

ESTRUCTURA FORMAL DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS ROMANOS Y EN LA ACTUALIDAD¹.

FORMAL STRUCTURE OF ROMAN AND MODERN LEGAL TRANSACTIONS

Por Cecilia Susana Benetti^{2(*)}

Resumen: Una sociedad primitiva que desconoce técnicas más sofisticadas de protección jurídica y que teme que la simple ley del más fuerte se imponga, debe recurrir, sin duda, a normas rígidas que determinen la forma en la que deben cumplirse ciertos actos de relevancia social y jurídica, para que el respeto de esa forma se convierta en límite de la posible dominación o abuso por parte del más fuerte; el respeto de la forma, pues, como mecanismo de equiparación de dos desiguales y a la vez como instrumento para mantener el orden social. Eso fue lo que sucedió en la sociedad romana arcaica en donde el formalismo jurídico negocial fue el único medio posible del tráfico jurídico

Palabras claves: Sociedad, tráfico jurídico, negocio jurídico

Abstract: A primitive society that is unaware of more sophisticated techniques of legal protection and that fears that the simple law of the strongest will be imposed, must undoubtedly resort to rigid rules that determine the way in which certain acts of social and legal relevance must be carried out, so that respect in this way becomes a limit to possible domination or abuse by the strongest; respect for form, then, as a mechanism for equalizing two inequalities and at the same time as an instrument to maintain social order. That was what happened in archaic Roman society where legal negotiation formalism was the only possible means of legal traffic.

Keywords: Society, legal traffic, legal business



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. © Universidad Católica de Córdoba

[https://doi.org/10.22529/rdr.2025\(7\)07](https://doi.org/10.22529/rdr.2025(7)07)

¹ Artículo recibido el 10 de Septiembre de 2025 y aprobado para su publicación el 6 de Octubre de 2025.
^{2(*)} Abogada. Universidad Nacional de Córdoba (UNC)Técnica en Administración en RR HH. Adscripta de Derecho Romano Cátedra “B” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Romano “Dr. Agustín Díaz Bialet” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Profesorado en Ciencia Jurídico (En curso) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Correo Electrónico: cecibenetti05@gmail.com-

ESTRUCTURA FORMAL DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS ROMANOS Y EN LA ACTUALIDAD

I. INTRODUCCIÓN

En cuanto al tema de investigación dio sus primeros frutos en la interpretación de los fenómenos jurídicos que no puede hacerse sin una atenta valoración de la situación social. De esta manera, la aceptación o el rechazo del formalismo jurídico, así entendido, ha sido el rasgo distintivo o la señal particular de períodos importantes del derecho romano, o cuando menos ese formalismo se ha convertido en el elemento que ha permitido explicar el paso de un período a otro: así por ejemplo, en la experiencia de la época arcaica romana, la actividad negocial aparecía dominada, en gran medida, por la forma de los negocios; sin embargo, cuando Roma comienza a afirmarse como potencia comercial gracias al tráfico en el mar Mediterráneo, a partir del siglo III a. C.5, ese paso de una sociedad agrícola a una mercantil, definitivo en la historia de Roma, corre parejo al surgimiento de un nuevo derecho, obra del pretor, que a su vez comporta el relajarse del formalismo, lo que sin duda marca un cambio de época la cual vamos a ir desarrollando a lo largo del trabajo. Por esto el formalismo romano es un producto típico de su propia época y concebido como medio para permitir un correcto funcionamiento de los procesos económicos y sociales; formalismo antiguo y moderno como un problema de fuentes del contrato (fuentes del derecho) y del alcance de la autonomía de la voluntad.

Un tema que amerita un estudio profundo y del que aquí se darán las bases o los puntos de partida.

También veremos si la sociedad moderna, la llamada sociedad global, con sus modernos procesos de producción y distribución, con sus grandes espacios de la libre economía, de las empresas competidoras, del intercambio de bienes, se identifica con el mercado pero por supuesto dejar a la lógica de ese mercado la creación de sus propias reglas jurídicas se reveló inmediatamente como un peligro para la gran masa de población que a él concurre en condiciones de inferioridad frente a quienes regulan su funcionamiento..

