

La Forma Notarial como Técnica Normal y Segura en la Realización del Derecho Privado

Ponencia presentada por HEBERT CURBELO URROZ,
*Notario de Montevideo, Uruguay, al III Congreso
Internacional del Notariado Latino celebrado en
París.*

INTRODUCCION

La realización del Derecho es una de las partes más importantes de la Ciencia Jurídica. Su actividad y funcionamiento está regulado por principios técnicos que suponen una concordancia perfecta con la Teoría General del Derecho.

Dentro de una organización jurídica, donde el voluntarismo individual desempeña un papel esencial en la creación de derechos subjetivos, **el fenómeno de la realización** exige un trabajo metódico científico y técnico, que contemple y armonice con las manifestaciones del Orden Social, Económico y Político.

Estas observaciones, y principalmente el dominio, aunque algo restringido, de la libertad individual, en virtud de la colectivización de las convenciones, del Orden Público, de la Justicia, y de la Seguridad que debe existir en todo orden jurídico-social, nos conduce a afirmar que la realización privada del derecho, mediante **negocios jurídicos autorizados bajo la forma notarial**, fuera de ser más flexibles y adaptables al movimiento de la materia a regular, le confieren, la mayor certeza, evidencia, legitimidad y credibilidad posible.

La fundamentación de nuestra afirmación surge de la consideración de los principios que ordenan al Derecho (parte primera), del sometimiento de la libertad individual al mundo físico, psíquico y ordenamiento positivo (parte segunda), de la tradición histórica y evolución del primitivo formalismo material a un formalismo racional, en el establecimiento de las relaciones (parte tercera); y de la constatación de la existencia de una cierta forma de toda relación jurídica y de las características de la **FORMA NOTARIAL**.

I — El derecho Positivo como consecuencia necesaria para el orden y seguridad de las relaciones sociales. Su naturaleza condicionante como exteriorización de una forma y materia en toda relación social.

Toda organización con relevancia jurídica supone un racional Orden Imperativo dominado por una fuerte filosofía con el triple pedestal de un desarrollo histórico, evolución cultural y sentimiento místico.

La adaptabilidad espiritual a la modalidad de vida determinada por el grupo humano es la inmediata consecuencia que tributa la convivencia, hacia la cual el individuo naturalmente tiende, obedeciendo instintivamente a su destino social.

El equilibrio y pacificidad de los componentes de la organización humana, emanación vital, simple hecho social, devienen jurídicos, cuando la cohesión automática, irreflexiva y habitual, se transforma en **solidaridad continuada, voluntaria e inteligente**, por un proceso de adaptación de la conciencia a los hechos, o de éstos a aquélla, cuyo sentimiento y vocación jurídica es originaria y espontánea.

Las actitudes y pretensiones individuales tendientes a satisfacer las necesidades particulares se encuentran gobernadas y orientadas por los principios de cooperación a que las someten la **realidad y economía social**, herencia de seculares procesos culturales y civilizadores.

La cooperación y orden de la colectividad hacia cuya finalidad tiende el Derecho, precisa del establecimiento de una regla soberana y superior a las contingencias sociales, de la supremacía de un precepto de conducta que domine toda esta evolución sociable y que concilie el permanente y antagónico dualismo del interés individual y social. (1)

La Lógica del Derecho muestra que la coexistencia social solamente es posible mediante un **justo y cierto mandato jurídico**, armonizador del comportamiento de estos fatales y sensibles derechos a que se sujeta todo sistema obligacional, que comprenda y contenga en general, la aspiración espiritual ordenadora de la interdependencia humana.

Toda LEGISLACION —que importa un tránsito del íntimo subjetivismo sentimental hacia el sensible objetivismo exterior— es obra arquitectónica realizada con la materia que proporcionan los desenvolvimientos de la vida y las aspiraciones humanas, a través de la **configuración de formas puras, de conceptos abstractos y generales, que por**

(1) El Derecho tiene un carácter social e individual. El fin del Derecho es, en efecto, establecer una mejor organización de la sociedad para el bien del individuo. El hombre es una criatura social, pero guarda su actividad propia, luego aunque el Derecho no se manifieste más que en la vida social, su fin último es sin embargo el individuo, sin el cual no podría haber cuestión de derecho. Lo que se llama el derecho social y el derecho individual, no son dos derechos diversos, sino dos elementos del derecho, entre los cuales el equilibrio debe ser guardado. STANISLAW GOLAB "Le Droit Civil antiliberal" en Introduction a l'étude du Droit Comparé — Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert-Cinquième Partie (1938) pág. 112.

encima de las voluntades privadas, condicionan y ordenan la actividad vinculatoria concreta de los individuos. (2)

La seguridad en la fijeza y persistencia de la dinámica espiritual, en la plasticidad de los hechos, y en fin, seguridad en las relaciones sociales, no es alcanzada por el fin social que persigue el Orden Jurídico, más que cuando la disciplina del Derecho es virtualmente contenida en una norma abstracta, general (3), externa y formal (4), sancionada con poder coercitivo. (5)

La idea de "Justicia o Derecho Ideal" plasmada y materializada artificialmente en legales cuadros formales, preconstituidos racionalmente, vale por sí misma como unidad abstracta y con efectividad propia, gracias a la realización del Derecho Natural en Derecho Positivo. (6)

El complejo de Reglas de Derecho (7), ciertas, uniformes e iguales, objetivas en formas legales —fuera del arbitrario juicio humano—, es la base ínsita y sustancial de toda organización de preceptos de con-

-
- (2) R. STAMMLER "Tratado de Filosofía del Derecho" (Ed. Reus 1930). Toda técnica Legislativa es una constante corrección de reglas formuladas con alcance demasiado general, págs. 101-379.—E. ROGUIN. "La science Juridique Pure" (Ed. 1923) La Legislación es la canalización de la confusa red en la cual las relaciones sociales aparecen y se desenvuelven. Es el sobre de todas las relaciones posibles, y en este sentido el Derecho tiene un aspecto exclusivamente FORMAL. T. I, pág. 144.—G. DEL VECCHIO "Filosofía del Derecho". —con adiciones de Recasens Siches (2a. Ed)— habla de la malla sistemática de conceptos que constituyen la armazón universal, de lo formal como esencia de lo jurídico y cita a BERLING, para quien los conceptos fundamentales han de ser de índole formal. T. I. pág. 53 y sqts.
- (3) P. ROUBIER "Theorie générale du Droit" (Sirey 1946) pág. 19.—N. M. KORKOUNOV "Cours de théorie générale du Droit" (Paris 1914) pág. 194.
- (4) H. MOTULSKY "Principes d'une réalisation Méthodique du Droit Privé (Sirey 1948) pág. 15.
- (5) F. GENY "Science et Technique en Droit Positif" (2a. Ed. Sirey) es inevitable que existan lagunas en las formulas legales establecidas, pero es legitimo hacer intervenir los principios del Derecho Justo, para completar las insuficientes indicaciones de la técnica. T. II pág. 147 —F. MALLIEUX "Doctrine de l'Idéalisme Juridique" (Sirey 1934) pág. 45.—N. COVIELLO "Teoría General del Derecho Civil" pág. 10.—J. HEASALERT "Théorie générale du Droit" Paris 1948) pág. 406.
- (6) MAX WEBER "Economía y sociedad" (México 1944) T. III pág. 190.—F. GENY "ob. cit." T. III pág. 18. La Ley escrita no es otra cosa que un procedimiento imaginado y perfeccionado por la ingeniosidad del hombre para fijar reglas que por naturaleza son flotantes, equívocas e inciertas.—MALLIEUX "ob. cit." pág. 76. El Derecho es un conjunto de reglas generales sustituidas a la equidad. Esta, librada a la apreciación de cada uno, conduciría al desorden.
- (7) MOTULSKY "ob. cit." pág. 19 N° 17. No se confunde con el artículo de la Ley. Sucede a veces que una fórmula legal contiene una regla entera, pero la mayoría de las veces no contiene más que alguno de sus elementos.—RECASENS SICHES (en adiciones a DEL VECCHIO) T. II pág. 534.

ductas, ya que confiere al Derecho la **certidumbre de un orden racional**, que le es profundamente necesario.

Sustituyendo el naturalmente tendencioso sentimiento humano, inconstante y variable según el capricho de la conciencia individual, por el universal, homogéneo, permante e imparcial juicio impuesto por el **sistema de la legalidad o razón formal** (8) se alcanza una **protegida certeza, verdadera y legítima** (9), volviendo a las obligaciones respetables y obligatorias por la razón jurídica o principio del conocimiento o notoriedad legal. (10)

Fisiológicamente la Regla de Derecho es una determinación de la convivencia humana, en cuya estructura se observa un modelamiento realizado sobre el hecho, supuesto o **elemento condicionante** y el fin, efecto jurídico o **elemento condicionado** del primero (11), manifestación una vez más irremediable, del inmanente dualismo del interés jurídico individual, en relación con la consideración de la efectividad y querer social.

Reglamentador de conductas y orientador de actitudes y comportamientos, el Derecho, en su aspecto subjetivo no tolera que los individuos puedan penetrar a invadir las esferas espaciales, limitadas y fronterizas que se conceden a sus semejantes, so pena de romper el equilibrio y socioego social.

La sociedad no permanece indiferente si la armonía de los fines humanos no existe y si los intereses individuales y sociales se encuentran en conflicto. La conducta violatoria a esta dirección es desaprobada por el Derecho, cuya concepción responde a la facultad de poner en movimiento el Imperativo Orden Jurídico para encausar o reparar el desviado efecto de un comportamiento perturbador. Su conforma-

(8) MATTEO PESCATORE "Logica del Diritto" (Torino 1863)... dándole al derecho el ser externo y permanente, una consistencia objetiva e independiente del beneplácito arbitral del hombre, pág. 49.—G. DEL VECCHIO "Les problèmes des sources de Droit Positif" en *Annuaire de l'Institut de Philosophie du Droit* 1934 pág. 31.

(9) La certidumbre absoluta es imposible. Siempre existe la posibilidad de un eventual contrario; la mayor o menor cantidad de eventualidades contrarias al acontecimiento, le confiere el carácter de posible o probable.

(10) La ignorancia de la Ley no sirve de excusa Art. 2 C. Civil Uruguayo.—KORKOUNOV ob. cit." pág. 435. El Derecho Positivo es más general que cualquier concepción subjetiva. Las normas jurídicas regulan nuestros intereses y la de todos los hombres y por ello deben ser conocidas por todos. Sólo el Derecho satisface esta condición. Aquí está su precisión. Solamente el Derecho Positivo puede aplicar el principio de la suposición del conocimiento por todos base de la regla "que nadie puede pretender ignorar la Ley" ("**error juris semper nocet**").

(11) A. MENARD "Essai d'un traitement biologique de la notion de Droit", (Sirey 1934) pág. 204.—R. STAMMLER "ob. cit." pág. 12.—MOTULSKY "ob. cit." N° 16.—E. BETTI "Teoría General del Negocio Jurídico" (Madrid) N° 1.

ción se traduce en definitiva en la necesidad de someterlo a los cánones de orden, legalidad certeza y seguridad, que exigen los postulados del Derecho Natural realizado. (12)

El modelo formal del "DERECHO JUSTO" a que se refería STAMMLER —con valor general y elasticidad de aplicación, abarcando todas las aspiraciones humanas concretamente concebibles—, torna tranquilas y ciertas las relaciones sociales, asegurando su regularidad fundamental, cuando éstas, en su realización práctica, armonizan y encausan con el ideal absoluto de la Regla Formal condicionante, materializándose con visibilidad permanente, racionalmente creíble y legalmente justa.

