

*CONFERENCIA DICTADA EL 9 DE AGOSTO DE 1996 A
SOLICITUD DEL MOVIMIENTO ESTUDIANTIL LEX 81.
AULA LEONIDAS ORTEGA.
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE GUAYAQUIL*

Galo García Feraud

LO FORMAL Y LO FUNDAMENTAL EN EL DERECHO

Apuntes bibliográficos para la revisión del tema.

1. INTRODUCCIÓN. -

Lo formal y lo fundamental constituyen dos categorías que, ineludible y frecuentemente, deben ser ponderadas cuando tenemos que estudiar y aplicar las instituciones y las normas jurídicas.

Es algo así como estar siempre a la "clásica díada entre la sustancia y la forma", porque la sustancia corresponde a lo fundamental, a lo de fondo, a lo principal, mientras la forma, importante como es, implica el continente esencial que tiene que ser valorado en su significación lógica, como intentaremos explicar a continuación.

La palabra forma y sus derivados formal y formalidad, pueden ser conceptuadas con diversas connotaciones. La palabra forma en el derecho puede servirnos para concebir la idea lógica, noción universal del derecho, signo de juricidad, pero también puede servir para remitirnos a los elementos y apariencias externas que una determinada disposición jurídica exige como necesarios para que las actuaciones tengan o produzcan ciertas consecuencias jurídicas, como podría ser el caso de una escritura pública que, necesariamente, debe otorgarse para perfeccionar una compraventa de inmueble.

Las formas externas como elementos materiales son importantes y el derecho recurre a ellas para ofrecer seguridad a los interesados o partes, y todo esto puede tener una distinta valoración, según sea la exigencia que haga la norma jurídica, sin que deba llegarse a los extremos de pensar que lo más importante de todo son las formas y que el derecho todo lo desenvuelve a base de ellas.

La evolución de la humanidad y la de sus grandes momentos jurídicos ha señalado diversos sentidos y orientaciones que pueden relevarse claramente cuando analizamos la evolución del famoso Derecho Romano, cuya histórica evolución entre el ritualismo inicial (digamos anticausalista) y la época de la mayor lucidez en que el Derecho Romano acepta la causa y se vuelve causalista. Es esta una de las variaciones de mayor significación para nosotros, porque mucho del Derecho Romano causalista, que inspiró al derecho civil napoleónico, luego desarrollado en la obra de Andrés Bello, se repite en el Código Civil de nuestro país.

La palabra formal también se utiliza para calificar al derecho, cuando queremos referirnos a las normas jurídicas debidamente expedidas. En ese caso hablamos del Derecho Formal, para oponer el concepto a la informalidad, al llamado Derecho Informal, constituido por las disposiciones aplicadas, pero indebidamente expedidas, que contrarían la regularidad del orden jurídico, y por usos, costumbres o formas de actuar, administrativas o no, que se usan, aplican o exigen contra el buen sentido del orden jurídico formal. Esta informalidad en el derecho es tan frecuente que el Dr. Luis Hidalgo López ha escrito un libro sobre el Derecho Informal en el Ecuador.

Las formalidades -por su parte- son utilizadas en el ordenamiento jurídico bajo distintas perspectivas y categorías, como ustedes conocen y lo referiremos más adelante.

Entonces, la forma, lo formal y las formalidades constituyen una cara importante de la idea y de la vida jurídica, mientras en el reverso de la medalla está lo fundamental, lo que es principal, lo que es de fondo, cuya figura, relaciones y situaciones constituyen el fin propio del derecho, como vínculo y medio de coordinación objetiva entre los seres humanos y en la vinculación de las cosas con las personas naturales y jurídicas.

Lo fundamental es la sustancia, es la materia y la razón de ser del producto de naturaleza jurídica. Señala el fin que se persigue, porque el derecho es a un tiempo instrumental y finalista. Es de naturaleza instrumental porque es el sistema imprescindible utilizado para la vida y la organización social, y es finalista porque su naturaleza ideal y abstracta y su contenido persiguen un fin.

