

EL FORMALISMO EN EL DERECHO

DIEGO R. MAY ZUBERIA

Profesor Adjunto Interino de Derecho Civil (I)

1) LA FORMA EN LOS ACTOS JURIDICOS

El artículo 944 del Código Civil define los actos jurídicos como "los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o anular derechos". Esas manifestaciones de exterioridad de la voluntad se llaman también actos jurídicos en Francia de donde tomó la expresión Ferritas — art. 437 del Esbozo —, fuente inmediata de nuestro codificador. En Alemania, en Italia y en España reciben en cambio el nombre de negocios jurídicos.

En el acto o negocio jurídico la forma es su tercer elemento esencial. Relaciona o aglutina el sujeto (agente o autor del acto y primer elemento) con el objeto (cosa o hecho que es materia sobre la cual se ejerce o a la cual tiende la voluntad del sujeto — segundo elemento).

El art. 973 de nuestro código dice: "La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico". Y a guisa de ejemplo agrega luego de punto y coma: "tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público o con el concurso del juez del lugar".

A poco que analicemos la disposición legal vemos que la forma de los actos jurídicos a que alude, consiste en el conjunto de solemnidades que deben observarse en la celebración de tales actos. De ahí la crítica que se le ha formulado por la doctrina en el sentido de que en tanto que conforme al art. 913: "Ningún hecho tendrá el carácter de voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste" y que ésta última o sea el medio de exteriorizarse la voluntad del sujeto, saliendo del fuero interno porque en tanto ello no ocurra no hay acto jurídico sino propósito mental sin trascendencia para el derecho, el artículo 973 define la "forma legal" que sólo es una de las especies del género "forma esencial". En cambio, la forma legal, la definida por el art. 973, es la forma determinada por la ley para que algunos actos tengan validez.

Continuando el análisis del art. 973 destaquemos dos circunstancias más. Una que ya insinuamos al decir que a guisa de ejemplo agregaba el texto legal: la escritura, la presencia de testigos, etcétera. Es que tal enumeración es simplemente enunciativa ya que como observa Selvat estudiando el tema en su magistral Tratado, podrían agregarse, por ejem-

1.º, las siguientes: 1.º, la lectura del acto por el oficial público en presencia de las partes y de los testigos; 2.º, la transcripción de ciertos documentos, etcétera.

También: a), que las escrituras estén hechas en el protocolo del escribano público habilitado para actuar en el lugar y en la página del mismo protocolo que corresponde a su fecha; b), que las mismas escrituras estén hechas en idioma nacional, o conforme a minuta y traducción firmada, cuando usen lenguas extranjeras; c), que el testamento público debe ser visto también por los testigos, etcétera.

La otra circunstancia es que las solemnidades deben observarse concomitantemente con la formación del acto; no pueden ser anteriores ni posteriores a él. Ello responde a que las solemnidades son requisitos de la existencia misma de los actos y no simple medio de demostrarlos, concepto éste sobre el que volveremos dentro de un momento al considerar la clasificación de los actos jurídicos por sus formas.

2.º DEFINICION Y EXTERIORIZACION DEL FORMALISMO

El formalismo es el régimen en virtud del cual la ley establece las formas que deben observarse en la celebración de los actos jurídicos. Así lo define Salvat.

El culto de la forma se da de modo constante en la historia del derecho desde los primeros tiempos al presente.

Al decir de Ihering en el tomo 3.º de "El Espíritu del Derecho Romano", citado por todos los que estudian el tema, la fuerza atractiva que la forma ejerce sobre el espíritu humano por medio de acciones plásticas y de signos, se manifiesta de diversos modos. Unas veces seduciendo el sentido estético y embelleciendo los sucesos de la vida; otras veces con su carácter práctico lisonjan a la razón por el orden, la regularidad y la claridad de la existencia y acción que se manifiestan en ella, y otras veces, en fin, considerada moralmente, cautiva el corazón al imprimir en él amor hacia lo serio y solemne, trascendiendo lo individual y pasajero hasta lo general y permanente al correlacionar lo que precedió con lo que sucederá.

