

## EL ROMANISMO DE LOS PRIMEROS COMENTARISTAS DEL CODIGO CIVIL ARGENTINO

ABELARDO LEVAGGI  
Profesor de la Universidad de Buenos Aires

### I. INTRODUCCIÓN

El 25 de septiembre de 1869 fue sancionado el Código civil, que entró en vigencia el 1° de enero de 1871. En 1917, Raymundo M. Salvat comenzó a publicar el primer tratado integral de derecho civil argentino. Entre 1872 y 1920 aparecieron los primeros comentarios al Código, pertenecientes a Onésimo Leguizamón, José Olegario Machado, Lisandro V. Segovia, Baldomero Llerena, Manuel A. Sáez, José Miguel Guastavino, Rodolfo Rivarola y Alfredo Colmo<sup>1</sup>.

Además de estos intérpretes, Julio Rodríguez publicó en Córdoba, en 1870, el primer libro dedicado al Código: un índice temático de su contenido con el resumen de las disposiciones, titulado *Repertorio jurídico-alfabético del Derecho civil argentino. Arreglado para su estudio particular*. Una obra semejante, que debía incluir también el Código de comercio, empezó a publicar al año siguiente Manuel R. Tristany en Rosario con el título de *Diccionario de los Códigos argentinos*. Ni una ni otra tuvieron la pretensión de exponer e interpretar el Código civil y, por falta de materia, no es posible hacer de ellas un análisis doctrinal<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Citaré las siguientes ediciones:

O. LEGUIZAMÓN y J. O. MACHADO, *Instituta del Código civil argentino* (Buenos Aires, 1872); LISANDRO SECOVIA, *El Código civil de la República Argentina* (Copia de la edición oficial íntegra) con su explicación y crítica bajo la forma de notas, 2 t., nueva edición, Buenos Aires, 1933. B. LLERENA, *Derecho civil. Estudios sobre el Código civil, I* (único, Córdoba, 1879); Manuel A. SÁEZ, *Observaciones críticas sobre el Código civil, I* (único, Mendoza, 1883); Baldomero LLERENA, *Derecho civil. Concordancias y comentarios del Código civil argentino* (Buenos Aires, 1887-1891), 7 t.; Lisandro SECOVIA, *El Código civil argentino anotado* (Obra complementaria de los Comentarios del mismo autor; Buenos Aires, 1894); José M. GUASTAVINO, *Notas al Código civil argentino* (Buenos Aires, 1898-1900) 4 t.; José Olegario MACHADO, *Exposición y comentario del Código civil argentino*, (Buenos Aires, s/a [1889-1903], 11 t.); Rodolfo RIVAROLA, *Instituciones del derecho civil argentino. Programa de una nueva exposición del derecho civil* (Buenos Aires, 1901), 2 t.; Alfredo COLMO, *Técnica legislativa del Código civil argentino* (Buenos Aires, 1917); IDEM, *Tratado teórico-práctico de las obligaciones en el derecho civil argentino. De las obligaciones en general* (Buenos Aires, 1920).

<sup>2</sup> Abel CHANETON, *Historia de Vélez Sarsfield* (Buenos Aires, 1969), p. 426.

Antes de ocuparme del romanismo de los comentaristas me referiré a la presencia del derecho romano en esa época según dos indicadores: la enseñanza del derecho y la jurisprudencia de los tribunales. Ambos, sumados a las conclusiones que arroje este trabajo, conformarán un cuadro relativamente completo de su influencia en el derecho argentino de entonces.

## II. EL DERECHO ROMANO EN LA ENSEÑANZA UNIVERSITARIA

Dos universidades tenía la Argentina cuando se sancionó el Código civil: las de Córdoba y Buenos Aires. En la primera se enseñaba el derecho romano desde la fundación de su Escuela de Leyes en 1796 que sucedió a la habilitación de la cátedra de Instituta (1791). El cambio posterior de los planes de estudio no afectó la continuidad de esa enseñanza. Todos los egresados de esa universidad experimentaron la disciplina intelectual del derecho romano.

La universidad de Buenos Aires, en cambio, abrió sus puertas en 1821 sin que tal derecho integrara el plan de estudios del departamento de Jurisprudencia. Pese a ello, no fue extraño a los estudiantes. Lo frecuentaron en el curso de derecho civil, sobre todo desde que lo dictó el español Rafael Casagemas y en 1833 adoptó como texto las *Instituciones de Derecho real de Castilla y de Indias* de José María Alvarez. A la vez que exponía esos derechos, y el patrio, Casagemas los concordaba con el derecho romano<sup>3</sup>.

Juan María Gutiérrez asumió el rectorado en 1861 y reorganizó los estudios. El nuevo plan de Jurisprudencia incluyó dos cursos de derecho romano en los primeros años de la carrera. Ezequiel Pereyra, probablemente con la guía del texto de Ortolan, fue el primero en enseñarlo.

El criterio que prevaleció desde que Vicente Fidel López reemplazó a Pereyra fue el de exponer las reglas o principios fundamentales de ese derecho y relacionarlo con el Código civil, que a la sazón había sido sancionado. Uno de los catedráticos, Ernesto J. Weigel Muñoz, exhortaba a sus alumnos a apreciar *la utilidad del estudio del derecho romano en sus reglas fundamentales que veréis más tarde reproducidas en la mayor parte de las disposiciones de nuestro Código civil; y sobre todo en el origen, objeto y sentido de cada género de preceptos*. Por su parte, Carlos Ibarguren les anunciaba que extraería de las Institutas y el Digesto *los principios sustanciales que han*

<sup>3</sup> Vélez Sarsfiel, en un dictamen formulado el 3-VIII-1857 como asesor del Estado de Buenos Aires, afirmó de la universidad que *sus doctores de derecho no entienden ni el idioma de las leyes romanas*, queriendo significar con esa expresión la crisis que afectaba a sus estudios de jurisprudencia (Archivo General de la Nación, Estado de Buenos Aires. 1857, leg. 136, exp. 13.721. X 28-11-1. Publicado en: Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD, *Dictámenes en la asesoría de Gobierno del Estado de Buenos Aires* (Buenos Aires, 1982, p. 175).