Esto nos lleva a decir que el derecho no es un fin en sí mismo, el fin será el bien común, la organización y el bienestar de la colectividad, y los propósitos concretos de cada norma en particular.

Sentados estos antecedentes, pasemos al estudio de diversos capítulos que sirven para la comprensión del tema.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DERECHO.-

DEL VECCHIO: "El estado es el órgano supremo del Derecho, pero el Derecho es una emanación de la naturaleza humana".

RECASENS SICHES: "El derecho es una forma objetivada de vida humana".

"La Vida humana es teleológica".

"Por lo mismo son teleológicas sus obras y productos".

"Habrá que distinguir cómo se proyecta su estructura finalista".

"Hay que advertir que el concepto universal del derecho no incluye referencia a finalidades concretas, pero el concepto en sí debe incluir una referencia a su finalidad esencial".

El derecho tiene una estructura finalista.

La noción universal del derecho es lógicamente anterior a la experiencia jurídica. Es un dato a priori y constituye precisamente la condición y límite de toda experiencia jurídica en general.

¿quid jus? ¹

Forma lógica = signo juridicidad

Los datos empíricos no la determinan.

La forma lógica se presupone a todo contenido.

La historia nos habla de una multiplicidad de derechos, pero no nos puede dar una definición del derecho.

Su contenido es vario, necesariamente vario.

Forma y Contenido del Derecho

Contenido: Vario-necesariamente vario.
Relativo-compenetrado con los demás hechos sociales

Mutable

Forma:

Inmutable

Elemento inmutable: implícito en nuestra mente

Noción de Juricidad: distinta y superior a las variaciones

Forma lógica	Valor objetivo - - - - - realidad
	Sede subjetiva - - - - - mente

La historia no nos puede responder sobre la esencia inmutable del Derecho.

KELSEN: TEORÍA PURA DEL DERECHO

- Idea de derecho: Idea Prima E vidente: categoría del deber ser

- El derecho pertenece a la categoría del deber ser; "es un producto normativo"

KANT: El Derecho es el complejo de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con al arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad.

III. FORMALIDADES.-

(Tomado de Arturo Alessandri RODRÍGUEZ y Manuel Somarriva Undurraga - Tomo 1, Págs. 502 y 503).

"Diversas clases de formalidades.- Las formalidades son los requisitos con que algunos actos, según la ley, deben celebrarse.

Los actos a los cuales la ley no exige formalidad alguna, se llaman consensuales o no 'formales, y los que, por el contrario, deben llenar determinada forma, reciben el nombre de formales.

Desde este punto de vista, los actos pueden calificarse en formales y no formales.

Hay diversas especies de formalidades que llevan aparejadas sanciones también diversas: cabe distinguir las solemnidades, las formalidades habilitantes, las formalidades "ad probationem" y de las medidas de publicidad. La violación de cada una produce, respectivamente, nulidad relativa, privación de un medio de prueba, responsabilidad pecuniaria e ineficacia de terceros (inoponibilidad por falta de publicidad substancial).

Las solemnidades son los requisitos externos prescritos por la ley como indispensables para la existencia misma del acto; son las formas en que, en ciertos actos, debe expresarse el consentimiento para que se considere dado. Su omisión produce la inexistencia o nulidad absoluta del acto.

Las formalidades habilitantes son los requisitos necesarios para completar la voluntad de un incapaz o para protegerlo. Si faltan, el acto existe, pero viciado de nulidad relativa.

Las formalidades de prueba están constituidas por determinadas formas que sirven como el principal medio de prueba del acto. Si no se emplean, el legislador priva el acto de determinado medio de prueba. Ejemplo: sabido es que los actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de doscientos pesos, deben constar por escrito, y si no, no pueden probarse por testigos (artículo 1.709); quedan privados de este medio probatorio. (Cfr. artículo 1754 C. C. ecuatoriano).