Afirma el mismo Ihering que el formalismo tiene un valor educativo o pedagógico al contribuir a la formación del carácter del pueblo y que, además, las formas como representan la expresión exterior de las ideas y las organizaciones humanas, contribuyen a conservarlas, a hacerlas palpables y a penetrar en sus costumbres. Explica al respecto que las ideas que descansan únicamente en sí mismas, es decir que carecen de la sólida base de una forma determinada, pierden su fuerza moral sobre las almas y el pueblo pierde la conciencia de aquellas. Por el contrario, agrega, cuando esas ideas están unidas a formas fijas y exteriores, éstas poseen una fuerza vital más tenaz que puede hacerlas revivir sin el esfuerzo de un nuevo alumbramiento.

a) En el derecho antiguo

En Roma, durante la primera época de vigencia del derecho quirritario o derecho propio de la ciudad, el sistema de los actos formales era

riguroso. La propiedad, por ejemplo, no podía adquirirse sino por los procedimientos de la "mancipatio" o de la "in iure cessio".

La "mancipatio" era un acto solemne que debía tener lugar mediante la pronunciación de palabras rituales y en presencia de por lo menos cinco testigos.

La "in iure cessio", a su vez, consistía en un procedimiento que se celebraba ante un magistrado e igualmente solemne entonces.

El que iba a adquirir la cosa "mancipi", que eran los fundos situados en Italia, las serridumbres rústicas, las cosas y animales usados para la agricultura, los esclavos, etcétera, afirmaba que la cosa le pertenecía por derecho quiritarario. El que poseyó esa cosa "mancipi" no formulaba ninguna oposición. La transferencia quedaba entonces formalizada.

Cuando se contraían obligaciones, debía recurrirse a una formalidad verbal llamada "nexum". Requería la presencia de cinco testigos y el "libripens" que portaba una balanza, en la cual se pesaba un trozo de cobre representativo del valor de aquella.

En las donaciones, por su parte, se simulaban la venta y el pago de la cosa donada.

Los actos procesales se celebraban también ante un magistrado. En la primera época se llamaba proceso de las "legis actiones", en su instrucción ante el magistrado "in iure" y luego ante el juez que decide "in iudicio". Cuando el procedimiento es enteramente verbal tiene lugar mediante fórmulas o palabras que las partes debían repetir literal y textualmente poniendo especial cuidado en no equivocarse para no exponerse a perder la causa lo que podría ocurrirles aunque les asistiera todo el derecho. Quien seguía un proceso debía asesorarse por un jurista, el "agens". Este indicaba paso a paso los actos, los gestos y las palabras que debían realizarse bajo pena de nulidad. En época posterior los juristas llegaron a reemplazar a las partes y a hablar en su nombre.

Para que el ciudadano romano cumpliera todas las requisitos prescritos para cada negocio jurídico requería la intervención de otro práctico del derecho, el "cavere", expresión que traducida quiere significar "cuidar" es decir tomar precauciones en derecho. El "cavere" redactaba una especie de formulario.

Las formas y solemnidades en la primera época romana a que venimos refiriéndonos, identificaban la forma esencial y la forma legal. No importaba, por lo demás, que el consentimiento de los contratantes estuviera exento de vicio sino que se hubieran cumplido rigurosamente las fórmulas. En una época posterior, de vigencia del Corpus Iuris decayeron las formas llegandose a diferenciar la solemnidad de la comprobación de los actos que había anudado el consentimiento de los contratantes.

Aquellas formas y solemnidades se pueden agrupar en actos materiales que guardaban analogía con el acto que se quería celebrar, en los símbolos, en las palabras y en las fórmulas sacramentales. Su razón de ser se explica por el limitado desarrollo de la cultura media de los pueblos primitivos y la necesidad, ante la falta de escritura, de impresionar profundamente los sentidos de magistrados, partes y testigos que podían olvidar palabras, pero no los ritos teatrales y simbólicos. Cinco testigos, el portador de la balanza, las partes y el magistrado permitían reconstruir

largo, con manifiesta fidelidad el verdadero significado del acto ante una eventual diferencia. Así lo afirma Ortolán, reproducido en lo pertinente por nuestro codificador en la nota al artículo 473 de nuestro código civil. Su lectura es recomendable.