*servido de base a las actuales legislaciones*<sup>4</sup>. El método de correlación o concordancia sería seguido, con mayor o menor intensidad, por todos los comentaristas.

Fuera de las dos universidades, en el colegio de Concepción del Uruguay se dictaron entre 1854 y 1858 cursos superiores de derecho civil, canónico y de gentes, tal como en Buenos Aires. Como en esta universidad, el catedrático, que era Alberto Larroque, adoptó el texto de Alvarez, y del derecho castellano-indiano y patrio se remontaba al romano. Uno de sus discípulos, Martín Ruiz Moreno, escribió que *en sus extensas conferencias diarias del derecho civil español (que nos regía entonces) explicaba el origen y la naturaleza de esas leyes. Y sabido es que el derecho civil español tenía su fuente principal en el derecho romano. Además, en la biblioteca del colegio teníamos los códigos romanos y buenos compendios, que jamás dejamos de consultar*<sup>5</sup>.

O sea, que en los tres centros de enseñanza superior del país, de los que egresaron quienes serían los primeros comentaristas del Código, el derecho romano, ora en forma autónoma, ora en los cursos de derecho civil, formó parte de los estudios de jurisprudencia.

### III. EL DERECHO ROMANO EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES

Antes de la codificación, sin lugar a dudas, pero todavía en los primeros años después de ésta, la jurisprudencia de los tribunales recibió el derecho común. Quienes lo invocaron fueron los jueces que tenían una formación clásica. Estos solieron ser los más antiguos y por lo tanto los más consustanciados con la jurisprudencia tradicional. No faltaron, sin embargo, jueces jóvenes que tuvieron la misma inclinación.

Desde que se dictó el Código civil las citas romanas que predominaron fueron las de las reglas de interpretación, que los magistrados consultaron permanentemente para aplicar el derecho, y las reglas procesales. Los códigos de procedimientos —a diferencia del civil y el penal, que derogaron expresamente las normas vigentes con anterioridad— las mantuvieron como derecho supletorio, posibilitando el uso del derecho romano.

Dicho derecho fue estimado —con palabras del camarista Julián Gelly— como *fuerza inagotable de ciencia y sabiduría*, aunque sin olvidar —como lo dijo la Corte Suprema— que sus textos no podían oponerse a las prescrip-

<sup>4</sup>Weigel MUÑOZ, *Importancia del estudio del derecho romano*. Conferencia inaugural del curso de 1910 (Buenos Aires, 1910), p. 8; IBARGUREN, *Conferencia inaugural del curso de derecho romano*, p. 125, en *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, XXII-I (Buenos Aires, 1905).

<sup>5</sup>A. LEVAGGI, *El derecho romano en la formación de los abogados argentinos del Ochocientos*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 10 (Valparaíso, 1985), p. 145-58; en *Derecho* 40 (Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1986), p. 17-33; e *Index* 14 (Nápoli, 1986), p. 251-62.

ciones del Código civil<sup>6</sup>. Alfredo Colmo reaccionó contra lo que llamaba *el poder de sugestión romanista* de los tribunales, según el cual bastaba una cita de ese origen *para dar por tierra con el derecho positivo y con el mismo sentido común*<sup>7</sup>.

No obstante la crisis que para el derecho común representó la codificación<sup>8</sup>, la aplicación de sus reglas con fuerza legal continuó siendo factible desde que el Código mantuvo dentro del ordenamiento jurídico a los principios generales del derecho, a los que los jueces debieron recurrir en defecto de ley (art. 16). Tales principios eran las máximas del derecho común, por lo que puede concluirse que la influencia directa de este derecho en la jurisprudencia, y a través de ella en el sistema jurídico, se produjo por dicha vía.

Es interesante señalar que en los fallos posteriores a la década de 1870 se observa una disminución de las citas del derecho común y un recurso cada vez más frecuente a las decisiones propias de los tribunales: Corte Suprema y cámaras de apelación. La explicación está en que, una vez elaborada por ellos una doctrina, y decididos a mantenerla, les bastó con remitirse al fallo maestro para fundar sus sentencias subsiguientes. Cuando los primeros fallos se habían basado en el derecho común, esa fundamentación se renovó tácitamente cada vez que el tribunal se remitió a ellos.

Así se desarrolló un proceso de recepción por la jurisprudencia semejante al que se había operado por parte de los Códigos. La solución romana asimilada se transformó en derecho argentino mas no por ello perdió su filiación. En tales casos no puede decirse que desapareciera tal influencia sino sólo que dejó de ser directa para convertirse en indirecta y quizá, también, en inconsciente para algunos<sup>9</sup>.

Un derecho romano en crisis, pero no al extremo de haber sido desalojado de la ciencia jurídica, de la legislación ni de la jurisprudencia de los tribunales, sino confirmado en el concepto humanista de razón escrita<sup>10</sup> y aceptado como norma positiva en cuanto principio general del derecho, veremos de qué manera influyó en la doctrina de los comentaristas del Código.

#### IV. ONÉSIMO LEGUIZAMÓN Y JOSÉ O. MACHADO

Los primeros comentaristas fueron Onésimo Leguizamón y José Olegario Machado, coautores de la *Instituta* publicada en 1872, cuando rondaban

<sup>6</sup> Fallos, LXXXI, p. 95.

<sup>7</sup> Tratado cit., p. 648.

<sup>8</sup> Bernardino BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo* (Santiago de Chile, 1989), p. 297-354.

<sup>9</sup> A. LEVAGGI, *El derecho común en la jurisprudencia de los tribunales de Buenos Aires, en la segunda mitad del siglo XIX*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, en prensa.

<sup>10</sup> Alejandro GUZMÁN, *Ratio scripta* (Frankfurt, 1981).

los treinta años de edad. Leguizamón era entrerriano, había nacido en 1839 y moriría en 1886. Cursó en las aulas del colegio de Concepción del Uruguay y fue catedrático de filosofía y derecho internacional, diputado nacional, ministro del poder ejecutivo y presidente de la Corte Suprema de Justicia<sup>11</sup>.