II. FORMALISMO EN EL DERECHO ROMANO

El formalismo imperante en la sociedad romana más antigua no tiene un carácter accidental, constituye por el contrario un elemento característico de la

ESTRUCTURA FORMAL DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS ROMANOS Y EN LA ACTUALIDAD

mentalidad del pueblo romano, que “en su visión dinámica concibe el derecho esencialmente en función de aplicaciones concretas, que operan al lado de definiciones por género y especie cuando ello resulta oportuno”³

Multitud de principios políticos y, en general, las relaciones sociales que poseían alguna importancia se encontraban marcadas por el rigor de la forma, así como la forma exterior de los negocios estaba minuciosamente regulada por el derecho. En efecto, los antiguos romanos, en la exteriorización de las ideas, de los acuerdos, de sus mandatos, acudían a expresiones palpables en las que se vertía la esencia de los mismos, y que podían estar constituidas por actos, ritos, gestos, o precisas expresiones orales, que simbolizaban, representaban o personificaban tales manifestaciones. De allí que se sostenga que el sistema negocial romano primitivo es “un sistema dominado por la forma, aunque ello no fuese sino reflejo de un hecho más general, cual era que el sistema de las comunicaciones sociales, en esa sociedad, estaba confiado a un lenguaje de señales típicas”.⁴ Lenguaje éste en el que se hacía evidente el esfuerzo por hacer visible lo invisible, y que está presente en todo el mundo romano. El amor por la forma domina, como es sabido, la vida privada y la pública, así como la vida religiosa. Formas determinadas regulaban “el culto, los sacrificios, las oraciones, el voto, los auspicios, en resumen, todo contacto con los dioses”⁵, y así, la actividad de los comicios, de la asamblea senatorial, las declaraciones de guerra y los tratados internacionales. La tendencia formalista se hacía presente en los aspectos más comunes de la vida cotidiana: el vestido distinguía “al libre, al esclavo, al pupilo, al que estaba bajo tutela, al senador patricio y al plebeyo, al caballero y al ciudadano común, al magistrado en la ciudad o de viaje, al acusado, al aspirante a un cargo, es decir el aspecto exterior indicaba la

³ F. GALLO. “La concretezza della giurisprudenza romana”, Index, 5, 1974/75, 1-12, 15-19. Por cuanto, como sostiene el autor, no es posible desconocer el aporte hecho por los romanos a la “abstracción que está implícita en el derecho”. Pero, a su vez, se resalta cómo en la experiencia jurídica romana la construcción que elabora el jurista, determinada por la solución de un caso concreto, lo lleva a demostrar la relatividad de algunos problemas generales.

⁴ CORBINO. Il formalismo negoziale nell’esperienza romana, cit., 71. En la Roma arcaica, las formas no tenían en el mundo del derecho una valencia distinta de la que tenían en el mundo de la religión o en el mundo de los privados: servían para asegurarle a la voluntad la eficacia que le nacía de la posibilidad de ser reconocida (en el presente) y memorizada (para el futuro); V. GIUFFRÈ. “Forma ed intento negoziale”, Labeo, 42, 1996 (1), 512, quien sostiene que toda vez que en ninguna sociedad, y menos en las sociedades antiguas, la comunicación está confiada solamente a la palabra, se hace también uso, en los negocios más comprometedores, de “técnicas del cuerpo”, gestos y actitudes contextuales, además del uso de determinados objetos hechos de determinadas materias

⁵ VON IHERING. Ob. cit., 674.

ESTRUCTURA FORMAL DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS ROMANOS Y EN LA ACTUALIDAD

posición jurídica”⁶. Lo arcaico no es más simple o más complejo que lo moderno, es diferente, y una de las claves que nos permite apreciar tal diferencia es la concepción romana del formalismo

2.1 El formalismo en el derecho antiguo

En Roma, la complejidad y rigurosidad de las formalidades revestían mayor o menor medida según el negocio de que se tratara, así por ejemplo, la sponsio requería simplemente la pregunta del acreedor y la respuesta del deudor conforme a la utilización de un verbo determinado, spondere; otros negocios exigían la aplicación de fórmulas concretas en una precisa sucesión: familiar emptio, nuncupatio; en fin, existían otros actos que estaban estrictamente reglados en todos sus detalles, y obedecían a formalidades precisas e invariables, como sucedía en el caso del testamento, donde la ausencia de una de tales formalidades daba lugar a la invalidez de todo el negocio⁷. Por otra parte, en algunos casos las exigencias formales estaban planteadas en términos generales, en la medida en que el acto no exigía un específico rigor verbal o gestual, como era el caso de la traditio, en donde si bien la entrega debía verificarse por medio de uno de los comportamientos típicos exigidos (datio rei, entrega de las llaves apud horreum, etc.), ninguno de ellos exigía un rito gestual específico. En la Ley de las XII Tablas se encontraban contemplados una serie de negocios que se caracterizaban por un “exasperado rigor de las formas”⁸, entre los cuales podemos mencionar a: la adrogatio⁹, la confarreatio¹⁰, la manumissio¹¹, el testamentum¹².

2.2 Diversas manifestaciones de la forma

⁶ VON IHERING 675.

