en el momento de celebrar el contrato o realizar sus actos jurídicos, las partes ignoran si habrá consecuciones, y en el caso de haberlas, ante los tribunales de qué Estado deberán ir en demanda de justicia. El fuero recae en conocido en el momento de trabarse la litis; por eso, aún cuando los principios indican la competencia de la *lex fori* para regir la forma de los actos, como su adopción conduciría a una solución imposible, la práctica ha hecho prevalecer la competencia de la *lex loci actus*. En materia de formas, su adopción significa el imperio de la regla *locus regit actum*. Aún viendo en la anterior, una solución de puro derecho positivo, justificada por su comodidad y también por la imposibilidad de conformarse a la ley cuyo competencia correspondiera mejor a la naturaleza de las leyes sobre la forma de los actos, el autor coincide con Savigny en la admisión de nuestra máxima en el campo del Derecho Internacional Privado.

Imparita más que todo por la necesidad, la regla *locus regit actum* ha descrito una vasta trayectoria a través de los años en el mundo civilizado, adquiriendo indiscutibles caracteres de universalidad. Los tratados, el beneplácito casi unánime de la doctrina¹, la aplicación inintermitida de la jurisprudencia y la amplitud de su radio de acción, pues comprende en sus límites, el aspecto formal de la mayor parte de las instituciones del derecho civil y comercial.

A ese respecto, cabe decir que, si ha merecido la consagración del derecho positivo de nuestros días, no todas las legislaciones la han adoptado con igual espontaneidad, ni le han discernido igual extensión en el articulado de sus códigos. Así, mientras algunas enuncian la máxima *locus regit actum* en una fórmula general, comprensiva de todas sus aplicaciones, otras se han reducido a simples disposiciones parciales, distribuidas en el texto conforme a la exigencia de cada institución.

¹ Véase Fœlix-Demangeat. — Op. cit., T. I, p. 180 y s., N.º 83. Entre los numerosos tratados citados por estos autores en la doctrina moderna, sólo Eichhorn, Müllensbruch y Heut, la rebasan ligeramente.

Pertencen al primer grupo por sus artículos categóricos, los códigos civiles de: Alemania (art. 11 de la Ley de Introducción al Cód. Civ., de 1896); Bajo Canadá (art. 3, tit. preliminar, 1860); Baviera; Chile (art. 9); Colombia (art. 31); España (art. 11); Guatemala (art. 18); Holanda (art. 10); Honduras (art. 11); Japón (art. 9 y 10 de la ley para la aplicación general del Derecho); Luisiana (art. 10); México (art. 10 del Cód. de 1897); Portugal (art. 24); Paraguay (art. 12 y 930); Prusia; Suiza (art. 9 del Código federal de las obligaciones); Serbia; San Salvador (art. 9); Uruguay (art. 6); Venezuela (art. 9); Wurtemberg y nuestro país.

Es interesante conocer lo dispuesto en el Código Chileno, por haber girado alrededor del contenido de sus artículos 9 y 18², gran parte de la discusión habida en el seno del Congreso de Montevideo en 1889 entre el Dr. Pratt, representante de ese país y miembro informante del despacho en minoría de la Comisión de Derecho Civil, y el Dr. Ramírez, representante del Uruguay y presidente del Congreso, al cambiar razones sobre la ley que debía regir la forma de los actos en el Tratado de Derecho Civil que se buscaba sancionar. Prueba del escaso conocimiento del verdadero alcance y de las ventajas de la regla *locus regit actus*, es la adopción inconsulta por dicho Congreso de la ley del lugar de ejecución para regir la forma de los actos (art. 53 del Tratado de Derecho Civil) con excepción de los instrumentos públicos (art. 39).

Pertencen al segundo grupo, es decir, a aquellas legislaciones que han adoptado nuestra máxima en artículos aislados: el Código civil francés, en los artículos 47 (actos del estado civil), 170 (matrimonio) y 999 (testamento); el de Bélgica, por regir en ese país el Código Napoleón; el Código Civil austriaco de 1811, en los párrafos 4, 35, 36 y 37, referentes a los actos y contratos; el Código de las dos Sicilias (arts. 49, 180 y 925); el del cantón de Vaud (arts. 19, 77 y 639); el de Haini (arts. 49, 155 y 805) y el Código griego en las disposiciones relativas a los testamentos.

