

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

FUENTES DEL CÓDIGO CIVIL() (1458) . ANÁLISIS Y MANEJO DE LAS MISMAS*

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Guillermo L. Allende(**)(1459)

SUMARIO

I. Límites de este estudio. - II. Panorama general de las fuentes: A. Designación de Vélez. B. Las fuentes: 1. Cultura jurídica de Vélez al tiempo de su designación: a. Derecho romano; b. Derecho español; e. Derecho canónico; d. Derecho de Indias; e. Derecho patrio; f. Otros derechos. - III. Freitas: A. Aspecto previo: Las notas del Código. B. El método del Código. C. Los artículos: 1. Una advertencia: el derecho romano. 2. A veces se separa del derecho romano. D. Manejo de las fuentes. - IV. Derecho romano. A. Introducción. B. Las citas en general del derecho romano: 1° Código. 2° Digesto. 3° Las instituciones. 4° Las novelas. 1. Gravitación de esta fuente. C. Análisis de algunas notas. 1. Concepto de "auténtica". 2. "De reg. juris". 3. Vélez y las grandes escuelas de derecho: a. Supuesto de la especificación; b. La prueba en la mal llamada acción reivindicatoria (art. 2792).

I. LIMITES DE ESTE ESTUDIO

Primero presentaremos un análisis general de las fuentes del Código Civil y luego, ya más en materia, analizaremos la obra de Freitas - Consolidação y sobre todo Esboço - , y posteriormente la primera fuente en el tiempo: el derecho romano. Así dejaríamos para un segundo estudio las demás obras de que se valió nuestro ilustre codificador. Debemos justificar el método en cuanto al estudio de Freitas aquí, ya que por cierto en el tiempo hay muchas otras fuentes que le preceden, como que era contemporáneo de Vélez Sársfield. Sin embargo, con él hacemos excepción por cuanto no sería adecuado dejarlo para después, por cuanto el jurista brasileño influye no sólo sobre los tres primeros libros en forma primigenia sino también sobre el método del Código y por tanto se hace necesario partir de tal base al analizar las distintas fuentes, porque si no el estudio parecería algo así como trunco en sus aspectos más fundamentales.

II. PANORAMA GENERAL DE LAS FUENTES

A. DESIGNACIÓN DE VÉLEZ

La Constitución Nacional, en el art. 67, inciso 11, prescribe:
"Corresponde al Congreso: 11) dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales..."
En su cumplimiento y pensando que los tiempos estaban maduros, el Congreso sancionó la ley 36 del 6 de junio de 1863, por la cual se autorizaba al Poder Ejecutivo a "nombrar comisiones encargadas de redactar los proyectos de los códigos civil, penal, de minería y de las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ordenanzas del ejército .

Y Mitre, presidente de la Nación, en el cumplimiento de la misma nombra, "para redactar el proyecto de Código Civil, al doctor Dalmacio Vélez Sársfield".

Como vemos, no exactamente se cumplimentó la ley; en efecto, ésta habla de una comisión y el decreto designa a una sola persona, nuestro insigne cordobés.

Sin embargo, todos de acuerdo, se había designado al primer Jurista del país y se disimulaba la aludida inobservancia.

B. LAS FUENTES

1. Cultura jurídica de Vélez al tiempo de su designación

La cultura jurídica de Vélez al tiempo de su designación era vasta, especialmente en(1)(1460):

a) Derecho romano; b) derecho español; c) derecho canónico; d) derecho de Indias (derecho para América); e) derecho patrio (sancionado a partir de 1810).

Pero este saber intenso de Vélez sobre los derechos enumerados no implicaba que no conociera otros derechos, pero de todas maneras comparados con los anteriores podemos afirmar que tal conocimiento era de tono menor.

No hay que olvidar que Vélez antes que jurista propiamente dicho era abogado, un magnífico y sagaz abogado, y por lo tanto el derecho positivo - el que se aplicaba en tribunales, que era el que hemos enumerado - era su principal preocupación.

Todo este conocimiento de Vélez resulta claro si nos detenemos especialmente en su escritos forenses(2)(1461).

En cuanto al derecho romano y español, por más que sea muy sabido el intenso conocimiento de Vélez al respecto, lo que haría innecesario nuestro detenimiento para probarlo, de todas maneras, aunque más no sea por razón metodológica, brevemente lo haremos. Advierto que no he hallado un solo escrito forense de Vélez, en que en más o en menos no aparezcan estos dos derechos.

a. Derecho romano

Por lo dicho, poco nos detendremos aquí.

- Así, en la "Causa de los embargados por opiniones políticas", encontramos en un memorial, por cierto no muy extenso, unas 10 citas del derecho romano. La cuestión versaba sobre esto:

"Si las personas cuyos bienes habían sido embargados en 1840 debían o no intereses de sus deudas por el tiempo corrido dentro del embargo"(3)(1462).

Ahora bien, el futuro codificador defendía a los embargados y sostenía que los mismos frente a sus acreedores no debían intereses y de ahí las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

citadas del derecho romano:

"Sciendum est, dice la Ley Romana, non omne quod differendi causa fiat morae adnumerandum, si modo hoc ipsum non fraudandi causa simuletur"(4)(1463).

Y en otra parte de su discurso leemos:

"La Ley Romana abrazó en sus determinaciones los contratos y personas que no eran privilegiadas en el derecho y dispuso generalmente, in bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur, lo cual da la regla en contrario, que no habiendo mora por parte del deudor no le corren intereses por la tardía ejecución del pago".

b. Derecho español

Aquí tendremos en consideración la "Causa de los señores Juanicó", que versó sobre posesión de herencia y que fuera redactado en el año 1846.