⁷ VON IHERING. El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo, cit., 648.

⁸ CORBINO. Il formalismo negoziale nell'esperienza romana, cit., 7-8.

⁹ GAYO 1.99.- “Por la autoridad del pueblo adoptamos a aquellos que son independientes, especie de adopción que recibe el nombre de arrogación, ya que a aquél que adopta se le ruega, es decir, se le interroga si quiere tener como hijo con arreglo a derecho a quien va a ser adoptado, y a éste se le interroga si tolera que así se haga, y al pueblo se le interroga si determina que así se haga.”

¹⁰ GAYO 1.112.- “Por el pan ‘farreo’ entran bajo la manus mediante una especie de sacrificio que se hace a Júpiter Farreo ofreciéndose un pan de trigo, de ahí que se emplee también el nombre de confarreatio, requiriendo además la validez jurídica del acto otros muchos ritos, pronunciándose palabras determinadas y solemnes y estando presentes diez testigos.”

¹¹ GAYO 2.267.- “En cambio, el que recibe la libertad directamente por testamento, por ejemplo, de este modo: que mi esclavo Estico sea libre, o de este otro: ordeno que mi esclavo Estico sea libre, éste se hace liberto del propio testador. No puede conseguir la libertad directamente por testamento quien no fuera de la propiedad civil del testador, tanto cuando éste hizo testamento, como cuando murió”.

¹² GAYO 2.101.- “En un principio hubo dos clases de testamento: o se hacía testamento ante los comicios convocados, que estaban destinados dos veces al año a la confección de testamentos, o en procinctu, esto es, cuando se tomaban las armas para la guerra, pues se llama procinctus el ejército preparado y armado. Así, pues, el primero se hacía en tiempo de paz y tranquilidad, y el segundo al salir a la batalla.”

ESTRUCTURA FORMAL DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS ROMANOS Y EN LA ACTUALIDAD

En Roma, la formalidad de los negocios podía consistir en signos, acciones, palabras, fórmulas y formularios. Los signos y las acciones podían ser simbólicos o representativos. El carácter simbólico de signos y acciones se manifestaba, como explica IHERING¹³, de muy diversas maneras; así por ejemplo, con la lanza, símbolo del combate, se aludía a la propiedad, como quiera que el botín de guerra fue la forma originaria de ésta última; el anillo servía para atestiguar, en cuanto era signo de veracidad y ostentaba la calidad de libre de quien lo usaba, de ahí que se acostumbrase darlo en prenda en los espousales y en la venta; el pan era símbolo de la comunidad doméstica, por lo que se usaba en la confarreatio; la cabeza simbolizaba la capacidad y los derechos inherentes a la personalidad. Por su parte, el uso de la mano era particularmente rico en significados, con la mano se simbolizaba la paz, la fidelidad, el compromiso, se manifestaba sumisión, se imploraba, se invocaba la fides, entre otros muchos ejemplos.

La formalidad además podía consistir en llevar a cabo un acto aparente, como sucedía con la mancipatio realizada con fines de venta de una res mancipi, que consistía precisamente en la representación de dos elementos de la venta (prestación de la cosa y pago del precio), que se verificaban de manera figurada simplemente mediante el cumplimiento de las formalidades relativas al pago y a la entrega de la cosa (que en realidad no se entregaba sino que sólo se daba por aprehendida simbólicamente)¹⁴. Por su parte, en la iure cessio o cesión judicial, se representaba una reivindicación simulada en la que el adquirente hacía las veces de reivindicante y el cessionario se absténía de cualquier contravindicatio, por efecto de lo cual el pretor adjudicaba al cessionario el bien que éste en apariencia había reivindicado.

Las palabras sacramentales en el derecho romano antiguo estaba dominado por la oralidad, por la convicción de que los efectos jurídicos se alcanzaban mediante el pronunciamiento de determinadas fórmulas, las cuales por su propia virtud intrínseca producían un determinado resultado. Es por ello que en el derecho romano arcaico uno de los elementos característicos del formalismo residía en el pronunciamiento de las verba sollemnia; la palabra, el nomen, la fórmula ritual o “carmen”, los concepta verba ocupaban un lugar preeminente en el mundo arcaico. Estas declaraciones orales, acompañadas de gestos como parte de un ceremonial orgánico, eran generalmente

¹³ VON IHERING. El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo, cit., 707-717.

¹⁴ GAYO 1.119

ESTRUCTURA FORMAL DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS ROMANOS Y EN LA ACTUALIDAD

pronunciadas por la parte que se beneficiaba de ellas o, en los litigios, por aquélla que afirmaba la pretensión, y su omisión daba lugar a la nulidad del acto, en virtud de que las mismas se encontraban revestidas de suma obligatoriedad.

