

14

EL ESPÍRITU  
DEL  
DERECHO ROMANO

EN LAS  
DIVERSAS FASES DE SU DESARROLLO

POR

Rudolf Von IHERING

PROFESOR ORDINARIO DE LA UNIVERSIDAD DE GOTTINGA

VERSIÓN ESPAÑOLA CON LA AUTORIZACIÓN DEL AUTOR Y NOTAS

POR

ENRIQUE PRÍNCIPE Y SATORRES

ESTUDIO PRELIMINAR SOBRE

«IHERING, ENSAYO DE EXPLICACIÓN»

DE

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO  
DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA

TOMO PRIMERO



GRANADA

EDITORIAL COMARES, S.L.

1998

Tag. 640-664.

## C. El formalismo.

## I. Esencia é importancia práctica del formalismo.

Definición del acto formal y no formal.—Crítica del formalismo bajo el punto de vista práctico y moral.—Ventajas y desventajas generales y especiales del formalismo.—Relación variable entre ellos.

50. De todos los rasgos característicos del derecho antiguo, ninguno llama más vivamente la atención, por superficial que ésta sea, como el formalismo que le es propio. Esa impresión que recibimos desde luego no depende ni de nosotros, ni de la extrañeza de ese fenómeno, que el derecho nuevo hace que nos sea menos familiar y menos sensible. Ese carácter está tan perfectamente determinado, tan lógicamente seguido, que ni aun la idea de libertad, que es la que más se le acerca, como que domina todo el derecho público y privado, puede ser comparada con él. Ningún otro principio material como el de la forma pudo alcanzar una realización tan amplia ni tan absoluta; ningún elemento del derecho antiguo ha sido conservado tan largo tiempo: *las formas han sobrevivido á la libertad romana*.

Existe una relación particular entre la forma y la libertad, dos ideas fundamentales del Derecho romano. A pesar de su contradicción aparente, porque la una garantiza la libertad más ilimitada 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 las líneas de su desenvolvimiento, su dependencia mutua y recíproca y dejan adivinar la relación oculta que las encadena. El más completo desarrollo de la era de la libertad marca también el reinado del más tiránico rigor en la forma, que cede de su severidad al mismo tiempo que la libertad zozobra insensiblemente; y cuando bajo la presión continua del régimen cesariano la libertad se desploma por completo y para siempre, desaparecen también el formalismo y las fórmulas del derecho antiguo. Este es ya un hecho que debe llamar nuestra atención: el ver desaparecer la forma precisamente en la época en que la voluntad soberana se colocaba en el trono, afirmándose abiertamente y sin reservas como principio supremo del derecho público. Pero en la época de los emperadores bizantinos, donde suenan las oraciones fúnebres con que ellos acompañaron á la desaparición de la forma y la aversión y el desprecio de que le dieron

testimonio <sup>(184)</sup>, nos harán tocar con el dedo la relación que existe entre la libertad y la forma. 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 que la contiene y la protege. Las formas fijas son la escuela de la disciplina y del orden, y por consiguiente de la libertad; son un baluarte contra los ataques exteriores: podrán romperse, pero no plegarse. El pueblo que profesa verdaderamente culto á la libertad comprende instintivamente el valor de la forma, y siente que ella no es un yugo exterior, sino el *vigía de su libertad*.

Es, pues, por lo que se ve, un fenómeno puramente exterior el que nos ocupa, si bien obra sobre un objeto cuya importancia interna es grandísima. Pertenece á la filosofía del derecho y á la jurisprudencia romanista positiva el establecerlo; pero parecerá que la materia ha sido muy especial y muy positiva para la primera, y muy abstracta para la segunda <sup>(185)</sup>, porque ambas son defectuosas. Teniendo una vez más que movernos sobre un terreno inexplorado, estamos obligados á interrumpir de nuevo este estudio de la historia para entrar en consideraciones generales que nos abrirán la senda de él.

La diferencia del contenido y de la forma no se limita sólo á las cosas de la naturaleza exterior, sino que se aplica igualmente á las del espíritu; me refiero á las formas del sentimiento, del pensamiento, de la voluntad, etc.; es decir, á los medios por los cuales los hechos internos, las ideas, las sensaciones, las resoluciones, etcétera, adquieren una expresión y una existencia exteriores. Pero en el uno como en el otro caso la diferencia no tiene una existencia *real*, es sólo una abstracción. La forma es el contenido bajo el punto de vista de su *visibilidad*. Supone siempre el contenido, porque no existe forma sin contenido ni contenido sin forma. Cuando existe un cambio de forma las cosas aparecen de otro modo, pero sólo en apariencia. Ante la forma *definitiva* que oponemos al contenido no existe contenido *sin forma*, pero sí un contenido en otra forma menos perfecta.

<sup>(184)</sup> L. 1, Cod. de form. subl. (2, 58) (año 342), *juris formulae* AUGUPATIONE SYLLABARUM insidiantes... L. 15, Cod. de testam. (6, 23) (339), *quoniam* INDIGNUM est ob INANEM observationem... L. 6, Cod. qui admitti ad B. P. p. (6, 9): *Verborum INANUM excludimus* CAPTIONES. L. 17, Cod. de jure delib. (6, 30) (407), *credendum* SCRUPULOSAM SOLENNITATEM hac lege penitus amputari decernimus.

<sup>(185)</sup> El solo autor que de una manera notable se ocupa de cómo se puede alcanzar es Savigny. System III, pág. 238 y Oblig. R. II, 218. No he podido tener conocimiento hasta después de la publicación de esta obra (1.<sup>a</sup> edición, 1858) del escrito de Bölderndorf, *Die Form der Rechtsgeschäfte*, etc., Nördlingen, 1857; pero no he encontrado en él nada que me obligue á cambiar mi trabajo.

También es objeto de nuestro estudio la *voluntad jurídica*. Para admitir la existencia de la *voluntad jurídica* es preciso ante todo que sea posible reconocerla, y de aquí que sólo pueda darla á conocer su manifestacion exterior. No existe acto de voluntad sin forma; una voluntad sin forma es la espada de Bernardo, que ni pincha ni corta. Sin embargo, como acabamos de hablar de declaraciones de voluntad informes, es preciso que añadamos á la palabra forma un sentido más estricto; veamos, pues, cuál es.

El derecho puede dejar á la voluntad, como medios de expresarse en el *acto jurídico* <sup>(186)</sup>, una libertad completa; de suerte que todo medio cualquiera, ya sea la palabra, la accion, el signo y hasta el caso imprevisto, ó el silencio, sea propio para producir el efecto deseado y para que el contenido de la voluntad pueda ser claramente comprendido. El derecho puede limitar también la voluntad con la eleccion de medios, ya haciendo depender de ellos la realizacion del objeto perseguido de una forma de expresion determinada, de tal suerte que en caso de omision la voluntad quede sin efecto (pena de nulidad), ó no obtenga más que un efecto limitado <sup>(187)</sup>; ó ya añadiendo á la inobservancia de la forma una pena completamente independiente, como por ejemplo la multa fiscal <sup>(188)</sup>, que castiga al autor sin afectar en nada al efecto del acto jurídico. Las formas de la primera especie solas constituyen la noción del *acto jurídico formal*. En la segunda especie, el acto jurídico aparece únicamente como causa exterior de la ejecucion de otro acto prescrito bajo forma de condicion <sup>(189)</sup>. El acto formal puede definirse así: el acto por el cual la inobservancia de la forma jurídicamente prescrita para la manifestacion de la voluntad encuentra su sancion en el acto mismo <sup>(190)</sup>. No

<sup>(186)</sup> No hay necesidad de explicar por qué esa diferencia solo encuentra aplicacion en los actos jurídicos y no en los delitos, ni cuál es la razon.

<sup>(187)</sup> Compárese, por ejemplo, el *pignus publicum* y *privatum* del Derecho romano nuevo.

<sup>(188)</sup> Así es como muchas de nuestras legislaciones modernas han asegurado por medio de multas fiscales la circulacion del papel timbrado. Se puede reprochar de esa disüncción á las *leges perfectae* y *minus quam perfectae*, en tanto que ellas prescriben la observancia de una forma determinada.

<sup>(189)</sup> El contrato de arriendo con los criados en nuestro derecho actual no ha llegado á ser un contrato formal por la declaracion de los criados ante la policía, á pesar de que esa declaracion sea exigida por los reglamentos.