En la anormal falta de acomodación entre la actitud real y concreta, frente a una determinada situación, y la configuración universal, objetiva en la formal regla legal, se observa claramente la biología del Derecho. Con la pretensión o proceso judicial tendiente a hacer retornar el equilibrio ausente o legalidad de una relación jurídica (13), se descubre su presupuesto y su efecto, su continente y su contenido, su forma y su materia. (14)

Las eventuales (15) relaciones previstas y ordenadas por el Derecho Positivo, en concepto abstracto (16) y potencial, adquieren tangibilidad cuando los pensamientos y decisiones individuales se hacen sensibles y se concretan mediante un acto volitivo, tendiente a producir un movimiento en la disciplina y tranquila trama de relaciones configuradas con antelación, como contorno esencial de la vida jurídica.

La materialización de la aspiración individual es valorada jurídica-

-
- (12) N. COVIELLO "ob. cit." pág. 3 En la noción de Derecho Objetivo implícitamente se contiene la del Derecho Subjetivo. Único es el concepto del Derecho, tan solo porque se mira bajo diversos aspectos se habla del Derecho Objetivo y del Derecho Subjetivo. Cuando se considera al Derecho en sí, como norma, se llama Objetivo, cuando se considera en relación con el hombre que opera según la norma se llama Subjetivo.—G. DEL VECCHIO "ob. cit." T. II pág. 10.—E. ROGUIN "ob. cit." T. I pág. 18. El Derecho Objetivo no consiste más que en la consagración de antemano, de los eventuales y diversos derechos subjetivos.—T. STAMMLER "ob. cit." pág. 336 nota 5. La significación del Derecho Subjetivo, puede analizarse desde tres puntos de vista diferentes: en sentido de relación jurídica, en sentido de facultad, y en sentido de voluntad sujeta al Derecho.
- (13) Roto por la discordancia entre el inviolable Orden Jurídico Positivo y el singular hecho realizado, o por la contradictoria e inadaptable finalidad individual y la suprema e ideal aspiración.
- (14) MOTULSKY "ob. cit." pág. 18; F. GENY "ob. cit." T. III pág. 16 N° 182.
- (15) F. GENY "ob. cit." T. II pág. 421 dice que estas conductas objetivadas condicionan la existencia del Derecho suministrando direcciones generales y vagas, que como cuadros vacíos se completan y vivifican con la decisiva intervención de la voluntad.
- (16) A. VON THUR "Teoría General del Derecho Civil Alemán" (B. Aires 1947) T. III pág. 1. Excepcionalmente se ordenan las relaciones humanas por medio de un mandato concreto que rija para un único caso.

cameante como legítima, equilibrada y eficaz, cuando las múltiples, transitorias y móviles finalidades que la impulsan hacia la realización del acto (17), con consecuencias jurídicas, se amoldan dentro del regular marco esquemático, científicamente elaborado, con carácter absoluto y objetivo, bajo modalidad de Derecho Positivo. (18)

Contemplando al mundo real se observa a los individuos, ocupando sus vidas, desarrollando sus conductas y desempeñando sus actividades mediante continuas individualizaciones y concreciones, realizadas dentro de las siluetas estilizadas en las formas legales, que como contenidos implícitos y silenciosos, constituyen las premisas y direcciones de todas sus relaciones jurídicas.

El medio del que se sirven para realizar sus aspiraciones es el NEGOCIO JURIDICO (19), que conformado adecuadamente por el NOTARIO, con la legitimidad, plasticidad y certeza impresa por su intervención, generalmente evita tener que acudir al reintegrador proceso judicial, para obtener su normal configuración y protección jurídica imperativa, y aún en el caso de que se desconozca la real situación que constata, agilita con su concurso, la obtención de la efectividad legal.

I.—Condicionalidad del existir humano al mundo físico y psíquico. Perfilamiento de una forma de existir. Su trascendencia social y jurídica. El Negocio Jurídico instrumento de realización del Derecho. Tendencia que domina la Teoría del Derecho.

Bajo el imperio de su potestad autónoma iniciativa y comportamiento privado, el individuo se mueve dentro de un mundo de necesidades (económicas, sociales, jurídicas), estableciendo con los demás, para lograr la satisfacción de sus deseos, relaciones de distintos órdenes.

El choque inevitable del mundo externo, exigente y formulador incasante de nuevas situaciones y el vigoroso, orientador y adaptador mundo psíquico (20), condicionan irremediablemente los actos humanos hasta hacerlos cristalizar en decisiones conscientemente elegidas, adecuadas y valoradas, que como maneras de obrar o formas de existir

-
- (17) MOTULSKY "ob. cit." N° 45. La realización del derecho es la tentativa de pensar un caso particular como contenido en una regla de Derecho o la constancia del resultado positivo o negativo de la búsqueda.
- (18) G. DEL VECCHIO "ob. cit." T. II pág 10 y 32. La facultad o posibilidad de hacer o querer del individuo no puede escindirse de la norma que lo soporta. En este sentido hay una inseparabilidad entre el Derecho Objetivo y el Derecho Subjetivo, siendo en la realidad uno solo.—J. LOIS ESTÉVEZ "Proceso y Forma" (Santiago de Compostela 1947). El Derecho Positivo no es algo estático sino cinético, destinado como a ser el molde a que las relaciones humanas ponderables han de acomodarse.
- (19) E. BETTI "ob. cit." pág. 41; VON THUR "ob. cit." T. III pág. 161; J. GOLDSCHMIDT "Problemas Generales del Derecho" (B. Aires 1944) pág. 14. Los negocios jurídicos representan la especie más importante de los tipos legales, dando lugar al funcionamiento de un imperativo jurídico.—B. BRÜGI "Instituciones de Derecho Civil" (México 1946) pág 97. Acto Jurídico o negocio jurídico es un acto de voluntad privada dirigido a lograr un objetivo admitido por el Orden Jurídico.

seguras, regulares y perseverantes, alcanzan grado, jerarquía, trascendencia y realidad social.

En el momento que los impetuosos deseos y diversamente confusas maneras de actuar humanas, dejan su lugar a esas **precisas formas de obrar**, que encierran dentro de sus contornos, la solución clara y firme de los distintos problemas de la vida, los individuos comienzan el camino hacia la concordancia de sus actitudes y perfilamiento del orden, estilo y forma de conducta de la colectividad que integran.

Cuando tranquilamente y sin oposición, la conciencia social acoge en su seno la incorporación de esas **formas de actuar**, los hombres desenvuelven sus conductas vinculatorias realizando sus necesidades con una guía armonizadora, enérgica y sugestiva, adquiriendo las relaciones sociales una particular y caracterizada conformación que las hacen dignas de su consideración por el Derecho.

Ponderadas así como socialmente trascendentes, dichas relaciones se desplazan dentro del engranaje del Derecho Positivo, que como armadura envolvente de todas esas situaciones, actitudes y respuestas les confiere valor y sanción legal, otorgándoles categoría jurídica. Esta disciplina de la vida constituye el formalismo jurídico a que fatalmente se somete todo obrar humano, toda relación de la vida real con consecuencias reguladas, en todo o en parte, por el Derecho.

Esta ordenación de las relaciones por la soberanía y autonomía individual (21) es dogma recogido y recibido por la solución general que el Orden Jurídico impone cuando determina el respeto obligatorio a los derechos subjetivos (22). Ello exige correlativamente la regulación y tutela legal de su dinamismo, cuando se singularizan en el determinado movimiento que le imprime el Negocio Jurídico (23) para

(20) W. DILTHEY "Psicología y Teoría del Conocimiento" págs. 45-46.

(21) Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la Ley misma. Art. 1291 Código Civil Uruguayo Conforme: Arts 1134 C Francés, 1123 C Italiano, 1091 C. Español.—E. BETTI "ob. cit." pág. 39 y sigts.—STAMMLER "ob. cit." pág. 390.—E. ROCA SASTRE "Estudios de Derecho Privado" R I, pág. 7 (Madrid). Pero cuando la Ley se limita a preveer que las partes en uso de la autonomía de la voluntad, negocien jurídicamente, no crea directamente derechos subjetivos a base de los supuestos previstos en su normación hipotética, sino que sólo delega en las partes la posibilidad de darles nacimiento, de acuerdo con el contenido de sus declaraciones de voluntad.

(22) Las leyes obligan indistintamente a todos los que habitan en el territorio de la República. Art. 3 Código Civil Uruguayo, Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos . . . Art 1246 Código Uruguayo: Contrato es una convención por la cual una parte se obliga para con la otra, o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera . . . Art. 1247 Código Uruguayo.

(23) BETTI "ob. cit." pág. 51 define el Negocio Jurídico "como el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada), y al que el Derecho enlaza los efectos más conforme a la función económica-social que caracteriza su tipo"; WINDSCHEID y VICTORIO SCIOLAJA — citados por PIETRO CARUSI en "Il negozio giuridico notarile" (Milano 1947) lo definen como "una declaración de voluntad privada que mira a producir un efecto jurídico".

que el uso externo de la libertad humana no invada y lesione los límites que impone la coexistencia simultánea de la libertad de los demás individuos.

Este desplazamiento, ejecución y creación de relaciones jurídicas por obra del negocio, —consecuencia esta última vista nitidamente por KELSEN (24)—, recibe el espaldarazo de precepto jurídico, cuando las mudables iniciativas contenido singular y especial (25) se concretan y realizan cumpliendo ciertos requisitos y en una esfera limitada, ambos sometidos y determinados soberanamente, por el **condicionante Orden Jurídico Positivo**. (26)

La convivencia social se afirma y el Orden Jurídico se mantiene en su dinamismo por la **soberanía regulada del voluntarismo individual**, que no sólo aplica al Derecho, sino que crea verdaderas "refkas hyrupducas" (27), cuando determina e impone conductas para relaciones que no han sido reglamentadas concretamente por el Derecho Positivo, asegurando su obligatoriedad por ser imperativos jurídicos, aunque de jerarquía menor, derivada (28) y especial, con sanción y fuerza coerci-

- (24) "El contrato y el Tratado" (imprenta Universitaria —México—). La función creadora de derecho debe existir en cada convención. En la jerarquía del Derecho, todo acto constituye en principio, tanto una creación como una aplicación o ejecución del Derecho. Si la convención tiene fuerza obligatoria y su efecto consiste en obligar a los contratantes a la realización de una conducta a la que anteriormente no estaban obligados, ello significa que la convención ha creado una norma que no existía antes de la conclusión del contrato, es decir, una norma que exige esa conducta bien determinada que constituye el contenido de la convención. pág. 5 y sgts.
- (25) VON THUR "ob. cit." T. III pág. 164. El negocio jurídico crea o modifica derechos subjetivos, no crea o modifica el derecho objetivo. **Desde el punto de vista meramente formal, el negocio jurídico puede asemejarse al Derecho Objetivo**, cuando de manera abstracta y anticipadamente regula la configuración de una relación jurídica, de acuerdo a circunstancias que todavía deben producirse.
- (26) BETTI "ob. cit." pág. 66, 72 y 47 en nota 5.
- (27) HANS KELSEN "ob. cit." pág. 3; R. CARRE DE MALBERG "Confrontation de la Théorie de la formation du Droit par degrés" (Sirey 1933) pág. 14. Así razonan los constructores de la formación del derecho por grados ("Stufentheorie") y concluyen de aquí, que lejos de excluirse mutuamente, la creación del derecho y la ejecución son dos actividades o operaciones, que no solamente son susceptibles de ejercerse de una manera simultánea y concomitante, sino que todavía son llamadas a ejercerse, en los diversos grados de la escala de los actos ligados entre sí, por la razón de que una norma no puede ser norma de derecho más que cuando su emisión está fundada sobre una norma jurídica preestablecida, de manera que toda norma creando el derecho, tiene por condición la ejecución de una norma que la precede y la prepara. Es así en las relaciones de la ley creadora de derechos con la Constitución de donde ella saca su poder de creación, en las relaciones de la ordenanza reglamentaria con la ley ordinaria o constitucional, en las relaciones del acto administrativo o jurisdiccional y el acto del grado anterior del cual el administrador o el Juez hacen aplicación; VILLALBA en Revista Internacional del Notariado año 1951 pág. 215.
- (28) L. LEGAZ LACAMBRA "Filosofía del Derecho" (Barcelona 1951) pág. 220.

tiva atribuida por la norma general superior, que le otorga su protección, anticipándole su respeto a cambio del sometimiento a sus principios.