Las fórmulas constituían un modelo abstracto de expresión de la voluntad, la manera exclusiva conforme a la cual un determinado acto debía cumplirse, bajo pena de nulidad. Podían ser de diversa naturaleza, y fijaban de manera clara el verdadero objeto de la cuestión; algunas eran extremadamente largas y complicadas, como aquélla de la *devotio* que comportaba un ceremonial complejo¹⁵, sin que dejara mayor espacio para la determinación de las partes; otras eran más simples o, incluso, estaban constituidas por una sola palabra, cómo era el caso de la *sponsio*. Se conformaban por lo general de una parte abstracta ya predeterminada y de una concreta o individual, lo que en algunos casos dejaba cierto juego a la expresión de las particularidades del negocio, como se desprende de un pasaje de GAYO¹⁶, mientras que en otras oportunidades no había mayor libertad de acción, como sucedía en el caso del testamento, donde la fórmula estaba completamente reglada. El rigor formalista de algunas de esas fórmulas era tal que la modificación de una sola palabra podía conducir a la pérdida del proceso¹⁷; o la omisión de una palabra, o el simple cambio de género¹⁸ o la alteración del orden en que debían pronunciarse podían dar lugar a la nulidad de todo el negocio; así como, a diferencia de lo que sucedía en el *ius gentium*¹⁹, en los negocios de *ius civile* no era admisible la traducción de fórmulas o palabras sacramentales a lenguas diversas del latín²⁰. Entre las fórmulas encontramos algunas de carácter elástico, como quiera que si bien los puntos esenciales eran fijos e inmodificables, al ser adaptadas a ciertos negocios, los aspectos no esenciales podían ser modificados con el fin de que reflejasen de manera más fiel los intereses particulares de las partes; era el caso de la *cognitoris datio*, o de la constitución de un usufructo a término por *in iure cesio*. De otra parte, había fórmulas fijas e invariables, que eran aquellas en las que no resultaba admisible hacer referencia a las circunstancias particulares de la negociación; hacen parte de esta

¹⁵ Cuyos detalles nos describe LIVIO en 8.9.6-8;

¹⁶ 7 GAYO 4.16.

¹⁷ Un ejemplo del imperio de la formalidad en el terreno procesal nos lo presenta GAYO 4.11

¹⁸ AULO GELLIO noctes Att. 11.1.4.- “

¹⁹ VON IHERING. El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo, cit., 728-729.

²⁰ GAYO 3.93

ESTRUCTURA FORMAL DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS ROMANOS Y EN LA ACTUALIDAD

especie de fórmulas aquella típica del testamento y del familiae emptor²¹, y la de la reivindicación²².

3. Función del antiguo formalismo romano

En Roma la función primordial de la forma estaba ligada a la garantía del ejercicio de los propios derechos, a permitir su reconocimiento exterior por la sociedad entera y con ello de alguna manera tendía a la igualdad entre quienes concurrían en las diversas esferas del mundo romano a la realización de actos religiosos, políticos, jurídicos o sociales, como quiera que, cualquiera fuera la condición de aquél que los realizara, unas solas eran las formas que regían la validez de los mismos. Y en ese sentido, puede decirse que “el formalismo de la edad primitiva constituye la primera victoria de la sociedad sobre el particular, de la nación sobre el grupo familiar: en ese formalismo la independencia arcaica del pater encuentra un límite inderogable. La transferencia de una res mancipi no podía darse al arbitrio de las partes, sino que éstas debía ajustarse al rito de la mancipatio; la constitución de un vínculo obligatorio exigía la observancia de las formas del nexum o de la sponsio; la liberación del deudor debía cumplirse con el pronunciamiento de la fórmula determinada de la nexi liberatio y de la acceptilatio. A la lucha desarreglada y violenta de la edad primitiva sigue el proceso, en un principio puramente voluntario y luego obligatorio; y es en el proceso, en cuanto relación extrema entre hombres en lucha, donde opera el formalismo de manera más enérgica. IHERING pone en evidencia la particular relación entre forma y libertad, que liga en una dependencia mutua y recíproca ideas aparentemente contradictorias, pues mientras con la segunda se busca garantizar el desarrollo más amplio de la voluntad material, con la primera se reduce estrictamente esa libertad desde el punto de vista formal; paradoja ésta que se resuelve cuando se entiende, como lo hizo el pueblo romano, que en lugar de un yugo, la forma se convierte en “vigía de la libertad”²³. Ciertamente, la libertad del ciudadano encuentra su sustento primigenio en el propio sentido de responsabilidad, pero a su lado, apoyándola de manera sustancial, está presente la forma, que constituye el ropaje de los negocios y de los actos procesales, no en calidad de mero símbolo exterior de los mismos, sino como representación de su esencia. De allí que se sostenga que, “la libertad es más deber que derecho”, pues su