Esta pieza jurídica tiene la particularidad de que es el antecedente, en buena parte textual, de la nota al art. 3410 del Código Civil. Ya lo veremos.

Comienza el mismo con una cita del Código de Justiniano (6, 33, 3), disposición que aparece también en el segundo párrafo de la nota al artículo.

Luego el escrito de Vélez que venimos analizando se refiere a la Partida 6ª, tít. 14, ley 2:

"Viniendo el heredero delante el Judgador, e mostrando carta del testamento en que era establecido por heredero; si tal carta fuesse acabada, o cumplida assi como deue ser, e non fuesse rayda, nin cancelada, entonce, demandandolo el, deuelo meter en possession e en teencia de los bienes de la heredad, e de todas las otras cosas que el testador auia, e tenia a la sazón que finó".

Y la nota a nuestro artículo hace exactamente igual referencia a esta ley de las Partidas.

A renglón seguido el escrito forense se refiere a la ley del Fuero - Fuero Real, 3,7,2 - , reproduciendo tal disposición. Exactamente pasa lo mismo con la nota a nuestro artículo del Código en que también se reproduce tal disposición.

Siguiendo con el escrito, pasamos ahora a la Recopilada - Nov. Recopilación, 1,34,3 - , que Vélez en su escrito forense reproduce, poniendo, para abreviar, unos puntos suspensivos después de ab intestato y siguiendo con la ley.

Tal cual como en la nota, se transcribe la misma ley, se ponen en el mismo lugar los puntos suspensivos y se continúa con ella.

Podríamos seguir con otras similitudes pero no lo hacemos por motivos de brevedad.

Este escrito forense en la causa "Juanicó" nos pone en evidencia el amplio conocimiento de Vélez del derecho español, que esto por muy sabido tiene relativa importancia y al mismo tiempo nos informa de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

repercusión que tales piezas jurídicas tuvieron en la redacción del Código Civil.

c. Derecho canónico

Vélez no tenía título en derecho canónico, pero por su saber podía ser considerado doctor in utroque iure.

Su amplio conocimiento al respecto lo pone de manifiesto en varios de sus escritos forenses y especialmente en su obra Derecho público eclesiástico(5)(1464).

Vélez siempre se había preocupado por el derecho de la Iglesia, como lo prueba que ya en sus años mozos, 1835, mandase reeditar la obra de Javier Gmeiner, Instituciones de derecho eclesiástico. Posteriormente Rosas lo consultó sobre un entredicho con el Papado, lo que motivó una carta del jurista al gobernante en la cual le decía que el finado Nicolás Mariño le había hecho decir por el cura de San Miguel, Gabriel Fuentes, que tendría necesidad de ocuparse de la provisión de obispados, "haciéndome saber ligeramente algunas dificultades que la Silla Apostólica tenía a los deseos de V.E. y pidiéndome le diera algunos conocimientos sobre la materia".

Este fue el origen del memorial presentado por Vélez a Rosas y que permaneció inédito hasta 1854 en que fuera publicado con el siguiente título y pie de imprenta: "Derecho Público Eclesiástico - Relaciones del Estado con la Iglesia en la antigua América española, por el doctor Dalmacio Vélez Sársfield, Buenos Aires, Imprenta de J. A. Bernheim, calle Defensa 75, 1854".

Yendo a sus escritos jurídicos, encontramos en buena parte de los mismos citado el derecho canónico y sobre todo el Concilio de Trento(6)(1465).

Así en la causa de "Miguel de Azcuénaga con Vicente Costa" - sobre nulidades absolutas y relativas en los actos jurídicos, 1840 - , se tienen muy presente las disposiciones del Tridentino sobre cláusulas irritantes.

Aunque este título haya sido derogado por la ley de Matrimonio Civil, de todas maneras el Código se proyecta en grado no despreciable en ella.

Ver por ejemplo el fundamental art. 198 del Código y el 64 de la ley de Matrimonio.

d. Derecho de Indias

No siendo posible que las leyes para España rigieran exclusivamente esta parte de nuestras tierras, dadas las distancias y las características especiales de nuestro continente, se fueron publicando diversas disposiciones que elaboraron más o menos lentamente el derecho indiano, siendo momento culminante de éste la Recopilación de Indias de 1680, sancionada por Carlos II.

Según la propia Recopilación, ley II, título I, libro II, establece el orden y prelación de las leyes que deben aplicarse en América,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

correspondiéndole el primer término a la misma.

De ahí la importancia del derecho de Indias o derecho para América como suele llamarse también y como lo llama generalmente Vélez Sársfield en sus escritos forenses. Así en la causa de "Juan Bautista Peña con Jaime Llavallol", 1849, en donde leemos:

"Para América había leyes más especiales cuales son las del título 32 libro 2 R. I. Por ellas se creó el Juzgado de Bienes de Difuntos, para estos mismos casos; y se ordenó que de los bienes de intestados, o de los que hubiesen testado en la provincia donde falleciere conociera el Juzgado de Difuntos. se apoderase de ellos y los diere a quien correspondiese por las leyes, absteniéndose únicamente de conocer en ellos dice la ley 43 de dicho título, cuando «el difunto dejara en la provincia donde falleciere notoriamente hijos o descendientes legítimos o ascendientes por falta de ellos tan conocidos que no se 'dude del parentesco por ascendencia o descendencia»".