<sup>(190)</sup> La distincion que Puchta, *Pandekten*, § 250, quiere establecer en esa noción entre la falta de validez y la falta de accion es insostenible y además impracticable. Lo que constituye su base es una diferencia en las formas romanas, de la que encontraremos más tarde la expresion exacta, es decir, la de las formas nuevas (populares, costumbres) y formas de tendencias (introducidas por la ley).

hemos podido ocuparnos hasta aquí de más condiciones que las requeridas en los actos jurídicos y que no se refieren á la forma de la *expresion de la voluntad*.

Toda forma decretada ó impuesta limita la voluntad en la eleccion de sus medios de expresion; pero no toda restriccion de esa especie basta en modo alguno para hacer del acto al cual se aplica un *acto formal*. La expresion de la voluntad puede limitarse de una manera negativa ó de una manera positiva: negativamente cuando la ley, por ejemplo, prohíbe cierto modo de expresarse (por una declaracion tácita), ó cuando no permite la conclusion de un acto en tal paraje ó en tal tiempo; positivamente, cuando su forma de expresion está fijada de una manera cierta ó positiva <sup>(191)</sup>. En el primer caso nos encontramos en presencia de una *limitacion de forma*, pero no de un *acto formal*. La forma con que el autor ha querido revestir su acto es su propia obra, á pesar de las trabas puestas á su eleccion, y tiene todas las cualidades de la forma libre ó individual; mientras que el acto formal, cuya validez depende de una forma legalmente determinada, está severamente ligado á esa forma, y no implica ninguna libertad ni eleccion en su manera de expresarse.

El acto jurídico no formal, ó sustraído de la obligacion de una forma absoluta, es, pues, una *manifestacion de la voluntad más ó menos libre respecto á la forma de su expresion*; pudiéndose designar con las palabras *forma libre* y *forma no libre*, por una parte la carencia de formas, y por otra el formalismo en los actos jurídicos. Ese solo elemento de la libertad decide la cuestion, y es motivo de que las formas que dependen de la libre eleccion de las partes, como por ejemplo la reunion de testigos y la escritura, no puedan constituir, en el contrato á que se aplican, un *acto formal*. Poco importa, bajo ese respecto, la solemnidad y generalidad de su uso, desde el momento que su observancia ó cumplimiento no es jurídicamente necesario. Lo que se debe considerar no es el aparato *exterior* de la forma, sino su carácter jurídico *interno*, ó sea su necesidad jurídica. La conclusion verbal de un convenio no es una forma solemne por sí misma, sino allí donde está prevenido por la ley que lo sea. Igual sucede con la asociacion de testigos. El motivo legal que hizo someter un acto á tal ó cual forma determinada puede ser múltiple. La ley puede dejarse guiar por diversas consideraciones, como por ejemplo asegurar la prueba, impedir la precipitacion, prevenir el perjuicio, etc.

<sup>(191)</sup> Este mandamiento de la ley puede también llevar únicamente sobre el lugar (por ejemplo, en justicia, á la bolsa, ó sobre el tiempo).

Si para alcanzar uno de esos fines el legislador no ha querido sujetarse á la cordura ó á la conveniencia de las partes, poco importa que la forma realice efectivamente el fin, ni que éste pueda ser alcanzado de otra manera, ó que la parte haya encontrado mejor camino para llegar á él; porque el legislador, que no ha pretendido de ningun modo abandonar el cuidado de ese objeto á la apreciacion y libre voluntad de la parte interesada, emprende por sí mismo esa tarea y declara exclusiva y necesariamente la vía que le parece convenir mejor á la realizacion del fin propuesto.

Esa necesidad y ese carácter exclusivo que constituye la esencia de la forma no libre se manifiesta en elementos *exteriores* y *positivos*. Toda forma de este género presenta siempre un cierto lado accidental, arbitrario, cualquiera que sea la pureza lógica de su desenvolvimiento en la historia. La tradicion, la ocupacion, es decir, la toma de posesion, no determinan un acto formal. Su necesidad es completamente interna é inseparable del estado de cosas que ella debe establecer, porque la tradicion, poco más ó menos, es en cierto modo respecto de la posesion lo que el nacimiento á la vida. Veremos (en el tercer sistema), estudiando la diferencia del *jus civile* y del *jus gentium*, cómo los juristas romanos se dieron perfectísima cuenta de ese carácter positivo que no excluye la generalidad y la evidencia lógica de la independencia de la voluntad en cuanto á la forma.

La distincion que acabamos de establecer entre la libertad y la tiranía, en cuanto á la forma de expresion de la voluntad, coincide con la que existe entre la forma *individual* y la forma *abstracta*. La forma libre es al mismo tiempo individual, se resume por completo en tal acto jurídico determinado, nace y muere con él, no siendo éste otra cosa en su fondo que el contenido concreto del acto hecho visible. La forma no libre, por el contrario, es á la par que *abstracta*, *estereotipada*. En efecto, aunque sólo aparezca unida á un acto concreto, tiene, sin embargo, bajo otro aspecto una existencia independientemente *abstracta*, que no resulta de ese acto jurídico aislado, y que no nace de él, sino que se impone fuera de él como una cosa que le es superior y sustancial, que tiene vida aparte y que reclama su lugar sin sufrir condiciones. Dos elementos distintos concurren á la formacion del acto jurídico: el contenido concreto y la forma; ésta determinada de antemano, de una vez para todas. Así se explica la significacion estricta que se da habitualmente, como hemos visto más arriba, á la expresion *forma*, cuando se consideran como actos no formales aquellos cuya forma está completamente abandonada á la libre voluntad

de las partes <sup>(192)</sup>. Efectivamente, en esos actos la forma no posee existencia propia, es sólo un puro accidente del contenido; mientras que en los actos formales, por el contrario, constituye realmente una cantidad jurídica propia, y goza de una existencia independiente. Así es que la diferencia entre los actos formales y no formales, ó para servirme desde luego de las expresiones con que los designaré en adelante, la diferencia entre el formalismo y la carencia de toda forma, conduce á la distincion general del individualismo y de la igualdad abstracta, que es una de las piedras angulares del Derecho romano antiguo y moderno. (Tomo II y tomo III).

La ausencia de formas, por lo que precede, aparece *à priori* como principio normal, porque responde á la relacion natural que existe entre la forma y el contenido; y el formalismo, á causa de su separacion de ese conjunto, representa la excepcion, lo que permite creer que ese rasgo diferencial entre ambos principios debe existir tambien en su aplicacion á los actos. Así ocurre, en efecto, con el derecho comun de Alemania, en el que la ausencia de formas es la regla y el formalismo la excepcion. Pero de otro modo ocurría en el antiguo Derecho romano, objeto único de nuestro estudio. La historia en esto desvanece nuestros deseos. El derecho positivo en el problema de la forma ve abrirse tres soluciones diferentes, que son: la combinacion de ambos principios, la ausencia completa de formas y el reinado exclusivo del formalismo. Luego si se afirma que de esas tres soluciones hay dos que no se han realizado nunca, nadie dudará que las no cumplidas sean las dos primeras y grande será el asombro al conocer que la segunda no se encuentra aceptada en ninguna parte, mientras que la tercera está perfectamente realizada en la historia. La enseñanza que de esto se desprende es que el derecho no tolera la carencia de la forma, y que como puede vivir bajo el reinado exclusivo del formalismo, prefiere más el extremado rigor de éste que la falta absoluta de la forma.

Esta propension del derecho hácia la forma parece descubrir una necesidad interna, una utilidad propia de la forma que responde al objeto del derecho. Pero por fundado que esto pueda parecer, sería un error querer descubrir sólo en las ventajas prácticas del formalismo el motivo de su aparicion histórica. Para prevenir tal error haremos en el estudio que va á seguir la distincion

<sup>(192)</sup> Por esta razon los romanos designaban el principio de la ausencia de formas como principio de la voluntad desnuda, *nuda voluntas*, en oposicion á la *rigor juris civilis*. Véase, por ejemplo, Ulpiano, XXV, 1, L. 18 de leg. III. (32).

marcada que existe entre el valor práctico del formalismo y las causas de su aparición histórica.

