

Aequitas. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la
Universidad del Salvador
ISSN 2313-9706
Núm. 43, Vol. 20, [pp. 1-21]

**Continuidades, transformaciones y rupturas del derecho romano en el
Código Civil y Comercial**

*Continuities, Transformations, and Ruptures of Roman Law in the Civil and
Commercial Code*

José Carlos Costa*

RESUMEN

El derecho privado argentino indudablemente tiene origen en el derecho romano, y el código velezano y el Código Civil y Comercial han mantenido esta premisa, que es reconocida en este último por los autores en la elevación de los “Fundamentos”. La cuestión en análisis es el transcurrir del derecho romano desde la recepción en nuestra normativa hasta el presente, en cuanto se han producido en este desarrollo “rupturas”, “continuidades” y “transformaciones” que el trabajo permite dilucidar a través del estudio analítico de los institutos de la adopción, el *nasciturus*, la mora automática, el derecho real de superficie, la simulación, la legítima y la prescripción adquisitiva.

PALABRAS CLAVE: derecho romano, Código Civil y Comercial, continuidades, transformaciones, rupturas

ABSTRACT

Argentine private law undoubtedly originates in Roman law, and both the Vélez Code and the Civil and Commercial Code have maintained this premise, which is

* Profesor emérito de la Universidad del Salvador a cargo de la Cátedra de Derecho Romano en las carreras tradicional y franco-argentina; profesor titular consulto de la Universidad de Buenos Aires a cargo de la Cátedra de Derecho Romano.

acknowledged in the latter by its authors in the explanatory memorandum (“Fundamentos”). The issue under analysis is the development of Roman law from its reception into our legal system to the present, insofar as this evolution has involved “ruptures,” “continuities,” and “transformations,” which this paper seeks to elucidate through an analytical study of the institutions of adoption, the nasciturus, automatic default, the real right of superficies, simulation, the forced heirship (legítima), and acquisitive prescription.

KEYWORDS: Roman Law, Civil and Commercial Code, Continuities, Transformations, Ruptures

I. Introducción

El derecho privado argentino tiene una decisiva influencia romana, siendo considerado en su momento el código de Vélez uno de los más romanistas del continente junto al de Bello en Chile y el esbozo de Freitas en Brasil. El tema propuesto tiene significancia en el desarrollo del derecho romano en nuestra legislación, por cuanto hablar de “continuidad, transformación y ruptura” es reconocer que este ha tenido un camino evolutivo hasta la sanción del Código Civil y Comercial, que mantiene y continúa la impronta romanista a través de sus instituciones e incluyendo otras originadas en el derecho romano, dejando en claro en los “Fundamentos del Anteproyecto” la influencia e importancia del derecho romano en el derecho argentino, que son mantenidas y respetadas por sus autores, evidenciando coherencia jurídica al reconocer y mantener la tradición romanista en nuestro derecho.

Es evidente que el camino recorrido por el derecho de Roma hasta nuestros días no solo ha tenido “continuidad”, sino que también supo “transformarse”, incluidas las lógicas “rupturas” que trajo consigo, porque pretender sostener lo contrario es desandar el camino

del derecho romano y los romanistas. Si bien uno de los objetivos actuales del derecho romano es acudir en auxilio de las instituciones de derecho civil cuando median lagunas, oscuridades o desvíos conceptuales, esto deviene en secundario en cuanto el verdadero fin del derecho romano es hallarlo vivo, “transmutado” en derecho actual. Por estas razones no debemos olvidar que, cuando el legislador se apartó u “omitió” instituciones de origen romano, la jurisprudencia —primero— y la legislación —después— tuvieron que estañar las lagunas jurídicas suscitadas que, como veremos, aconteció con la adopción, el *nasciturus*, el derecho real de superficie, la mora automática, la simulación, la legítima y la prescripción adquisitiva, entre otras instituciones, que cuando las trate de modo breve he de explicar las transformaciones, rupturas y continuidades acaecidas en su desarrollo.

II. La adopción

En el tema, Vélez se apartó del derecho romano “omitiéndolo”, imbuido en el razonamiento de las corrientes doctrinarias de la época y por acarrear la problemática de la falta de consideración legal del instituto. Luego, la actividad jurisprudencial, la dogmática y la legislativa debieron extremar los mecanismos para paliar el vacío legal acaecido.