Las medidas de publicidad admiten una clasificación: de simple noticia y substanciales. Las primeras tienen por objeto llevar a conocimiento de los terceros "in genere" las relaciones jurídicas que pueden tener interés en conocer. Las segundas tienen por objeto no sólo divulgar los actos jurídicos, sino también precaver a los llamados terceros interesados, que son los que están o estarán en relaciones jurídicas con las partes, ya sea por su propia voluntad o por la de la ley.

Adicionalmente a lo enseñado por Alessandri y Somarriva, es necesario tomar en cuenta que las formalidades también se relacionan con las circunstancias de procedibilidad, particularmente importantes en el Derecho Procesal, pero no únicamente en este campo. Las circunstancias de procedibilidad, como sabemos, son circunstancias necesarias para que las situaciones y actuaciones sean procedentes (o sea conformes a derecho, para que valgan y para que sean eficaces).

Entre las circunstancias de procedibilidad, podemos anotar los presupuestos, los requisitos y las condiciones. Los presupuestos son los que tienen que cumplirse con anterioridad a la actuación para que ésta valga y sea eficaz. Los requisitos de procedibilidad son los que se exigen para ser cumplidos en el mismo momento de la actuación, para que ésta valga y sea eficaz. Y, las condiciones de procedibilidad son aquellas que deben darse con posterioridad a la actuación para que ésta sea eficaz (aquí no se compromete la validez).

Desde otro ángulo, el asunto de las formalidades también puede vérselo cuando hablamos, en materia sustantiva, de requisitos de fondo o de forma. Los requisitos de forma se cumplen a través de formalidades. Los requisitos de fondo miran a cuestiones sustantivas. En una compraventa de inmueble, por ejemplo, la escritura

pública es un requisito de forma, mientras el acuerdo de voluntades en la cosa y en el precio constituye requisitos de fondo.

Lo dicho anteriormente sirve para diferenciar también a las meras formalidades de los requisitos de forma, porque éstos no pueden ser omitidos. La omisión de las otras, o sea de las meras formalidades, causaría consecuencias negativas menores.

IV. "VERDAD JURIDICA OBJETIVA" VS. "EXCESO RITUAL MANIFIESTO"

(Tomado de Pedro J. Bertolino en su obra "La Verdad Jurídica Objetiva").

"El proceso "no puede ser conducido en términos estrictamente formales", sino mediante el desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte".

La verdad jurídica objetiva se ha relacionado con el "servicio de la justicia".

El exceso ritual manifiesto oscurece (o bien, impide) la obtención de la verdad jurídica objetiva, con detrimento del juicio jurisdiccional, frustrando el servicio de la justicia" (pedro J. Bertolino, obra "Exceso ritual manifiesto"). Juan Francisco Linares ha contrastado el fenómeno del "ritualismo" con los valores justicia, orden y seguridad (Recurso extraordinario y ritualismo, en "J. A.", Doctrina, 1975, p. 461.)

"Formalismo" Refiriéndose a éste, ha enseñado Enrique Véscovi que "el proceso, como conjunto de actos, está sometido a formalidades según las cuales aquellos deben realizarse con arreglo a condiciones de tiempo y lugar y de conformidad con cierto modo y orden. "Enrique Véscovi, Teoría general del proceso, Temis, Bogotá, 1984, p. 66".

Chiovenda: "el derecho es declarado y actuado a través de largas y complicadas formalidades" (Guiseppe Chiovenda, Las formas de la defensa judicial del derecho, en Ensayos de Derecho Procesal Civil, Ejea, Bs. As. , 1949, vol. 11, ps. 123 y ss.)

"La "verdad jurídica objetiva", tal como la ha venido dibujando la jurisprudencia argentina, pone en crisis la entera funcionalidad de la normativa formal para la declaración y actuación del derecho, englobando así dicha crisis, tanto las propias normas procesales, como los principios que las gobiernan. (Para una cabal apreciación de la crisis del derecho, siguen siendo vigentes, las profundas reflexiones de López de Otlate en La Certeza del Derecho. Ejea. Bs. As. • 1953. Cap. 11. ps. 63 Y ss.)" (Bertolino. Ob. cit Pág. 8).