Genialmente sentenció IHERING (29) que “la realización es la vida y verdad del derecho”, que “lo que no es realizable no puede ser derecho y viceversa toda realización es derecho antes de que se le reconozca como tal”.

Este descendo desde la Regla Superior —y de la Filosofía que la inspira— hacia las multiformes realidades cotidianas, exige de quien emprende tal tarea una vigorosa actividad intelectual, penetrada del conocimiento y de la evolución de la realidad económico-social y de la conexión existente entre la naturaleza y el nacimiento de la norma positiva condicionante, para encuadrar la aspiración individual, en una subsunción o reintegración adecuada de ésta en aquélla. (30)

Así cumple su misión el Derecho, asegurándole a los individuos el equilibrio de las relaciones de que está compuesto el orden social mediante precisas delimitaciones de las manifestaciones de sus voluntades.

Cuando los pensamientos individuales se objetivan con miras a la concreción de una relación, el conflicto de intereses, —que fatalmente comporta este encuentro espiritual en su camino hacia su realización—, no pasa de ser la natural lucha cerebral que importa el pasaje de evaluación al de comparación de los valores de las cosas o de las relaciones, hasta su expresión en la conclusión del acto, cuando esta etapa es presidida y asistida por el Notario, que conduce las pretensiones y las configura legalmente, dándole una existencia evidente, para que el deber jurídico que va a nacer sea cumplido en vía pacífica.

El Derecho es ciencia que reglamenta los actos y acciones humanas, dirige y conduce en reposo a los hombres hacia la consecuencia de sus fines. La equidad, fuera de la incertidumbre que encierra, por sí sola no basta para que los individuos marchen rectamente por el camino de la Justicia.

El orden y equilibrio de la sociedad exigen una regla clara e indiscutible que responda en forma idéntica a las situaciones similares

(29) “Abreviatura del Espíritu del Derecho Romano” pág. 32.

(30) MOTULSKY “ob. cit.5” pág. 17; J. CASTAN TOBENAS “Teoría de la aplicación e investigación del Derecho” (Edic. Reus 1947) pág. 24. El derecho asciende de los hechos y casos de la vida a la norma, para **descender** después de la norma a los hechos y casos concretos, a través de muchas fases intermedias con las cuales adquiere los matices que le prestan, ora la conciencia individual, ora la conciencia social. La elaboración jurídica viene a ser por esta causa extremadamente compleja. El Jurista tiene que trabajar sobre leyes positivamente formuladas, no menos que sobre conceptos jurídicos. Su tarea o misión abraza principalmente, estos cometidos: a) La formulación **creadora** del Derecho, o, lo que es igual, la constitución del Derecho Positivo, por medio de las Leyes; b) La elaboración que, en contraposición a la anterior, podríamos llamar **reconstructiva** del Derecho y que, recojiendo las normas suministradas por el Legislador propiamente dicho o por la Costumbre, las interpreta, desenvuelve y sistematiza (tarea propia del jurisconsulto y objeto de la Técnica y de la Ciencia del Derecho en sus más propios sentidos).

que el individualismo formula, en su trayectoria hacia la realización de sus aspiraciones.

A veces la verdad, la sinceridad y la Justicia son sacrificios impuestos por la seguridad y la paz social (31). que demandan un bienestar común rígido, aunque imperfecto ("res judicata pro veritate habetur").

La ley positiva, **objetiva una equidad general** fijando el perímetro del orden social. La sustitución de la equidad particular por la equidad general (32) es una consecuencia de la técnica que importa la realidad y certeza del Derecho Positivo. **La equidad supone igualdad y seguridad.** No obstante, cuando ambas están en oposición, la primera debe ceder ante la segunda, **porque ésta es valor fundamental de la vida.** (33)

El orden y estabilidad de las relaciones económico-sociales se obtiene con la SEGURIDAD JURIDICA (34), —premisa de toda civilización según RADBRUCH—, que adquiere así categoría esencial en toda organización étática, volviéndose indispensable para la distribución de justicia, por la uniformidad de tratamientos que engendra.

La clasificación de los contratos en cuadros abstractos, permanentes y uniformes responde a estas mismas ideas de seguridad. La simplificación, tipificación y reglamentación positiva de los hechos de la vida es ruta ineludible para la creación de inequívocas, precisas y ciertas relaciones jurídicas.

El negocio jurídico es receptáculo elástico que la libertad individual utiliza para establecer toda clase de relaciones dentro del perímetro trazado por la Ley.

La materia a regular surge de las necesidades impuestas por la realidad social y económica. **Actualmente se propaga una nueva técnica en la realización del Derecho** (35) para que la Justicia de los negocios conmutativos sea obtenida en concordancia con la finalidad que de-

(31) G. RENARD "Le Droit, l'ordre et la raison" (Sirey 1927) pág. 338. La vida en sociedad exige que en ciertos momentos la justicia individual ceda el paso a la justicia social. Y esto no es un mal. Bien al contrario pues. lo que es perdido en verdad individual es enormemente ganado en seguridad social.—] BONNECASE "Science du Droit et Romanisme" (Sirey 1928) pág. 691 nota I.

(32) MALLIEUX "ob. cit." pág. 76.

(33) J. BENTHAM "Tratado de Legislación Civil y Penal". T. II pág. 85.

(34) W. SAUER "Sécurité juridique et Justice" pág. 34 en Recueil Lambert MALLIEUX "ob. cit." pág. 58, P. ROUBIER "ob. cit." pág. 271. Aun siendo la Justicia un objetivo a alcanzar por el Derecho no debe ser realizada a costa de la seguridad jurídica.

(35) MARIO DOSSETTO "Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari" (Padova 1951) pág. 6. Se puede brevemente observar como, por exigencia esencialmente de naturaleza social y económica, la tendencia legislativa de la época actual, sea aquella de limitar siempre más, la competencia dispositiva (autonomía).

termina el andamiaje de la Ley Positiva y la estructura general de la Economía Moderna.

La igualdad de los contratantes, —presupuesto de la teoría de la Ley Positiva—, debe ser confirmada en la realidad social y económica. La falta de simetría en la trabazón y ensamblaje de ambas igualdades, determina la intervención y el dirigismo del Estado por el Organo competente, en salvaguarda de la autonomía del voluntarismo. (36)

Para conservar la igualdad de los contratantes y la equivalencia de las prestaciones jurídicas, el Estado no desempeña sólo un rol pasivo, contentándose con que las voluntades individuales tengan sanción legal, sino que en la hora presente, una activa intervención (37) se revela para mantener el equilibrio o restablecerlo.

En Orden Público es así custodia permanente y ciudadela infranqueable, que sólo deja pasar a la zona jurídica, voluntades contractuales con fuerzas iguales y compensado equilibrio. Hay una tendencia manifiesta del actual ordenamiento jurídico a restringir o modelar la libertad contractual (38) como consecuencia de los nuevos hechos económicos (39), de la infiltración del Derecho Público en el Derecho

(36) G RIPERT "Le régime démocratique et le Droit Civil Moderne" (Paris 1948) pág. 166.

(37) RIPERT "ob. cit." pág. 121. La intervención constante del Estado ha sido admitida por todos sin que nadie haya querido ver en ello un abandono de la libertad

(38) ERWIN RIEZLER "Oblitération des frontières entre le Droit Privé et le Droit Public" pág. 129 (en Recueil Lambert) El Estado interviene en nombre del interés público todavía en otras relaciones contractuales. Restringe la libertad de los contratantes; rehúsa a reconocer como válidos los contratos contrarios a las buenas costumbres, crea, bastante a menudo una obligación de contratar, como consecuencia o complemento de la situación de monopolio que ocupa uno de los contratantes; prescribe que la responsabilidad no puede ser descartada por la vía del contrato

(39) E BALOCH "L'adaptation du Droit aux conditions économiques dans le Droit Européen et américain modernes" pag. 203-204 (en Recueil Lambert). En realidad el Jurista tiene necesidad de conocer la vida económica por tres motivos. Debe discernir los hechos que se presentan y saberlos apreciar. Debe tener suficiente experiencia de la vida para distinguir en las alegaciones de las partes lo verdadero de lo falso, lo que es esencial de lo que no lo es. Pero el jurista debe comprender también la Ley. Debe al mismo tiempo reconocer detrás de las palabras, el sentido, detrás de las fórmulas generales, la evolución decisiva de los intereses. Esta tarea exige una personalidad que nada ignore de los conflictos de intereses de su época y que por tanto sea capaz de apreciar hasta donde una aplicación de la vieja ley es posible a los tiempos nuevos. Todas estas tres funciones necesitan un conocimiento profundo de la vida económica que adquiere el Jurista menos por estudios teóricos que por conocimiento práctico —A IONASCO "Le facteur économique dans l'élaboration du Droit Civil" pág. 205 (en Recueil Lambert) El Derecho quedaría como un mecanismo que se mueve en el vacío si no fuera constantemente aprovisionado y nutrido de la sustancia económica. Para evitar que esté en retardo con los hechos hay gran interés en adaptarlo continuamente a los cambios del orden económico. Es así que se puede asegurar su progreso y su prestigio.—K. GEILER "L'ordre juridique de l'économie Allemande" pág. 255-268 (en Recueil Lambert). La materia del derecho no es la realidad todavía no formada ni ordenada social ni económicamente. No hay derecho más que si ya hay una iniciación de forma-

Privado (40) y de lo que últimamente los autores llaman **socialización** o **"publicación"** del Derecho (41). Pero el principio realizador del Derecho sigue siendo aquél de la Filosofía del siglo XVIII que inspiró la sanción del Código: la soberanía del individualismo liberal crea y modifica las relaciones jurídicas.

El Legislador en creciente afán de protección a la igualdad natural que debe reinar entre los hombres, ejerce su policía jurídica para mante-

ción social y económica. El derecho toma sus raíces a la vez en el mundo de los imperativos y en el mundo de las cosas. Esta concepción permite aclarar las relaciones entre el Orden Jurídico y el Orden Económico. Este, no es otra cosa que una pieza del orden jurídico. No es solamente un orden natural, sino también un orden creador por el Derecho. El orden económico propio a la economía libre es no solamente un orden de hecho sino también un orden de derecho. El orden económico es un orden jurídico que en ciertos aspectos reviste un carácter de conducta constitucional, hecho que ha permitido hablar de constitución económica. Bajo este término se entiende precisar que el orden económico es un orden de derecho público netamente influenciado por la política, y es en razón de las influencias de orden político que se ejercen sobre él, que el orden económico no es solamente una suma de reglas abstractas ni un sistema de reglas reposando únicamente sobre imperativos, sino una parte del orden jurídico vivo, fuertemente impregnado de las concepciones políticas y sociales del momento. Se concibe desde entonces que el orden económico está sometido a cambios, cambios que están por otra parte en razón directa con las modificaciones del concepto de Estado —RIPFERT "ob. cit." pág. 255 y sgts.