*Valor práctico del formalismo.*

De todas las materias del derecho, ésta es ciertamente la que corre más riesgo de extraviar el juicio de la filosofía abstracta <sup>(193)</sup>. El filósofo de profesión, que ignora los intereses técnicos propios y las necesidades del derecho, no puede ver en el formalismo más que una manifestación material del derecho, la preponderancia de un elemento puramente sensible y exterior y el trastorno real de la relación natural entre la forma y el contenido. Consagrado á buscar la esencia misma de las cosas, debe repugnarle obedecer á un sistema que le presenta una exageración de la forma seca y desnuda; y rechazando ese culto meticuloso hácia el signo exterior, desprovisto de valor por sí mismo y sin importancia alguna, mira con cierta compasión la insuficiencia y la mezquindad del espíritu que anima y se ostenta en el formalismo. Preciso es confesarlo, al ignorante en nada puede interesarle esta parte de nuestra técnica jurídica. Y, sin embargo, ¿no sería en ella donde es preciso buscar el motivo de que hasta ahora la filosofía del derecho apenas haya florecido? Se trata de un fenómeno que, precisamente porque está fundado en la esencia más íntima del derecho, se repite y se repetirá siempre en el de todos los pueblos <sup>(194)</sup>.

Para comprenderlo exactamente, es preciso considerar á la vez la historia y el derecho práctico. La primera encontrará su aplicación en el § 51. Ahora sólo

<sup>(193)</sup> Véase una prueba en Hegel, *Rechtsphilosophie*, § 217.

<sup>(194)</sup> Después de la aparición de la edición primera alemana de esta obra, la literatura jurídica se ha enriquecido con dos libros notables que vienen en apoyo de lo que antecede; ambos se refieren al procedimiento alemán y francés antiguos, y son las obras de Siegel, *Die Gefahr vor Gericht und im rechtsgange* (*Sitzungsberichte der Wiener Akademie*, tomo 51, pág. 21 s.), y de Brunner, *Wort und form im altfranzösischen Prozess* (ibid., tomo 51, pág. 655 s.), las cuales han aparecido separadamente y valen tanto por el fondo como por la forma. El juicio de los juristas se engaña completamente sobre ese fenómeno, así como lo demuestra el ejemplo de Heineccius, uno de los historiadores más profundos y más considerados del siglo anterior. En sus *Antiq. jur. Rom.* III, 14, atribuye la introducción de las formas de los pactos romanos al egoísmo de los patricios: *patricii quorum intererat plebem litibus quam plurimis implicari, a naturali simplicitate* (la carencia de formas) *desciverant!* En nuestra época misma se ha creído necesario aplicar á la religión el origen de las fórmulas del procedimiento antiguo de Roma (véase § 53), como si la forma fuese tan ajena al derecho que no cupiera dentro de él. En vida de semejantes errores, la necesidad del trabajo que sigue no necesita justificarse.

debemos ocuparnos del segundo. Para lograrlo expondremos desde luego la cuestión que nos sirve de epígrafe, ó sea la del valor jurídico práctico del formalismo, comparando sucesivamente sus ventajas y sus inconvenientes.

1. *Inconvenientes de la forma.*

Comienzo por ellos, porque se someten desde luego y sin esfuerzo á un exámen imparcial; mientras que las ventajas exigen escrupulosas investigaciones y reclaman, nótese bien, gran vista jurídica para descubrirlas. Pasa con el formalismo lo que con tantas otras organizaciones: todo el mundo hace constar sus defectos y ninguno se fija en sus beneficios, son puramente negativos, esto es, impiden que se produzca el mal. Un solo caso que haga resaltar los inconvenientes de la forma, como por ejemplo un testamento declarado nulo, un pleito perdido por un vicio ó descuido de la forma, hieren y se hacen notar más vivamente que millares de casos en los que, para el curso ordinario de las cosas, la forma ha llenado su misión tutelar. Nada de pasmoso es, por lo tanto, que el juicio del ignorante se muestre tan hostil al formalismo.

Dos particularidades resúmen las desventajas de la forma: su *peligro* y su *incomodidad*; ambas inherentes á la forma como tal, que por diversa que ella pueda presentarse, su variedad sólo hace disminuir ó aumentar la intensidad de su acción desfavorable.

El *carácter peligroso* de la forma proviene de la posibilidad y de las consecuencias perjudiciales de los *vicios de la forma*. La forma exige y quiere ser exactamente conocida, y por eso castiga la ignorancia, la desatención, la torpeza, la ligereza. El derecho material es mucho menos exigente. Se puede concluir un contrato no formal sin conocer los principios de derecho que á él se aplican, engañándose sobre los términos que se deben emplear, y seguro se está de obtener la protección del derecho y los auxilios del juez. Pero cuando un contrato está sometido á formas determinadas, que sólo puede concluirlo el que las conoce y sabe emplearlas, nada puede suplir á los vicios que le contaminan. Así, en una legislación formalista, el ignorante y el imprudente salen perjudicados en muchas ocasiones, sobre todo cuando se hallan en presencia de la astucia que quiere abusar de su ignorancia ó de su imprevisión. En esos casos, el hombre honrado, desconocedor de los negocios, se encuentra á merced de un adversario avieso y sin conciencia, que sabe servirse de la forma como de una cuerda que estrangula al hombre inexperto. A los diversos dere-

chos rodeados de formas rigurosas, es preciso aplicar el adagio: *jura vigilantibus scripta sunt* <sup>(195)</sup>.

Los elementos que determinan el grado de peligro que presenta la forma están determinados por diversos elementos que es preciso buscar, parte en la forma misma y parte fuera de ella. Ocupémonos desde luego de aquellos que le son propios, y más adelante hablaremos de los otros. Existen tres que, para abreviar, llamaré el elemento cuantitativo, el elemento morfológico y, en fin, el elemento de principio. Es preciso en las formas distinguir su número, su configuracion exterior y la necesidad del principio que las ha creado.

Respecto á la importancia del elemento *cuantitativo* de las formas, puedo referirme á lo que he dicho más arriba. A medida que es reducido el número de formas, y algunas de ellas fundamentales, poco numerosas, penetran en todo el derecho, hacen que el conocimiento y aplicacion de ellas sea más fácil y menos peligroso.

Como elemento morfológico de la forma designo su configuracion, su composicion, su corte, y claro es que pueden existir bajo ese concepto diferencias considerables. La forma puede ser sencilla, cómoda y fácil de manejar, ó por el contrario complicada, incómoda ó de uso difícil, segun exija solamente una accion de la parte ó tambien la cooperacion de otras personas, por ejemplo de la autoridad, de testigos; si consiste en escribir, en hablar, en obrar, en una palabra, comprendo los elementos diversos que la constituyen y la caracterizan. Algunos ejemplos testimoniaron la influencia de este elemento.

Comparemos la forma del testamento romano con la de la estipulacion. Mucho más complicada que ésta, la del testamento puede verse á menudo afectada de vicios de forma. Peligro que está, en efecto, en razon directa de la complicacion de aquélla. La prévia pregunta del acreedor era sólo esencial para la estipulacion, y la respuesta del deudor, ya fuese la repeticion textual de la pregunta, ya se resumiera en un simple *spondeo*, no ofrecia dificultad. La forma del testamento, por el contrario, exigia la rogacion de los testigos, la *familiae emptio*, la *nuncupatio*, la aplicacion de las fórmulas concretas para las diversas disposiciones aisladas, la sucesion exacta de éstas, la *unitas actus*. Si existe un solo testigo incapaz entre siete, ó un error en la fórmula de institucion de heredero, á causa de ese error caducará el testamento con todas sus disposiciones.

<sup>(195)</sup> L. 24. in f. *Quae in fraud* (42, 8).

En la estipulacion cualquiera combinacion de palabras bastaba, siempre que tuviese la forma interrogativa (*spondeo, fidejubeo, fidepromitto*, etc.).

Otro ejemplo muy instructivo lo suministra la comparacion del procedimiento de las acciones de la ley con el procedimiento formulario. El primero era infinitamente más peligroso que el segundo, y esta circunstancia es precisamente la que, como enseña Gayo <sup>(196)</sup>, produjo su derogacion. En el mismo procedimiento formulario, un error de forma no dejaba sin entrañar ciertas consecuencias perjudiciales (esto es, de la esencia misma del formalismo); pero el peligro de semejantes errores era mucho menor bajo esta forma de procedimiento. En efecto, en el procedimiento antiguo la forma era *verbal*, en el nuevo *escrita*. Como es más fácil el equivocarse hablando que escribiendo, la parte que llevaba la palabra, y el Pretor más tarde, fueron quien redujeron á escritura lo dicho. Inútil es insistir más, por otra parte, en la importancia de esta diferencia. En el procedimiento de las acciones de la ley las fórmulas eran fijas, inmutables en sus menores detalles; la omision, el cambio de una palabra casi indiferente, entrañaba un vicio de forma. En el procedimiento formulario las fórmulas eran elásticas, y sólo las palabras realmente decisivas eran de peso.