Machado, santafesino, había nacido en 1842 y fallecería en Suiza en 1910. Su carrera jurídica fue brillante: socio activo de la Sociedad de Legislación Comparada de París y de la Unión Internacional de Jurisprudencia y Economía Política y Social Comparada de Berlín; y académico honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y del Instituto de la Orden de los Abogados Brasileños. Sa Vianna lo llamó *el más notable civilista argentino*<sup>12</sup>.

Bajo el título de *Idea de la obra* los autores expusieron el fin que los había guiado. Hemos redactado una cantidad no pequeña de notas que van al fin de la obra —dijeron en un pasaje—: unas, como simplemente explicativas de modificaciones o supresiones que hemos hecho; otras, como aclaratorias de puntos oscuros y contradictorios, o haciendo notar las verdaderas contradicciones, y algunas, como observaciones a la doctrina misma, y a su espíritu poco en armonía con las ideas dominantes de nuestra sociedad.

A continuación dieron su opinión sobre el romanismo del Código. Creyeron encontrar las causas de ciertas diferencias suyas en las doctrinas que el autor del Código ha tomado de las fuentes antiguas, algunas veces con más veneración que cautela. No se nos oculta, que el codificador moderno puede espaciar su mirada sobre un vasto horizonte; ya dirigiéndola hacia los tiempos de la Roma de Justiniano, y yendo a levantar de entre sus ruinas las piedras del templo monumental de su Digesto; ya fijándola en la España de Eurico y de Alonso y tomando de ella el arquitecónico gótico-romano del Fuero Juzgo y las Partidas, o ya en fin confundiendo con las corrientes revolucionarias del 89, de donde surgieron como principales bases del Código Napoleón y los demás modernos, la igualdad civil y la abolición de los privilegios de la edad media. Tomar a la vez de los Códigos antiguos y modernos sus disposiciones y agruparlas sin discernimiento, habría sido producir la confusión y el caos —agregaron—. Sin duda, el ilustrado autor del Código civil se dio cuenta de este inmenso peligro, cuando le vemos a menudo apartarse de la legislación antigua para apoyarse en la moderna; pero asimismo, no es raro encontrar todavía, que en algunas de sus importantes disposiciones, ya por abundamiento o por respeto, se ha inclinado más a la tradición que a la sana doctrina filosófica<sup>13</sup>.

Semejante declaración demostraba el poco apego de los comentaristas a las soluciones tradicionales y su inclinación al espíritu moderno. A partir de esa premisa no era dable esperar que le prestaran demasiada

<sup>11</sup> Vicente Osvaldo CUTOLO, *Nuevo diccionario biográfico argentino* (Buenos Aires, 1975) v. iv. 158-9.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 335-6.

<sup>13</sup> *Cit.*, p. vi-vii.

atención a las fuentes romanas. Empero, en los comentarios algunas veces se refirieron a ellas<sup>14</sup>. La cita del derecho romano fue hecha tanto para marcar una coincidencia como una discrepancia del codificador con ese derecho.

Glosando el art. 73 asentaron que *los intérpretes del derecho romano enseñaban que sólo los gritos del niño, voce emissa, eran la única prueba de su existencia, hasta que Justiniano estableció: que si bien ésta era la mejor prueba, no era la única, pues podía demostrarse de otra manera... Nuestro Código siguiendo al Dr. Freitas ha establecido una doctrina más en armonía con los adelantos de la época. Cualquier signo de vida que se note en el recién nacido es bastante para decidir que ha nacido con vida*<sup>15</sup>. En realidad, la discrepancia era sólo con una parte de la doctrina romana.

Lo mismo fue al comentar el art. 3896: *nuestro Código separándose de la doctrina del derecho romano establece una más adelantada y en armonía con los progresos del derecho. No hay razón para conceder privilegio al vendedor de la cosa mueble, cuando existe en poder del deudor, y negárselo en el mismo caso, si la cosa ha sido transformada... [pero] se puede reconocer en su individualidad*<sup>16</sup>.

En el caso del art. 2397 establecieron, en cambio, que para adquirir la posesión de una cosa era necesario tener la intención de tomarla, de acuerdo con la ley romana que decía: *ignorantia possessio non acquiritur*<sup>17</sup>. También, con referencia al art. 3795, señalaron que según el Código francés el legatario particular, o en cosa determinada, no sufría por las deudas de la sucesión. *Este principio no ha sido, sin embargo, aceptado por nuestro Código —apuntaron—... Esta es sin duda la verdadera doctrina establecida universalmente, según la regla del derecho romano, non sunt bona nisi aere alieno deducto*<sup>18</sup>.

Otras veces citaron las leyes romanas al solo título ilustrativo, sin valor decisorio. No considero necesario dar ejemplos de esta modalidad.

## V. LA OBRA EXCLUSIVA DE MACHADO

Machado, ya en su madurez intelectual, publicó entre 1898 y 1903 su monumental *Exposición y comentario del Código civil argentino*, en once tomos<sup>19</sup>. Mantuvo en ella la forma de la exégesis pero desarrolló las notas haciendo de ellas verdaderas exposiciones magistrales.

<sup>14</sup> En todo el trabajo, sólo tomo en cuenta las citas directas del derecho romano y prescindo de los conceptos romanistas contenidos en obras de autores y códigos más modernos o en otras fuentes indirectas. En esos casos no puede asegurarse que haya habido en los intérpretes la intención de fundar su opinión en ese derecho o de valorarlo de algún otro modo.

<sup>15</sup> Nota 13, p. 394.

<sup>16</sup> Nota 432, p. 545.

<sup>17</sup> Nota 308, 489.

<sup>18</sup> Nota 424, 540.

<sup>19</sup> CHANETON, *op. cit.*, p. 507.

En la *Introducción* expresó su juicio acerca de Vélez, que habiendo seguido el Código francés en su parte fundamental se había separado en cuanto al método, pero indicó asimismo que ese Código, tomando como fundamento el derecho romano, esa razón escrita que ha gobernado y continuará gobernando a las sociedades, dio nueva vida a las costumbres.