Someramente, he de decir que el ingreso a la familia romana se producía por el nacimiento o por un acto jurídico (“*adoptio*”). El nacimiento era el modo natural de ingreso a la familia romana (Digesto de Justiniano 2.4.5)₂, y por su parte la adopción era el acto jurídico por el cual un extraño ingresaba en calidad de hijo en una familia sometándose a la “*patria potestas*” del “*paterfamilias*” en calidad de “*filius*”. Según el adoptado tuviese la calidad de “*aliena o sui iuris*” se distinguen dos modos de adopción, la “*adoptio*” y la “*adrogatio*”. La “*adoptio*” era una institución muy arraigada en Roma (Gayo, Institutas, 1.100), que “continuó” su desarrollo hasta nuestros días; en cambio, la “*adrogatio*” consistió en la absorción de una familia por otra, en la que un “jefe de

familias” era adoptado por otro “jefe de familias” junto a toda su familia, produciéndose un reacomodamiento parental de los integrantes de la familia adoptada en relación con el adoptante. Este último tipo de adopción dejó de utilizarse a fines de la república. Vélez no incluyó la adopción en el código, lo que ocasionó múltiples inconvenientes en la vida cotidiana, y en la “nota de presentación” del código lo explica sosteniendo que

los legisladores prusianos y franceses advirtieron que no era posible ni conveniente introducir en una familia y en todos sus grados un individuo que la naturaleza no había colocado en ella... Desde que por nuestras leyes le está abierto a la beneficencia el más vasto campo, ¿qué necesidad hay de una ilusión, que nada real agrega a la facultad que cada hombre tiene de disponer de sus bienes.

No se pone en duda el romanismo de Vélez, pero en la adopción se aparta de las enseñanzas del derecho romano “omitiéndola”, y tras el correr del tiempo hubo de estañarse el vacío legal con legislación sobre el tema. Al respecto me permito destacar que, si la propia jurisprudencia romana evolucionó en el tema considerando por ejemplo la no conveniencia jurídico-social de la “*adrogatio*”, se hacía necesario que el legislador no finiquitara la cuestión de la adopción mediante la simple supresión directa del instituto.

La ausencia normativa originó a posterior distintos proyectos legislativos que intentaron introducir la adopción en el derecho argentino; así, Castillo en 1933, Coll en 1938 y Cabral en 1940, que no prosperaron, hasta que en 1948 se sancionó la primera ley de adopción argentina (13512), que si bien presentó falencias, intentó paliar la falta de la regulación del instituto.

En mi opinión, el mérito de esta ley ha sido reconocer la adopción, aunque no sus objetivos básicos, quizás intentando refrendar el pensamiento de Vélez en cuanto dejarla en el ámbito de la beneficencia. Este sistema, con sus imperfecciones a cuestas, rigió hasta 1971, cuando se sancionaron las leyes 19134 y 19216.

Posteriormente, en el año 1985, se promulgó la ley 23264, y más tarde, en el año 1997, la ley 24779, que incorpora la adopción al código velezano en los artículos 311 a 340, resguardando los derechos y garantías del niño como sujeto de derecho en consonancia con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Advierto una influencia romana en ciertos aspectos de esta ley, así, la adopción unipersonal sin distinción de sexo, la diferencia de edad ente adoptante y adoptado en 18 años y las adopciones múltiples, entre otras consideraciones (Institutas de Justiniano 1.11.4; Digesto de Justiniano 1.7.40.1). Por su lado, el código actual trata la adopción dentro de las relaciones de familia y a continuación de la filiación en los arts. 594 al 637, manteniendo como finalidad “la protección de los derechos del niño y adolescente dentro del desarrollo de una familia” (art. 594).

Analizando la cuestión, encontramos que habiendo el código derogado “rupturado” la continuidad del derecho romano, hubo que retornar a este con la inclusión de la institución adecuada o transformada a las necesidades del presente, pero manteniendo los fundamentos y principios romanos que aportan el mejor conocimiento de la institución de los operadores jurídicos en el cumplimiento del objetivo tutelar del niño/a o adolescente dado en adopción.

III. El derecho real de superficie

Según las fuentes romanas, “superficie” es el derecho real por el cual se permite a simples particulares levantar construcciones en terrenos públicos o privados a cambio del pago de un canon. Si bien sus juristas debatieron largamente sobre su naturaleza jurídica —considerándola primero como un “derecho creditorio”—, el derecho honorario creó luego un edicto especial de carácter real a favor del titular, el “interdicto de superficie”, y posteriormente Justiniano le otorga una acción similar a la “*reivindicatio*” (Digesto de

Justiniano 6.1.73). Vélez no contempló el derecho real de superficie “omitiéndola” en los arts. 2502 y 2503, juntamente con la enfiteusis, rentas y censos de más de 5 años, mayorazgos y capellanías. El propio codificador, consciente de la decisión asumida, brinda fundamento en la nota al art. 2502, indicando que la deja de lado, prefiriendo una propiedad plena que abarque no solo la superficie sino también el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente.