Siendo el Código Francés el iniciador de este criterio, seguido después por algunos códigos de otras naciones inspirados en sus disposiciones, me parece conveniente analizar las causas de esa falta de consagración de la regla *locus regit actus* en términos formales.

Según se desprende del comentario circunstanciado de Merlin³, parece que la máxima había sido incluida en el texto preliminar del Proyecto de

² Código Civil de Chile. Art. 9. — La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se prueba según las reglas establecidas en el Código de enajenamiento. 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 expone. Art. 18. — En los casos en que las leyes chilenas exijan instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efectos en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la forma de ellas en el país en que hubieren sido otorgadas.

³ Merlin. — Op. cit., T. X, Lei — § VI, N.º VII y VIII.

Código Civil en el artículo cuatro, así concebido: "La forma de los actos se rige por las leyes del lugar en el cual son hechos o celebrados" (*Le forme des actes est réglée par les lois du lieu dans lequel ils sont faits ou passés*). El fin y el objeto de ese artículo era bien definido si se atiende a las palabras con que Portalis, expositor de motivos del proyecto, lo propuso al Cuerpo Legislativo. "En nuestros días —decía Portalis justificándolo— los hombres no están siempre en el mismo sitio, las comunicaciones comerciales e industriales entre los pueblos son múltiples y rápidas, por eso, nos ha parecido necesario tranquilizar al comercio garantizándole la validez de los actos en los cuales se hayan observado las formalidades exigidas en los países donde se hayan realizados." Aunque criticado por su carácter de disposición extra-territorial, después de esta respuesta, el artículo fue adoptado por el Cuerpo Legislativo. Los oradores del "Tribunado", en cambio, si bien rindieron homenaje al principio proclamado, encontraron su redacción muy vaga y caso que, para ellos, sólo constituía bajo esa fórmula, una declaración, un reconocimiento formal del derecho de gentes, erigido en regla general. "Pero esta regla general —decía uno de ellos— viene como todas las otras sus excepciones, de las cuales es necesario acompañarla y de las cuales no se podría separar sin peligro. Por ejemplo: con esa afirmación que los actos celebrados en país extranjero no están sometidos a las formas prescritas por las leyes de ese país, darías validez al acto de matrimonio que un menor iba a celebrar expresamente, sin el consentimiento de sus padres, en los países heléticos regidos por el Concilio de Trento, que después de tal consentimiento y aún anatematiza a quien quisiera exigirlo". (Discurso de Chazal, en la sesión del Tribunal del 18 febrero del año X).

Respondiendo a esta argumenación, Portalis, orador del gobierno, pronunció las siguientes palabras: "Antes de razonar, es menester entenderse. La máxima está limitada a la forma de los actos; el consentimiento de los padres en el matrimonio de los hijos menores, no es una forma sino una condición". Merlin entiende que hubiera podido agregar: "Es una forma si queréis, pero una forma habilitante"¹.

Esta discusión, de donde tan claramente parece surgir el verdadero alcance y significado del artículo 4º del Proyecto, no tuvo resultado alguno.

El Consejo de Estado continuó en la supresión del artículo relativo a las formas, y al año siguiente cuando volvió a presentar el Proyecto de Código, iba sin ese artículo; pero, no escudándose con ello repudiar el espíritu de la regla *locus regit actus* conservó su aplicación en los artículos 47, 170 y 999.

Grandes controversias ha originado en la doctrina y jurisprudencia francesas el silencio del legislador de 1804. No debe, sin embargo, juzgarse demasiado severamente. Muchos países han adoptado en sus códigos esa máxima tradicional y lejos de ser más clara, es fama que en ellos las interpretaciones personales ocasionan tantas discusiones como en el Código Napoleón la exclusión de un texto general.

¹ Laurent, op. cit., T. II, p. 423, § 237.