Esta ley de la Recopilación de Indias es la primera ley citada en la larga nota al art. 3410 y constituye la fuente principal del artículo o sea de la posesión hereditaria de pleno derecho cuando los herederos son descendientes o ascendientes del causante(7)(1466).

e. Derecho patrio

Derecho "intermedio" llamó Alberdi al derecho sancionado después del 25 de Mayo de 1810. Derecho patrio propuso Levene y usó tal terminología. No nos detendremos al respecto, pero sí diremos que ambos vocablos nos parecen adecuados.

Hemos visto anteriormente la prelación de las leyes resultante de la Recopilación de Indias y de las leyes de Toro. Ahora bien, sin perder todo valor tales ordenamientos, sube a primer plano las leyes sancionadas por los gobiernos patrios.

Vélez, gran abogado, era sin duda el primer conocedor de las mismas, sin embargo no cita mucho el derecho patrio. Alguna que otra cita aislada y como sin prestarle gran atención.

Así en la causa "Juan Bautista Peña" a que hicimos referencia, ateniéndose a que el título hereditario no transfiere la posesión, dice: "Las leyes patrias han confirmado ese derecho..." y enseguida pasa a otros derechos.

Esta posición más bien negativa de Vélez ante el derecho patrio, no resulta de motivos circunstanciales, sino de algo meditado por el futuro codificador, como se infiere de expresos términos de la "Nota de remisión" sobre la que nos ocuparemos después.

f. Otros derechos

Como adelantamos, la cultura de Vélez rebasaba los cinco derechos especialmente vistos - pero que eran los esenciales - , como lo prueban sus piezas forenses.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pero no solamente éstos nos dicen de la amplia cultura jurídica del codificador, sino también sus discursos y otros diversos estudios.

Así pondremos la tónica en el "Discurso pronunciado en la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires el 20 de julio de 1858 acerca de un proyecto prohibiendo la investigación de la paternidad"(8)(1467).

Ahí leemos:

"Tres sistemas dividen a las grandes naciones respecto a las filiaciones ilegítimas. El primero, que se llama sistema germánico, que no reconoce ningún derecho a los hijos naturales sobre los bienes del padre o de la madre. Las naciones que lo siguen en sus leyes son: la Inglaterra, Suecia, Rusia, Friburgo y Argelia. El segundo sistema, que se llama sistema romano, según el cual los hijos naturales tienen derecho de sucesión a la madre y a la línea materna, y no al padre y a la línea paterna, lo han adoptado en Austria, Francia, Dinamarca y España. El tercer sistema, que se llama natural, reconoce con más o menos extensión la sucesión del hijo natural, en los bienes del padre y madre, y puede decirse que tienen una legítima más o menos importante. Lo siguen los códigos de la Francia, Holanda, Baviera, Reino de Nápoles, la Cerdeña, el ducado de Bada, Haití y el Código de Luisiana".

Viene al caso poner de relieve que este discurso informa la nota de nuestro Código que figura al pie del art. 325; y en buena parte con las mismas palabras.

Pasamos a continuación al análisis en particular de las dos fuentes que aquí examinaremos: Freitas y el derecho romano.

III. FREITAS

A. ASPECTO PREVIO: LAS NOTAS DEL CÓDIGO

Al nombrar el presidente Mitre a Vélez para la redacción del Código Civil, oficialmente se le hace saber por oficio firmado por el ministro Eduardo Costa que,

"... sería muy conveniente que en los artículos que lo formen sean anotadas las correspondencias o discrepancias con las disposiciones del derecho establecido en los Códigos vigentes de la Nación, así como su conformidad o disconformidad con los Códigos civiles de las principales naciones del mundo".

Demás está decir que Vélez cumplió con esta exigencia, lo que puso de relieve en su "Nota de remisión" que acompañara al libro primero del Código; en efecto, ahí se lee:

"Creo que el trabajo está hecho como V. E. me lo encargó, concordando los artículos de cada título con las leyes actuales y con los Códigos de Europa y América, para la más fácil e ilustrada discusión del proyecto".

Ahora bien, estas notas puestas al pie de muy buena parte de los artículos, tienen un gran valor para conocer las fuentes del Código como así también para su adecuada interpretación. En algunos casos las notas ponen de manifiesto la opinión personal del codificador.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Sin embargo estas notas llevan en sí una grave deficiencia, y es en lo que atañe a Freitas. Nos detendremos brevemente resumiendo el problema así: Freitas es citado por el codificador sólo 23 veces(9)(1468), sin embargo, algo más de mil artículos, yo he contado 1028, cifra que puede variar en algo, son tomados directamente del Esboço(10)(1469).

Ahora bien, esta omisión de Freitas se proyecta no solamente en forma negativa sobre tal autor sino también sobre todas las demás fuentes del Código por la siguiente razón:

Vélez, digamos así, tiene que "rellenar" tales notas, entonces hace figurar diversos autores donde la verdadera cita queda "escondida", originándose con ello una manifiesta confusión con respecto a las fuentes. Ya fijaremos la atención en esto oportunamente.

B. EL MÉTODO DEL CÓDIGO

El método del Código es el método del Esboço de Freitas, aunque con algunas variaciones de no mucha importancia.

Por lo pronto tengamos presente que el Esboço no alcanza al libro cuarto; sin embargo aun ahí Vélez siguió el método del sabio brasileño propiciado en su sapientísima Introducción a la Consolidação das leis.

Nuestro codificador, en su "Nota de remisión", le dedica varios párrafos:

"El método que debía observar en la composición de la obra ha sido para mí lo más dificultoso y me ha exigido los mayores estudios".