- (40) RIEZLER "ob. cit." pág. 130. En la medida donde el interés de la comunidad ocupa el rango de primer principio de construcciones jurídicas, sus repercusiones sobre el Derecho Privado provocan, no simples modificaciones de la demarcación, sino más bien, verdaderas obliteraciones de fronteras; MORELLET *L'interprétation du Droit Public et du Droit Prive*, pág. 137. (En *Recueil Lambert*). La distinción entre el Derecho Privado y el Derecho Público corresponde a una realidad. Se puede, del resto alegar que es muy antigua porque los autores latinos ya la habían formulado. Si ella ha sobrevivido, ha sufrido grandes transformaciones en la terminología jurídica; aparece hoy como la expresión de una concepción doctrinal más bien moderna. La prueba del carácter puramente relativo de la clasificación de la ciencia jurídica en derecho público y derecho privado reside en el hecho de que esta clasificación ha quedado casi desconocida en sistemas, altamente evolucionados. Aquí al interior mismo de los sistemas que la admiten, la división del Derecho en Público y Privado, aparece desde el punto de vista del Derecho Comparado, como una ficción desprovista de carácter universal. Ella es admitida en numerosos países y ha impregnado el pensamiento jurídico en continentes enteros. Pero queda ignorada o desconocida por grandes comunidades del mundo civilizado; ANDRE LAPAYRE "Intervención del Estado en los contratos y en la vida económica" en *Revista Internacional del Notariado* año 1952 pág. 294; L. ENNECCERUS "Derecho Civil" V. Primero pág. 133. Lo que la teoría separa conceptualmente se entrecruza de un modo intenso. De los derechos privados brotan derechos y deberes públicos; los derechos privados van unidos a una pretensión pública contra el Estado dirigida a la protección del Derecho, y se fijan y realizan coactivamente (judicialmente) al tenor de las disposiciones del Derecho Público, así pues no es raro que suscite dificultades la cuestión de si una norma o relación jurídica concreta es de Derecho Público o Privado.
- (41) L. JOSSERAND "La Publicisation du contrat" pág. 143 (en *Recueil Lambert*). Las relaciones jurídicas que el Código de 1804 había abandonado a las voluntades privadas sufren por el hecho de la inmixción del Derecho Administrativo.

ner el orden, la legalidad y la Justicia, estimulando, moderando, reforzando o sustituyendo parcialmente la libertad de las partes (42) cuando percibe una diferencia intelectual física o económica, que rompe el equilibrio contractual que domina toda su ordenación.

La técnica de obtener la Justicia y seguridad social varía, pero el nacimiento del lazo obligatorio y el cumplimiento de las promesas dadas permanecen en la iniciativa individual, en su libertad o autonomía (43), en lo que el Clacisismo jurídico identifica como el respeto de la fe jurada.

de la ingerencia de los Poderes Públicos, una transformación profunda en el sentido de una socialización, de una "publicisation" siempre más renovada, y se encuentran proyectadas sobre un plano diferente del antiguo, menos individual y más social, menos liberal y más reglamentario, menos puramente civilista y más publicista. El negocio ha dejado de ser una tarea puramente privada para volverse en alguna medida y sobre varios puntos una tarea pública: las voluntades privadas tienen que contar con la voluntad pública, que las hace retroceder; cada vez más el contrato es reglamentado, controlado, dirigido. Las partes se vuelven contratantes de manera extemporánea, y sin haber desempeñado, a decir verdad, el rol de precontratante.—BONNECASE "ob. cit." pág. 48-49 nota 1. La restauración del derecho objetivo no puede entrañar el sacrificio del derecho subjetivo, cada uno de ellos tiene su dominio... No es dudoso después de algunos años, bajo influencias diversas una socialización del derecho privado, este ligero movimiento de retroceso del individualismo no es en sí más que una rectificación de fronteras entre las fuerzas sociales y las fuerzas individuales... Pero ideas corrientes podrían ser, señaladas como mostrando que el individualismo reina todavía extensamente en las regiones del Derecho Privado... Así los hechos son complejos y, para un buen observador las dos tendencias, la individualista y la social se balancean.

- (42) BONNECASE "ob. cit." pág. 634. Se tiene demasiada costumbre de identificar el régimen individualista y la anarquía en lugar de percibir el equilibrio entre el Estado y el individuo, que constituye la característica del orden individualista. En su estudio precitado: **El orden social, la justicia y el Derecho** (Revista Trimestral de Derecho Civil 1927 pág. 812), el Decano HAURIQU nota este equilibrio en estos términos: "Nosotros no juzgamos necesario, por puro espíritu de simetría, de desarrollar ahora, según todas las reglas, la reacción del grupo social, en tanto que equilibra las renovadas energías individuales. Todo el mundo sabe que el régimen individualista no tiene la pretensión de suprimir los grupos sociales y que se acomoda a sus energías mediante algunas precauciones. Admite el derecho de la familia, aquéllos del Estado y mismo aquéllos de los organismos profesionales. La sola cuestión que importa al orden individualista, es que la empresa individual para la producción económica permanezca en primer plano y que las empresas de los grupos sociales sean relegadas a un plano secundario, mismo aquéllas del Estado. En una concepción dinámica de la vida social esto significa que el empuje individualista representa la acción y aquélla de los grupos la reacción destinada a equilibrar la acción.
- (43) No es sin interés los textos del Código Civil Alemán de 1900 y del Código Civil Suizo de 1910. Lejos de querer sacrificar al individuo, el profesor HUBER, autor del anteproyecto del Código Civil Suizo, estimaba, al contrario, que para hacer una obra verdaderamente moderna, el individuo debía estar en alguna manera exaltado, dotado de los más grandes poderes con respecto a la vida jurídica; consideraba como un progreso del Derecho ir de la restricción del individuo hacia su libertad (BONNECASE "ob. cit." pág. 646 N° 240). Para nosotros —agrega BONNECASE N° 241— esta realidad es significativa. Si verdaderamente la doctrina del Derecho social era la expresión moderna de

III.—Primitiva conformación formalista del Negocio Jurídico. Necesidades a que respondió. Evolución hacia el espiritua- lismo. Residuos imprescindibles de una cierta forma.

La necesidad de conformación del **Negocio Jurídico**, —instrumento de la realización privada del derecho—, es verdad confirmada por el desenvolvimiento histórico y evolución cultural de la humanidad.

La experiencia social condiciona así, en forma algo inconsciente todo el progreso intelectual, hasta que la comprensión histórica encuentra un límite a esos inevitables encadenamientos hacia atrás. En la línea de tope y punto de partida del influyente mundo experimental, y antes que los estimulantes choques que producen las realidades externas impresionen la vida del hombre, un **MISTICISMO**, —condicionante primerísimo—, encontrado en las representaciones místicas y en las expresiones de contenido religioso, domina toda su vida individual.

En todas partes, —y a pesar de la separación temporal y especial de las distintas civilizaciones, puede establecerse, entre ellos un paralelismo—, la consideración y explicación de los cambios de las cosas del mundo exterior, provocados por la actividad del hombre, adquieren fijeza, uniformidad y respeto, por influjo de la **CREENCIA DE LA COLECTIVIDAD EN LOS PODERES Y FUERZA DE LOS RITOS RELIGIOSOS Y MAGICOS** (44) cuya penetración en la humanidad, —innegable en la primitiva vida social—, contribuyó singularmente a la elaboración de lazos vinculatorios, aunque sostenidos más por fuerzas superiores que por ligamen con sentido constructual. (45)

la verdad jurídica, los juristas eminentes que han presidido la elaboración del Código Civil Suizo y del Código Civil Alemán, de este último sobre todo, no habría olvidado rechazar en forma absoluta, la filosofía individualista, para dejarse ir a la corriente del romanticismo social. Código Civil Suizo y Código Civil Alemán, quedan pues como dos atestiguaciones decisivas en el sentido de la tradición, según la cual el individuo está en la "raíz del derecho", más exactamente es un valor en sí, pero sometido como todos los otros, al orden del mundo y por consecuencia a una noción de derecho imponiéndose desde afuera; **GEORGES RIPERT** "Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne". (París 1946) pág. 213-14. Si se quiere ahora destruir el régimen liberal es necesario llegar a una solemne proclamación. Si el dirigismo debe ser la regla de la economía es necesario tener el valor de decir "nadie puede entregarse a un comercio o a una industria si no es autorizado para hacerlo". Por una mala argumentación se señala los alcances que él mismo ha aportado al principio de la libertad. Se denuncia los ententes industriales y las coaliciones como destruyendo la libertad de la economía. A menudo se ha usado de este argumento. Ello no es prueba, pues la libertad no es restringida más que si se considera solamente los resultados. Estas restricciones, son voluntarias, resultan del contrato, luego son todavía manifestaciones de la libertad. Nadie se dice dirigido cuando se impone así mismo una regla de conducta. No se es dirigido por el contrato.

(44) M. WALINE "L'Individualisme et le Droit" (2ª Edic. 1949) pág. 168.

(45) HENRI DECUGIS "Les étapes du Droit des origines á nos jours" (Sirey 1946) T. I pág. 120. La obligación de suministrar una prestación a otro resulta primero un mandato unilateral. No entra en el dominio del Derecho más que por vía de la obligatoriedad mágica o religiosa cuyo origen es sin carácter contrac-

Poseyendo así una consistencia específicamente caracterizada estos **actos simbólicos** son los reguladores de las primitivas relaciones humanas. Apoyados en la **CERTEZA DE SU EXISTENCIA Y CUMPLIMIENTO, SUPUESTOS QUE FLUYEN DE LA EXPRESIVIDAD PERMANENTE Y SIGNIFICACION FATIDICA** otorgados por esas estructuraciones mística o religiosa (46) los individuos encuentran en ellos, **procedimientos seguros** para satisfacer las necesidades de su existencia y establecer sus primeras vinculaciones jurídicas.

En la contemplación de la representación histórica del progreso jurídico cultural, se observa al **RITO FORMAL** como figura y personaje principal, adquiriendo un especial señorío, significación y configuración, a través de toda la escena civilizadora.

A los **RITOS DE LA MANO** (47) agresivos y hostiles primero, protectores y amigables después, al punto de ser el estrechamiento de las manos **LA FORMA CEREMONIAL TIPICA** de ligarse los hombres, suceden en todas partes, otras tantas escenas con actos espectaculares, que a falta de una modalidad estable y permanente de fijar la manifestación de una postura voluntaria, creadora, modificadora o extintiva de relaciones, impresionan fuertemente el sentimiento y la imaginación de los individuos, asegurando el nacimiento, conservación y recuerdo de los actos, y con ello, el mantenimiento, respecto y efectividad de las obligaciones que surgen.

Las colectividades primitivas, consideran y sancionan una convención cuando una exteriorización fácilmente comprensible por todos, evidencia la existencia seria de un querer determinado. Esta tendencia natural, —puesta de relieve por el desenvolvimiento histórico de la civilización—, hacia un **ESTILO FORMAL E IDENTICO DE OBLIGARSE**, es consecuencia directa del grado de cultura de cada época, que sólo tiene **FE Y CREENCIA** en aquello que impresiona su rudimentaria sensibilidad espiritual.

La raíz profunda de todos estos proceder, no es necesario insistir, se encuentra pues, en el desarrollo psicológico de la humanidad. Por ello es comprensible contemplar en la juventud de los pueblos, a los hombres con incipiente desarrollo intelectual y con imposibilidad de

tual. Sobre los dioses ligadores, las relaciones entre la palabra y el acto, la fuerza jurídica de las primeras, el poder de los nudos y el pasaje del nudo físico al nudo contractual DECUGIS hace, en la página 139 y siguientes, un extenso estudio hasta llegar al principio moderno del consensualismo.

- (46) W. DILTHEY "Introducción a las ciencias del espíritu" pág. 163. La representación mística descansa sobre la vida religiosa; ésta es en ella la potencia vital que sobrepasa todo lo visible. Pero esta conexión no se funda solamente en la experiencia religiosa. También está condicionada por el modo como se ofrece a los hombres de aquellos días la realidad. Esta les está presente como vida. subsiste como vida y no se convierte, por el conocimiento, en un objeto del entendimiento. Por eso es en todos sus puntos, voluntad, facticidad, historia, es decir, realidad viva y primordial.
- (47) H. DECUGIS "ob. cit." pág. 252. En su capítulo X del T. I informa extensamente sobre los ritos jurídicos de la mano y su origen prehistórico.

suponer ideas abstractas, establecer RELACIONES SEGURAS Y EFECTIVAS SOLO CON LA UTILIZACION DE ACUÑADAS FORMAS DE EXISTIR, que especifican los actos sociales con trascendencia jurídica y les confieren la fuerza y sanción positiva.