²¹ GAYO 2.104

²² GAYO 4.16

²³ VON IHERING. El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo, cit., 640-641

ESTRUCTURA FORMAL DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS ROMANOS Y EN LA ACTUALIDAD

ejercicio implica la obligación de cumplir con “la propia forma, la liturgia, la solemnidad misma a la que el hombre ha de sujetar su obrar negocial o procesal”²⁴. Esta función de la forma como límite de la arbitrariedad y a la vez como garante de la libertad es exaltada insistente por IHERING, para quien “la forma, enemiga declarada de lo arbitrario, es hermana gemela de la libertad. Es el freno que detiene las tentativas de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia. La que dirige la libertad, la que la contiene y la protege”²⁵.

3.1 La forma da certeza

En Roma antigua, la forma cumplía la función de dar certeza en todos los campos de la vida social, y particularmente en la esfera jurídica, la forma servía para asegurar la seriedad, el reconocimiento objetivo y la eficacia de la voluntad y, en consecuencia, servía para hacer estables los resultados perseguidos con el comportamiento de las partes²⁶. El rigor del formalismo no carece de sentido, pues consiente resolver el problema de la certeza de las relaciones que se surten al interior de la comunidad²⁷. La existencia de la voluntad jurídica supone ante todo la posibilidad de que la misma pueda ser reconocida, lo que se logra cuando ella es exteriorizada por medio de manifestaciones apreciables u objetivas, esto es, asumiendo una forma socialmente legitimada para tal fin, pues “la forma es el contenido bajo el punto de vista de su visibilidad”²⁸. Las formalidades del derecho romano estaban ligadas a la convicción de que las mismas poseían una virtud intrínseca de la cual emanaban los efectos jurídicos propios de los actos, con lo que estos quedaban revestidos de certeza y protegidos frente a posibles controversias.

3.2 La forma determina el tipo de negocio jurídico

En el derecho romano antiguo los negocios formales eran típicos, en el sentido que, para cada efecto, se encontraba prevista una forma específica correspondiente, de manera que la voluntad de los particulares no podía modificar la estructura ni la función de aquellos. Esa forma constituía, en consecuencia, el medio exclusivo para la realización de tal fin; y puesto en movimiento se convertía en indicativo, en modo unívoco, del efecto que se quería producir. Entonces, el carácter intrínseco de los

²⁴ J. IGLESIAS. Espíritu del derecho romano, Madrid, 1984, 45-46.

²⁵ VON IHERING. Ob. cit., 641.

²⁶ CORBINO. Il formalismo negoziale nell’esperienza romana, cit., 52.

²⁷ 6 BRETONE. Storia del diritto romano, cit., 114.

²⁸ VON IHERING. El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo, cit., 641.

ESTRUCTURA FORMAL DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS ROMANOS Y EN LA ACTUALIDAD

negocios se refleja en la forma que adoptan. Así, en la *stipulatio*, la pregunta hecha a una persona determinada, ponía en evidencia el vínculo personal que surgía de la relación obligatoria (*in personam*); en la *in iure cessio* y en la *mancipatio* el aserto y la afirmación, en cuanto manifestaciones rotundas de la forma no relativas a persona alguna, hacían emerger el carácter absoluto de los derechos que involucraban tales actos (*in rem*); y el testamento asumía la forma de orden o mandato, que ponía de relieve el ejercicio de una plena autonomía en la que aquél encontraba su esencia²⁹. Por otra parte, y a título de ejemplo, en los negocios que se perfeccionaban mediante el pronunciamiento de la *verba sollemnia*, las formas verbales exigidas en cada uno de ellos variaban según el acto de que se tratara. Así, el uso del imperativo resultaba propio de actos como la ley³⁰, las disposiciones testamentarias³¹ y el llamamiento hecho por un particular cuando éste tenía seguridad de que sería obedecido (como sucedía cuando se trataba de testigos que habían prometido su cooperación, o cuando el *libripens* se dirigía a la parte³²); mientras que el requerimiento dirigido al adversario jamás podía expresarse en imperativo, porque en ese caso la parte no tenía nada que ordenar a la otra³³. A la vez, el uso del indicativo expresaba afirmación, declaración, seguridad y comprobación, como sucedía en la *mancipatio* cuando el adquirente afirmaba la propiedad sobre el bien³⁴. “La forma es, pues, el sello de la voluntad jurídica. Pero del mismo modo que distingue aquello que es jurídico de lo que no lo es, así también puede distinguir entre las cosas jurídicas, es decir señalar la diferencia entre los diversos actos jurídicos”³⁵. De manera que el formalismo antiguo romano propio del *ius civile*, se adecua perfectamente al efecto jurídico de los actos.