Luego pasa breve revista a los diversos cuerpos legales: Instituta de Justiniano, Código de Napoleón y cita también el Código de Chile. A todos ellos los encuentra defectuosos, y finalmente en párrafo aparte dice:

"Yo he seguido el método tan discutido por el sabio jurisconsulto brasileño en su extensa doctísima introducción a la recopilación de las leyes del Brasil separándome en algunas partes para hacer más perceptible conexión entre los diversos libros y títulos, pues el método de la legislación, como lo dice el mismo señor Freitas, puede separarse un poco de la filiación de las ideas".

Haremos ahora las siguientes aclaraciones:

1º) Parte general

El Esboço, en el libro primero, trata la Parte general, de la cual carece nuestro Código. Esta Parte consta de tres secciones:

Sección I: De las personas

Sección II: De las cosas

Sección III: De los hechos.

Y aunque dijimos que nuestro Código carece de ella, aun aquí el pensamiento de Freitas se proyecta sobre Vélez, dado que las tres secciones nombradas del Esboço se hallan diferenciadas en el Código argentino, así:

Libro primero, Sección I: "De las personas en general".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Libro tercero, Título I: "De las cosas..."

Libro segundo, Sección II: "De los hechos y actos jurídicos..."

2º) Derechos personales

Freitas, en el libro segundo, trata "De los derechos personales", que divide en tres secciones:

Sección I: "De los derechos personales en general".

Sección II: "De los derechos personales en las relaciones de familia".

Sección III: "De los derechos personales en las relaciones civiles".

El método aquí es algo deficiente, o al menos el mismo ha sido superado por Vélez, así:

Libro segundo, Sección I: "De las obligaciones en general"(11)(1470)

Libro primero, Sección II: "De los derechos personales en las relaciones de familia".

Libro segundo, Sección III: "De las obligaciones que nacen de los contratos".

Aquí también Vélez partió de Freitas, pero la agrupación que hace es evidentemente más adecuada, diríamos más de acuerdo con la naturaleza de las cosas.

3º) El libro cuarto

El Esboço no alcanza al libro cuarto, es decir, su último libro es el tercero, que como el nuestro está dedicado a los derechos reales.

De todas maneras el método del libro cuarto de nuestro Código es el de Freitas, no propiamente dicho el del Esboço, que no alcanza, como dijimos, hasta ahí, pero que de todas maneras se insinúa(12)(1471), sino el propiciado en la Introducción a la Consolidação.

En efecto, Freitas en dicha Introducción nos dice:

"Este resultado a que llegamos con la rigurosa demarcación de las dos clases de derechos, nos convence de la necesidad de un tercer libro (sería el cuarto dentro de la metodología del Esboço) que conteniendo las disposiciones comunes a los derechos reales y a los derechos personales se dividiese en tres títulos: el 1º para la herencia, el 2º para el concurso de acreedores, el 3º para la prescripción".

Como vemos, Freitas aquí, por anticipado, resuelve el problema que se planteó a Vélez sobre las materias a incluir en el libro cuarto y en el mismo orden que indica el sabio brasileño; como que nuestro Código divide el libro cuarto en tres secciones, así:

Sección I: "De la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondían";

Sección II: "Concurrencia de los derechos reales y personales contra los bienes del deudor común";

Sección III: "De la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo".

Si bien Vélez aquí en el libro cuarto tuvo también la cooperación de Freitas, lo fue sólo en cuanto al método, no al contenido, y es evidente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que se encontró algo perdido en este libro, razón por la cual buscó mayor ayuda de los autores franceses, y para la sección II se detuvo especialmente en Martou y Murlon, pero de todas maneras añoró su hasta entonces seguro guía. En verdad, le sucedió algo así como a Dante, que al llegar al paraíso se sintió perplejo ante la ausencia de Virgilio, claro que con esta diferencia: Dante de todas maneras entraba en el paraíso, mientras que nuestro Vélez se las tenía que ver con un libro cuarto plagado de complicaciones, de donde salió si no muy bien, no del todo mal de tal laberinto.

C. LOS ARTÍCULOS

En el contenido de las disposiciones jurídicas, tanto o casi tanto como con el método, se observa la influencia de Freitas: así el Esboço - bien entendido que en los tres primeros libros - se convierte en la fuente primera del Código argentino y con marcada preeminencia sobre las restantes fuentes, aunque entre esas fuentes figure el derecho romano, las Partidas, el derecho patrio y los tratadistas franceses.

1. Una advertencia: el derecho romano

Pero es necesario aquí una advertencia, una importante advertencia, y de resultas de la cual el aporte de Freitas habría que apreciarlo de una manera distinta y así quizá el derecho romano pasaría a primer término, sin que esto implique una contradicción a lo dicho en el párrafo anterior. Esto que voy a decir se relaciona además con el manejo de las fuentes en general.

Así por ejemplo tenemos una determinada disposición y llegamos a la conclusión de que la misma tiene como base a Freitas. Pero como a su vez Freitas tiene su formación jurídica en el derecho romano, por lo tanto no es difícil que en definitiva tal norma tenga en verdad su fuente primigenia en tal derecho⁽¹³⁾(1472).

Y esto que afirmamos con respecto a Freitas vale también en relación a otros autores y aun a otros derechos.

Así en muchas ocasiones diremos, por ejemplo, que tal norma tiene su origen en las Partidas, pero como a su vez este cuerpo legal español reconoce que su fundamento es el derecho romano, es muy posible que tal norma, en definitiva, pertenezca al Digesto, etc., bien que con algunas modificaciones o quizá sin ellas.

2. A veces se separa del derecho romano

Pero a veces no ocurre de tal manera, como que Freitas suele en algunos casos separarse del derecho romano y Vélez suele seguir al autor brasileño sin hesitación, tal el prestigio que ante sus ojos tenía el mismo.