La obligatoriedad de las relaciones, no puede surgir más que de una ACTITUD HUMANA PREVIAMENTE SELLADA o de una MANIFESTACION VERBAL COMPLETADA CON UN SIGNO EXTERIOR, sancionador de su existencia y validez. (48)

El lenguaje ordinario es ayudado en su manifestación jurídica por un lenguaje simbólico, que al decir de SAVIGNY (49) es la gramática del derecho de ese período, simbolismo que es necesario comprender y descifrar, so pena de cometer un error de traducción y desconocer los verdaderos principios que dominan sus Instituciones.

Esta acentuada tendencia del antiguo pueblo a darse cuenta de todos los fenómenos que lo rodean lo llevó a idear LA FORMA SIMBOLICA COMO MEDIO DE PRECISAR EL NACIMIENTO DE LOS ACTOS Y LA PUBLICIDAD E IMPORTANCIA DE LOS MISMOS.

Historiando el derecho de obligaciones, dice SALVIOLI, que en virtud de la sencillez de las transacciones y poco tráfico económico ocurrido en la época del antiguo derecho romano, el simple acuerdo de dos voluntades no producía efectos jurídicos, si no se le acompañaba de una prestación o se le revestía de una forma determinada. En otras palabras, sucedía lo que era general en civilizaciones de baja cultura: aunque VERBALES (por oposición a escritos) los contratos NO ERAN CONSENSUALES, sino REALES O FORMALES. (50)

El rigorismo sacramental de la "manumission", "confarreatio", "Stipulatio" y tantas otras formas del Derecho Romano, no son otra cosa que precisas maneras de despertar la atención de aquellos que estrechaban vínculos, y de asegurar su respeto por ellos y los demás que presenciaban, real o ficticiamente, tales procederes vinculatorios.

Similar estilo de proceder se observa en el antiguo Derecho Franco y Longobardo donde principalmente la "FESTUCA", la "WADIUM" y la "STANTIA" crean el vínculo obligatorio con pleno efecto jurídico y sirven para imprimírselo, a todos aquellos pastos que no lo tenían. (51)

En el antiguo Derecho Francés, se nota parecido sistema obligacional. Los contratos reales "DENARIUS DEI", y los contratos for-

(48) A. ESMEIN "Etude sur les contrats dans le très ancien Droit Français" pág. 6; R. NÚÑEZ LAGOS "El documento Medioeval y Rolandino" pág. 57.

(49) "De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho" pág. 45.

(50) P. S. LEICHT "Trattato de Storia del Diritto Italiano Dalle Invasioni Germaniche al Nostri Giorni" (6ª Edc. Torino 1908) Pág. 611.

(51) P. S. LEICHT "Storia del Diritto Italiano". Il diritto privato Parte Terzo (Edc. Giufre 1943) N° 1 y sqts.

males "PAUMMEE", que con el simbolismo de entrega de monedas y apretón de manos respectivamente, **demuestran la ausencia del principio de la consensualidad**, y la concordancia con toda la teoría de la época, para la cual, fuera de las distintas formalidades exigidas, se dejaba a las relaciones establecidas, desamparadas de efectos jurídicos.

Pero donde más se aprecia la potencia y necesidad de la utilización de formas, con vigorosa sensibilidad, es en las vinculaciones tendientes a efectuar desplazamiento de derechos reales. A la conciencia jurídica de la época, ya le preocupaba el problema que le planteaba la posibilidad de reconocer la traslación de los derechos legítimamente sancionados por obra exclusiva y autorizada del acuerdo voluntario de los individuos.

Sufriendo un cambio la titularidad o posesión de las cosas, como consecuencia de la objetivación e individualización directa que le imprime el acto voluntario dispositivo, se requiere, cuando se refiere a derechos reales, con visible sensibilidad exterior, fuertemente protegida, el cumplimiento de una serie de hechos aparentes en cuya reunión, se concede sanción legal a la presunción modificativa, de la situación anterior.

El fuerte y vigoroso **formalismo** representado por la **INVESTIDURA O MODO DE ADQUIRIR** que se acompaña a todos aquellos actos implicantes de traslaciones de derechos reales, fue fenómeno acogido uniformemente por todos los antiguos ordenamientos: la "INVESTIDURA", "SAISINE" y "GEWERE", son las distintas denominaciones dadas por los latinos, franceses y germanos, respectivamente, (52) al mismo complejo de **actos utilizados para entregar en forma jurídica la posesión del derecho real** (53), cuya transferencia exige, en todas partes, la concurrencia de este elemento real junto al elemento espiritual del acuerdo voluntario. (54)

Por fecundidad exclusiva de la investidura del espiritual acto dis-

(52) P. S. LEIGHT "ob. cit." Parte Seconda pág. 15; R. NUÑEZ LAGOS "Hechos y Derechos en el documento público". pág. 106 No. 57.

(53) La investidura más usual en el Derecho Romano, aquella operada mediante la conocida "**mancipatio per aes et libram**" era ceremonia ritual que se practicaba, —delante de cinco testigos que representaban al pueblo entero y que por tanto era considerado notificado, y el "libripens", con su balanza—, imagen de justicia e igualdad; mediante palabras apropiadas con el fin de operar la entrega de la posesión de una cosa al adquirente a quien ésta ya pertenecía por otro contrato. A igual finalidad se encaminaba la ritualidad de la "**cessio in jure**", formalidad aplicable más bien a desplazamientos de derechos, por la vía de la atribución de la propiedad que hace el Magistrado en el ficticio juicio de reivindicación que se sigue por el adquirente. Pero más enérgicas que las anteriores investiduras era la "**usucapio**", utilizada por todos aquellos que no tenían el previo soporte que los facultaban para solicitar la entrega de la posesión. Un sistema de entrega de posesión similar y más solemne es el que impera en los principios del Derecho Germánico.

(54) LEIGHT "ob. cit." —Parte Seconda.—pág. 71; E. COSTA "Storia del Diritto Romano Privato dalle origini alle compilazioni Giustiniane". (Torino 1925) pág. 338; G. CARRARA "La formazione dei Contrati" (Milano 1915) pág. 84 N° 13 y 17.

positivo, se realiza la mutación, transformándose el simple derecho a la cosa (derecho ad rem) producido por la convención (título), en derecho de poseedor con calidad de "dominus legal". La realización de la traslación consiste pues, en sancionar legalmente el acto que la produce, en borrar de la conciencia de la colectividad al antiguo dueño, sustituyéndolo por el nuevo adquirente. Para ello era necesario el cumplimiento de las complicadas ceremonias de la "Mancipatio", "Gewere" o de sus similares, por los Romanos y Germanos inventaron para notificar al pueblo, que soportaría el cambio operado en estos derechos, la voluntad de los contratantes mutativa de los mismos.

Así se realiza el acto de disposición con un cerrado y evidente formalismo, en donde la convención debía ser transformada o novada por la investidura, para que tuviera efectos jurídicos.

Todo este especial estilo obligacional sufrió una gran transformación con la aparición de dos nuevos elementos: la escritura (55) cuya importancia práctica, después de una serie de cambios, absorbió bajo un nuevo modelamiento, en ajuste casi completo, toda la ritualidad de las distintas maneras de obligarse y desplazar los derechos reales, y la voluntad, como suficiente fuente de las obligaciones, principio impuesto por los Canonistas y los teóricos de la Escuela del Derecho Natural; elementos que gobiernan en apariencia casi absoluta y universal la contratación de las modernas legislaciones.

El advenimiento de estos nuevos personajes, contribuyó especialmente a simplificar y agilitar el tráfico de los negocios imprimiéndoles una nueva estructura. El antiguo y rudo carácter formalista de las relaciones, cede a una nueva configuración, bajo el influjo de las nuevas necesidades impuestas por la Economía, pudiendo decirse que la documentación de las mismas, en general, tenían carácter probatorio y no dispositivo. (56)

El principio consensual, impuesto por el poderío de la Iglesia, como proyección del deber moral de la honestidad cristiana, da nacimiento a los procedimientos de la "condictio ex canone" y la "denuntiatio evangelica" para asegurar el cumplimiento de las obligaciones cuyo único fuero era la conciencia. (57)

Con el antecedente y apoyo del "Foro Eclesiástico" los doctores de la Escuela del Derecho Natural hicieron triunfar en definitiva el

(55) L. STOUFF "Etude sur la formation des contrats par l'écriture dans le Droit des formules du V au XI siècle — en Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Etranger — pág. 247 y sgts. LEIGHT "Ob. Cit. — Parte Terza — Págs. 37, 38, 39 aclara que antes de la conquista Longobarda, Italia sufrió la influencia de dos corrientes; aquella en que la escritura absorbe a la "stipulatio" y es como su vestido, y la conservadora de las antiguas ceremonias.

(56) E. BUSSI "La formazione dei dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune (Diritto Reali e Diritto di Obbligazione)". (Padova 1937) pág. 247; CARRARA "Ob. Cit." pág. 90.

(57) BUSSI "Ob. Cit." pág. 221; NIÑEZ LAGOS "Hechos y Derecho..." pág. 73 — LEIGHT "Ob. Cit." — Parte Terza, pág. 13.

principio, ya altamente difundido, de la obligatoriedad de los acuerdos consensuales.

Si la observancia de la forma no es necesaria —dice BUSSI (58)— es lógico afirmar que el acuerdo simple de la voluntad debe conferir eficacia en los casos que el Derecho Civil habría querido que se hiciese uso de la “*stipulatio*”. Pero todavía quedaba pendiente el problema planteado por el Derecho Canónico de la accionabilidad de las convenciones. Los comentaristas hablaban de los accionables pactos vestidos, por oposición a los que no dan lugar al nacimiento de las acciones, con lo que empieza a tomar color la teoría de la causa, mediante la ayuda que presta la Ley (“*auxilium legis*”) a estos últimos, confiriéndole lo que en la época se conocía por “*vestimentum anomalum e irregularum*” (59), y con ello, respeto, efectividad y medio seguro para exigir su cumplimiento.

Esta lenta evolución que sufrieron los pactos es de una profunda significación, por cuanto casi todos tienen nombres, o una particular forma determinada por las partes, cuando al menos una empezaba a cumplirlo, dando base en consecuencia, a su accionabilidad.

El antiguo formalismo material, aunque superado por las nuevas corrientes, se hace todavía necesario para asegurar el consentimiento serio y legítimo y en consecuencia hacer merecedora a la convención de la tutela y protección jurídica (60), sobreviviendo transformado en una especie de formalismo intelectual, abstracto y general. Los NOTARIOS prestan su ministerio para la configuración formal y aparente de todo ello y lo revelan en el instrumento que autorizan. Afirmando estas con-

(59) BUSSI “ob. cit.”, pág. 239.