En cuanto al tercer elemento, que se apoya en *el principio* de la forma, mostrará su importancia con el ejemplo tomado de un código moderno. Las disposiciones de *Landrecht* sobre la redaccion de los pactos por escrito <sup>(197)</sup>, son el tipo de lo que semejantes disposiciones deben dejar de contener. La ley exige la escritura en todos los convenios cuyo valor exceda de 50 talers, pero inmediatamente deroga doblemente el principio en que parece descansar. En efecto, para cinco casos en que dispensa absolutamente de esta forma, hay otros doce en que la exige, aun cuando el valor no alcance la suma indicada, y á su vez esta disposicion recibe una série de modificaciones y de restricciones <sup>(198)</sup>.

<sup>(196)</sup> Gayo, IV, § 30.

<sup>(197)</sup> Véanse las pruebas de lo que sigue en Bornemann, *Erörterungen im Gebiet des preuss. Rechts*, entrega I, Berlin, 1855, pág. 144 s. Se podría citar tambien el derecho inglés, véase por ejemplo Gundermann, *Engl. Privatrecht*, tomo I, págs. 226, 227, 230, 240, 242, 270.

<sup>(198)</sup> Véanse los ejemplos siguientes sacados de Bornemann. l. c., página 168: Las convenciones reales sobre las cosas muebles no exigen la forma escrita para dar nacimiento á la relacion jurídica, que segun la ley se basa en la entrega de la cosa, pero las convenciones sobre las obligaciones accesorias deben formularse por escrito. Página 151: Las convenciones mediante las cuales uno se obliga á prestaciones personales sucesivas, prometidas para siempre ó por tiempo indeterminado, exigen absolutamente la forma; se exceptúan, sin embargo, los pactos de arriendo con los criados domésticos, donde la entrega y aceptacion del salario reemplaza al convenio escrito.

Sólo para conservar en la memoria tantos preceptos hace falta una concentracion de la inteligencia, de lo que únicamente un jurista es capaz. ¿Y es esta amalgama confusa de disposiciones, sin conexión entre sí y sin principio común, la que debe poseer el ciudadano y el campesino para servirse de ellas en todo tiempo? ¿Y se le impone al pueblo observar una regla que la misma ley agujerea con excepciones? ¿Cómo decir las dificultades que debe entrañar la aplicación de esos mandatos? ¿Debe tasarse de antemano si la cosa vale más ó menos de 50 talers, para saber si las disposiciones convenidas en un contrato real contienen ó no una separación del tipo legal del acto y discernir qué personas es preciso clasificar entre los *Hausoffizianten* (¿mayordomos, señoras de compañía, inspectores, médicos de familia?), etc. Esas disposiciones son lazos y trampas sembrados por el legislador sobre el terreno jurídico, y productos malsanos de su bufete, que para el pueblo quedan siempre ignorados, porque éste no se asimila más que á aquello que hubiera podido emanar del pueblo mismo.

Podemos entretanto, con la ayuda de esos ejemplos, determinar la noción de nuestro tercer elemento, que se refiere á la estructura interna del sistema de las formas. Trátase de ver si las disposiciones sobre la necesidad de la forma emanan de un principio único ó se aplican sólo á algunos actos jurídicos aislados y diseminados en el derecho, si llevan en sí el carácter de la unidad y de la consecuencia ó el de la variedad y de lo arbitrario. El Derecho romano antiguo está lleno de enseñanzas sobre este particular. Vemos en él una correlación perfecta entre las nociones jurídicas y su forma, que se pliega á todas las distinciones del fondo del derecho, hasta el punto de que la diversidad de los actos no se manifiesta solamente en la variedad de sus formas, sino que el carácter íntimo y propio de cada uno de ellos, provisto de una forma particular, se refleja y se imprime en la estructura morfológica de esta forma misma. La forma, ele-

Por el contrario, los contratos de arriendo con los servidores designados con el nombre de *Hausoffizianten* deben ser siempre expresados por escrito. Página 160: 7.º Contratos de arrendamiento de bienes rurales. Si la convención es puramente verbal, no sirve más que durante un año. 9.º Contrato de edición de libros. Si la convención no ha sido terminada por escrito, pero el original ha sido entregado por el autor, el convenio verbal vale en cuanto á la suma que debe pagar el editor; pero para todos los demás puntos las relaciones de ambas partes deben juzgarse únicamente con arreglo á las disposiciones legales. Véanse también los casos núms. 10 y 12 en Bornemann, págs. 160 y 161. Las donaciones, en fin, exigen además una forma determinada, la declaración judicial. Todo ello significa, como se ve, la falta absoluta de principio, pues exige en un caso la observancia rigurosa de la forma y permite en otro separarse de ella.

mento puramente material, concluye así por elevarse al rango de creación del arte jurídico. Compárense las formas de la estipulación, de la mancipación, de la cesión judicial (*in jure cessio*) y del testamento: la de la primera era una pregunta (*spondesne, dabisne*, etc.); pero una pregunta es una forma *relativa*, se dirige á una persona determinada, encuentra su medida en la relación cualitativa de la obligación que existe entre dos personas, y la necesidad interna de la intervención de otra indicada exteriormente por la forma misma. El aserto y la afirmación son las formas de la mancipación y de la cesión judicial. (*Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra*, Gayo, I, 119.—*Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo*. Gayo, II, 24); lo que es muy significativo. En efecto, el carácter absoluto de la forma es, en estos casos, la expresión exacta de la naturaleza absoluta de los derechos á los cuales se refieren. Una afirmación es un hecho absoluto independiente de toda cuestión de personas. En otros términos, la estipulación y la acción que engendra son concebidas *in personam*, las fórmulas de los otros dos actos jurídicos y de las acciones que de ellos se derivan lo eran *in rem*. La forma del testamento era la de una orden ó mandato (*heres esto, heredem esse jubeo*. Gayo, II, 117; *damnas esto*, *ibid.*, § 201; *sumito*, § 193, y también *do lego*). Esto, muy significativo desde luego bajo la relación histórica, lo es también como reminiscencia de la forma legal originaria de los testamentos, y después como relación dogmática, como expresión del derecho de autonomía que se realiza en el testamento (del que hablaremos en diversas partes). La estipulación limitaba sus efectos á las personas causantes, los otros tres actos designados más arriba podían extender los suyos á terceros individuos; diferencia que tuvo también su lado morfológico, y por eso en la estipulación las partes se presentaban solas en la causa, mientras que los terceros (testigos, Pretor) concurrían á los otros actos. La economía interna de los testamentos (§ 55) da otro ejemplo en apoyo de esta demostración.

El segundo inconveniente de la forma es su *incomodidad*. La forma no tolera dejarse guiar únicamente por la expresión de la voluntad, que implica la ausencia de formas. No basta sólo querer, es preciso satisfacer á la forma con un acto deliberado cumplido de propósito y que la refleje. Otras circunstancias hacen aún más sensible este inconveniente. La forma tiene siempre presente los negocios. Al derecho que exige la forma se oponen diversas situaciones de la vida que hacen su aplicación difícil, así como las formas sociales á veces excluyen la jurídica. ¿Quién habrá que trate de revestir á todos los pactos como conviene á una forma jurídica? ¿quién exigirá que se ponga por escrito cualquier

ofrecimiento ó promesa? El que lo quisiera hacer se expondría á violar todas las conveniencias y todos los usos, le faltaría tacto, y la desconfianza de que daba prueba sería justamente mirada en multitud de circunstancias como una injuria grave hácia los otros <sup>(199)</sup>. Considerada bajo este aspecto, la forma va directamente en contra de su fin. En lugar de aumentar la seguridad para la terminacion de los pactos, arroja al que trata de moverse en terreno firme del derecho sobre el camino incierto de la desconfianza personal.

Lo que precede es una verdad que entraña la forma, cualquiera que sea su perfeccion. Pero respecto al punto en que nos encontramos, es evidente que la disposicion más ó menos perfecta de la forma es de gran peso. Algunos ejemplos lo demostrarán.