"Eduardo García de Enterría ha destacado y explanado, certeramente, cómo el pensamiento jurídico occidental se esté conduciendo hacia una concepción sustancialista, y no formal del derecho, con relevancia de los principios generales". (Reflexiones sobre la Ley y los principios Generales del Derecho, año 1986).

ROMANOS: Decían: La aplicación mecánica de las leyes se traduciría en la suma injusticia.

El criterio de equidad se acerca a la sustancia y es una corrección de la generalidad y la abstracción. Éstas, por su propia naturaleza, no recogen un sinnúmero de detalles que configuran los casos concretos.

La norma debe plegarse, adaptarse a las sinuosidades del caso.

Equidad no es infringir la ley, sino plegaria a las varias contingencias del caso.

Concepción sustancialista:

"Tratase de una franca corriente de "cultura jurídica" en cuanto participa de los caracteres de toda manifestación cultural, implica la revalorización de determinados valores. (14. Cfr. Johannes Hessen, Tratado de filosofía; 11, "Teoría de los valores", Ed. Sudamericana, Bs. As. , 2a. , ed., 1962, trad. Juan Adolfo Vázquez). Ése es un ingrediente importante de la concepción sustancialista del derecho, en tanto la plataforma del fenómeno privilegia y potencia, a la vez, el "valor de lo real", en sí mismo considerado". (Benolino).

"La concepción sustancialista del derecho hace las veces de horizonte".

Jurisprudencia argentina: "exigir que la Cámara, por estricta aplicación del plazo para interponer aclaratoria, se vea impedida de corregir un mero defecto numérico de su pronunciamiento, importaría tanto como desconocer la unidad de las sentencias judiciales, así como amparar el predominio de una solución formal, que contradiría sustancialmente el claro resultado a que se arribó en la sentencia".

El derecho puede ser visto, según Bertolino, desde dos puntos de vista: "El estático y el dinámico, ya que aquél puede ser visualizado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento". (Hans Kelsen, Teoría pura del derecho, UNAM, Méjico, 1979, trad. Roberto J. Vemengo, capítulos IV y V).

"El momento estático queda configurado por los elementos sustanciales y cognoscitivos que sirven de base a la noción de "verdad jurídica objetiva". "El dinámico resulta conformado por el tránsito, desde aquellos elementos sustanciales,

hacia la funcionalidad finalística de la figura". "Tocamos aquí un punto neurálgico: el paso del qué es la "verdad jurídica objetiva", al cuál debe ser la conducta de los protagonistas procesales". "Impedir su ocultamiento ritual es exigencia del adecuado servicio a la justicia. (Bertolino).

"Una aplicación indiscriminada de normas importa "una renuncia sustancial de la verdad" (C. S. N., autos "Creaciones La Academia S. R. L., s/quiebra").

El Juzgador debe "determinar la verdad en sustancia" (C. S. N., autos "Bogadi, Oscar R.").

Denominaciones usadas: "verdad esencial" "verdad material" "verdad real".

"En cuanto manifestación del debido proceso adjetivo, el derecho a ofrecer y producir pruebas no excluye el deber de la administración de "requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva".

Se debe "ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes". En el Ecuador, el Art. 122 del C. P. C. consagra esta facultad.

"El derecho de defensa en juicio pondrá ser coartado por excesos rituales manifiestos que oculten la verdad jurídica objetiva en tanto con ello no se supla la actividad procesal a cargo de las partes". Este principio constitucional en el Ecuador podría desprenderse del art. 117 de la Constitución, el cual dice: "El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. No se sacrificará ésta por la sola omisión de formalidades".

V. LA VERDAD Y EL DERECHO.-

Se ha dicho que las normas jurídicas, en rigor, no pueden ser ni verdaderas ni falsas (Cfr. Klaus Adomeit, Introducción a la teoría del derecho, Civitas, Madrid, 1984, trad. Bacigalupo, p. 67).