Vaya como ejemplo el art. 317 del Esboço:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"Todos los objetos materiales susceptibles de una medida de valor son cosas".

Y en la nota que acompaña al precepto se lee:

"Por el derecho romano se dice que las cosas son corporales o incorporales, y nosotros decimos que las cosas son siempre corporales".

Y Vélez en el art. 2311 sigue la posición de Freitas, apartándose así profundamente del derecho romano.

D. MANEJO DE ESTA FUENTE

Bajo el nombre de "manejo" de una determinada fuente, veremos cómo prácticamente consultar a la misma. Entonces:

1°) Recordemos que las obras de Freitas a tener en cuenta aquí son dos: La Consolidação, y dentro de ésta su "Introducción", y en Esboço.

2°) Debe tenerse presente que las "notas" de nuestro Código, aquí en Freitas tienen escasa importancia, como que sólo una veintena de artículos lo tienen en cuenta, cuando en verdad más de mil disposiciones lo tienen como fuente directa. Esto evidentemente dificulta descubrir la verdadera fuente. En estos casos Segovia sigue siendo una guía de excepcional valor.

3°) Voy a dar una norma práctica de gran importancia para el estudio de las fuentes y que al menos a mí me ha sido de gran valor práctico: Cuando en un artículo aparece una nota cuya cita poco o nada tiene que ver con la materia del precepto legal que acompaña, casi siempre la misma es de mero "relleno" y la verdadera fuente debe entonces buscarse en el Esboço.

4°) Cuando la fuente es Freitas y aparezca alguna duda sobre la interpretación de nuestro Código, de inmediato es conveniente recurrir al Esboço, porque Vélez en muchos casos, siguiendo al Esboço, suprime algunos artículos por parecerle no fundamentales o abrevia otros, y esto a veces quita claridad a nuestro Código.

5°) También es conveniente - relacionado con lo anterior - recurrir al Esboço porque este Proyecto trae algunos paréntesis que se remiten a otras disposiciones que suelen venir muy bien para aclarar el artículo. Vélez, aun copiando el precepto, suele suprimir el paréntesis.

Todo lo que hemos afirmado en estos cinco puntos los podemos probar con la acción confesoria.

Al punto 1°). Nos remitimos a lo dicho.

Al punto 2°). Nuestro Código cita en la acción confesoria a distintos códigos y autores pero tales referencias poco o nada nos aclaran al respecto; entonces se abre el interrogante de Freitas, sin que importe que su nombre no figure en ninguna de las notas que acompañan a los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

artículos.

Al punto 3°). Recurrimos al Esboço y vemos que los cinco preceptos legales de nuestro Código son copiados de tal Proyecto, así:

Código, 2795; Esboço, 3992.

Código, 2796, Esboço, 3993, incisos 1°, 2° y 3°.

Código, 2797; Esboço, 3993, inciso 4°.

Código, 2798; Esboço, 3994, incisos 1° y 2°.

Código, 2799; Esboço, 4003.

Al punto 4°). En efecto, nuestro codificador suprime más de la mitad de los artículos del Esboço, ya que en aquél son 10 y en el Esboço 5. Pero en verdad son más de la mitad porque el artículo 3993 "hace" dos artículos de nuestra ley. Además otras disposiciones de Freitas están abreviadas.

Al punto 5°). Casi todos los artículos de la acción confesoria del Esboço tienen algunos paréntesis que se remiten a otras disposiciones que por cierto aclaran su contenido, lo que Vélez en forma sistemática ha omitido. Así, para que esto se vea prácticamente, he de transcribir el art. 3993, inciso 4° del Esboço, que como dijimos es la fuente directa de nuestro 2797. Dice:

"Compete la acción confesoria: 4°) Contra cualquiera que impida los derechos inherentes a la posesión de otro (art. 3852), o sus servidumbres activas (art. 3705, núm. 4°), aunque sea el dueño del inmueble sirviente".

IV. DERECHO ROMANO

A. INTRODUCCIÓN

Sabemos del conocimiento básico de Vélez: derecho romano. El mismo trasunta por todo el Código, así: las innumerables citas del Corpus juris en sus cuatro obras: Digesto; Instituciones; Código y Novelas. Además las de excelsos romanistas, como Cujas, Savigny, etc. Códigos que están dentro de la concepción romanística, sean antiguos o modernos, como las Partidas y el Código francés. Otros autores que sin ser propiamente romanistas, buena parte de su ciencia dentro del derecho romano, como Aubry et Rau y Demolombe. ¡Y qué no decir del propio Freitas!

Un párrafo aparte quiero dedicarle al derecho canónico. Es cierto que Vélez lo tuvo como fuente, especialmente en todo lo que respecta a la institución del matrimonio, pero aquí cabe repetir lo dicho poco ha: el derecho canónico en muy buena parte no es sino derecho romano.

Graciano, con quien se inicia propiamente dicho el derecho canónico (siglo XII), ya que anteriormente estaba absorbido por la teología, es esencialmente un estudioso del derecho romano, y este derecho le impregnó al derecho de la Iglesia sus características esenciales. Por lo tanto si profundizamos el derecho canónico nos encontraremos con derecho romano, inclusive en la teoría de los impedimentos, que pasa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

erróneamente por ser exclusivamente de derecho canónico(14)(1473). De tal manera que un análisis del derecho romano como fuente del nuestro implicaría un estudio de más del 90 % de las fuentes del Código. Ante esto y por motivos pedagógicos y de método, sólo tendremos en cuenta aquel derecho romano tomado directamente de las fuentes o sea del Corpus juris, y que generalmente figura como tal en las notas del Código.