Cualquier forma particular tiene sus inconvenientes propios. Si para ciertos actos, como, por ejemplo, para la estipulacion y para la mayor parte de los actos jurídicos romanos, la ley exige que el contrato se termine oralmente entre las partes, es porque impide con este solo hecho la posibilidad de contratar entre ausentes. Para realizar esto, será preciso recurrir á viajes ó al empleo de intermediarios; y como signo del rigor que el Derecho romano mostraba, no podia el sordo-mudo valerse de esta forma <sup>(200)</sup>. Si, como en la ley prusiana susodicha, se exige una redaccion por escrito, llegará á suceder que entre personas presentes no sea posible terminar un contrato. Sólo Shylock llevaba consigo tintero, papel y pluma. Del mercado ó de la calle, el legislador prusiano transporta el contrato á su gabinete de estudio y le deja dormir sobre el pupitre; el Derecho romano obraba de modo contrario. Este es uno de los rasgos de carácter que distingue á dos legislaciones y á dos épocas. Si el acto debe pasar ante testigos, en justicia ó por notario, se necesitará, antes de poder celebrar el contrato, ir en busca de testigos y presentarse en justicia ó ante el notario. ¿Y cómo hacerlo si no se pueden encontrar testigos, como, por ejem-

<sup>(199)</sup> Quizás esa consideracion de conveniencias fué la que en el derecho de Justiniano exceptuó la donacion de la forma de la estipulacion, porque en primer lugar hace desaparecer lo que semejante excepcion podria presentar de anormal á primera vista. Se puede tratar como negocio el ofrecimiento de un contrato, pero no el de una donacion. Difícil sería encontrar cierta semejanza en la *dotis dictio* del derecho antiguo, pero si duda alguna es preciso encontrarla en la *promissio dotis* del derecho nuevo, la cual estaba igualmente libre de toda forma y de la que no sin motivo y sin necesidad se hacia una *pollicitatio*.

<sup>(200)</sup> Ulp., XX. 13 (Testamento). L. 1 pr. de V. O. (45. 1) (estipulacion). L. 1, pr. § 2. 3 de tut. (26. 1) (*Tutoris auctoritas*).

plo, en una comarca desierta ó durante una epidemia? ¿cómo reunir entonces los siete testigos de un testamento? <sup>(201)</sup>. ¿Cómo hacerlo en caso de largos trayectos en lugares distantes del de la justicia <sup>(202)</sup>, ó cuando las circunstancias exigen la conclusion inmediata y el juez ó el notario no puede ser encontrado en seguida, ó la importancia del convenio no merece soportar los gastos? Se ve, pues, que toda forma, cualquiera que sea, tiene desventajas que le son propias, y con las que más ó menos tiene que sufrir algo el comercio jurídico.

De aquí resulta fatalmente que en casos de urgencia se descuida la forma y se celebra un acto desprovisto de ella, ó más bien contrario á la misma (es decir, en oposicion á un acto no formal que no requiere forma; un acto que exige en sí la forma, pero que le falta). Entonces semejante acto no tiene ningun efecto jurídico, su efecto depende únicamente de la voluntad del obligado, de su temor á la opinion pública; ofrece otra caucion que la conciencia de éste, su lealtad, su veracidad, y en suma, sólo descansa en *su bona fides*. El comercio jurídico en todas partes se desarrolla bajo el yugo incómodo de la forma, que únicamente está descuidada en casos excepcionales; y entonces su inobservancia, constituyendo la regla general, forma la costumbre. Tal fué el caso en Roma, como lo veremos más adelante, y tambien el de nuestras relaciones jurídicas actuales, por ejemplo en la region donde impera el derecho prusiano. El sistema de convenciones basadas sobre la *bona fides*, en el sentido romano antiguo, es decir, del comercio jurídico exclusivamente fundado en la lealtad y la confianza, es producto y complemento del formalismo.

Todavía vemos en esto á la forma contradecirse y desmentir su objeto. Destinada á dar á las relaciones civiles una seguridad, las lleva, por el contrario, á renunciar á toda especie de garantía jurídica y á preferir una cómoda incertidumbre á una molesta seguridad, desprendiéndose de ello que el formalismo lleva en sí su propia condena y confiesa claramente la imposibilidad en que se encuentra de tener una aplicacion absoluta.

<sup>(201)</sup> Esta eventualidad hizo introducir dos formas menos incómodas de testamento: el *testamentum ruri* y *tempore pestis conditum*. La forma del testamento de los soldados tiene una relacion remota con éstos, pero en cierto modo sirvió para la introduccion y admision de los fideicomisos.

<sup>(202)</sup> La necesidad del viaje á Roma, para las personas que habitaban lejos de ella, en el caso en que habia tenido lugar en ella la *in jure cessio*, fué una de las causas de los actos sin forma de los romanos. Testigo la manumision sin formas; reconociéndolo así, y dentro de ciertos límites, el Pretor tomaba en consideracion todos los inconvenientes que resultaban de las formas exigidas por la ley. Pero habia además otros motivos que expondrems en el tercer sistema.



Si se le puede motejar al formalismo por sus peligros y sus incomodidades, existen otros cargos más que con razón pueden dirigírsele y que conciernen á su parte ética.

Nadie ha formulado ni explicado claramente esta nueva censura, porque explicarla sería refutarla; pero la idea en que se funda ha dejado más de un rasgo, y reviste para los espíritus poco reflexivos una apariencia de realidad. Se apoya sobre la conjetura histórica, no menos errónea que ella, de que el derecho germánico ha rendido en todo tiempo homenaje al principio del carácter no formal de las convenciones. Otras veces se añadia á esta opinion el proverbio de el *hombre debe sostener su palabra* <sup>(203)</sup>; pero investigaciones recientes <sup>(203, a)</sup> han demostrado que ese proverbio no tiene nada de comun con la fuerza obligatoria de los contratos no formales, y se refiere exclusivamente al procedimiento que en ese terreno consagra el principio de que la parte se liga con sus afirmaciones y sus confesiones en justicia.

Escuchemos la acusacion dirigida contra el formalismo. Declarando no obligatoria la palabra dada por causa de un vicio de forma insignificante, el derecho desconocia de hecho el sentimiento moral, ó lo tenia en olvido, al privar de toda pena y aun de toda censura el más injusto abuso de confianza, llegando por lo tanto hasta el extremo de obligar al juez en ocasiones á prestar su auxilio para amparar por medio de una argucia á la perversidad y al fraude.

<sup>(203)</sup> El ensayo hecho por Stobbe, *Zur geschichte der deutschen, Vertragsrechts*, para probar ese aserto no ha podido convencerme. Véase en sentido contrario Siegel, *Geschichte des deutschen gerichtlichen verfahrens*, tomo I, pág. 393. Este autor distingue las deudas que se pueden ó no negar. La pretension del que invoca un contrato no formal puede evitarse sólo con el juramento del demandado. Para que el contrato produzca *todo su efecto*, en otros términos, para que la deuda no pueda ocultarse, el derecho germánico exige tambien cierta forma. La distincion llamada del Derecho romano entre el legado y el *fideicomisum heredi presenti in iunctum*. C. A. Schmidt, en su tratado harto mediano: *Der prinzip. Vertheilung des röm und german. Recht* Tostock. 1853, es tan fácil de hacer constar, como que en esta materia, así como en cualquiera otra, su ideal de la moralidad del derecho alemán se encuentra realizado. El derecho de los contratos alemanes, dice en la pág. 251, está todo él basado sencillamente en el precepto de la ley moral de que los contratos deben ser respetados. El viejo Möser (véase la nota 207) pensaba de otro modo, y su manera de ver es de tanto más peso cuanto que era un hombre de consumada experiencia y de una naturaleza esencialmente alemana. «El loco, dice él en términos poco corteses, es quien primero aplica el proverbio «un hombre no tiene más que una palabra», pero en el sentido de que un hombre de bien no pueda retirar la palabra una vez dada; sería causa de más desgracias de las que se pueden imaginar.»

<sup>(203, a)</sup> Seegel, *Die Erhaltung und Wandlung im gerichtlichen Verfahren. Reseña de las sesiones de la Academia de Viena*, tomo XLII, página 201 s., publicada tambien separadamente, Viena. 1863.

¿Qué no debió sufrir el sentimiento jurídico del pueblo y quebrantarse ante el espectáculo cotidiano de semejante escándalo! Además imponer silencio al sentimiento jurídico, ¿no es debilitarlo? declarar á la forma como suprema y última razón, ¿no es arruinar al comercio jurídico en su base, la lealtad?