4 Incidencia de la aparición de la sociedad mercantil

Entre el fin de la fase arcaica y el último siglo a. C. Roma sufre una significativa transformación que conduce a la antigua sociedad, esencialmente agrícola e inspirada en una concepción potestativa, a convertirse en una sociedad imperial con amplio desarrollo mercantil, en la cual emerge el elemento económico patrimonial como determinante en la creación de novedosas figuras contractuales adecuadas a la nueva

²⁹ VON IHERING. El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo, cit., 650-651.

³⁰ Ley de las XII Tablas (Tab. 3, 6, 7)

³¹ GAYO 2.201

³² GAYO 2.104

³³ GAYO 4.16

³⁴ GAYO 1.119

³⁵ VON IHERING. Ob. cit., 658

ESTRUCTURA FORMAL DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS ROMANOS Y EN LA ACTUALIDAD

realidad; ésta que traducida en términos jurídicos vendría a integrar un núcleo normativo con vocación universal, el *ius gentium*, dentro del que se destacan especialmente aquellas instituciones forjadas a partir del oportere ex fide bona, núcleo característico del *ius Gentium*. En dicho contexto, la oralidad y el formalismo en los cuales estaba inmerso el mundo romano antiguo no dejaban un adecuado espacio a las recientes exigencias del nutrido tráfico comercial en el cual se adentraba Roma; se requerían formas negociables más flexibles que ampararan las relaciones aún no reconocidas. En efecto, la presencia de nuevos actores en la naciente realidad negocial romana hizo evidente la necesidad de regular de manera más amplia la coexistencia de derechos diversos y de ampliar el régimen de protección jurídica previsto para el comercio con peregrinos. Los instrumentos contractuales de los que se disponía originariamente en las relaciones entre ciudadanos romanos y peregrinos eran muy restringidos. Como resultado de este proceso, la forma sólo valdría como manifestación, dejaría de poseer en sí misma su fuerza y significado, los cuales vendrán a residir ahora en la voluntad misma de quien realizaba el acto. Ello condujo a que paulatinamente se llegara al sucesivo prevalecer de las formas promisorias sin sujeción, cuya fuerza vinculante se fundaría en la “*fides*”. Así, se admitieron diversos negocios exentos de toda forma solemne, celebrados simplemente mediante la manifestación de la voluntad de las partes; a su vez, la forma, que aún prevalecía para algunos negocios, en ese momento servía preponderantemente como memoria de la celebración de los mismos.

Con la *stipulatio*, que nace durante el auge del comercio y cuando la escritura está bastante difundida, se inició el proceso que conduciría, gradual e inexorablemente, a hacer perder a la forma su valor de elemento determinante no sólo para la certeza y el reconocimiento de la voluntad sino también en lo que hace a su eficacia.

El relajamiento de las formas que se operó en esa época estableció algunas diferencias entre la *stipulatio* y aquella *sponsio* que le sirvió de origen. Así, mientras la abstracción de la *sponsio* era infranqueable, en el sentido que frente a una causa inexistente o ilícita el negocio seguía siendo válido para el *ius civile*, la abstracción de la *stipulatio* era sólo relativa, en el sentido que frente a tales hipótesis el *pretor* otorgó dos remedios: la *denegatio actionis* y la *exceptio doli*³⁶, con los que liberaba al promitente del cumplimiento de un negocio formalmente perfecto, pero que adolece de

³⁶ GAYO 4.116

ESTRUCTURA FORMAL DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS ROMANOS Y EN LA ACTUALIDAD

causa insubstancial o ilícita. Es decir, en este estadio, la forma no impidió, como sí sucedió en el derecho romano arcaico, la consideración de la relevancia sustancial de la *conventio*³⁷ y de sus vicisitudes.