Pongo la tónica en el Corpus juris porque Vélez no cita otras obras del derecho romano que no sean las pertenecientes a tal cuerpo legal. Recordemos que ya para su época se conocía la Instituta de Gayo, como que fue descubierta en 1816. Cita sí a Gayo en la "Nota de remisión", en la que se dice:

"Los jurisconsultos que escribieron la Instituta se propusieron sólo seguir el orden de los libros y títulos de las instituciones de Gaius".

B. LAS CITAS EN GENERAL DEL DERECHO ROMANO

Si nosotros abrimos el Código Civil y nos fijamos especialmente en las notas, nos encontramos con un impresionante número de citas del derecho romano:

"El codificador ha hecho 1303 citas de derecho romano y 799 artículos tienen como fuente directa textos de ese derecho"(15)(1474).

Recordemos las cuatro obras que componen el Corpus juris:

1º Código

Fue mandado redactar por Justiniano en 528, a cuyo efecto la Comisión nombrada trabajó algo más de un año, siendo publicado el 7 de abril de 529, para comenzar a regir el 16 del mismo mes y año. Allí se recopilaron las "leges" o sea las constituciones ya contempladas en los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, como así también las constituciones posteriores. Poco después el mismo emperador mandó hacer una segunda edición con nuevas constituciones, nuevo código que tuvo fuerza de ley a partir del 29 de diciembre de 534. Como el primero redactado no se conservó, este segundo es el único que ha llegado hasta nuestro tiempo.

El Código se divide en 12 libros, cada uno de los cuales se divide en títulos y dentro de éstos se transcriben las constituciones imperiales por orden cronológico.

Las citas suelen hacerse así: C. 3, 23, 1; que vale tanto como decir: Código, libro 3º, título 23, Constitución 1ª.

2º) Digesto

El Digesto o Pandectas es sin duda la obra fundamental del emperador Justiniano y la que ha ejercido mayor influencia en el quehacer jurídico de la humanidad.

Terminado el Código, el Código viejo, Justiniano encomienda por la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Constitución "Deo auctore" del 15 de diciembre de 530, a una comisión presidida por Triboniano la tremenda labor de reunir en un solo cuerpo los extractos de los escritos de los jurisconsultos que hubiesen obtenido la concesión del ius respondendi, y aunque la comisión no se limitó sólo a los mismos, de todas maneras se les dio preferencia. En definitiva, los más citados fueron Ulpiano, Paulo, Papiniano y Juliano.

En el término de tres años la comisión dio por cumplida tan extraordinaria labor y así el Digesto tuvo fuerza de ley en virtud de la Constitución "Tanta circa" del 16 de diciembre de 533.

Al principio de cada fragmento aparece el nombre del jurisconsulto de quien fue el mismo tomado, y así en la citada Constitución leemos:

"Mas tanta reverencia se ha tenido por nosotros a la antigüedad, que de manera alguna hemos consentido pasar en silencio los nombres de los jurisconsultos, sino que todo el que fue autor de alguna ley, ha sido inscripto en nuestro Digesto..."

En cuanto a su contenido se compone de 50 libros dividido cada uno de ellos en títulos, los títulos a su vez se dividen en fragmentos y los fragmentos, cuando son extensos, desde la Edad Media se los divide en párrafos. Hacen excepción los libros 30, 31 y 32, que no admiten títulos.

En cuanto a la forma de citarlos ha reinado una verdadera anarquía siendo a veces realmente difícil dar con su clave. Muchas veces se va de mayor a menor, así: D. 2, 15, 1, que vale tanto como decir: Digesto, libro 2, título 15, fragmento 1. Este fragmento no contiene párrafos, pues si los tuviera se necesitarían cuatro números para su determinación. Sin embargo el primer párrafo no se numera, es el principium y se suele abreviar así: "pr". De esta manera en verdad el segundo párrafo lleva el número 1.

3° Las instituciones

Mientras la Comisión trabajaba en la muy ardua tarea del Digesto, Justiniano encarga a Triboniano, con la colaboración de Teófilo y Doroteo, la elaboración de una obra elemental dedicada a los estudiantes de derecho. Fue terminada el 21 de noviembre de 533, alcanzando fuerza de ley por la misma Constitución "Tanta" del 16 de diciembre de 533.

Este "manual" fue redactado siguiendo el método de las Instituciones de Gayo, aunque se tuvo en cuenta también a otros autores y obras.

Como el Digesto, su material especialmente lo constituye las opiniones de los jurisconsultos, aunque no se hace referencia a sus nombres. Además tienen recepción las constituciones imperiales que hubieran reformado el derecho, por lo que la Instituta nos muestra el derecho tal cual era en la época de Justiniano, mejor tal cual era en la época en que fue redactada. Consta de cuatro libros, así:

Libro I, se ocupa de las personas;

Libros II, III y los cinco primeros títulos del libro IV, tratan de las cosas;

Libro IV, se refiere a las acciones.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Cada libro se divide en títulos y párrafos numerados. El primer párrafo es el principium, y por lo tanto el segundo párrafo es el que lleva el número 1.

Se suele citar así: Ins., 1, 2, pr.

4° Las novelas

Con la sanción del nuevo Código, Justiniano, en principio, pone fin a su extraordinaria labor de recopilación. Pero tengamos presente que este Código fue publicado en 529 y el reinado de Justiniano se extiende hasta el año 565.