Se puede responder desde luego, y ante todo, que esa crítica desconoce completamente la mision propia del derecho y de la moral. Pero este es un error más frecuente de lo que se imagina, y se presenta en otras muchas cuestiones. ¿Sostendremos que el derecho debe incluir toda obligacion moral en la categoría de deber jurídico? Admitámoslo por un instante, y por cima de la palabra dada está el juramento. Si se pide al legislador que dé fuerza obligatoria á las promesas desprovistas de forma, con más razón deberá pedírsele para las juramentadas, toda vez que idénticos motivos morales lo exigen. El derecho canónico llega hasta eso, y ha dado fuerza obligatoria á las promesas bajo juramento; pero tambien ha mostrado de una manera instructiva á dónde viene á parar el legislador cuando eleva exigencias puramente morales al rango de deberes jurídicos. Así se ha visto, en efecto, bajo la influencia de tal disposicion, al juramento llegar á ser un medio de eludir las disposiciones más saludables del derecho. Todas las medidas de precaucion tomadas en favor de los individuos han fracasado por causa de aquél (por ejemplo, la prohibicion de la usura, el recurso contra la violencia ó el dolo, el *Sc. Macedonianum*, *Velleianum*), y si la misma legislacion canónica, espantada de sus propias consecuencias, no hubiese recurrido á una especie de escamoteo <sup>(203, b)</sup>, dicha disposicion hubiera aprovechado únicamente á los usureros y á los engañadores. Pero ella ha sido sucesivamente abrogada en casi todas las legislaciones particulares de Alemania. ¿El espíritu del pueblo se ha debilitado por eso? Precisamente cuando el legislador abandona ciertos actos á sí mismos es cuando el sentimiento moral del pueblo se expresa de la manera más eficaz, y parece que, debido á la falta de proteccion y ayuda de la ley, constituye un deber de velar por ellos <sup>(204)</sup>.

La cuestion presenta además otro aspecto. ¿Era á causa de una deslealtad por parte del romano el no reconocer como obligatorio un acto celebrado sin la observancia de las formas exigidas por la ley? (por ejemplo, la tradicion de

<sup>(203, b)</sup> En los contratos usurarios obtenidos por violencia se obligaba al deudor á ejecutarlos, pero se forzaba en seguida al acreedor á restituir lo que había recibido.

<sup>(204)</sup> Nosotros veremos más lejos una prueba de ello (tomo V) en los actos no previstos de una accion del derecho antiguo.

una *res Mancipi*, la promesa con forma de estipulación). Involuntariamente se supone siempre que ha habido la intención de ligarse realmente al derecho, y que sólo por olvido se omitió la forma necesaria. Pero el caso opuesto es igualmente posible, y puede la omisión tener su fundamento en el deseo de no querer ligarse jurídicamente. No creo arriesgado admitir que este caso fué precisamente la regla para la época antigua, y que lo contrario formó la excepción. Cuando se omitía la aplicación de una forma tan familiar á los romanos como la estipulación, la mancipación, etc., en circunstancias que no ofrecían ningún obstáculo al usarlas, se necesitaba para hacerlo la intención unánime de las partes, y entonces el acuerdo de ellas no debía tener ningún efecto jurídico, siendo potestativo á la una como á la otra parte separarse de él. La inobservancia de la forma indicaba aquí tácitamente lo que no podemos hoy menos de manifestar valiéndonos de una reserva expresa. La tradición de una *res Mancipi* significaba para el comercio jurídico romano lo que en nuestro derecho actual la reserva de la propiedad (*pactum reservati dominii*); la manumisión sin formas de un esclavo equivalía á darle de hecho el goce de la libertad con reserva de revocarlo, y era como un ensayo de libertad bajo condición de que se condujese bien. En suma, el *pactum* entre los romanos equivalía á nuestras convenciones con cláusula de reserva, y al hacerlo se sobrentendía no terminado en absoluto un pacto obligatorio. Prevalerse de la falta de la forma no constituía en ningún caso una deslealtad, y muy á menudo servía para hacer valer realmente lo que se había querido.

## 2. Ventajas de la forma.

Debemos cuidadosamente distinguir aquí dos especies de ventajas: aquellas que son inherentes á la forma como tal, y que se reproducen en todos los actos formales (ventajas *generales*), y las que descansan sobre el elemento morfológico de una forma aislada (ventajas *especiales*).

La decisión de un litigio consiste en la aplicación del derecho abstracto concreto al caso. Las dificultades pueden resultar del derecho abstracto, singularmente por la falta de claridad, precisión, etc., de las disposiciones que se trata de aplicar, y entonces las formas de los actos no tienen apoyo ninguno. También pueden nacer de la relación concreta, á consecuencia del carácter dudoso de los hechos (*cuestión de prueba*) ó de falta de precisión de su carácter jurídico (*diagnóstico*); á ésta les puede suplir la forma. La ventaja general de la

forma se nota en las dificultades de la segunda especie, cuando permite determinar claramente el carácter jurídico de los hechos; respecto á las dificultades de la primera clase la forma puede prevenirlas, facilitando la prueba cuando está especialmente organizada con este objeto (conclusión del acto en presencia de la autoridad ó ante testigos); así esta ventaja pertenece á la clase de las especiales.

Cuando estos inconvenientes surgen, las partes deben, en la mayoría de los casos, atribuirlo á sí mismas, porque la ambigüedad, la oscuridad objetiva del acto, son regularmente consecuencia de la falta de claridad subjetiva en el pensamiento, en la voluntad ó en la expresión. Aquel que ejecutaba quería, por ejemplo, conceder á la otra parte el uso de una servidumbre (*precaria juris possessio*); pero lo ha expresado como si quisiera otorgarle la servidumbre misma ó bien ni aun tenía conciencia de esta distinción jurídica y de la necesidad de decidirse por uno ú otro extremo. Su voluntad vacila entre ambos, sin preferencia por ninguno.

El derecho es impotente para impedir la falta de claridad y agotar con ella una de las fuentes más fecundas de litigios. Pero cuantas cosas pueden hacerse en este sentido, ya por la libre actividad del comercio jurídico (uso de fórmulas fijas, auxilio de juristas), ya por el derecho en sí, con la ayuda del formalismo <sup>(205)</sup>.

La forma es para los actos jurídicos lo que es el sello para la moneda. Así como el cuño dispensa del contraste y del peso del metal, en una palabra, del valor intrínseco de las monedas, ensayo que viene á ser indispensable cuando se trate del metal no acuñado, también la forma evita al juez inquirir si se ha querido celebrar un acto jurídico y cuál es ese acto en los casos en que las formas fijadas diferencien los distintos actos. Esas dos cuestiones pueden dar lugar á grandes dificultades cuando ninguna forma está prescrita por la ley. Tomemos la primera desde luego: por mucha que sea la distancia que separe *en principio* el acto jurídico de los actos preparatorios, y la diferencia que haya en teoría entre manifestar el propósito de querer unir y encadenar realmente la voluntad, hay ca-

<sup>(205)</sup> El sentido práctico de todos los tiempos y de todos los pueblos lo ha sentido de ese modo; así, por ejemplo, en el pueblo de Israel, v. Michaelis, *Mosaisches Recht*, II, § 81 (venta, cambio, donación en la puerta ó quitándose el calzado); entre los turcos, von Tornauw, *Moslemitisches Recht*, pág. 67: el *Sigheh* ó la declaración de la obligación verbal consiste en ciertas expresiones fijadas previamente para cada contrato, las cuales son pronunciadas al acuerdo y á la conclusión definitiva del contrato. Declarar *Sigheh* equivale á convenir que el pacto será verbal. Véanse los ejemplos especiales. *ibidem*, pág. 87 (venta), pág. 105 (préstamo).