En una de las notas explicó que cuando se trata de disposiciones tomadas de códigos extranjeros se puede traer como elemento importante de interpretación, la opinión de los tratadistas de derecho de la nación donde rigen esos códigos y aun las decisiones de sus tribunales en los casos análogos; por eso ocurrimos con frecuencia al derecho francés y a sus comentadores para explicar las disposiciones del nuestro, que se ha inspirado en sus fuentes; pero este medio debe emplearse sólo después de haber agotado todos los recursos que ofrece nuestra legislación nacional<sup>20</sup>. Esta opinión rimaba con el afrancesamiento que caracterizaba a la ciencia jusprivatista argentina de entonces.

Frecuentemente recurrió Machado al derecho romano, cuya sabiduría no dejó de destacar, para explicar, aclarar, fundamentar o contraponer a las soluciones del Código. Por otra parte, manifestó su concepción científicista del derecho al decir que la Nación Argentina recibió de la España un derecho escrito, en cuya formación no había intervenido, y aunque desde 1810 ha comenzado la reforma lenta de ese legado, siempre procedió aplicando los principios científicos que eran el resultado de los estudios de los sabios<sup>21</sup>.

Varias veces encontró el fundamento de un artículo en una ley romana. Al glosar el art. 3 escribió que cuando dijo el emperador Anastasio limitamos la autoridad de la constitución, al porvenir, a contar desde el día de su promulgación, porque es necesario que las leyes no dispongan sino para el futuro a fin de evitar que su imperio sobre el pasado no sea la ocasión de procesos injustos (ley 65, tít. 31, lib. 10 Cód. rom.), trazó no sólo una regla para los jueces en la aplicación de la ley, sino para el mismo legislador, que no debe atentar en las leyes nuevas a los derechos adquiridos<sup>22</sup>.

En nota al art. 70 consignó que por nuestro derecho, como en el romano, el curador del no nacido debe entrar en posesión de los bienes que se han dejado al concebido, hasta que cese su representación con el nacimiento, entregándolos al tutor que se le nombre, o devolviéndolos a los que debieran tomarlos, cuando naciere muerto<sup>23</sup>.

Los ejemplos pueden ser numerosos. Acerca del art. 71, expresó que para adquirir irrevocablemente los derechos bastará cualquier signo de vida que se note en el recién nacido, como p. ej., la respiración, no siendo necesario ni grito ni vagido, pues el emperador Justiniano había confirmado la opinión de los sabinianos de que el testamento se rompía aunque el póstumo no hubiera lanzado ningún grito, si se probaba que había nacido vivo, porque pudo encontrarse que

<sup>20</sup> Cit., I, 51, nota.

<sup>21</sup> Idem, 47, nota.

<sup>22</sup> Idem, 8-9, nota.

<sup>23</sup> Idem, 140, nota.

fuera mudo<sup>24</sup>. Era más claro este comentario que el hecho en la obra anterior.

Hablando del art. 2487 manifestó, a su vez, que los interdictos *en el derecho romano, como en el nuestro*, se conceden sólo para proteger la posesión y por consiguiente no tienen otro objeto que el de restituirla cuando el poseedor fue privado de ella o de mantenerla si es perturbado<sup>25</sup>.

En otras oportunidades Machado contrapuso la solución del Código argentino a la romana. A propósito del art. 542, sobre las obligaciones condicionales, escribió que *algunos jurisconsultos romanos sostenían que si ita stipulatus fuero, quum volueris... alii ita inutilem, si, antequam constituas, morieris, ley 46 § 2. tit. 1, lib. 45 Dig.; es decir, que era válida la estipulación, no dejando a la elección del obligado sino el tiempo en que debiera hacerla; pero por nuestro derecho no sería sostenible tal opinión. Por el contrario, cuando hay un hecho que el obligado puede o no ejecutar, entonces la obligación está en suspenso hasta que ocurra el hecho*<sup>26</sup>.

El art. 580 prescribe que si la cosa se deteriora sin culpa del deudor el deterioro es por su cuenta. A juicio de Machado, en la antigua jurisprudencia la cosa debida aumentaba o se deterioraba para el acreedor, siempre que el deterioro no se producía por culpa del deudor, y *había lógica en la manera como se racionaba, desde que debía entregarse al acreedor la cosa con los aumentos era justo que éste sufriera la disminución*<sup>27</sup>.

Con relación al art. 707, dijo que el Código no acepta la transacción como una manera de extinguir la obligación solidaria porque el art. 853 sólo la admite a favor de quienes la consienten, *separándose sin razón, a nuestro juicio, de la jurisprudencia romana*<sup>28</sup>.

La misma opinión favorable a la decisión romana expresó con motivo del art. 941, que declara anulable el acto aunque la fuerza o la intimidación provengan de un tercero ajeno al mismo. *Las leyes romanas, respondiendo a las necesidades de su época, se esforzaban en buscar la libertad del consentimiento, y de cualquier manera que fuera viciado anulaban el acto; pero —observó— respetaban el fuero interior, cuando exceptuaban el dolo del tercero que el Código argentino ha comprendido erróneamente*<sup>29</sup>.

Sobre el art. 3.000 afirmó que eso de que la servidumbre constituida sea nula cuando no procure ventajas al fundo o a la persona en favor de la cual se constituyó, es lanzarnos en cada caso a discutir la utilidad del derecho que uno ha adquirido. *Más sabia es la regla del derecho romano que reconoce el derecho de imponer una servidumbre, aunque no fuera útil; así dice*

<sup>24</sup> Idem, 142, nota.

<sup>25</sup> Idem, VI, 408, nota.

<sup>26</sup> Idem, II, 233, nota.

<sup>27</sup> Idem, 287, nota.

<sup>28</sup> Idem, 472, nota.

<sup>29</sup> Idem, III, 161, nota.

*Labeón en la ley 19, tít. 1, lib. 8 Dig.: 'pienso que el que vende su fundo puede imponerle una servidumbre aunque no le sea útil'*<sup>30</sup>.