"La aplicación indiscriminada de (omisión) normas comporta, en definitiva, una renuncia sustancial de la verdad que inequívocamente surge de las actuaciones" (Ob. Cit. Supra en nota anterior de Klaus Adomeit).

Carnelutti, al referirse al Juez frente a la norma, decía que él "ha de atenerse estrictamente a la realidad (del orden jurídico): no puede poner una norma que no existe, aunque la afirmen las partes, ni puede omitir una norma aunque la callen" (Bertolino: esta es una manifestación sustancialista del Derecho, en cuanto a la realidad existencial del orden jurídico).

LA VERDAD FORMAL Y LA VERDAD MATERIAL

"Lo que se procura establecer es la verdad material de los hechos controvertidos. La cual debe prevalecer respecto a cualquier defecto de forma que pudiera existir". (Autor AMRP - Ver Bertolino).

Conviene hablar de la diferenciación de categorías entre la verdad formal y la real". En este último sentido. Podemos anotar que ya enseñaba Wach que uno de los postulados de la ciencia del proceso (moderno) consiste en que el sistema de prueba del proceso (civil) se construye sobre el principio de la verdad material". (Adolfo Wach. Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana. Ejea. Bs. As. • 1958. trad. E. Krotoschin. p. 223). Mientras Carnelutti en su obra "La Prueba". Distinguía entre una verdad verdadera -la material- y una verdad convencional -la formal-. (Bertolino)

Carnelutti destaca "la tendencia del proceso a la verdad, queriendo significar con ello una derivación del interés del Estado en la satisfacción efectiva de los intereses que, de su lado, el derecho tutela, y apelando a la autoridad de Wach, precisaba que la verificación de la verdad (como interés del Estado) es un resultado deseado del proceso (civil), aunque no garantizado sin más". (Carnelutti. La Prueba...• p. 11).

Esto nos lleva -de otra parte- "a analizar el "ritualismo". Con preferencia en su ambición y perfil de regla correctora en la utilización del "procedimiento, tomado como medio para obtener la verdad del proceso".

El Defecto conocido como Exceso Ritual. Hay que corregir el exceso del procedimiento que trae como consecuencia imposibilitar u obstaculizar el establecimiento de la verdad jurídica objetiva.

Esa regla correctora ha importado una "inyección suplementaria de derecho en el cuerpo de la sociedad" (lean Carbonnier. Derecho flexible. Tecnos. Madrid. 1974. td. Díez-Picazo, p. 14). (Bertolino).

Corregir el exceso ritual es una necesidad de derecho estatal. Podemos afirmar como "criterio orientador que el instrumento saneador no está fuera, sino que se halla dentro del entero ordenamiento jurídico".

La regla correctora viene a enmendar el "rigorismo formal".

La herramienta de corrección no debería quedar instalada de manera inerte en la desnuda idea del "rigorismo formal". Son las consecuencias inicuas -para expresarlos "con Chiovenda"- que el "formulismo" acarrea para la vida "de derecho" del mundo jurídico, las que cuentan (negativamente) ante todo en nuestro caso. (Bertolino).

"Se puede afirmar, entonces, que la regla saneadora del "rigorismo formal" viene necesariamente a corregir un modo vicioso de utilizar (pero no a derogar) la normativa procesal y los principios (no sólo el del formulismo) que dan fundamento y gobiernan dicha normativa".

"A título de corolario, por ende, se puede subrayar que la doctrina del "exceso ritual manifiesto" no descarta las formas; simplemente, trata de sanar su lado patológico, en procura de no obstaculizar el establecimiento y obtención de la verdad, para que así el juez pueda mejor resolver, realista y sustancialmente, en cada caso ocurrente". (Bertolino).