El trajín del mundo moderno dio muestra de la utilidad que puede brindar el instituto propiciando los proyectos de reforma, consideración que finalmente concretó el Código Civil y Comercial incluyéndola en el art. 1887, inc. h. Por su parte, el “Anteproyecto del año 1998” la incluía en los arts. 218 a 228, con la intención de estañar el vacío legal de Vélez.

El código actual, atinadamente, dispone el derecho real de superficie en los artículos 2114 a 2128, y debe destacarse que los autores reconocen en los “Fundamentos” la influencia del derecho romano en el derecho argentino y, en consecuencia, en su articulado, lo que da cuenta de la necesaria continuidad. También hallamos en el instituto la transformación consecuente del derecho romano en derecho vigente, adecuando el derecho de superficie romano a las necesidades actuales.

IV. El *nasciturus*

Es profunda en el derecho actual la influencia del derecho romano respecto del *nasciturus*. Los juristas romanos prestaron especial consideración al inicio de la existencia de la persona desde la concepción en el seno materno, y con el transcurrir del tiempo reconocieron derechos al *nasciturus*, con el fin de paliar situaciones jurídicas inequitativas, v.g., derecho hereditario del póstumo, alimentos, consideración de la libertad si la madre había sido esclava, etc., comenzando a decidir con notable acierto que

la vida se inicia a partir de la concepción y el nacimiento con vida ratificaba el proceso de gestación iniciado en el seno materno. La jurisprudencia romana conoció el “nacimiento” y la “concepción” utilizándolas en la resolución de los casos, hasta que la última desplazó a la primera, lo que demuestra que conocieron y trabajaron ambos supuestos biológicos brindando protección jurídica al concebido desde la concepción en el seno materno. En mi consideración, el análisis de la evolución de la cuestión permite aseverar que la jurisprudencia romana se dirigió en procura de la “defensa y equiparación del más débil” (concebido) mediante la implementación de la protección jurídica.

De este modo, tenemos en las fuentes la protección al póstumo mediante la designación de tutores para después de su nacimiento (Gayo, Institutas, 2.13); diferir la aplicación de la pena capital impuesta a la madre para después de que el concebido hubiera nacido (Digesto de Justiniano 1.5.18); percepción de alimentos por propio derecho del concebido con prescindencia de la madre (Digesto de Justiniano 25.6.1.7); designación de curador para administrar los bienes del “*nasciturus*”, considerándolo incapaz de hecho con el aditamento de que el curador debe pagar las deudas contraídas en ocasión de la curatela (Digesto de Justiniano 15.5.2. pr.; Digesto de Justiniano 27.4.1.2); se permitió en ciertos casos al concebido ejercerla a través del curador o de la madre (Digesto de Justiniano 6.5.1.pr.); el considerar al concebido en ciertas situaciones en igual consideración al “*ya nacido*” (Digesto de Justiniano 1.5.7); tener en cuenta a la concepción como determinante del estado familiar del concebido desplazando el nacimiento (Digesto de Justiniano 1.7.15); y finalmente dejar sujeto el concebido bajo la condición de que nazca con vida (carácter resolutorio) en contraposición al nacimiento como punto de inicio (condición suspensiva) (Digesto de Justiniano 34.5.7.pr). Vélez estableció el comienzo de la existencia del ser humano desde la concepción en el seno

materno, adoptando las múltiples soluciones del derecho romano que le resultaban bien conocidas, tratando el instituto en los artículos 63 a 78.

En nuestro esquema constitucional el “*nasciturus*” no se encontraba contemplado, pero en coincidencia con la mayoría de la doctrina, la reforma de 1994 dispuso que “los tratados internacionales y los concordatos con la Santa Sede tienen jerarquía constitucional” (art. 75 inc. 22), nombrando la norma en un segundo apartado: ocho “Tratados Internacionales” y dos “Declaraciones Universales” con “jerarquía constitucional (...) y complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”, lo que permitió consecuentemente la contemplación constitucional del *nasciturus*, planteo que debe conjugarse además con el inc. 23 del art. 75 y la Ley 23849, que brinda acciones positivas que fundamentan “la definición de niño abarcando también al concebido hasta su nacimiento con vida”. De esta apretada síntesis constitucional se puede inferir que Argentina ha sido coherente en mantener “la postura del inicio de la persona a partir del momento de la concepción brindándole protección jurídica”.