sos en que es bien difícil de establecer esa distinción. Os quiero legar, vender, dar, pueden significar: 1.º, *os lego, os doy, os vendo ejecutivamente*; 2.º, *me obligo á legaros, á venderos, á daros en un tiempo dado*; 3.º, *ó tengo la intencion de hacerlo* y os informo de ello como podría daros aviso de cualquier otro proyecto que mi espíritu conciba, es decir, os legaré, venderé, daré, y lo podeis saber, pero sin que yo trate de obligarme. Admitamos entretanto que las últimas voluntades no exigiesen de ningún modo una forma determinada: ¡qué de demandas sin fin no se levantarían sobre el sentido de semejantes comunicaciones, harto comunes en la vida! En el sistema del formalismo, expresar la intencion de querer no presenta absolutamente ningún peligro ni corre jamás el riesgo de ser confundida con la libre expresion de la voluntad. En el sistema de la falta de forma, cuando no hay forma prescrita, la intencion podrá siempre confundirse con la voluntad, y ésta con la intencion. La forma es, pues, el sello de la voluntad jurídica <sup>(206)</sup>. Pero del mismo modo que distingue aquello que es jurídico de lo que no lo es, así también puede distinguir entre las cosas jurídicas, es decir, señalar la diferencia entre los diversos actos jurídicos. El ejemplo de las servidumbres de que hemos hecho referencia servirá para demostrarlo. El juez llamado á juzgar sobre la diferencia pendiente entre dos partes, con motivo de la constitucion pretendida de una servidumbre, puede vacilar entre cuatro diferentes hipótesis: 1.º, la servidumbre está *constituida* (acto real); 2.º, está solamente *prometida* (obligacion); 3.º, una de las partes no ha hecho más que conceder el ejercicio de hecho irrevocable de la servidumbre (*precarium*); 4.º, la parte no ha hecho más que expresar la intencion de reconocer más tarde la servidumbre. Esta dificultad apenas existia para el juez romano: en el primer caso, en efecto, habia lugar á la mancipacion ó cesion en justicia (*in jure cessio*); la estipulacion se exigia en el segundo caso. Si no habia ninguna forma que viniese á révelar el acto que se trataba de concluir, se entraba de lleno en el caso de la tercera ó cuarta hipótesis. Ahora bien, para estos dos últimos casos era indiferente por completo que faltara un signo distintivo exterior, porque todo dependia de la buena voluntad del concedente; el adversario no tenia ninguna accion, y el juez

<sup>(206)</sup> Savigny, System III, pág. 338: Una resolucion sobre cosas importantes raramente llega desde el primer instante á su madurez, sino que habitualmente va precedida de un estado de indecision en el cual las transacciones se hacen poco á poco é insensiblemente, y en el que la distincion de la voluntad perfecta puede ser tan difícil como más adelante indispensable para el juez. La forma es preciosa en ese caso, y es el signo indeleble del carácter definitivo de la resolucion.

estaba obligado á denegarle la servidumbre. La cuestion de saber si una persona inscrita en un testamento es segun la intencion del testador heredero ó legatario, puede presentar graves dificultades en nuestro derecho moderno, pero para el juez romano estaban completamente separadas, gracias á la forma diferente de la institucion de herederos y de legatarios.

La facilidad y la seguridad del diagnóstico, hé aquí la gran ventaja de la forma. En apariencia sólo aprovecha al juez, pero no es menos importante en realidad para las partes mismas y para todo el tráfico jurídico. Si la dificultad y la incertidumbre del diagnóstico patológico embarazan menos al médico que puede dañar al enfermo, del mismo modo las del diagnóstico jurídico son menos molestas para el juez que pueden ser perjudiciales para las partes. Pero para conceder semejantes facilidades al juez, el comercio jurídico debe resolverse á ciertos sacrificios: el trabajo del juez está en razon inversa del de las partes contratantes. El formalismo facilita la tarea del juez, haciendo más pesada la situacion de las segundas, y cuando no está prescrita ninguna forma, las facilidades concedidas á las partes hacen más árdua la mision del juez.

Al lado de esa primer ventaja de la forma viene á colocarse una segunda, cuyos frutos las partes son las primeras en recoger. «En interés de la prosperidad de las relaciones civiles, dice Savigny <sup>(207)</sup>, es de desear que los pactos no se concluyan precipitadamente, sino con prudencia y reflexionando con madurez las consecuencias que de ellos se deriven. La naturaleza del contrato solemne (como la estipulacion romana) tiende á despertar la atencion del espíritu y contribuye así á crear esa situacion deseada.» La exactitud de esta idea, á pesar de su solidez, cuando se refiere á las formas que deben producir ciertas dilaciones (como, por ejemplo, la conclusion ante la justicia, la insinuacion, etc.), seria muy discutible respecto á la estipulacion que exigiera un lapsus de tiempo demasiado breve para que la parte que hubiese prometido alguna cosa, bajo el influjo de la excitacion ó de la ligereza, pudiera en el momento de concluir de celebrarlo pararse á reflexionar, porque la estipulacion era un instante breve que duraba menos de un minuto. Seria, sin embargo, un error atribuir únicamente á la dilacion del plazo la influencia saludable de la forma, que verdaderamente reside en sí misma y en la impresion que produce sobre el espíritu del interesado, indicándole á lo que se obliga y advirtiéndole que está ejecutando

<sup>(207)</sup> *Obligationen Recht*, II, pág. 219. Möser, *Patriot phantas*, tomo II, XXIV (Berlin, 1778), pág. 121 s., habia ya señalado ese punto de vista en su lenguaje humorístico, pero sorprendente.

un contrato. Desde que la palabra *spondesne* resonaba en el curso de una conversacion, advertia al oido romano que la conversacion, hasta entonces no jurídica sino amistosa y amigable, tomaba el carácter de negocio, siendo así la señal de un acto de naturaleza y de significacion jurídicas. El que en el curso de la conversacion habia dado seguridades, sin duda se sorprenderia que su interlocutor, cogiéndole la palabra, convirtiese el asunto en materia jurídica (tal es la significacion de la palabra romana, *stipulari*). Con la palabra *spondesne* se le invitaba á explicarse sobre la naturaleza de sus asertos y de sus seguridades, de representar el objeto, alcance y consecuencias de la estipulacion que se le pedia. Este sencillo y breve vocablo tenia de esa manera el valor inapreciable de ser el despertador de la conciencia jurídica. Qué de seguridades se dan hoy dia, cuántas promesas se hacen, cuyo autor, á pesar de la más seria intencion de permanecer fiel á sus compromisos, no admite de ningun modo que su interlocutor pueda soñar con hacerlas valer para exigir su ejecucion al otorgante, que rehusaria hacerlo si fuese invitado á comprometerse jurídicamente ó á confirmar su promesas en la hora y en la forma deseadas. La accion en justicia es la primera que le hace reflexionar, y la decision de una pregunta que, formulada en tiempo oportuno, le hubiera costado una sola palabra, viene luego á ser objeto de un debate desagradable, largo y con seguridad dudoso. Si el formalismo presenta el peligro de que quien tenia realmente la intencion de comprometerse queda desligado de su compromiso, gracias á un vicio de forma, el sistema de la carencia de formas encierra el peligro contrario, ó sea que quien no tenia ninguna intencion de obligarse, se verá contra su voluntad cargado de una responsabilidad que no contrajo. ¿Cuál es el inconveniente más sério? Creo que no cabe duda.

Pasemos entretanto á las ventajas especiales de la forma, que segun hemos visto descansan en una configuracion propia de ésta (por ejemplo, la escritura, la publicidad). En la introduccion de la forma por la vía legislativa (como en el último estado del Derecho romano para la introduccion de los *instrumenta publica vel quasi publica*, de la insinuacion y para el derecho prusiano en el de la redaccion escrita de los contratos) constituyen estas ventajas, y sobre todo el objeto que el legislador se propuso y que le inclinan á dar á la forma determinada hechura. Examinemos con ese carácter las formas más usuales y compáremoslas entre sí.

La ventaja de la conclusion escrita de un acto jurídico sobre la conclusion oral consiste en que asegura la prueba ulterior de la existencia del acto. La asis-

tencia de los testigos ofrece la misma utilidad, si bien el acto jurídico oral se fija menos exactamente en la memoria que por escrito. La memoria no conserva habitualmente más que el recuerdo del sentido del acto que fué realizado, sin retener el de los términos precisos; hay circunstancias, sin embargo, en que aquéllos son de gran importancia. Además el acto dejará huellas menos duraderas, porque dependen de la memoria y de la vida de los testigos, y éstos no son convenientes en cierto modo cuando se trata de asegurar la existencia de un acto que contiene multitud de disposiciones detalladas, difíciles de retener, cifras, etc., los testamentos por ejemplo. Hay otra diferencia entre las dos formas: que la una asegura el secreto del acto, mientras que por la otra hay que tener al corriente de lo que se trate á los testigos. En el primer caso el deseo de la parte está mejor garantido; el segundo es más favorable á los intereses de los terceros, y responde mejor al general del comercio jurídico <sup>(208)</sup>.