Durante esos 31 años se publicaron diversas constituciones, las que no fueron recopiladas por el emperador a pesar de que al sancionar el nuevo Código había previsto tal eventualidad, al decir:

"A nadie, en efecto, cabe duda de que si en lo sucesivo se encontrare algo mejor y que por necesidad deba reducirse a constitución, será también establecido por nosotros, y recogido en otra compilación, que se designará con el nombre de Novelas".

Pero sí se publicaron varias recopilaciones no oficiales:

Epitome Juliani: publicada alrededor de 555, contiene 124 novelas, pero como una de ellas aparece repetida, en verdad son 123.

Las auténticas, colección que comprende las constituciones sancionadas hasta el año 556, reúne 134 novelas, quizá la recopilación data del siglo XI. Algo después veremos cómo el vocablo "auténtica" adquiere un distinto significado.

Finalmente nos ha llegado una colección que data del 578 y que consta de 165 novelas, de las cuales cuatro pertenecen al Justino II, tres a Tiberio y las restantes a Justiniano.

Generalmente se cita primero la Novela, luego el capítulo y finalmente el párrafo, así: Nov. 118, cap. 3, párr. 1; lo que suele abreviarse: Nov. 118, 3, 1.

1. Gravitación de estas fuentes

Sin duda dentro de nuestro Código Civil, la principal fuente del derecho romano es el Digesto, lo que no puede llamar la atención como que es la obra fundamental del "Corpus juris".

Sin embargo en el libro IV - la parte dedicada a sucesión - asume gran importancia el Código y las Novelas y quizá pasan a primer rango, sobre todo esta última. No tanto por el número de citas, que de todas maneras el Digesto conserva primacía, sino por la importancia de las mismas.

Recordemos que en el derecho romano clásico y post-clásico todavía la agnación jugaba un papel importante y que lo pierde como consecuencia de las novelas 118 y 127 que dan paso en forma absoluta a la cognación o parentesco basado en la sangre.

Como por otra parte este último parentesco es el determinante de nuestro régimen sucesorio, es natural que tales dos cuerpos legales

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

asuman un rango preponderante. Advertimos que la novela básica es la primera, que es complementada; y corregida por la 127.

Demás está decir que nuestro codificador tuvo muy en cuenta la novela 118, y así por ejemplo en la nota al art. 3587 dice:

"En esta materia las leyes españolas se separan de la ley romana, pues la Novela 118 había quitado la diferencia entre agnados y cognados".

En efecto, en el Prefacio de la novela 118 leemos:

"Hallando que en los tiempos antiguos se promulgaron muchas y diversas leyes por las que sin justicia se introdujo diferencia en las sucesiones abintestato entre los cognados procedentes de varones y los de hembras, hemos considerado que era necesario disponer por medio de la presente ley en clara y compendiosa división al mismo tiempo todas las sucesiones abintestato de los cognados y que así quedando sin aplicación las anteriores leyes por tal causa establecidas, se observe en lo sucesivo solamente lo que ahora establecemos".

C. ANÁLISIS DE ALGUNAS NOTAS

Sólo examinaremos algunas notas que por alguna razón presenten un interés peculiar, inclusive para aclarar su manejo.

1. Concepto de "auténtica"

En algunas notas de nuestro Código encontramos el vocablo "auténtica"(16)(1475), así las que acompañan a los artículos 308, 343, 398 y 3733. Vemos que en estos casos se hace además una cita del Código romano. Aclaremos todo esto.

Sabemos que Justiniano hizo redactar el Código sobre la base de recopilar las constituciones; sabemos también que posteriormente - como no podía ser de otra manera - se sancionaron nuevas constituciones que tomaron el nombre de "novelas". Algunas de estas constituciones se referían a aspectos del derecho no tratados en el Código, pero otras - y esto es lo que nos interesa - modificaban o derogaban ciertas constituciones insertas en el Código.

Ahora bien, Irnerio de Bolonia - el fundador de la escuela de los glosadores, siglos XI y XII - tuvo la siguiente magnífica ocurrencia, ocurrencia que por otra parte sólo la podía tener un erudito romanista, y ella consistió en intercalar en el Código las novelas que modificaban el mismo, de tal manera que al leerlo se tuviera con esa recopilación el último estado del derecho romano.

2. "De reg. juris"

Nos hemos referido ya sobre la forma como se cita el Digesto: sobre la base del libro, título, fragmento y párrafo cuando lo hay.

Pero no siempre es así. Vélez suele citar - y no es particularidad de él - el libro 50, título 17 de esta manera: "De reg. juris". Tal cita no es sino

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

abreviatura de la leyenda del título mismo: "De Diversis Regulis Juris Antiqui" aclarando que cada regla lleva un número, que va del 1 al 211.

Por lo tanto cuando Vélez dice, como en la nota al art. 3765, "L. 9 Dig., De reg. juris", debemos entender: libro 50, título 17, N° 9. Y en efecto, si recurrimos a esta disposición encontramos que dice: "En los casos oscuros nos atenemos siempre a lo que es menos"; por cierto fundamento de nuestro artículo:

"En caso de duda sobre la mayor o menor cantidad de lo que ha sido legado o sobre el mayor o menor valor, se debe juzgar que es la menor o de menos

Mas no siempre esta parte del Digesto la cita así; a veces lo hace siguiendo el orden que podemos llamar natural. Por ejemplo, en la nota al art. 2603 dice: "L. 54, tít. 17, Lib. 50, Dig.". Ahí se transcribe el famoso principio de Ulpiano (aunque no es de Ulpiano, pues sin duda se trata de una interpolación) conocido como "Nemo plus iuris", y que evidentemente informal al art. 2603 y también a nuestro 3270. Por lo tanto si hubiera seguido con el procedimiento de la cita anterior ésta hubiera sido: L 54, Dig, "De reg. juris".