También encontramos la influencia del derecho romano en la protección del concebido en el art. 495 del Código de Procedimiento Penal de la Nación, el cual dispone que “la ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida por el tribunal del juicio (...) cuando deba cumplirla una mujer embarazada”, y en el mismo sentido la Ley 24660 dispone que “el juez puede disponer el cumplimiento de la pena impuesta en prisión domiciliaria a la mujer embarazada”. Estas normas recogen la postura de Ulpiano en D.1.5.18 cuando decide que “la mujer libre embarazada condenada a la última pena (...) se acostumbra conservarla hasta que diese a luz el parto”, y también que “tampoco se la sujeta al tormento mientras está embarazada” (Digesto de Justiniano 48.19.3).

El Código Civil y Comercial rige “la persona por nacer” en el art. 19, regulando que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción” y, a su vez, el art. 21 señala que “los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida”, asemejando una contradicción entre ambas normas que brevemente habré de aclarar.

El “Proyecto del Código” contemplaba la fecundación extracorpórea, tema intensamente debatido en lo político, moral, social, religioso, etc., en cuanto trataba la consideración jurídica del inicio de la persona. El Proyecto no se apartó de la doctrina civilista argentina tradicional fundada en el derecho romano, en cuanto a que el inicio de la persona se producía en la concepción en el seno materno (art. 19), principio general para la procreación natural, pero innovaba en cuanto a los embriones originados por técnicas de reproducción asistida, señalando que el comienzo de la vida se producía con la implantación en la mujer, y dejándolo supeditado a la sanción de una futura ley, en la línea del Anteproyecto de 1998. El Código en vigencia modificó la propuesta original, rigiendo que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción” y con la omisión de lo pertinente a la “fecundación extracorpórea”. Empero, la versión sancionada solo varió la redacción del artículo 19, mas no la idea principal, puesto que al mantener la redacción del artículo 21 convalidó tácitamente la “fecundación extracorpórea” restando de lado la cuestión del “embrión no implantado”, que de todos modos el “Anteproyecto” lo dejaba sujeto a una ley futura.

Se advierte en el análisis de la cuestión la continuidad del derecho romano en cuanto a que el inicio de la persona se produce en el seno materno mediante el acto natural de la procreación; así, códigos velezano y civil y comercial, y también la transformación necesaria en la adecuación a las necesidades que exige la sociedad actual.

V. La mora automática

Las fuentes romanas consideraron la mora como el incumplimiento de la obligación a su debido tiempo, y que el retraso en el pago debía ser imputado al deudor por dolo o culpa, no debiendo acaecer caso fortuito o fuerza mayor, ni tampoco culpa del acreedor. También, que el acreedor debía haber exigido el pago mediante “interpelación” (“*mora ex persona*”), que consistía en un acto judicial o extrajudicial verificado por el acreedor con el objeto de lograr el cumplimiento de la prestación sin exigencia de ningún formalismo y tampoco que fuese efectuada por el acreedor en persona (Digesto de Justiniano 12.1.5). Por lo tanto, el derecho de Roma contemplaba la mora del deudor y del acreedor.

En mi opinión, la aparición de la interpelación para poner técnicamente en mora al deudor se funda en el principio que el derecho romano gira en pos de la protección del más débil dentro del propio sistema que lo excluye (“*favor debitoris*”). La interpelación surge ante la necesidad de paliar los abusos cometidos contra los menos pudientes, pertenecientes a la clase plebeya, por parte de quienes acaparaban las riquezas —la clase patricia—, que prohijaban la usura. Mediante la “*interpelatio*” se pretendió evitar dicho abuso fijándose la fecha del cumplimiento, naturaleza del crédito, etc., e incluso significó una singular conquista social de los menos pudientes, que garantizaban la deuda con su propio cuerpo en contraposición a los usureros. Sin embargo, con el transcurrir del tiempo este remedio jurídico comenzó a utilizarse para dilatar los pagos mediante el tecnicismo de la “interpelación en mora”. En este contexto surge la “mora automática” (“*mora ex re*”), con fundamento en el principio de que la obligación debe ser cumplida al vencimiento y no cuando el deudor es *interpelado* (Digesto de Justiniano 19.2.14).