El formalismo aprisiona el derecho antiguo, expresa por su parte Andreas von Thur en su obra "Teoría General del Derecho Civil Alemán" Y esto es igualmente cierto en el derecho romano y en el derecho germánico, agrega.

b) En el derecho vigente

En el derecho moderno el formalismo no ha desaparecido.

Con referencia a una tesis de Maenselav, publicada en Lille en 1914, Louis Jeserand en su "Tratado de Derecho Civil", completado por André Brun, afirma el renacimiento del formalismo en nuestros días. Ese surge se manifiesta especialmente en el derecho comercial. Las fórmulas documentadas han contribuido a acelerar el giro del comercio. Son como el caño de la moneda, según la feliz expresión de Hering. Así como ese caño que el Estado impone a las divisas que emite las impone un determinado valor que ahora el antiguo pesaje de aquéllas, los formularios corrientes, las letras de cambio, los vales, los pagarés, los cheques, hacen que por la confianza que imponen merezcan general aceptación.

Nuestro código civil establece en el art. 974: "Cuando por este Código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes." Resulta de tal texto: 1º, que cuando la ley estatuye una forma determinada para la concertación de un acto jurídico, el mismo no puede celebrarse sino en la forma que la ley establece, y 2º, que cuando la ley no fija formas especiales para la celebración de un acto jurídico, las partes pueden elegir libremente la forma de otorgarlo.

Bibiloni, en su Anteproyecto de Reforma, reproduce el art. 974 del Código y la Comisión Reformadora en el proyecto que redactaron en definitiva los doctores Héctor Lafaille y Gastón Federico Tobal, propuso simplemente modificaciones para abreviar o aclarar conceptos. Redactó el art. 159, llamado a sustituir el referido vigente, en los siguientes términos: "En la celebración de los actos jurídicos, deberán observarse las solemnidades prescritas por la ley. A falta de regla especial, las partes podrán emplear las formas que estimen convenientes." Se mantienen, como se ve, los principios actuales.

31 PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE LAS FORMAS

En la cátedra de esta Facultad, en sus anteriores composiciones, se ha sostenido que el principio es el de la libertad de las formas. Sin embargo y no obstante lo que surgirá del art. 974 *in fine*, se ha afirmado en estudios especiales que son tantos los casos en que nuestra ley exige una forma determinada para tener en cuenta la voluntad de las partes que la regla se invierte. Se citan por Martínez Carreras en su monografía titulada "Las formas en los actos jurídicos", referida en la addenda del tomo II de la parte general del Tratado de Salvat, 9ª edición, publicada por T.E.A. en 1951, más de sesenta artículos del Código que directa o

indirectamente (como respecto a los derechos reales que no se perfeccionan sino con la entrega de la cosa o sea la tradición), imponen determinada forma. Ello justifica la afirmación de dicho autor en el sentido de que "los actos jurídicos en que las partes pueden usar libremente de las formas que deseen y aún prescindir de la formalidad, son los menos". A lo que agrega que "el sistema de la forma impuesta subsiste también en nuestro derecho a semejanza de lo que ocurre en otras legislaciones".

40 DIFERENCIAS DEL FORMALISMO EN EL DERECHO ANTIGUO Y EL MODERNO

A esta altura de la exposición, cabe que señale que el formalismo en el derecho moderno es distinto al antiguo.

Por lo pronto no se exigen ya los actos materiales, los símbolos en las fórmulas o palabras sacramentales del derecho romano primitivo, sino sólo una expresión clara de la voluntad. La forma escrita y la inscripción en registros públicos que aparecieron recién en los últimos tiempos del derecho romano son las formalidades que hoy tienen amplia recepción.