Es evidente que la admiración de Machado por el derecho francés, en el que reconocía sus fuentes romanas, no le había impedido apreciar la sabiduría de muchas reglas de este derecho, que se esmeró en destacar con los honores correspondientes.

## VI. LISANDRO V. SEGOVIA

Lisandro Vicente Segovia fue un jurista excepcional de su generación por la vastedad y a la vez profundidad de sus conocimientos. Nacido en la provincia de Corrientes en 1842 murió en Córdoba en 1923. Fue juez, legislador y ministro en su provincia, constituyente nacional, profesor universitario, codificador, filólogo, socio perpetuo de la Sociedad de Legislación Comparada de Berlín, académico honorario de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y miembro honorario del Colegio de Abogados de Río de Janeiro. Cultivó el estudio de los derechos civil, comercial, penal, procesal e internacional privado<sup>31</sup>.

Me ocuparé aquí de sus dos obras principales dedicadas al Código civil: *El Código civil de la República Argentina*, publicada en 1881, y *El Código civil anotado*, en 1894.

Después de cincuenta años de aparecida la primera opiné sobre ella Cháneton que era *la obra más seria que se haya escrito en el país sobre el Código civil argentino abarcado en su totalidad. Con admirable poder de síntesis, servido por un vocabulario de rara precisión, el autor destiló en dos tomos la materia de diez volúmenes. Las concordancias de los artículos entre sí, el rastreo de las fuentes, la exégesis, la crítica, todo fue realizado con auténtica información y sólida doctrina*<sup>32</sup>.

En la *Introducción* anunció que había procurado explicar y criticar *el Código por el Código, sacando autoridad de él mismo, a la manera que el lapidario pule el diamante con el polvo del diamante*. Asimismo, declaró que sus conclusiones sobre el derecho romano estaban referidas al *Curso* de Maynz, aunque éste sólo le hubiera suministrado a Vélez trece artículos para el libro tercero y dos para el segundo<sup>33</sup>.

Las notas de Segovia son por lo general breves y se caracterizan por su precisión conceptual y formal. Su rigor científico lo llevó, por ejemplo, a corregir los errores que se habían deslizado en las notas del Código.

Dada la índole de la obra son pocas las citas que contiene del derecho romano. Apeló a éste como fundamento o a contrario del Código, y ya alabó o reprobó la regla latina.

<sup>30</sup> Idem, VII, 468, nota.

<sup>31</sup> CUTOLO, *op. cit.*, p. VII, 1985; CHÁNETON, *op. cit.*, p. 498-502.

<sup>32</sup> *Cit.*, 499.

<sup>33</sup> Idem, I, xix y xviii.

Del art. 245 aseveró que era la versión del *célebre principio del Digesto romano: Pater est quem nuptiae demonstrant*<sup>34</sup>. Sobre el 2.059, que se ocupa de las obligaciones de juego o apuesta revestidas como título a la orden, sostuvo que era cierto tratándose de juegos prohibidos pero que en derecho romano eran completamente reprobadas<sup>35</sup>.

En materia de interrupción de la prescripción anotó que el derecho romano estaba *lleno de incertidumbres*<sup>36</sup> y a propósito de la indemnización de pérdidas e intereses por haber perecido la cosa por culpa del deudor, juzgó que las conclusiones de ese derecho no eran *del todo congruentes y satisfactorias*<sup>37</sup>.

En cambio, al glosar el art. 2.516, sobre prohibiciones que puede establecer el propietario de una cosa, consideró que la fórmula que se presenta aquí como un límite es bien vaga y poco precisa, y que habría preferido decir con la ley romana, '*a condición de no enviar ni introducir nada en el predio ajeno (quatenus nihil immittat in alienum)*', ley 8ª o 5, tít. 5º, lib. 8º Dig.<sup>38</sup>.

Con respecto al art. 2.484 comentó que debía darse siempre preferencia a la acción posesoria sobre la del dominio por la facilidad de la prueba, y que era ése un consejo de Paulo (ley 24, tít. 1, lib. 6 Dig.) que *un abogado discreto nunca deja de seguirlo*<sup>39</sup>.

El *Código civil argentino anotado* incluye cerca de tres mil notas y críticas *completamente originales e inéditas* según reza la *Introducción*. Los méritos eminentes de Segovia descendieron en ese caso por la permanente crítica mordaz que hizo de las opiniones de Baldomero Llerena, a quien le corrigió las citas romanas equivocadas, manifestando que era *el inconveniente de tomar citas ajenas sin conocer el Código que se cita*<sup>40</sup>.

En cuanto a su propia versación romanista, aflora con frecuencia. Nuevamente Maynz le sirvió usualmente de fuente. Dadas las características del libro, semejante en esto al anterior, las referencias son siempre escuetas. Muchas veces se redujo a citar una ley del Corpus Juris para fundamentar su interpretación o la regla del Código, o en contraste con ésta.

Anotando los arts. 740 a 742 y 744 afirmó que el deudor debe cumplir la misma prestación a que se obligó *aliud pro alio, invito creditori, non datur (solvi non potest)*. L. 2 o 1, tít. 1, lib. 12 Dig<sup>41</sup>.

Con relación al art. 982 aseveró que aunque el oficial público carezca de las cualidades o condiciones requeridas para el empleo no pierden sus

<sup>34</sup> Idem, 67, nota.

<sup>35</sup> Idem, 587, nota.

<sup>36</sup> Idem, 221, nota.

<sup>37</sup> Idem, 191, nota.

<sup>38</sup> Idem, II, 87, nota.

<sup>39</sup> Idem, 68, nota.

<sup>40</sup> Cit., 355, nota.

<sup>41</sup> Idem, 115, nota 570.

actos el carácter de instrumentos públicos. Le basta la posesión del cargo. Para arribar a esta conclusión se apoyó en el derecho romano: *es magistrado a pesar de su vicioso nombramiento*, dice Varrón; *ej. un esclavo hecho pretor*, L. 3, tít. 14, lib. 1 Dig.<sup>42</sup>. Por otro lado, como ilustración del art. 1.071, según el cual el ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal nunca constituye un acto ilícito, citó la máxima *nemine nocet qui jure suo utitur*<sup>43</sup>.