Vélez conocía perfectamente la cuestión, como da cuenta en la nota del art. 509, señalando que para el derecho romano “el simple vencimiento de la obligación a plazo

equivalía a una interpelación, y ésta no era, por lo tanto necesaria”. Sin embargo, extrañamente, se inclinó por la “mora por interpelación”, pero transcurrido casi un siglo de la sanción del código la realidad jurídica argentina necesitó agilizar el cumplimiento de las obligaciones, y la Ley 17711 instauró la “*mora automática*” (“*mora ex re*”), que modifica el citado artículo 509. El Código Civil y Comercial mantuvo la mora automática en el artículo 886, disponiendo que “la mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para su cumplimiento”.

Surge con claridad de lo expuesto la ruptura del derecho romano propiciada por el anterior código y la necesidad de la transformación del derecho romano en derecho vigente, imponiéndose su continuidad.

VI. La simulación

Los juristas romanos enseñaron que la voluntad de un sujeto debe ser genuina y que no debe encontrarse afectada por ningún tipo de causa que provoque en ella una decisión contraria. Denominaron a estas causas “vicios del consentimiento”, y debe dejarse en claro que es más preciso hablar en el derecho romano de “acto jurídico” que de “negocio jurídico”, dejando a salvo que los juristas posteriormente también emplearon el término “negocio”, compuesto por la partícula negativa “*nec*” y la palabra “*otium*”, que significa precisamente aquello contrario a ocio, es decir, lo que representa una actividad económica.

El código derogado receptó la “*simulatio*” proveniente del derecho romano, tratándola dentro de los actos jurídicos (arts. 954 al 960). La consideró un vicio del consentimiento juntamente al error, dolo, violencia e intimidación (art. 954), y utilizó puntualmente en el art. 955 el término “apariencia” al referirse a la simulación, rigiendo la simulación absoluta y relativa en el artículo 956.

El artículo 333 del Código Civil y Comercial contempla la simulación cuando trata los vicios del acto jurídico rezando que

tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos o personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

Pues bien, la jurisprudencia romana tuvo especialmente en cuenta en los vicios de la voluntad la manifestación del sujeto (Digesto de Justiniano 50.16.9), además de su capacidad y la licitud del acto (Digesto de Justiniano 4.4.1.1), siendo conteste en que los vicios del consentimiento pueden ser “conscientes o intencionales” (simulación, reserva mental, declaración “*iocandi gratia*”) e “inconscientes o no intencionales” (error, dolo y violencia).

En cuanto al negocio simulado (“*simulatio*”) fue considerado como un “negocio aparente”, donde encontramos una doble y coincidente reserva mental. La simulación es “absoluta” cuando no se quiere en realidad concluir negocio alguno y “relativa” cuando no se quiere llevar a cabo el que aparentemente se realiza, pero sí otro de contenido diverso, v. gr., fingir una compraventa para disfrazar una donación. Tanto en uno como en otro caso de simulación, el “*corpus iuris justiniano*” declaró nulo el negocio simulado validando el negocio que realmente se había querido realizar siempre que este fuera lícito y que reuniera los requisitos necesarios para existir, siendo los juristas clásicos contestes en utilizar el término “aparente” en la simulación (Digesto de Justiniano 19.2.46). Por su parte, la legislación justiniana combatió enérgicamente este tipo de “negocios simulados”, ya que consideró el negocio ficticio como no realizado y analizó el verdadero fin perseguido por las partes (Código Justiniano 4.22.3).

Si bien la simulación fue conocida por la jurisprudencia romana mediante la “apariencia”, en nuestra doctrina comenzó a hablarse en los últimos años de la “moderna teoría de la apariencia”, y no en vano el artículo 333 del código utiliza el término “apariencia” como anteriormente lo hiciera el velezano. También lo hicieron los juristas romanos al combatirla, considerando el negocio ficticio como no realizado, debiéndose interpretar el verdadero fin perseguido por las partes.