(60) El derecho actual, como es sabido, admite la prueba testimonial en la mayor parte de los contratos y manda fallar por ella acerca de las obligaciones más trascendentales sin tener en cuenta que es una de las más inseguras y expuestas a errores. Justo y necesario era cuando estaba poco generalizado el uso de la escritura, admitir en todo caso la prueba de testigos. Pero cuando no solamente es general el arte de escribir, sino que además hay escribanos en todos los pueblos. ¿Porqué no ha de exigir el Legislador que se prueben las obligaciones del modo más fehaciente y menos sujeto al error o al dolo? Si el respeto al juramento está perdido, si con la corrupción de las costumbres no hay hecho, por falso o absurdo que sea, que no pueda probarse por testigos. ¿Porqué no ha de excluir la Ley ese género de pruebas en todos aquellos casos en que los contrayentes pudieron proporcionarse otra mejor? Es de interés público que se contraigan las obligaciones en la forma más adecuada, para que el obligado no pueda eludir su cumplimiento, y en el caso que trate de hacerlo, probarle del modo menos sujeto a error o malicia, la verdad de su compromiso. Así es que el Proyecto propone, de acuerdo con casi todos los Códigos modernos, que no se admita prueba de testigos en demanda cuyo valor ascienda a doscientos pesos, ni para acreditar una cosa diferente del contenido de los instrumentos públicos ni para justificar lo que se hubiese dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento. De esta regla, sin embargo, se establecen algunas excepciones, cuya justicia es reconocida generalmente. Informe de la Comisión Revisora de 1867, presentado al Gobierno de la República Oriental del Uruguay.

clusiones BUSSI —cuyo invaluable origen del esquema abstracto del contrato seguimos— dice que la evolución histórica de la “*Stipulatio*” está indisolublemente ligada con el uso del instrumento Notarial y con la función del Notario considerado como “*Servus Publicus*”, por medio del cual, la otra parte aprovecha de la “*actio ex stipulatis*”; y que el pasaje de la “*confesio*” canónica en escrita, y luego en notarial, es el principio del lineamiento del contrato causal, (61) obligatorio, con accionabilidad legalmente protegida, que informa el sistema obligacional moderno.

Así evolucionó y se jerarquizó la voluntad, como productora de relaciones jurídicas, en su camino a través de las etapas de la magia, la religión, las fórmulas sacramentales y el juramento, hasta alcanzar máximo señorío, con el inmaterial y espiritualista principio “*solus consensus obligat*”.

IV.—Imprescindible forma en la realización del Negocio Jurídico.

La forma notarial como técnica segura y normalmente eficaz en la realización de los derechos subjetivos,

La estilización y configuración de los actos corrientes en la vida tienen una determinada significación que se refleja en el ordenamiento jurídico (62). La traducción jurídica del hecho social se opera por medio de una calificación, por la aplicación al fenómeno concreto de un término representativo de su equivalente jurídico. El término es la denominación de un grupo de reglas de Derecho. Por consecuencia si se puede calificar de “contrato de venta tal conjunto de actos de la vida es únicamente porque previamente, un cierto número de reglas de derecho han sido agrupadas en la categoría de “contrato de venta” (63). La inteligencia y el sentido jurídico consiste precisamente en discernir las posibilidades de extensión del prototipo y los límites tipológicos con los cuales se puede relacionar el caso, puesto que la superposición del caso concreto y del tipo modelo, raramente es perfecto. (64)

El esquema actual del contrato aunque con evolución más lenta, es la transposición al plano conceptual de la evolución sufrida por la existencia social. En sus comienzos la forma —como sistema formalista— (65) crea el derecho, en una especie de fenómeno de conceptua-

(61) BUSSI “ob. cit.” págs. 267 a 270; H. CAPITANT “De la cause des Obligations” pág. 137 y sgts. La validación de toda promesa con causa asegura la sanción de todo acuerdo consensual. A partir del año 1180 es doctrina —constante de la Iglesia— que toda convención es válida sin condición de formas.

(62) MENARD “ob. cit.” págs. 192, 210 y sgts.

(63) MOTULSKY “ob. cit.” pág. 24.

(64) HAESSAERT “O Théorie Generale du Droit” (Sirey 1948) pág. 449.

(65) GENY “ob. cit.” T. III pág. 49 N° 194. Por formalismo se entiende toda limitación de la autonomía en cuanto a la forma de manifestación de la voluntad DURMA “La notification de la volonté” pág. 173.

lización jurídico inequívoco, simétrico al general firme y constante del expresionismo simbólico del existir humano.

Modernamente, a pesar de que se desmaterializó el concepto con la supremacía del consensualismo, el derecho no puede liberarse totalmente de la utilización de las FORMAS. Hay un **formalismo irreductible** en el vivir humano, no eliminable jurídicamente aún dentro del sistema espiritualista que preconiza la libertad de formas (66.. Al respecto IHERING señala la palabra, la acción, el signo y hasta el silencio, como **medios libres de expresión de voluntad jurídica**.

El vivir de la humanidad es modal, con franca, decisiva y determinada orientación existencial hacia la convivencia, la que es asegurada y dirigida por el Derecho Positivo, que condiciona y protege las relaciones intersociales. La noción de éstas, como toda noción de derecho o de cualquier otra índole conceptual, responde a una representación intelectual.

Se aprecia fácilmente su contextura psicológica al analizar la modificación que al mundo exterior impone el sentimiento subjetivo, con ayuda de la voluntad, que traduce y exterioriza los distintos estados emocionales de la conciencia. En su marcha el espíritu tiende siempre a la manifestación de un lenguaje sensible, dejando su intangible e incontrolable mundo psíquico, para adquirir el aplomo y la plasticidad que le confiere la materia exterior que lo concreta en el espacio dándole cuerpo y vida, con el auxilio de una **forma que lo realiza**.

Siendo el fenómeno jurídico resonancia de otro anterior, de naturaleza social y económico, siempre necesita en su proyección exterior una vestidura que lo haga visible y durable, haciéndole decir a LA-VANDERA que "por eso las formas que concretan los actos no perecerán jamás".

Las cosas y sus relaciones adquieren realidad en la conciencia mediante un proceso de apropiación moldeador que hace el espíritu de la materia que lo impresiona, especificándola, limitándola y dándola una forma que le asegura una significación immanente.

Cuando la relación tiene eficacia general, para el individuo que la produce y para todos los demás componentes del grupo, adquiere la categoría de conducta social y presupone entonces que para su respeto el **soporte de una determinada forma** (67). El orden y equi-

(66) Libertad no quiere decir falta de forma, no significa que el ordenamiento reconozca un negocio privado de su forma idónea y reconocible ANTEO GENOVESE "Le forme volontarie nel la teorie dei contratti" (Padova 1949) pág. 18; BONNECASE T. II, pág. 446 y SALEILLES "Déclaration de volonté" pág. 204 dicen que la noción de formalismo es más rígida que la de forma, hace nacer la idea de necesidad y su presencia se nota por la sanción.

(67) J. HERSCH "L'etre et la forme" 14 cahier de Philosophie (neuchatel 1946). La noción de forma implica dos elementos opuestos y solidarios: la apropiación y la exclusión no existiendo conceptualmente más que cuando encierra alguna cosa. Comprende esencialmente las ideas de parte, limitación y determinación, pensándose pues en términos de exterioridad. LA REALIDAD para el hombre es enteramente del dominio de las FORMAS. No hay ningún proceso espiritual que no sea un movimiento hacia la realidad, para expre-

libro de relaciones que reglamenta la Ley, solamente se consigue por el encadenamiento y ajuste de las distintas realidades individuales, precisamente limitadas y constatadas. Todo movimiento espiritual causado por la experiencia sensible, afectiva, práctica, o intelectual que provoca la actividad humana privada, es percibido y conocido por los demás individuos, bajo la FENOMENOLOGIA DE LAS FORMAS, que actuando de vestido y vehículo a la vez, constituyen la **encarnación** de esa ondulante interioridad consciente, confiriéndole UNIDAD, EXTERIORIDAD Y REALIDAD.

Únicamente cuando las relaciones humanas tienen estas características, el enunciado científico de la Ley, —que tiene la realidad de una forma teórica, ya que es la unión indisoluble de una relación racional y de una relación experimental—, puede imponer su reconocimiento a todos los individuos, sin que sea concluido el acto en común por todos ellos.

La **creencia y fe** en el acto particular, recogido y reglamentado en el postulado general de la Ley, **no hace necesario su verificación cada vez que se realiza**, salvo que su configuración no encuadre en los moldes preestablecidos esquemáticamente, o que su efectividad no sea cumplida voluntariamente. Así se afirma el derecho en la vida jurídica-económica-social cotidiana, por hechos concretos, visibles y reconocibles, quedando planteado el **problema de su realización** por el voluntarismo individual, actuando en un proceso creador de reglas jurídicas por delegación del Poder Legislativo. (68)

La técnica científica debe admitir como **forma exacta**, aquella surgida de un procedimiento que asegure inequívoca y generalmente, la realidad permanente de una transacción legítima, obligando el acto que la produce a todos los individuos, por la sanción, protección y autoridad que le impone la regla de Derecho Positivo que la contiene en estado latente. (69)

El procedimiento más adecuado para ello es el que se desarrolla

 saria, modificarla, o enriquecerla. Ello implica la noción de valor y en consecuencia **la forma confiere valor de realidad**. F. CARNELUTTI "Teoría general del Derecho" (Madrid 1941) pág. 4. La forma es un aspecto de la realidad. El primer aspecto que la realidad muestra de sí mismo es su forma.

- (68) F. WEYR "La question de la délégation de puissance législative" en Revue Inter. de la Théorie du Droit año 1926-27, pág. 72. F. WEYR "La doctrine de M. Adolphe Merkl en misma Revista, pág. 222. Pero se encuentra al costado de estas normas (dictadas por órganos Públicos, por vía de autoridad), todavía un número ilimitado de fenómenos jurídicos privados, y **principalmente el contrato de derecho privado**. Es indudable que **aún este es, por su esencia una regla de derecho, análoga a la Ley, al reglamento, a la sentencia, o a la decisión administrativa**. KELSEN "ob. cit." pág. 10. En este caso hay una delegación de la Ley en la convención; M. CARRE DE MALBERG "ob. cit." pág. 73 N° 48.
- (69) Concepto este que responde perfectamente a la noción de forma establecido por BURCKHART —citado por DU PASQUIER en "Introduction a la Théorie Générale et á la Philosophie du Droit", pág. 173— cuando la define como **el plan según el cual se construye el contenido**.

dentro de la esfera interpretadora, conciliadora, registradora, protectora, configuradora y autenticadora del DERECHO NOTARIAL, por estas especiales características que emanan de su contenido y función, ya que "sanciona en forma fehaciente las relaciones jurídicas voluntarias y extra judiciales mediante la intervención de un funcionario que obra por delegación del Poder Público. (70)

Dinámicamente el Derecho se desarrolla en virtud de las nuevas modalidades impuestas a las cosas o más bien a las relaciones por la voluntad humana. Racional y filosóficamente se puede concebir una relación sin necesidad de ningún requisito formal; pero con eficacia, como convención irrevocable, con efectos jurídicos, no basta un simple encuentro de dos voluntades, —que puede operarse por la inherente movilidad espiritual—, sino que es necesario que ambas desempeñando un rol activo, tiendan a obligarse en equivalentes condiciones, avaluadas así, al menos subjetivamente, engendrando una legítima confianza de acuerdo a la creencia y usos del medio social en que se desarrolla.