Del art. 1.201 dijo que en un contrato bilateral una de las partes no puede demandar su cumplimiento si no prueba haberlo cumplido: *esta es la excepción non impleti contractus*. Hoy, como en el primitivo derecho romano, una de las obligaciones se presenta como causa o condición de la otra, aunque naturalmente se encuentren separadas<sup>44</sup>.

Para calificar la posesión, a la que se refiere el art. 2.404, recurrió a Labeón: *in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat*. L. 3 o 5, tít. 2, lib. 41 del Dig.<sup>45</sup>; y al hablar de las acciones posesorias, contempladas en el art. 2.487, acotó que para adquirir la posesión no hay acción posesoria, pero sí interdicto, según la jurisprudencia romana, española y argentina<sup>46</sup>.

Finalmente, contra la sentencia del art. 1.013, según el cual cuando el instrumento privado se hace en varios ejemplares basta que el original que esté en poder de una de las partes lleve la firma de la otra u otras, advirtió que lo opuesto establecía la ley 17, tít. 21, lib. 4 Cód. y *es lo más prudente*<sup>47</sup>.

## VII. BALDOMERO LLERENA

También dos obras principales escribió Baldomero Llerena acerca del Código: *Estudios sobre el Código civil argentino*, tomo único, publicado en 1879, y *Concordancias y comentarios del Código civil argentino*, siete tomos aparecidos entre 1887 y 1891.

Nacido y formado intelectualmente en Córdoba, opinó de él Cháneton que *tenía una admiración ferviente por el Código de Vélez, del que había hecho su libro de cabecera. Pero distaba mucho de ser un jurisconsulto*<sup>48</sup>. Los Estudios, proyectados en tres tomos, de los que sólo publicó el primero, rara vez mencionan el derecho romano. Expuso en el Prólogo que se basó en los mismos jurisconsultos que habían acompañado a Vélez pero lo cierto es que mostró predilección por las fuentes francesas. El tomo tercero estaba

<sup>42</sup> Idem, 156, nota 767.

<sup>43</sup> Idem, 170, nota 836.

<sup>44</sup> Idem, 195, nota 957.

<sup>45</sup> Idem, 411, nota 1.901.

<sup>46</sup> Idem, 425, nota 1.942.

<sup>47</sup> Idem, 162, nota 784.

<sup>48</sup> Cit., 506.

destinado, precisamente, a concordar los artículos del Código con los del francés<sup>49</sup>.

En cambio, en los siete tomos de las *Concordancias*, que por cierto tiempo gozaron de enorme predicamento<sup>50</sup>, las citas romanas son abundantes, si bien con el cargo de errores e imprecisiones que le hizo Segovia. Muchas de esas citas fueron extraídas de las obras de Savigny, Mackeldey, Molitor, Ortolan, Maynz, Pothier, Voet, etc., cuando no de las notas de Vélez.

Llerena contribuyó de modo significativo al galicismo de la jurisprudencia civil argentina. El fin manifestado en su *Prólogo* de solucionar las cuestiones de interpretación *a la luz de los principios más universalmente aceptados* se tradujo en la práctica en una clara inclinación al derecho francés, representado sobre todo por Laurent. El recurso al derecho romano fue generalmente para corroborar la solución del Código y a menudo su valor fue meramente erudito.

Su comentario del art. 252 fue que el adulterio de la madre no bastaba para fundar el desconocimiento del hijo pues habiendo vivido el marido al mismo tiempo con su mujer, el hijo bien había podido ser suyo. *Nam non utique crimen adulteri quod mulieri abiicitur, infanti praeiudicat, cum possi et illa adultera esse et impuber defunctum patrem habuisse (Ley 11 o 9, tít. 5, lib. 48 Dig.)*<sup>51</sup>.

En concordancia con el art. 1.324 determinó que por las leyes romanas también era permitida la expropiación por causa de utilidad pública: *L. 14, t. 4, lib. 8, y 12, t. 7, lib. 11 Dig.*<sup>52</sup>

Llegado al art. 1.419 expuso que antes de conceder plazo al comprador el vendedor debía averiguar el estado de sus negocios, y suya era la culpa si no lo hacía y entraba voluntariamente a formar parte de una masa de acreedores cuyo deudor era insolvente; *qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus*, dice la ley romana<sup>53</sup>.

A propósito del art. 2.298 sostuvo que bastaba que el gestor hubiera gastado debidamente para que el dueño estuviese obligado al reembolso *Non solum*, dice la ley romana, *si effectum habuit negotium, quod gessit, sed sufficit, et si effectum non habuit negotium*<sup>54</sup>.

Como comentario al art. 2.381 escribió que nuestro Código, en materia de tradición, seguía el derecho romano: *es necesario remontarnos a esas leyes para resolver estas cuestiones siempre que no se choque con los principios generales establecidos por nuestro Código*<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> Cit., vi y ix.

<sup>50</sup> CHANETON, *op. cit.*, p. 506.

<sup>51</sup> Cit. I, p. 195.

<sup>52</sup> Idem, II, 295.

<sup>53</sup> Idem, 345.

<sup>54</sup> Idem, III, 350-1.

<sup>55</sup> Idem, IV, 58.

Con relación al art. 2.609 señaló lo siguiente: *un principio romano dice: traditionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur. En virtud de este principio adoptado por nuestra ley civil el adquirente sólo puede exigir la entrega de la cosa desde que se firma el contrato, pero no puede por su propia voluntad tomar la cosa*<sup>56</sup>.

Se comprueba hasta aquí que todos los comentaristas siguieron un método similar frente al derecho romano, al utilizarlo en pro o en contra de los preceptos del Código o del propio comentario, cuando no lo citaron sin inferir consecuencia alguna. Las diferencias que hubo no fueron de orden metodológico sino que radicaron en el mayor o menor número de veces que invocaron aquel derecho, y el sitio que le reservaron al lado del francés, aunque también en este último aspecto es manifiesto que hubo preferencia por el segundo, una preferencia que marcó la jurisprudencia argentina durante varias décadas. Menor atención aún que al derecho romano le prestaron los comentaristas a las fuentes locales: indianas y patrias. Es claro que ese recurso a la ciencia francesa no los apartó de la tradición romanista y tan sólo les ahorró el esfuerzo de adaptación que habían hecho los juristas galos.