El Código Civil y Comercial rige la “simulación” al tratar los “vicios del acto jurídico” (arts. 333 al 337) y a su vez regla el error, el dolo y la violencia como “vicios de la voluntad” (arts. 265 al 278), pero, aunque la “simulación” es contemplada dentro de los “vicios del acto jurídico”, es innegable que tiene similar origen al error, el dolo y la violencia en cuanto “vicio del consentimiento”. No en vano los juristas romanos coinciden en citar los casos emblemáticos de la declaración en broma (*“iocandi gratia”*), la reserva mental (*“restrictio mentales”*) y la simulación (*“simulatio”*). En cuanto a esta última, sostienen que surge cuando las partes se ponen de acuerdo en la divergencia entre lo querido y lo declarado, produciendo un “acuerdo simulado” en el cual manifestaban algo diferente a lo declarado.

En síntesis, ha sido un acierto del Código Civil y Comercial receptar la simulación y su rasgo distintivo, la apariencia, manteniendo la continuidad de su origen en el derecho romano.

VII. La legítima

La doctrina romanista argentina es conteste al señalar que la “legítima” es la porción de bienes fijada por la ley a la cual el testador debe respetar a favor de sus parientes más próximos, que reciben el nombre de “herederos forzosos”, quedándole la libre disposición del resto de la masa hereditaria. La “legítima” nace en Roma como

culminación de un largo proceso de evolución en materia sucesoria a partir de las limitaciones a la libertad de testar del “*paterfamilias*” y la finalidad de contemplar al “heredero forzoso o necesario” que, sin motivo justificado, fue dejado de lado en el testamento. Estas limitaciones traen consigo la pérdida en el testador de su ilimitada libertad para designar heredero y, también, la disminución de la libre disposición del patrimonio.

El poder absoluto que poseía el testador en los orígenes de Roma, que le permitía la utilización de la facultad de testar (“*ius testamenti factio*”) de un modo amplio y discrecional, fue lentamente sometido a restricciones que conformaron un sistema sucesorio contemplativo de la necesidad de proteger a los herederos más cercanos del causante que hubiesen sido dejados de lado sin justificación por este en el testamento. Según mi parecer, debe tenerse en cuenta que los juristas romanos centraron la búsqueda de soluciones jurídicas en la “defensa del más débil en aquellas situaciones jurídicas que devienen en injustas por dicha causa”.

Ahora bien, la “legítima” nace en Roma como “limitación a la facultad de disposición del padre de familias en búsqueda del logro de la contemplación del heredero injustamente postergado”. Esta limitación tiene una larga evolución en el derecho sucesorio romano comenzando como una “reacción moral o de repudio de la sociedad” ante el proceder de aquellos padres de familias que no destinaban en el testamento una parte del acervo a aquellas personas unidas a este por lazos íntimos de parentesco. Esta actitud fue mal vista y comenzó a considerarse injusta. A fines de la república los juristas romanos iniciaron lentamente la solución de la cuestión buscando favorecer a los parientes consanguíneos del testador basándose en la ausencia del “deber de afecto” (“*officium pietatis*”), considerando que incurrían en esta falta quienes en el testamento omitían, desheredaban o instituían herederos en escasa porción a un familiar

directo tornando inoficioso el testamento (*“inofficiosum”*), y le asistía a la persona perjudicada el derecho de impugnarlo. El fundamento se basaba no en el privilegio de la familia sobre los bienes, sino en “consideraciones de piedad” (*“pietatis”*), asegurando a los parientes más próximos del difunto una equitativa participación en el acervo hereditario y un digno sustento para garantizar la unidad y dignidad de la familia, como producto de “una nueva conciencia social fundada en la equidad y el afecto y la valoración de la familia de sangre”. A fines del período republicano se llegó a admitir a través de una “ficción legal” creada por los pretores que si un testador omitía o desheredaba injustificadamente a sus hijos, estos podían atacar el testamento de “inoficioso” considerando al testador como “falto de su sano juicio” al momento de otorgarlo.

Esta acción, llamada “querrela de inoficiosidad”, podía ser entablada por los herederos afectados ante el “tribunal de los centunviro”, único órgano jurídico de carácter permanente dedicado a dilucidar estas cuestiones, que con su intenso obrar contribuyó en la temática de la legítima y otras cuestiones sucesorias determinando que la herencia para ser justa debía alcanzar la “cuarta parte de los bienes que al heredero le hubiese correspondido mediante la sucesión *ab intestato*”. Con el transcurso del tiempo, la porción hereditaria comenzó a llamarse “legítima o cuarta legítima”, arribándose a fines de la república a la interpretación de que era “justo o legítimo” respetar al heredero la “cuarta parte del acervo hereditario del testador” (Ley de las XII Tablas 5.4; Gayo, Institutas, 2.19.2, Digesto de Justiniano 38.10.1.1). Para el cálculo de la “cuarta parte del acervo hereditario” se tuvieron en cuenta las pautas de la *lex Falcidia* (40 a. C.), que dispuso la creación de la denominada “cuarta *falcidia*”, que contribuía al origen de la legítima permitiendo el cumplimiento de la voluntad del testador y respetando una

porción legítima para el heredero, con el fin de preservar la familia y el impuesto al fisco.