5 El formalismo en la época de Justiniano

Durante el Principado se mantuvo la tendencia a privilegiar el aspecto sustancial del negocio, se redujo el espacio de las formas impuestas, y se dio siempre mayor reconocimiento a la capacidad directa de la voluntad de producir efectos, independientemente de cómo se exteriorizara la misma, a la vez que se consolidó la práctica de confiar la memoria del negocio al documento escrito (*testationes* y *quirógrafos*)³⁸. Todas las formas verbales antiguas cayeron en desuso o se encontraban expresamente abolidas, de manera que en la práctica no existía forma impuesta distinta de la escrita –la cual se exigía sólo para algunos casos–, excepción hecha de la hipótesis –residual– en que se exigía que el consentimiento fuera acompañado de determinado comportamiento, como por ejemplo, la *praesentia*³⁹ en la *auctoritas tutoris*, o la *testatio*⁴⁰ en la constitución del concubinato. La forma escrita del derecho justiniano, en cualquier caso, se impuso de una manera general, en el sentido que no fue esencial, como en el pasado, el uso de determinadas expresiones, sino únicamente el hecho que el consentimiento fuese manifestado por escrito y de manera inequívoca. Como puede observarse, la forma perdió muchas de sus antiguas funciones, entre las cuales la de conferir eficacia a la voluntad y la de volverla objetivamente reconocible, y así, el espíritu del formalismo antiguo decayó, el rigor en la utilización de las palabras desapareció, y con ello se desvaneció también “el sentido y la inteligencia del sistema formalista”.

III. FORMALISMO EN EL DERECHO MODERNO

Los medios de expresión de la voluntad jurídica son de variada índole, bien pueden constituir un escrito, una palabra, una acción, un signo, un acto, o hasta el silencio; estos medios de expresión pueden ser libremente adoptados por las partes cuando el derecho así lo admite, o pueden estar delimitados por exigencias de ley, al

³⁷ D. 23.3.21 ULPIANO

³⁸ GAYO 3.128

³⁹ D. 26.8.9.5 GAYO

⁴⁰ D. 25.7.3 pr.-1 Marciano; Instituta, libro XII

ESTRUCTURA FORMAL DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS ROMANOS Y EN LA ACTUALIDAD

punto que en el evento en que no se haya utilizado el establecido para el caso, la manifestación de voluntad pueda quedar sin efecto o llegue a tener apenas un efecto limitado. Con la concepción moderna de una forma que no es constitutiva, no se hace necesaria la riqueza de las formalidades creadas para actos particulares que imperó en el derecho antiguo, sino que en su lugar se crean tipos de formas generales, cuya utilización se encuentra prevista para los más diversos actos negociales. Conviene diferenciar entre el acto formal y la mera restricción de la forma, el primero es aquél en el cual la validez depende de una forma legalmente determinada de manera cierta, por lo que la inobservancia de la forma jurídicamente prescrita para la manifestación de la voluntad genera invalidez del acto o de la cláusula respectiva, de manera que la forma posee existencia propia; mientras que en la restricción de la forma la expresión de la voluntad se encuentra limitada de una manera negativa, como cuando la ley prohíbe manifestaciones tácitas o la realización de las mismas en determinada sede o en un período determinado.

La forma de los negocios jurídicos en el derecho científico contemporáneo, vengamos a ver ahora el tratamiento que la materia ha tenido en la reciente reforma del Código Civil, en un área que está íntimamente vinculada al derecho comercial, en razón de la genérica remisión que hace el artº 207 del Código mercantil. El Código Civil Argentino establecía en el artº 1184, ubicado en la sección III, del libro II, bajo el acápite de "las formas de los contratos", que debían "ser hechos en escritura pública, bajo pena de nulidad, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública ..." y aquí seguía una enumeración de once incisos. La reforma de 1968 ha suprimido la sanción de nulidad del mencionado precepto y sólo ha mantenido esa pena para el caso del contrato de donación que no fuese otorgado por escritura pública (art. 1810, C.C.). ¿Cuál es el sentido y alcance que tiene esta reforma introducida a la forma de los contratos? La ley 17.711 se ha apartado en esta materia, al quitar la pena civil de nulidad a la inobservancia de la forma solemne, de las fuentes que el codificador tuvo en vista al legislador el artº 1184.

Que el legislador de 1968, al quitar la sanción de nulidad del artº 1184, se ha apartado de las fuentes legislativas del Código Civil en la materia; Que las tendencias del derecho comparado se manifiestan en el sentido ahora receptado por la ley 17.711.