3. Vélez y las grandes escuelas de derecho

Sabemos que en Roma, hacia comienzos de nuestra era, dos escuelas se disputaban la primacía del derecho: frente a frente, proculeyanos y sabinianos.

Estas diferencias subsistieron hasta mitad del siglo II, fecha en que comienza la época clásica del derecho. Así Gayo es el último gran jurisconsulto representante de las mismas, él se dice sabiniano, y al mismo tiempo es el primero en el tiempo de los juristas clásicos.

Vélez - como por otra parte es lógico - no hace mención de estas escuelas sino excepcionalmente; así en las notas a los artículos 2567/70 y 2792.

a. Supuesto de la especificación

La especificación o transformación la trata Vélez en cuatro artículos, 2567 a 2570, y los cuatro llevan una sola nota en la cual Vélez hace mención de ambas escuelas del derecho romano. Así en la nota leemos: "Puede decirse que existe hasta hoy sobre la especificación, la controversia entre las escuelas de los Sabinianos y Proculeyanos. Estos últimos enseñaban que la materia era un accesorio de la forma, pues que la materia primera había perecido civilmente; y que el ser nuevo que el trabajo había producido, debía pertenecer al creador, al especificador. Los Sabinianos, al contrario, decían que la materia debía triunfar sobre la industria, ya porque la materia existía siempre, y la nueva forma que ella había afectado no había hecho más que modificarla sin destruir su sustancia, ya porque la materia era en todos los casos lo principal, ya porque la forma no tenía una existencia propia e independiente".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Justiniano no siguió exactamente a ninguna de las dos escuelas(17)(1476), pues agregó un nuevo ingrediente: que la cosa pudiera o no volver a su forma anterior. Si podía volver a su forma anterior se inclinaba por la escuela sabiniana; caso contrario recurría a la solución proculeyana.

Vélez, a pesar de criticar a Justiniano, en general sigue su posición, pero poniendo la tónica sobre otro ingrediente: la buena o la mala fe del especificador.

En definitiva nuestro Código da preferencia al dueño de la materia - posición sabiniana - , menos en el supuesto contemplado por el art. 2568, en que se convierte en propietario de la nueva especie el transformador; de más está decir: posición proculeyana.

b. La prueba en la mal llamada acción reivindicatoria

Analizaremos el supuesto del art. 2792:

"Cuando el demandado y el demandante presenten cada uno títulos de adquisición que ellos hubiesen hecho de diferentes personas, sin que se pueda establecer cuál de ellos era el verdadero propietario, se presume serlo el que tiene la posesión".

En la nota se dice:

"La escuela de los Proculeyanos sostenía que en el caso del artículo debía preferirse al del título más antiguo que hubiese primero tomado posesión de la heredar, pero prevaleció la escuela de los Sabinianos que enseñaba que debía preferirse al que tenía la posesión de la cosa. L. 9, párr. 4, Dig. "De public, in rem act."

La cita que hace Vélez es abreviada y corresponde al libro 6, tít. 2, frag. 9, párr. 4 del Digesto.

En verdad no se trata de un supuesto de ejercicio de la acción reivindicatoria, ya que ni actor ni demandado pueden acreditar ser dueños de la cosa, sino de un caso de la acción real publiciana. Y como tal está tratada la cuestión en el Digesto, cuyo título II, lleva la leyenda, "De la acción real publiciana".

El párrafo 4 mencionado pertenece a Ulpiano y dice:

"Si alguien hubiera vendido por separado una cosa a dos que la comprasen de buena fe, veamos quien puede usar preferentemente de la acción Publiciana si aquel a quien primero fue entregada la cosa, o al que tan sólo la compró. Y escribe Juliano en el libro séptimo del Digesto: que si verdaderamente hubieren comprado a uno mismo, que no era dueño, sea preferido aquel a quien primero se entregó la cosa; pero que si a diversos, que no eran dueños, sea mejor la condición del que posee, que la del que pide; cuya opinión es verdadera.

Hemos transcripto íntegro el párrafo para su mejor comprensión, aunque sólo nos interesa propiamente dicho la última parte, cuando dice, "pero que si a diversos...".

Si bien Ulpiano está fuera de las escuelas - ya en la época de él no se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hablaba de las mismas - , la cita que hace de Juliano, jurista sabiniano, justifica la nota.

Nos dice la misma que "La escuela de los Proculeyanos sostenía que en el caso del artículo debía preferirse al del título más antiguo que hubiese primero tomado posesión de la heredad".

Tampoco es del todo exacto lo dicho en esta parte de la nota, puesto que la fecha del título no tiene relevancia, sino sólo la posesión, como se verá enseguida.

La posición proculeyana fue expuesta por Neracio y hace referencia a ella el Digesto en el libro 19, título 1, fragmento 31, párrafo 2:

"Cada uno de nosotros compró la misma cosa de quien no era su dueño, y haciéndose sin dolo malo la compra y venta, se entregó: ya si la compramos del mismo, ya si de distinta persona, ha de ser amparado de nosotros el que primero se apoderó del derecho de la misma, esto es, aquel a quien primeramente fue entregada; pero si uno de nosotros la hubiere comprado de su dueño, éste debe ser en todos los casos amparado".

Aunque muchas otras notas ofrecen un interés especial y por ello tentados estaríamos a extendernos, damos aquí por terminada esta parte de nuestro estudio, bien que no desechando tal idea para alguna otra ocasión. El tiempo lo dirá.

|