Por otra parte, esas dos formas, como en las actas notariales de nuestros dias, pueden concurrir simultáneamente. El testamento privado por escrito del Derecho romano contenia de ello una combinacion particular. Permitia al testador ocultar el contenido del testamento á los testigos. La escritura oficial es la expresion más perfecta de la forma escrita (la insinuacion romana, la inscripcion moderna en el registro de hipotecas, etc.); la del testimonio reside en el testimonio oficial (*test. in comitiis calatis, judici oblatum, in jure cessio*).

Las ventajas generales de la forma se limitan á las personas que intervienen directamente en el acto jurídico; las partes y el juez; pero las ventajas especiales extienden mucho más sus efectos. No se puede pasar en silencio con este motivo la publicidad de la forma que lleva el acto al conocimiento de todos. Gracias á la publicidad, en Roma, los acreedores de un deudor que queria dejarse arregar, podian hacer valer en tiempo útil sus pretensiones. Sólo cuando las arrogaciones dejaron de hacerse ante el pueblo, y cuando ese medio de seguridad que se encontraba en la forma hubo desaparecido, se necesitó crear para los acreedores un medio de proteccion particular (*in integrum restitutio propter capitis deminutionem*). La antigua forma del testamento hecho en los comicios reunidos (*in comitiis calatis*) prestaba el mismo servicio á los

<sup>(208)</sup> Ya he dejado enunciada más arriba una consideracion sobre este particular, hablando de la confeccion oral del testamento (tomo II).

parientes del testador <sup>(209)</sup>. Los que no admiten la opinion que he expresado más arriba (tomo I), de que el pueblo votaba los testamentos de la misma manera que las leyes, y tenia, por consiguiente, el derecho de rechazar los testamentos injustos (inoficiosos), me concederán cuando menos que la publicacion de la última voluntad ante todo el pueblo ofrecia de hecho cierta garantía contra el abuso manifiesto de la libertad de testar. Exponia, en efecto, al testador en vida á la censura de la opinion pública, y á la cólera y enemistad de los parientes defraudados en sus esperanzas. Cuando despues se introdujo la forma secreta del testamento y cayó la garantía contra ultrajantes abusos de testamentos injustos, el derecho material tuvo que suplir la falta de la forma con la *querella de inoficioso testamento*. Así es como la forma á veces sustituye disposiciones materiales de derecho, y cambios decisivos en ella conducen forzosamente á cambios en el fondo mismo del derecho.

### 3. *Relacion entre las ventajas y las desventajas.*

La enumeracion de las ventajas y desventajas del formalismo aclara la cuestion presentada más arriba sobre el valor práctico de éste, pero no la resuelve todavía, ni la podremos dilucidar hasta que hayamos examinado si las ventajas de la forma exceden á los inconvenientes.

El carácter ventajoso de una venta se determina, no por el valor del objeto comprado, sino por la proporcion que se establece entre el valor del objeto y el precio. Del mismo modo los efectos ventajosos que ofrece una organizacion no pueden dar la medida de su valor práctico, valor que sólo será apreciado conociendo los sacrificios que ha costado su establecimiento, es decir, cuáles son los efectos desventajosos que se deben sufrir para gozar de él. Pero una cosa no tiene el mismo valor para todos: necesaria á los ojos de los unos, parece supérflua á los de otros, así como sus gastos tambien dependen del tiempo y del lugar. Las organizaciones del derecho sufren la misma suerte; así es que la medida de su valor práctico no se determina jamás de una manera abstracta, absoluta, sino de una manera relativa y dependiente de una série de circunstancias á las cuales se aplica lo que implica el formalismo.

<sup>(209)</sup> En la época actual señalaré las publicaciones legales del matrimonio. Inútil es decir que razones fiscales, del orden público, de estadística, etc., en una palabra, los motivos políticos pueden igualmente lograrse por la forma.

Nuestro derecho actual ha adoptado, para los contratos en general el principio de la ausencia de formas, y sólo el de cambio se rige por formas del más extremado rigor. De aquí puede deducirse que las ventajas y desventajas del formalismo hacen oscilar el juicio. En el contrato de cambio existe compensacion entre el rigor impuesto por la forma y las ventajas que ella asegura, mientras que los contratos de la vida ordinaria no ofrecen esas garantías. Para las disposiciones de la última voluntad, las producen la transferencia de la propiedad, la constitucion de hipotecas, las servidumbres prediales, etc.; los derechos modernos han conservado parte de las formas del Derecho romano y organizado otras nuevas. Aquí tambien el fiel de la balanza se inclina en favor del formalismo. En efecto, en esas disposiciones la forma es mucho más importante que para los contratos, porque éstos limitarán sus efectos á las personas que intervienen en ellos directamente y expiran más ó menos pronto; pero las disposiciones que acabamos de nombrar tienen, por el contrario, efectos muy distantes, tanto con relacion al tiempo como á las personas interesadas, y como sus efectos se extienden más lejos, la forma da más valor á la confirmacion del acto. Además, las desventajas de la forma son menos molestas. Son actos que se concluyen rápidamente; así, por ejemplo, los contratos reales y los consensuales, á excepcion del de sociedad, se concluyen por regla general sin grandes preparativos, en términos que un retardo ocasionado por formalidades complicadas podría, segun las circunstancias, hasta impedir su cumplimiento. No sucede lo mismo con los actos de que hablamos más arriba, que no presentan el mismo carácter de urgencia, porque ordinariamente largas deliberaciones y pactos preceden á su celebracion; así es que la forma no necesita alargar aún más esas vacilaciones. En fin, esos actos forman la excepcion en el curso de la vida jurídica, porque para cada mil contratos hay quizás un solo testamento, y entre mil transferencias de la propiedad sobre cosas muebles una sola sobre inmuebles. Así es que podemos explicar y justificar la forma más sencilla de la estipulacion romana, comparada con la forma más complicada de la mancipacion y de la cesion en justicia.

La diversidad de las instituciones jurídicas establece, pues, diferencia en favor de las ventajas ó desventajas del formalismo. Así, una forma apropiada á tal institucion puede completamente contrariar el juego de tal otra. No es menos cierto tambien que las premisas históricas influyen sobre las diferencias de formas que encontramos en el formalismo. La necesidad de la forma, que era regla absoluta para los romanos, para nosotros constituye la excepcion.

Si su sistema formalista les hubiese sido tan molesto como lo seria hoy para nosotros, los romanos hubieran debido sentir cierto deseo de desembarazarse de él, que es lo que concluyeron por hacer al fin, con motivo del procedimiento de las *legis actiones*, y más tarde con las fórmulas de las disposiciones de la última voluntad. Pero ese sistema no pudo haber pesado torpemente sobre su comercio jurídico, y esto nos ha inducido á fijar la atencion sobre dos circunstancias importantes desde el doble punto de vista de la naturaleza relativa del formalismo en general y de la inteligencia especial del formalismo romano. Trátase, por lo tanto, de un punto examinado más arriba, ó sea de la situacion de la jurisprudencia romana respecto del pueblo con motivo de la omnipresencia de los juristas en los actos de la vida y de la parte gratuita de los servicios de aquéllos. Trátase despues de una cualidad que, sin ser especial al pueblo romano, estaba más ámpliamente desenvuelta en él que entre nosotros, exceptuando al pueblo inglés, ó sea de la tendencia nacional hácia la forma. La examinaré más adelante, designándola con el nombre de *sentimiento de la forma*. Gracias á esa cualidad, los romanos, en lugar de ver en ella un yugo exterior, artificial y sin razon de ser, se les imponia á su inteligencia perspicua como creaciones naturales y de explicacion perfecta.

---

*Fundamento histórico del formalismo.*

Su importancia para la historia de la civilizacion.—Período de la sensibilidad.—Sentido de la forma.—Actos simbólicos y figurados.—Formas residuas.—La forma como depositaria de las tradiciones del pueblo.—Fuerza conservadora de la forma.

51. Hemos dicho ya que seria erróneo atribuir exclusivamente el formalismo del derecho á las ventajas prácticas que ofrece. Esto sólo es verdad para las formas que entran en la vida por un acto de la legislacion, porque son introducidas con un fin determinado y deben á un motivo práctico su existencia y configuracion propias. Esas formas podrian denominarse *tendencias*, en razon á que llevan desde su origen el sello de una intencion determinada.

De otro modo ocurre con las formas que emanan de la vida y del pueblo, como pasa con las nativas que pertenecen á la época originaria del derecho. Sea que la intuicion ó la conciencia del legislador las haya introducido ó hayan sido hechas sin el sentimiento de su utilidad práctica, este sentimiento no ha podido menos de