ESTRUCTURA FORMAL DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS ROMANOS Y EN LA ACTUALIDAD

Aceptado que el sistema de las formas de los contratos ha tornado a un régimen de libertad, con exclusión del caso de la donación, resta por examinar si la supresión de la sanción de nulidad del arto 1184, autoriza a considerar que se ha pasado allí de un conjunto de formas exigidas "ad solemnitatem" a otras meramente reclamadas "ad probationem". Sobre el particular, y teniendo en cuenta que es imposible conocer a ciencia cierta el querer del legislador de 1968 (Orgaz habla de las dificultades de desentrañar sus fines por la hermeticidad de su factura), es dable arriesgar la opinión de que al suprimir el apercibimiento de nulidad se ha querido, efectivamente, zanjar la discusión que discurría acerca del carácter solemne de los actos mentados por el arto 1184. No obstante, es bueno tener en cuenta que subsisten los antiguos textos de los arts. 975, 976 y 977 del código civil declaran la ineeficacia de todos los actos jurídicos -lo que acepta expresamente el arto 1182 al ordenar su aplicación a los contratos⁴¹ que no observen la forma encarecida por la ley, por lo que es menester concluir que los del arto 1184 siguen siendo actos formales, aunque tengan la posibilidad de la conversión⁴². Por esto podemos afirmar que el legislador de 1968, al quitar la sanción de nulidad del arto 1184, se ha apartado de las fuentes legislativas del Código Civil en la materia; Que las tendencias del derecho comparado se manifiestan en el sentido ahora receptado por la ley 17.711: Que la supresión de la pena civil de nulidad, para el caso de inobservancia de la forma en el arto 1184, no significa, sin embargo. Erradicarla como sanción, ya que ella se encuentra impuesta por los arts. 975, 976 y 977, que hacen un plexo unitario y continuo con el arto 1184; Que la supresión de la sanción de nulidad no transforma a los actos solemnes enumerados en el arto 1184 en actos "ad probationem", categoría que carece de autonomía conceptual y de recepción en el derecho civil argentino; Que la conversión del acto nulo, aceptada por el arto 1185, constituye un efecto especial conferido por la ley al acto de forma solemne, sin que ello lo transforme en acto "ad probationem".

IV. CONCLUSIÓN

⁴¹ Conf.: César Augusto ABELENDÁ, "La forma en los contratos del derecho civil", Corrientes, 1957, p. 18

⁴² 8 Conf.: GIORGÍ, "Teoría de las obligaciones en el derecho moderno", T. III, p. 131. Conf.: Lisardo NOVILLO

ESTRUCTURA FORMAL DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS ROMANOS Y EN LA ACTUALIDAD

Una sociedad primitiva que desconoce técnicas más sofisticadas de protección jurídica y que teme que la simple ley del más fuerte se imponga, debe recurrir, sin duda, a normas rígidas que determinen la forma en la que deben cumplirse ciertos actos de relevancia social y jurídica, para que el respeto de esa forma se convierta en límite de la posible dominación o abuso por parte del más fuerte; el respeto de la forma, pues, como mecanismo de equiparación de dos desiguales y a la vez como instrumento para mantener el orden social. Eso fue lo que sucedió en la sociedad romana arcaica en donde el formalismo jurídico negocial fue el único medio posible del tráfico jurídico. Un formalismo querido, una creación jurídica consciente y calculada, un lenguaje de signos profundo y perfectamente meditado. La sociedad actual, la llamada sociedad globalizada, heredera de una larga tradición de derecho y que ha llegado a los más altos grados de refinamiento en su dogmática jurídica, parece optar de igual manera por un formalismo protector, y no precisamente porque no conozca o no pueda acudir a otros mecanismos de tutela. Esto nos indica que al parecer el formalismo jurídico no tiene correspondencia con el grado de evolución del derecho, o más bien, que ese formalismo, más allá de responder a un determinado estadio de la evolución jurídica, participa de unos elementos que trascienden la sociedad en la que se aplica. El formalismo, más que modo de hacer, es certeza, pues determina los resultados que se siguen al comportamiento desplegado; más que requisito, determina el tipo y los efectos del negocio; más que ritual o gesto, es transparencia y es publicidad; más que imposición, es libertad, pues la forma garantiza la correcta participación en el tráfico. Por esto nos resulta de trascendental importancia conservar una estructura interna del sistema de formalidades en la que exista un principio rector que rija la aplicación de las formas y que permita identificar una unidad de consecuencias determinada por su función, evitando una arbitraria diseminación de las mismas, así como un uso perverso y acomodado de estas en detrimento de la lealtad con tractual ese principio, por supuesto, es la buena fe. La protección del contratante débil se erige en un factor de cohesión que aglutina una parte importante de las formalidades imperantes en el derecho moderno; el retorno a las formas encuentra pues toda validez siempre que recordemos que son los principios y particularmente la buena fe, los que deben estar vigilantes sobre la forma.

ESTRUCTURA FORMAL DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS ROMANOS Y EN LA ACTUALIDAD

V. BIBLIOGRAFIA

- Conf.: César Augusto ABELENDI, "La forma en los contratos del derecho civil"Corrientes, 1957, p. 18
- Conf.: GIORGI, "Teoría de las obligaciones en el derecho moderno", T. III, p. 131. Conf.: Lisardo NOVILLO.
- SALVAT, Tratado de derecho civil, parte general, T. 2., p. 158, N° 1643.
- LLAMBIAS, Tratado, II, p. 395.