La finalidad en uno y otro derecho es asimismo otra. A la antigua necesidad de dejar en los asistentes a la concertación de un acto jurídico una impresión personal precisa y profunda, ha reemplazado hoy la seguridad de los derechos, haciendo posible la conservación más adecuada de los instrumentos que constatan la existencia de ciertos actos y la salvaguardia del interés de los terceros. Para el primero de dichos propósitos (la seguridad de los derechos) se requiere, por ejemplo, la escritura pública u otorgamiento en doble acta de los asientos del Registro Civil. Para el segundo (interés de los terceros), la inscripción, por ejemplo de las operaciones sobre inmuebles, como integrantes que son de la prenda común de los acreedores de sus titulares.

50 VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LAS FORMAS

Von Thun enumera con precisión y limpieza unas y otras.

La forma, dice, "comprueba la seriedad de la voluntad y distingue claramente la declaración negociada de otras manifestaciones no vinculatorias". ¿La simple promesa de entrega de una suma de dinero, es préstamo o mutuo, o es donación?, nos preguntamos a nuestra vez. Queda así señalada la primera ventaja de la forma.

Esta última "permite", dice en segundo término von Thun, "que durante las negociaciones exista la seguridad de que no se producirán sorpresas o trampas".

"Las partes pueden estar tranquilas de que no serán consideradas como viciatorias las declaraciones a las que ellas no atribuyen ese carácter". Tercera ventaja de la forma.

"La forma favorece la reflexión e impide decisiones inconsideradas". He aquí la cuarta ventaja de trascendencia indudable para actos decisivos como el matrimonio y el otorgar testamento.

Además "aumenta la claridad y precisión de la declaración" y "en particular, permite que una determinada voluntad jurídica, bien delimitada-

da, se separe de los ulteriores propósitos de las partes para ser objeto de un convenio abstracto". Importa la quinta ventaja.

"Finalmente", dice el autor que estamos citando, "la forma simplificada y asegura la prueba de la declaración de voluntad". Sexta ventaja.

A todas esas conveniencias se agregan también las emergentes de la publicidad en los registros, convenientes a terceros, la circulación antes anotada también de los papeles de comercio y la facilitación del cobro de impuestos fiscales.

Todas esas ventajas no impiden los siguientes inconvenientes:

1º) Que "toda forma, aún la más sencilla, constituye un obstáculo a la circulación jurídica, que en ciertas circunstancias puede parecer molesto, y llevar al efecto práctico de que un negocio voluntario y seriamente querido por las partes, deba considerarse ineficaz por vicio de forma" conforme a la exposición de von Thur, y

2º) La onerosidad de cualquier forma por los gravámenes fiscales que la afectan.

Comparados los inconvenientes con las ventajas, tenemos que concluir que para cada institución en particular deben considerarse las situaciones, limitando las formas a los negocios o transacciones más importantes e instituyendo las mismas de manera que su observancia no dé lugar a dificultades excesivas.

6) EXIGENCIAS DE LA HORA RESPECTO A LAS FORMAS

Razones privadas y de interés público imponen en estos momentos en nuestro país que la transferencia de los automotores se haga previa inscripción y no como hasta aquí mediante la simple entrega por el propietario de los mismos, por considerarlos muebles. En cambio, muchos otros trámites que afectan a las transacciones jurídicas deben aligerarse, ya en sus certificados previos como en sus posteriores inscripciones para que no constituyan rémora en negocios que requieren otro ritmo.

7) CLASIFICACION DE LOS ACTOS JURIDICOS EN CUANTO A SUS FORMAS

Conforme al art. 974 del Código Civil, cuando la ley no fija forma determinada a un acto jurídico, los interesados pueden usar de la forma que juzgaren conveniente.

El art. 973 habla de escritura del acto, de presencia de testigos, de escribano público, de oficial público o de juez del lugar.