Hoy después del triunfo del espiritualismo, no se puede poner en discusión la importancia esencial que desempeña el consentimiento en la formación de las obligaciones. En la ciencia consentimiento expresa el querer de voluntades acordando una relación de derecho. Consentir viene de "cum sentire", "sentire insieme", querer recíprocamente la misma cosa (71). Sólomente así se consigue lo que THIBAUT definía como la "entente mutua formada entre varias personas sobre la creación de relaciones jurídicas" y se explica la eterna y antigua máxima que dice que "lo que se hace sólo, se puede deshacer sólo, y lo que han hecho dos, sólo ellos dos lo pueden deshacer", patentizada magníficamente por la formación contractual romana, en donde el sistema de preguntas y respuestas de la "stipulatio", evidenciaba el rol activo que asumía la parte que quería apropiarse de la convención. (72)

El substratum de toda negociación (73) creadora de relaciones ju-

- (70) E. GIMENEZ ARNAU "Introducción al Derecho Notarial". (Madrid 1944) pág. 12 Definición en sentido doctrinal tomada de MENGUAL e inspirada en la influencia de MONASTERIO para quien el contenido es "la exteriorización permanente del derecho y la representación legal de las relaciones jurídicas". Para R. REYES PENA hay un profesamiento del Derecho en forma jurisdiccional voluntaria, es decir, el derecho sin imperio, y una función de autoridad por el imperativo de fe asignado a los actos por él autorizados (en Memorias del II Congreso Internacional de Madrid T. III pág. 516.
- (71) F. DE FILIPPIS "Corso completo de Diritto Civile Italiano Comparato". Vol. VI - Modi di acquistare e di perdere i Diritti - (Napoli) pág. 81.
- (72) Sobre el rol activo de la voluntad, el Derecho Positivo es uniforme Arts. 1247 y 1256 C. Civil Uruguayo; Art. 1101 C. Civil Francés.
- (73) En su capítulo sobre la noción general del contrato —DE FILIPPIS— dice que es indispensable la concurrencia de los elementos subjetivo, objetivo y productivo. El elemento subjetivo está integrado por las partes que concurren al acto jurídico con su inteligencia (para comprender el fin o causa del acto) y con su voluntad (para querer la consecuencia jurídica mediante la manifestación de la voluntad); el elemento productivo está integrado por el movimiento

rídicas es pues la voluntad, la que para adquirir categoría de realidad precisa aparecer exteriormente bajo una apariencia sensible, demostrativa de un estado de conciencia definitivo y estable realizado con una forma que lo manifieste.

Genéricamente y por naturaleza toda voluntad jurídica es formal (74) ya que “la forma perfecciona la voluntad en el momento de su expresión haciéndola integrar parte del mundo físico, condición primordial para poder sucesivamente entrar en el mundo jurídico como entidad jurídicamente relevante”. Así lo resumen las máximas “de internis nemo iudicat” y propositum in mente retentum non operatur”.

Conceptualmente aún el negocio jurídico amparado en la regla “solus consensus obligat” está situado fuera del movedizo terreno de la conciencia, por cuanto necesita una forma que haga claramente comprensible el contenido interno de la voluntad y que lo revele a la vida social.

MENARD, con la claridad y profundidad de su estilo expresa que desde que el derecho conoce el equivalente de la forma, se puede concluir que no es formalista, pero no que es aformal, pues la voluntad pura, interior, no es suficiente para crearlo, de la misma manera que no constituye una sociedad humana una pluralidad de espíritus desencarnados. Carne y espíritu —agrega— son igualmente necesarios para la construcción de cualquier derecho humano, como para la existencia de cualquier relación intersocial. Y la carne es aquí lo que cae bajo el sentido, que alumbrando los ojos y hablando al oído manifiesta de manera clara e inequívoca el movimiento interior de las voluntades. Luego esta manifestación cualquiera que sea, constituye la forma, el modo en el cual se vacía necesariamente toda relación intersocial humana, molde hueco e individual sobre el cual se vierten las distintas especulaciones

de las relaciones jurídicas, y el elemento objetivo está integrado por el receptáculo exterior sobre el cual opera la voluntad humana. El análisis del elemento subjetivo lleva al estudio de la teoría del consentimiento, al que doctrinariamente se observa desde el tiempo que debe intercalarse la voluntad, su manifestación y la forma externa de declaración. Esto constituye su lado externo. La no concordancia de la voluntad externa con la interna conduce a la teoría de los vicios del consentimiento por una contradicción (voluntaria: influencia exterior, violencia y temor; o involuntaria: influencia interna, ignorancia o error) o ambigüedad de la misma “Ob. cit”. pág. 37.

- (74) GIOVENNE “Il negozio giuridico rispetto ai terzi”, pág. 239 No. 54 DURMA “ob. cit.”, pág. 207 N° 189; GENOVESE “ob. cit.” N° 1 y sgts. Aún el contrato con forma libre tiene necesidad de un cuerpo, de una forma sensible, sin la cual la voluntad interna es jurídicamente inexistente, al menos en vía normal. R. REYRES PENA “ob. cit.”, pág. 501. No existe acto de voluntad sin forma. En esencia desde que todo acto jurídico para su existencia requiera, por lo menos, la forma inicial de expresión de voluntad, todos en un sentido genérico son formales.

o contenidos de la inteligencia para adquirir la materia, significación y visibilidad. (75)

Esta esencial forma de exteriorización de la voluntad, natural e inevitable a todo acto jurídico, elegida por el arbitrio de la conducta humana, de acuerdo a la ortodoxia consensualista no contiene existencia independiente del negocio a que se refiere. La libertad de elección fija su autoridad; su falta de reglamentación determina sus fueros, valor y eficacia.

Aún rigiendo el credo espiritualista se restringe a veces los medios de expresión de la autonomía privada por conveniencias de los interesados (76) o directivas legislativas.

Excepcionalmente se impone una forma determinada de exteriorización de voluntad como conducta inderogable e inmutable. Aquí la forma adquiere magnitud e independencia que se impone al acto, haciendo abstracción, por su propia categoría, del contenido del mismo. Puede por ello, conservando su medida cambiar la calidad según la materia que reciba. Este es el formalismo científico, verdadero instrumento técnico en la realización del derecho, que tiene graduación racional en cuanto a sus exigencias: el más atenuado es el requisito de una voluntad manifestada en **forma expresa**; un grado más rígido es la **forma escrita**; el más severo es la **forma solemne**.

Fundamentalmente dentro de un orden positivo dado, se exige **SEGURIDAD, EFICACIA, E IRREVOCABILIDAD DE LAS OBLIGACIONES JURIDICAS QUE SE PRODUCEN A CAUSA DE LAS RELACIONES HUMANAS**. El orden jurídico armoniza la actividad de los hombres sometidos a la convivencia, frena los instintos violentos y egoístas, y destierra la anarquía espiritual, impregnando a toda la vida sociable de una organización que asegura la cohesión, facilita y contribuye a la satisfacción de las necesidades individuales, procurando

(75) FADDA Y BENZA, en las notas a WINDSCHEID "Diritto delle Pandette". Vol. I, Parte Prima, pág. 896 y 901 dicen: No puede ponerse en duda que la voluntad pueda manifestarse en forma expresa o tácita, siendo la primera forma, según la opinión general cuando tiene lugar mediante la palabra oral o literal; y la segunda, la que se manifiesta por vía de los hechos (silencio, por ejemplo) y que asegura una hilación cierta de la existencia de la voluntad (WINDSCHEID "ob. cit.", pág. 279); DURMA "ob. cit.", pág. 51. Cuando el silencio o abstención producen un efecto jurídico, es siempre por la exteriorización que implican. El silencio es acompañado de ciertas circunstancias; F DE FILIPPIS "ob. cit.", pág. 110 N° 214 y sqts. La voluntad sola, sin una declaración o manifestación cualquiera no basta para la validez del contrato. La voluntad puede manifestarse en forma elegida según el arbitrio del individuo o impuesta por la Ley. La primera, **forma común**, es la regla; la segunda, **forma específica**, solemne, es la excepción.

(76) Esto plantea el problema del formalismo voluntario (GENOVESE "ob. cit.", pág. 8 y sqts. N° 3, 4, 5, 6 y 7 y la nota 46 en pág. 18, en donde transcribiendo a BRINZ y LOTMAR dice que "el pacto sobre la forma escrita, cuando es posible la contratación tácita o escrita no constituye una derogación, sino el ejercicio de la libertad de forma. El formalismo voluntario, desde el punto de vista estructural, asume varios aspectos a diferencia del formalismo legal, que presenta una construcción unitaria (pág. 103).

su realización en forma tranquila, equilibrada y en concordancia con las tendencias opuestas, movibles y cambiantes que constituyen la trama del desenvolvimiento económico-social.

En el campo de la discusión filosófica pura podrá oponerse a la **TEORIA DE LA DECLARACION DE LA VOLUNTAD**, aquella de la **VOLUNTAD INTERNA** como constitutiva de obligaciones, pero, en el terreno de la normal y pacífica realización del derecho, indiscutiblemente la objetivación de la voluntad, con existencia independiente del sujeto que la emite, sólo es alcanzada con su manifestación o exteriorización. Así las relaciones jurídicas adquieren existencia social y estabilidad mediante la declaración que confiere valor positivo al acto volitivo (77), declaración, —cuya importancia en la formación de los actos jurídicos tan gráficamente fue puesta en evidencia por ENNECERUS cuando comparó su rol con aquél de la publicación de la Ley—, a la que es necesario todavía asegurarle **CERTEZA EN SU NACIMIENTO Y CUMPLIMIENTO**, para que el deber legal se realice dentro de la esfera de la **PAZ JURIDICA**.

La practicabilidad o actualización del derecho por obra de la voluntad humana presupone **ORDEN, CERTEZA, LEGALIDAD** y **SEGURIDAD** de las relaciones para su tránsito con eficacia. Esta es alcanzada en forma pacífica o mediante el ineludible mandato del imperio judicial, en una especie de segunda instancia, declarativa o configuradora de deberes y derechos.

De ordinario el profano —dice PICARD—, no ve claramente los derechos positivos más que cuando el surgimiento de un conflicto los pone en relieve bajo la apariencia de un proceso. Y agrega enseguida que los espíritus están tan poco acostumbrados a las realidades intangibles que concentran irrisoriamente el Derecho en los Palacios de Justicia y en los procedimientos que en ellos se desenvuelven (78).

En rigor científico la efectividad de una relación jurídica obtenida en jurisdicción contenciosa es la excepción, por cuanto el cumplimiento del ideal de justicia debe realizarse en la apacible armonía voluntaria de los individuos y no con la siempre amarga victoria lograda en la lucha judicial. La jurisdicción contenciosa como modo de realizar el derecho es inconcebible ya que la voluntad de los individuos a esa altura tiene un sentido distinto al que informa y orienta la etapa obligacional extrajudicial.

La voluntad individual se moviliza en la esfera judicial con la finalidad inmediata de **obtener la evidencia de un hecho, de una relación o de una situación jurídica** y exigir que sea administrada y atribuida la Justicia debida por el Estado, en concordancia con la protección derivada del Derecho esgrimido y concretable en una sentencia o declaración judicial.

La esencia de la función jurisdiccional es de vigilancia, conserva-

(77) DURMA "ob. cit.", pág. 23 N° 47; SALEILLES "ob. cit.", pág. 2 y 3.

(78) EDMOND PICARD "Le Droit Pur". (París 1908), pág. 44.

ción, reparación y reintegración de jurisdicción y legalidad a los derechos y expectativas.

Bajo este aspecto, puede obtenerse atribución de justicia y protección legal (79) del derecho subjetivo bajo la tutela judicial, ante quien se recurre para obtener la constatación de una situación jurídica. Las sentencias y declaraciones muestran la verdad de este aserto cuando las relaciones adquieren efectividad mediante la sensible configuración operada en el proceso a través de una declaración judicial con carácter de cosa juzgada, que con imperio proclama las consecuencias emergentes de esta constatación.

Pero siempre, y antes que la sentencia judicial dirima un conflicto obligacional estructure y legitime una relación jurídica, se nota que ésta ya ha aparecido en el mundo de las realidades físicas, en forma enfermiza o sanamente, y que sólo acude a la jurisdicción contenciosa para que se transforme su fugacidad, en permanente visibilidad, o se le dé la efectividad cuyo acatamiento es imposible conseguir por la falta de evidencia que tiene el derecho subjetivo esgrimido.

Se concluye entonces que el **fenómeno de la realización privada del derecho está concebido fuera del proceso**, de la misma manera que la salud y la higiene se conciben fuera de las enfermedades y de los hospitales, conclusión que se acepta fácilmente cuando se advierte de que todo derecho subjetivo tiene una existencia estereotipada, compuesta de una hipótesis o presupuesto y una consecuencia o efecto, que es precisamente protegido por el Orden Jurídico, que con el imperio del Poder Judicial habilita a su titular para su goce, cuando pacíficamente se le desconoce.