#### VIII. MANUEL A. SÁEZ

Al singular jurista mendocino que fue Manuel Antonio Sáez (1834-1887) le faltó el sosiego necesario para producir la obra a que lo llevaba su cultura fuera de lo común y la originalidad de sus ideas<sup>57</sup>. Escribió el primero y único tomo de sus *Observaciones críticas sobre el Código civil* —como dejó constancia en la *Advertencia*— *en los momentos que suelen dejar las variadas cuestiones litigiosas que se agitan en el estudio del abogado y en los intervalos de reposo que ha podido usurpar a la labor agobiadora de la vida agrícola y pastoril*<sup>58</sup>.

En su rica biblioteca, que contaba con más de veinte mil libros de derecho, además de autores de los derechos canónico y común figuraban el *Corpus Juris Civilis*, las *Institutiones* de Vinnio, las *Opera omnia* de Cujacio, los *Elementos de Derecho romano*, el *Tratado de las antigüedades romanas* y las *Recitaciones* de Heineccio, las *Obras* de Pothier, el *Manual de Derecho romano* de Mackeldey, las *Obligaciones en Derecho romano* de Molitor, las *Institutiones del emperador Justiniano* de Ortolan y el *Manual de Derecho romano* de Lagrange<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Idem, 259-60.

<sup>57</sup> Juan COUSTAU, *El doctor Manuel A. Sáez, su vida y sus obras* (Buenos Aires, 1899), CHANETON *op. cit.*, p. 508-10; CUTOLO, *op. cit.*, VI, (1983); p. 545-6.

<sup>58</sup> *Cit.*, p. viii-ix.

<sup>59</sup> Alberto David LEIVA, *La biblioteca de un jurista mendocino del siglo XIX, Don Manuel Antonio Sáez*, en *Revista de Historia del Derecho* 1 (Buenos Aires, 1973), p. 349-82.

Su posición frente al Código fue crítica, como lo dice el título del libro, el que Cháneton descalificó llamándolo *difuso panfleto... de escasa importancia jurídica*<sup>60</sup>. A juicio de Sáez el Código no respondía a las exigencias del estado de cultura intelectual a que hemos llegado<sup>61</sup>. En el único tomo que llegó a publicar sólo comentó los veintinueve primeros artículos; tal la extensión con que lo hizo. Pocas veces empleó el derecho romano.

Sobre el art. 3 —las leyes disponen para lo futuro— escribió que *ya en derecho romano se nos presenta esta regla, en una ley dada para el imperio de Oriente, por el emperador Teodosio II, en el año 440, cuyo tenor es como sigue: Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit. Las leyes se aplican a los hechos futuros y no a los pasados, aun cuando sus efectos no se hayan todavía producido, si en ellas mismas y de un modo expreso, no se dispone lo contrario. El emperador romano reconocía la regla nacida de la razón natural y enseñaba que podía ponerla excepciones, en uso de la soberanía de que se hallaba investido*<sup>62</sup>.

Al art. 4 lo fundó también en el derecho romano, si bien discrepó con ambos por entender que una ley interpretativa es una ley nueva, que debe caer bajo la regla anterior. *La ley romana decía que la explicación de una disposición antigua, no importaba el establecimiento de una nueva (Ley 21, ff de qui testamenta facere possunt) —señaló— y el emperador Justiniano declaró en la novela 19, que las interpretaciones contenidas en la novela 12, sobre los efectos de la legitimación, deberían servir de regla aun para las sucesiones anteriormente abiertas, con excepción de los casos juzgados. Partiendo de estos antecedentes los jurisconsultos con generalidad y las legislaciones modernas, sostienen que la ley interpretativa debe tener efecto desde la fecha de la ley interpretada, respetando sin embargo los casos juzgados*<sup>63</sup>.

A diferencia del art. 12 del Código, que niega a la costumbre el poder de crear derechos salvo cuando las leyes se refieren a ella, era partidario de su reconocimiento amplio. Llama especialmente la atención el hecho de que allá por el medio del siglo sexto de nuestra era, en circunstancias en que si bien el imperio romano había pasado por todas las escalas de la decadencia y se encontraba sumido en la más completa ruina, cuando sin embargo los emperadores eran todavía semidivinos y ejercían la autoridad por derecho divino que les había reconocido la iglesia cristiana, Justiniano decía: *Sine scripto jus venit quod usus approbavit, nam diuturni mores consensu utentiun comprobati legem imitantur... Ea veroque ipsa sibi quoque civitas constituit soepe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege data (Inst. lib. I, tít. II o 9 y 11), y lo decía para enseñar, en los elementos de derecho que había formado, que apoyaba la opinión del jurisconsulto Juliano que concedía al pueblo acción directa de crear*

<sup>60</sup> *Op. cit.*, 509.

<sup>61</sup> *Cit.*, Dedicatoria a Bernardo de Irigoyen, p. iv.

<sup>62</sup> *Idem*, 100-1.

<sup>63</sup> *Idem*, 117.

costumbre con fuerza bastante para derogar la ley establecida: *Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur (ley 32 ff de legibus), para enervar o desvirtuar la doctrina que pudiera sacarse de un rescripto imperial, que si bien encontraba gran autoridad en la costumbre, no le concedía la fuerza bastante para derogar la ley: Consuetudinis, ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem (ley 2 C. quae sit longa consuetudo)*<sup>64</sup>.

Sobre el asunto de la autoridad de la ley expresó además que había otro modo de hacer cesar su efecto sin la manifestación expresa de ella con la interpretación restrictiva, en el caso de haber cesado la razón de su disposición. Del derecho romano tenemos la regla: *cessante legis ratione, cessat lex* y su aplicación significa propiamente una verdadera áerogación<sup>65</sup>.