El defecto que debe superarse implica "un abuso del poder para conducir el proceso, así como de la utilización, también abusiva, de los procedimientos previstos para la obtención o establecimiento de la verdad". (ídem)

Miremos así con preocupación "la potencia (poder real) para establecer la verdad. Sintéticamente: el poder real en el proceso, en todas sus hipótesis, está circunscrito por las formas procesales, que viene así a condicionar, de un modo u otro, la conducta práctica (funcional) de juzgador (y las partes), respecto de la verdad a obtener". (ídem)

"En el caso de la "verdad jurídica objetiva", no se trataría tanto de averiguar qué es ella; sino, mejor aún, de qué modo son utilizadas las formas procesales previstas en el ordenamiento para lograr que su establecimiento quede asegurado. Particularmente, las formalidades que regulen los poderes de instrucción y dirección. ("Augusto Morello, obra "El exceso ritual manifiesto como obstáculo al acceso a la verdad jurídica objetiva").

Así, "ni el tribunal puede renunciar al conocimiento de la verdad que es indispensable para el cumplimiento de su ministerio de disponer derecho, ni la parte contra quien se pretende probar un hecho puede invocar un derecho a oponerse, porque su oposición no tendría más base que la deleznable de las ventajas que para ella derivarían de mantener oculta la verdad". (jurisprudencia argentina).

Bertolino dice: "Tomando en cuenta estos significados, como así mismo haciéndonos cargo de lo dicho hasta ahora, tanto por nosotros como por la jurisprudencia sobre el tópico, a la expresión verbal "renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva", ensayamos concretarla en la fórmula: "todo apartamiento, voluntario y con pleno conocimiento de quien lo hace, de la consideración de datos procesales (de hecho, pero también de derecho) que apareciendo como patentes, resulten esenciales para la resolución de los casos judiciales". (pedro J. Bertolino, la renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva y su incompatibilidad con el adecuado servicio de la justicia, en "E. D., t. 99, p. 660).

VI. EL JUEZ, DIRECTOR ACTIVO DEL PROCESO.-

El Juez, director activo del proceso, debe considerar lo siguiente: "Si el entramado formal -en exceso de su rol- ahoga el acceso a la verdad jurídica esencial, los fines valiosos de la jurisdicción quedan malogrados. Estas ideas pertenecen a Augusto M. Morello, como observación a este trabajo". (Augusto Morello).

El modelo de conducta recomendado puede precisárselo de este modo: "el proceso no puede ser conducido mediante un ritualismo que oculte la verdad jurídica objetiva, ya que aquél está destinado a la obtención de esa verdad, a la cual debe dársele primacía y a la cual no se debe renunciar conscientemente". (Bertolino).

"En lo teórico, se requiere un juzgador no formalista, objetivo y justo. En lo técnico-práctico, de su lado, visualizamos un juzgador no arbitrario y buscador de la verdad". (Bertolino).

"Salvatore Satta enseñaba que constituyen razones del formalismo del juez la mecanización del juicio, la comodidad y su cultura, ésta como diafragma de la realidad. (Salvatore Satta, El formalismo en el proceso. El derecho procesal civil, Ejea, Bs. As., trad. Sentís Melendo, t. III, p. 52 y pássim). (Aplicación mecánica, negligencia, visión no sustancialista). Bertolino dice: a nuestro juicio, lo esencial es siempre esto: el "formalismo" del juez es el que bloquea el acceso a la "verdad Jurídica objetiva".

"Es que, como se ha dicho certeramente, los límites de la verdad constituyen normalmente las resistencias del objeto a ser conocido, mientras que los obstáculos contra los cuales la justicia choca, son frecuentemente los resultados de imperfecciones del sujeto" (Ciufo Caldani).

"Es que, como dijo Ehrlich, en postrer instancia, no hay otra garantía de justicia que la personalidad del juez". (Citado por Cardozo, "La naturaleza de la Función Jurídica").

Jerome Frank decía: "la opinión del juez respecto a los hechos resulta de numerosos estímulos sobre su peculiar personalidad" (Carlos Cossio).

Es importante el "ethos cultural del sentenciante", pero a su lado también es importante el "ethos cultural del Abogado". No en vano, antes de serlo, recibe el título de licenciado en Ciencias Sociales, el cual no debe ser un diploma, debe ser, por sobre todo, un rico contenido.