Vélez no se desentendió de la legítima, incorporándola en los arts. 3591 al 3605, que, salvo la reforma de la Ley 17711 a los arts. 3602 y 3604 y de la Ley 23264 al art. 3594, rigió hasta la sanción del código actual.

El Código Civil y Comercial mantiene el instituto de la legítima romana receptado por el código velezano, actualizada de acuerdo con las exigencias actuales en los arts. 2444 al 2461, disponiendo la legítima para los descendientes, ascendientes y cónyuges del testador, que no puede privarlos por testamento o por actos entre vivos a título gratuito (art. 2444). El código mantiene la tesitura del velezano, adecuando las porciones de la legítima a las necesidades actuales: dispone dos tercios para los descendientes y un medio para los ascendientes y el cónyuge (art. 2445), también “la acción de complemento” (art. 2451) y la “acción “reipersecutoria” (art. 2458), remedios procesales tratados extensamente por la jurisprudencia romana.

En resumidas cuentas, el código actual —siguiendo al derogado velezano— no se aparta del derecho romano en la temática de la legítima, manteniendo la protección de los herederos legítimos debilitados en sus derechos por las decisiones testamentarias injustificadas, destinadas a perjudicarlos, advirtiéndose así la continuidad en la institución.

VIII. La prescripción adquisitiva

Los juristas romanos entendieron que entre los diversos modos de adquirir la propiedad se encontraba la “*usucapión*”, propiedad alcanzada por el transcurso del tiempo previamente establecido en el ejercicio continuado de la posesión de la cosa. Al respecto, Modestino nos dice en Digesto de Justiniano 41.3.3. que “la usucapión es la

adquisición de la propiedad por la posesión continuada durante el tiempo señalado por la ley”. Los medios romanos tradicionales de adquisición de la propiedad eran los derivados del “*ius civile*”, la “*mancipatio*” y la “*in iure cesio*”, caracterizados por el exceso de formalidades y utilizados por los ciudadanos romanos. Luego, surgió a través del “*ius gentium*” durante la república y el período clásico la “*traditio*”, que carecía de formalidades y era utilizada por los extranjeros.

El término “*usucapio*” significa usar, poseer, tomar, asir, con lo cual podemos decir que su significado es adquirir la propiedad de la cosa mediante la posesión continuada con justa causa y durante el plazo de tiempo dispuesto por la ley. La primera disposición escrita del tema la tenemos en la ley de las XII Tablas, que establecía que el plazo de tiempo que debía transcurrir para la adquisición de los fundos era de 2 años, y para las cosas muebles de 1 año (Ley de las XII Tablas 6.3). Más tarde al plazo se le añadió el “*justo título*”, que implicaba una relación con el antiguo poseedor, y la “*buena fe*”, es decir, no obrar en contra de las leyes con la intención de lesionar el derecho del legítimo poseedor (Digesto de Justiniano 41.10.1.pr.). Quedaban fuera de alcance de la usucapión y no podían ser poseídas las “*cosas del derecho divino*” (“*res divini iuris*”) y las “*cosas del derecho humano*” (“*res humani iuris*”), ya que debían ser cosas que se encontrasen en el comercio, quedando excluidas las adquiridas mediante la fuerza, hurtadas, el fundo dotal y los fundos itálicos (Digesto de Justiniano 23.5.6). Cumplida la totalidad de los requerimientos, la usucapión quedaba configurada y el poseedor adquiría el derecho de propiedad sobre la cosa con los mismos alcances que el antiguo propietario, extinguiéndose el derecho de este último sobre esta.