Pero por encima de todo ello se aprecia sin embargo, que la realidad del derecho, —excelsa producción del espíritu, materializada en la relación—, **necesita en su movimiento una forma** (80) que lo encarne, que a manera de pasaporte oficial de tránsito le asegure su circulación sin trabas, su existencia cierta, su efectividad sin contradicción, y en fin, su expresividad jurídica.

La CREENCIA de los individuos en la REALIDAD Y PROTECCION DEL DERECHO PRESUPONE UN CIERTO ORDEN, PLASTICIDAD, EFECTIVIDAD Y RESPETO DE LAS OBLIGACIONES QUE LOS RODEAN y esto se logra con una **exteriorización de las relaciones realizadas a manera de diálogo público, otorgado**

(79) J. GOLDSCHMIDT "Teoría General del Proceso". En su capítulo 3/4 —De la teoría de la exigencia de protección jurídica, pág. 24— y en —El fin del proceso, pág. 33—, concluye diciendo que el proceso es el medio para realizar la exigencia de protección jurídica".

(80) JOSE GONZALEZ PALOMINO "Instituciones de Derecho Notarial". T. I. pág. 91 (Madrid). Hasta cuando el Derecho prescinde de la voluntad y asocia consecuencias a meros hechos reales y aún materiales. La existencia de los hechos es requisito previo a la deducción de consecuencia y por consiguiente es necesario que los hechos hayan sido exteriores, que hayan tenido forma. En este aspecto la forma se da siempre necesariamente como una constante que no puede dejarse de dar en los actos, para que sean actos.

con el concurso del pueblo entero o el de sus representantes, para que su ignorancia no le sirva de excusa de cumplimiento, o de respeto. Lo primero, es prácticamente imposible, no así lo segundo, que se logra dentro del actual conceptualismo racional, con elocuente perceptibilidad, existencia evidente, clara y legítima fijación jurídica y máxima credibilidad, cuando las relaciones se manifiestan configuradas dentro de los preceptos del Derecho Notarial (81), depositario, poseedor y distribuidor de seguridad jurídica por el imperativo de creencia que encierra.

El NOTARIO, figura central del Derecho Notarial, es imprescindible auscultador y realizador social de **seguridad y firmeza (82) en las relaciones jurídicas**. El Negocio Jurídico, que realizado y configurado por obra exclusiva de los particulares, es por propia naturaleza individual, incierto y fugaz y a veces injusto e ilegal, adquiere una **especificidad** y atestación, **FE PUBLICA, EFECTIVIDAD LEGAL, PLAS- TICIDAD PERMANENTE**, y con ello, **CERTIFUMBRE, REALI- DAD CONTINUADA Y DESENVOLVIMIENTO P A C I F I C O, CUANDO SE DESARROLLA EN EL AMBITO NOTARIAL**.

Esta característica de la esfera Notarial está edificada y moldeada por la conciencia popular que encuentra en ella satisfacción cierta, segura y legítima, a sus incesantes y renovables necesidades. **La recepción y configuración de consentimientos y su fenómeno reflejo de adaptación racional** al condicionante y esquemático derecho positivo, exteriorizándolo en una traducción adecuada, clara y fiel de los tímidos y a veces imprecisos derechos subjetivos, es tarea que desde tiempo muy lejano, los hombres han depositado en manos de los Notarios, para alcanzar sosegadamente la realización de sus pretensiones al amparo del imperativo jurídico.

Encuétrase aquí la innegable **REALIDAD Y EXISTENCIA SOCIAL DEL DERECHO NOTARIAL**, actuando el Notario, como **con- fesor y orientador** de los hombres, para descubrir e iluminar sus secretos internos e intenciones, y como **hábil registrador**, para impregnar con jurídica apariencia corpórea y permanente, sus desordenadas, móviles y fugaces realidades psíquicas.

Esta silenciosa imposición del Derecho Notarial en la realización del Derecho Privado, murmullo del sentimiento jurídico innato del individuo que adquiere la característica de "vox populi" por el querer idéntico y repetido de todos los hombres, tiene actualmente la autoridad y fuerza jurídica que impone el peso de la **Costumbre, primera forma del Derecho Positivo**.

La realidad de este acontecimiento social, recibido con pacífica y consciente constancia por los hombres, es una especie de inercia normal en la cohesión y desenvolvimiento de sus vidas, es tendencia estable

(81) Igualmente el Derecho Registral es elemento de publicidad de las relaciones, y a veces constitutivo, que contribuye a la pacífica realización del Derecho.

(82) LÓPEZ LAGOS. "Hechos y Derecho...", pág. 281.

y sendero firme e imprescindible por el cual marcha la humanidad, en su trayectoria hacia la consecución pacífica del fenómeno jurídico.

La configuración del negocio jurídico bajo la FORMA NOTARIAL confiere al Derecho Subjetivo que se realiza, las ventajas que fluyen de su seguro y fácil comercio, como consecuencia de la certeza, estabilidad, precisión, evidencia y legitimidad con que es adornado.

Individual y colectivamente hay un sentimiento unánime de tranquilidad, de creencia en la juridicidad, seguridad y equidad de las transacciones cuando la autonomía privada que las ponen en movimiento se exteriorizan tuteladas, presididas y asistidas, por la disciplina reguladora y preventiva del DERECHO NOTARIAL.

La fuerza moral, el orden y la justa distribución de derechos del voluntarismo individual que irradia el negocio materializado con forma notarial es estado de conciencia aceptado de continuo por los hombres que a manera de higiene social, contribuye eficazmente a la realización del derecho privado en PAZ Y CON SEGURIDAD.

La realización de los derechos subjetivos bajo esta conducta de expresión notarial, impuesta por la autoridad de la costumbre y fortificada por una larga tradición, fija en forma racionalmente científica y técnica la positividad del derecho creado por la fuerza del individualismo.

Método, ciencia y técnica dominan la elaboración de la teoría del Derecho, en cuya realizabilidad entronca íntimamente la forma notarial.

La Justicia (83) a la que se refiere bajo un orden jurídico toda relación intersocial, adquiere fuerza obligatoria en virtud del carácter positivo que tiene la regla de derecho que la contiene.

La Política Legislativa General exige así una concordancia ajustada de sus principios de seguridad, orden y legalidad, para que la singular relación de derecho que crea el voluntarismo individual, herede su misma característica.

El ejercicio del derecho, el proceso y la teoría de la prueba fijan un rumbo a la autonomía de la voluntad, y el dirigismo estatal y los imperativos que configuran las reglas de derecho contractuales, muestran la necesidad de la intervención de una autoridad calificada para mantener el equilibrio y reciprocidad legal en las pretensiones y deberes de los individuos. (84) (85)

La objetivación de la voluntad individual y su exteriorización es po-

(83) El Derecho se inspira en la idea de la Justicia. Concebida en este sentido la idea del Derecho es la Justicia. GOLDSCHMIDT "Problemas Generales...", pág. 22.

(84) H. CAPITANT "Etude critique des restrictions apportées par les articles 1341 du Code Civil Français et du Code Civil Italien a la recevabilité de la preuve testimoniale". (En Bulletin de la Société d'études Legislatives 1918). Que sea útil mismo necesario redactar un escrito todas las veces que se hace un contrato de alguna importancia, no es contestable. El escrito es el mejor medio de cortar, más tarde, contestaciones sobre los términos y efectos de las convenciones. El escrito es especialmente necesario en los contratos sucesivos, pues es sobre todo en estos contratos que diferencias entre los contratantes pueden nacer en el curso de su duración. La mejor prueba de la forma literal es que en la práctica, todas las veces que dos personas hacen algún

sible bajo la más absoluta libertad así como su plasticidad y persistencia más o menos estable, pero su eficacia general, su equilibrio permanente y su respeto pacífico, requieren el apoyo de la autoridad y el sostén de la sanción y protección del Derecho, a ello contribuye la forma notarial reuniendo con valor de autenticidad y de creencia general —que forzosamente impone la Ley— todos los requisitos que debe tener el Derecho Subjetivo para hacerse ejercitable espontáneamente.

La facilidad y seguridad con que se aplica el derecho abstracto a las especies concretas y que contribuye su realizabilidad formal —como diría IHERING— encuentra en la actuación bajo forma notarial, su mayor acierto.

La filosofía del ordenamiento jurídico, sigue reinando con todo su vigor, concordando la evolución social-económica con la razón formal que la traduce objetivamente, cuando es controlada, moldeada, interpretada y legitimada por un técnico en Derecho, con atributos especiales, como es el NOTARIO.

V.—Constataciones finales y conclusión.

La investigación del tema abordado, nos permite hacer las siguientes constataciones:

I) Toda relación jurídica-social presupone para su existencia una forma.

II) El Derecho Positivo contempla esquemática y abstractamente todas las relaciones intersociales con trascendencia jurídica.

III) La autonomía de la voluntad es principio esencial en el desenvolvimiento de relaciones jurídicas y en la realización del Derecho.

IV) Principios objetivos de socialización imponen una plasticidad permanente a las relaciones convencionales.

V) La tradición histórica-jurídica revela un formalismo rudo, como técnica en la realización del Derecho, en concordancia con el nivel cultural de la época.

VI) El Derecho Subjetivo singular, es creado, modificado o ex-

contrato de alguna importancia no omiten de constatarlo en un escrito, sea que hayan recurrido al ministerio de un Notario, sea que se contenten con un acto privado, redactado por ellos mismos o por un tercero, sea en fin, que entre ellos cambien cartas para constatarlo. Se puede pues afirmar, fundándose en la experiencia, que es del interés de las partes redactar un escrito todas las veces que hacen un contrato cuyo objeto representa un cierto valor. Entonces no es un deber para el Legislador de obligar a los contratantes a redactar un acto de toda convención excedente de una cierta suma en sus intereses para protegerlos contra las consecuencias perjudiciales que podría entrañar su negligencia o su exceso de confianza en su buena fe recíproca. Creemos que es necesario responder afirmativamente. La obligación nos parece preferible a la libertad, pág. 214-15.

- (85) RIPERT "Aspects Juridiques du Capitalisme...". Hay en el dirigismo una doctrina o una política. Tomo aquí el sentido más extenso de la expresión. Ella designa más bien una política que una doctrina. Al respecto dice M. LHOMME, que es la política por la cual una autoridad busca organizar y a hacer funcionar la economía siguiendo un plan metódico.

tunguido por el Negocio Jurídico, que crea una verdadera regla de derecho.

VII) La estructura del Derecho es única. La distinción en derecho subjetivo y objetivo responde a distintos enfoques.

VIII) El Derecho Positivo, como norma general superior, condiciona las reglas jurídicas que nacen del negocio jurídico privado.

IX) Uniformidad, notoriedad, legalidad, certeza y seguridad, son caracteres del Derecho Positivo que deben existir también en los derechos que nacen del Negocio Jurídico.

X) El Orden Público actual tiene una fuerte movilidad y flexibilidad como consecuencia de los hechos económicos que forman parte del ordenamiento jurídico.

XI) La Forma Notarial, con objetividad permanente, y en concordancia con el Orden Público, revela las relaciones que crea la autonomía del voluntarismo.

EN CONCLUSION:

LOS PRINCIPIOS JURIDICOS SUSTANCIALES CONSERVAN TODO SU VIGOR. EL NOTARIO, TECNICO EN DERECHO, ADAPTA IMPARCIALMENTE LA AUTONOMIA DEL VOLUNTARISMO A LOS PRINCIPIOS JURIDICOS ESENCIALES Y LO REVELA EN EL INSTRUMENTO QUE CREA, CON SEGURIDAD JURIDICA, PLASTICIDAD PERMANENTE, LEGALIDAD Y CREDIBILIDAD FORZOSA.