A su turno, los arts. 976 y 977 estatuyen que en los casos en que se hubiere ordenado la forma del instrumento público (976) o exclusivamente una clase de instrumento público (977), la falta de aquella forma o la falta de esa especie, en uso y otro rescripto, no puede ser suplida por otra. Aquella primera falta está sancionada con la nulidad del acto, consecuentemente con la falta de efecto que el art. 925 impone cuando la expresión por escrito fuere ordenada o convenida y no se hubiere efectuado.

De la correlación de dichos artículos 973 a 977 emerge la clasificac-



ción de los actos jurídicos, en primer lugar en actos formales y no formales y en segundo lugar en actos solemnes y no solemnes o simplemente formales. Esta última como subdivisión de los actos formales.

Digamos ahora que actos no formales son aquellos para los cuales la ley no requiere forma especial ninguna y producen plenos efectos cualquiera sea la forma en que se hayan celebrado (arts. 915 y 974 del código civil), con tal que su existencia pueda ser debidamente probada.

Los otros actos, los formales porque la ley o la voluntad de las partes les han impuesto forma determinada (arts. 916, 974 y 975), se subdividen, como ya dijimos, en actos solemnes y no solemnes.

Son solemnes los actos en los cuales la omisión de la forma legal provoca no sólo la nulidad del acto sino todo otro efecto. El defecto de forma vicia el consentimiento y el acto se tiene por no producido. Son ejemplos precisos de tales actos el matrimonio y el testamento. No realizado el primero ante el oficial público (art. 14 de nuestra ley de matrimonio civil), las nupcias no existen y los pretendidos esposos son sólo concubinos sin obligación recíproca alguna entre sí, ni aún para imponerles la formalización del matrimonio. El testamento que no tiene las formalidades referidas no tiene más efecto que la obligación natural que establece para los legados el inc. 3º del art. 515, sin acción civil y por tanto exigible ninguna.

Son a su vez no solemnes los actos jurídicos formales que aún cuando no se han celebrado conforme al documento establecido por la ley y que no valen para sus efectos previstos, producen otros efectos legales. Es el caso típico de las transferencias de inmuebles, concertadas por instrumentos privados. El inc. 1º del art. 1184 del cód. civ. establece que deben ser hechas en escritura pública, bajo pena de nulidad, con excepción de las que fuesen celebradas en escritura pública. El art. 1185, que le sigue, luego de expresar que los contratos que debiendo ser hechos por escritura pública fuesen hechos por instrumento particular, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada, agrega que quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública.

8) DUDA RESPECTO A LA SOLEMNIDAD

La solemnidad debe emerger exclusivamente de la ley o del acuerdo de partes que la hubiera establecido bajo pena de nulidad. No ocurriendo ello el acto no es solemne. De ahí que para saber si un acto es solemne o no debe atenderse a la estipulación legal o convencional dicha y en caso de duda debe estarse a la no solemnidad. La doctrina y la jurisprudencia así lo establecen.

9) FORMA AD SOLEMNITATEM Y FORMA AD PROBATIONEM

Como consecuencia de que en los actos solemnes la forma es exigida como requisito inexcusable para la validez de tales actos se dice que en ellos la forma es *ad solemnitatem*. Respecto a los actos formales no solemnes o simplemente formales, como la forma se exige solamente para acreditar su constitución o sea la expresión de voluntad que importan, se dice que en ellos la forma es exigida *ad probationem*.

19) CONVERSION DE LOS ACTOS JURIDICOS NO SOLEMNES

Para poner término a las referencias generales sobre las formas, tícanos señalar que la conversión se opera en los actos jurídicos no solemnes. En el ejemplo de la compraventa de inmuebles por simple instrumento — el boleto corriente —, observemos que la transferencia del dominio propio de la compraventa por escritura pública y tradición no se opera. Pero, al habilitar el documento privado el requerimiento de la escribanación, ese fenómeno que no obstante la nulidad del acto para su efecto propio, da título bastante para lograrlo, es el llamado conversión. Esta no ocurre en los actos solemnes.