El código velezano receptó la prescripción adquisitiva definida por Modestino casi en modo literal en el artículo 3948, a la vez que el artículo 3952 en modo concordante rezaba lo siguiente: “pueden prescribirse todas las cosas cuyo dominio o

posesión pueden ser objeto de una adquisición”, refiriendo más adelante a los requisitos de buena fe y justo título y al plazo de 10 años si el poseedor habitaba en la provincia y de 20 años si no fuese así, que luego fuera remozado por la Ley 17711 manteniendo el plazo de 10 años sin distinción en cuanto al domicilio del verdadero propietario. Respecto a la “buena fe”, el artículo 4006 disponía que “es la creencia sin duda alguna del poseedor de ser el exclusivo señor de la cosa”. En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 4015 originario regía que operaba “por la posesión continua de treinta años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y de buena fe de parte del poseedor, y sin distinción entre presentes y ausentes”, redacción casi literal mantenida por la reforma Ley 17711, que solo disminuye el tiempo de prescripción en “veinte años”, quitando la distinción “entre presentes y ausentes”. Dicha reforma también dispuso el plazo de 20 años para el supuesto del artículo 4016, armonizándolo con el 4015, agregando el artículo 4016 bis que establecía el plazo de “tres años” para la prescripción de “una cosa mueble robada o perdida” que fuera poseída con “buena fe” y de “dos años” para el supuesto de “cosas muebles cuya transferencia exija inscripción en registros” o fueran “cosas robadas o perdidas”.

El Código Civil y Comercial mantiene la tesitura del derecho romano fijada por Modestino y que fuera receptada por el código derogado, estableciéndola en el artículo 1987. Por su parte, el artículo 1988 rige la prescripción adquisitiva breve con justo título y buena fe sobre inmuebles mediante la posesión de diez años y sobre cosa mueble hurtada o perdida de dos años, y el artículo 1899 dispone la prescripción adquisitiva larga de 20 años si no existe justo título o buena fe y, también, la adquisición del derecho real del que posee durante 10 años una cosa registrable no hurtada ni perdida.

Pues bien, analizando la prescripción adquisitiva en el sistema legal argentino puedo decir que contempla al derecho romano. La máxima legal de Modestino dispuesta

en Digesto de Justiniano 41.3.3. la encontramos receptada en el artículo 3948 del código derogado y mantenida en el artículo 1987 del código vigente. Es decir que en ambos códigos se advierten los elementos que caracterizan la “prescripción adquisitiva”, es decir, “posesión continuada en el tiempo” y “plazo fijado por la ley”. El “justo título o justa causa, y la buena fe”, referidos en el derecho romano (Digesto de Justiniano 41.10.1.pr.) respecto de todo acto válido que resultara idóneo para justificar la adquisición del dominio, pero que adoleciendo de algún defecto de forma o de error configuraba una falsa causa no dando lugar a la usucapión, fueron receptados de un modo u otro en los arts. 1897 y 1898 del Código Civil y Comercial.

Es decir que la prescripción adquisitiva, contemplada y desarrollada por los juristas romanos en cuanto a solución de continuidad en la adquisición de bienes inmuebles o muebles con la finalidad de preservarlos por parte de quien posee de buena fe y durante el tiempo previsto por la ley, fue receptada por la normativa argentina a través del código derogado y luego por el código actual. Por supuesto que ambos códigos, paradigmas de su tiempo, trabajaron la idea actualizándola debidamente en relación con los adelantos y necesidades de sus respectivas épocas.

IX. Pues bien, dando fin a la exposición, debo dejar en claro que los institutos escogidos no son los únicos donde se advierte la continuidad, ruptura y transformación del derecho romano, dado que dicho fenómeno jurídico lo hallamos también en los vicios del consentimiento, la valorización de la mujer, las relaciones obligacionales, etc.

X. Corolario.

Puedo decir que hablar de continuidad, ruptura y transformación del derecho romano es referenciar ineludiblemente a su evolución desde la recepción en nuestra legislación hasta el código civil y comercial.

Desde mi punto de vista, el derecho romano ha tenido continuidad a través del desarrollo de sus instituciones, que se encuentran en nuestro derecho transformadas en derecho vigente, dado que, en mi consideración, el derecho romano es un “derecho vivo”, porque ha sabido transmutarse en legislación actual en virtud de que ha tenido la suficiente operatividad valiosa para llevar a cabo dicho proceso de recepción y adecuación. Cuando se ha producido una ruptura, hubo que retornar al derecho romano para darle continuidad al sistema jurídico.

Referencias

Normativa

Código Civil

Código Civil y Comercial

Código de Procedimiento Penal

Constitución Nacional

Convención sobre los Derechos del Niño

Ley 17711

Ley 23264

Ley 23849

Ley 24660

Ley de las XII Tablas

Institutas de Justiniano

Digesto de Justiniano

Código Justiniano

Institutas