Comentando el art. 21, según el cual las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en las que están interesados el orden público y las buenas costumbres, recordó la primera parte de la ley 38, tít. 14, lib. 2 Dig., que decía: *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*. Indicó que era prohibido pactar contra lo dispuesto por derecho público y que consiguientemente debía ser permitido hacerlo contra lo establecido por derecho privado, tanto más que por una constitución imperial se había restablecido la regla antigua de que el particular podía renunciar lo que la ley hubiere establecido en su favor (ley 29 Cód. de pactis). Acto seguido se refirió a la confusión introducida por el legislador romano en el concepto del derecho público, al incluir en el mismo instituciones tales como el testamento y la tutela<sup>66</sup>.

Como se comprueba, pese a que el libro de Sáez no es un modelo de método expositivo, muy lejos está de la calificación de panfleto, que apresuradamente le aplicó Cháneton. Por otra parte, tampoco se trata de un trabajo improvisado, aunque su redacción apresurada lo hiciera suponer, sino del resultado de largas lecturas y reflexiones sobre los temas abordados en sus páginas.

## IX. JOSÉ M. GUASTAVINO

José Miguel Guastavino (1838-1911), natural de Corrientes, estudió en el colegio de Montserrat de Córdoba, donde se distinguió como latinista sobresaliente. Una muestra de su talento es que, con anterioridad a su graduación en la universidad de dicha ciudad, por disposición especial del rector, ejerció la cátedra de Derecho Romano. Fue también gobernador de su provincia, diputado nacional, convencional constituyente y

<sup>64</sup> Idem, 329.

<sup>65</sup> Idem, 337.

<sup>66</sup> Idem, 406-7.

primer secretario de la Corte Suprema<sup>67</sup>. De todos los comentaristas del Código de las primeras décadas fue quien tuvo la mayor vocación romanista.

Entre 1898 y 1900 publicó los cuatro tomos de sus *Notas al Código civil argentino*, comprensivas de los arts. 1 a 556. Las había escrito dieciséis años antes, para que sirvieran de guía a sus hijos, tal como lo declaró en las *Dos palabras iniciales*<sup>68</sup>.

A diferencia de la orientación francesa que le imprimían al derecho civil autores como Llerena y Machado, destacó las fuentes romanas. Fue así que citó pocos exégetas galos y le dio preponderancia a los romanistas: Pothier, Savigny, Sala, Maynz, Story, García Goyena, Ortolan, Namur. Pothier lo proveyó de la mayoría de los textos romanos que reprodujo.

Dado el carácter privado y didáctico con que concibió las *Notas* sus referencias al derecho romano carecieron de finalidad erudita. Como todo jurista con formación tradicional sintió la necesidad de concordar las soluciones de la ley propia con las de la ley romana o común. En este sentido, su obra está más cerca del método de las concordancias practicado por la jurisprudencia anterior a la codificación que del de la exégesis moderna.

Al referirse al art. 24 sobre el cómputo de los plazos en días asentó que *nuestra ley adopta la regla de la ley romana que lo cuenta desde la media noche de un día a la media noche siguiente. La ley More Romano dice: 'More Romano, dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur'*<sup>69</sup>.

Comentando el art. 42, que trata de la demandabilidad de las personas jurídicas, escribió: *pienso que un diputado que ha hecho gastos para los negocios comunes, debe tener acción contra el cuerpo de la ciudad para ser reembolsado de ellos: 'Sicut municipium nomine actionem praetor dedit, ita et adversus eos justissime edicendum putavit. Sed et legato qui in negotium publicum sumptum fecit, puto damdam actionem in municipes'*. Ley 7, de *collegiis et corporib.*, Dig<sup>70</sup>.

En cuanto a quiénes podían ser tutores (el Código excluía a las mujeres, salvo a la abuela si se conservaba viuda) expuso que *por el derecho de las Pandectas, lib. 26, tít. 1º, la tutela es en general un empleo viril. Igitur, jure Pandectarum, tutela plerumque virile munus est, dice Gayo, lib. 12, ad ed. prov.; pero por el derecho de las Novelas, la madre y la abuela pueden tener la tutela de sus hijos y nietos, Novela 118, cap. 5*<sup>71</sup>.

En la nota del art. 549, sobre obligaciones bajo condición suspensiva, opinó que *no obstante que en el progreso del derecho romano, contado desde las Doce Tablas, la obligación natural no producía acción ni de derecho civil, ni de derecho pretoriano, la jurisprudencia, como lo hace notar con razón Ortolan, le*

<sup>67</sup> CUTOLO, *op. cit.* III (1971), p. 466-7.

<sup>68</sup> *Cit.*, I, p. ix.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 44.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 70.

<sup>71</sup> *Idem*, IV, p. 15.

ha reconocido otros efectos, como el de poder hacerla entrar en compensación, ser materia de novación y servir de base para convenciones accesorias que implican una obligación preexistente, como la fianza, la hipoteca, la prenda, etc. Esto último está incorporado en nuestra ley<sup>72</sup>.

Así como las coincidencias marcó las antinomias. Acerca del art. 63, que trata de las personas por nacer, dijo que se mira como ya nacido al hijo que está aún en el seno materno, todas las veces que se trata de su beneficio, aunque no pueda aún ser útil a nadie en tanto que no es nacido—dice Paulo. '*Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus queritur: quanquam alii, antequam nascatur, nequaquam proshit*'. Pero cuando se dice que el que está en el seno materno es considerado por la ley como ya nacido, es en el supuesto de que nacerá vivo, porque 'los que nacen muertos parecer no ser nacidos y no haber existido, porque jamás pudieron ser llamados hijos'. '*Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur; quia nunquam liberi appellari potuerunt*' ... En el campo de nuestro derecho no hay ficción legal de nacimiento: los concebidos, que aún están en el seno materno, son personas<sup>73</sup>.

Dentro del mismo título, al glosar el art. 68, estableció que por la ley romana la mujer era sometida a la visita o reconocimiento de tres matronas de habilidad y probidad reconocidas, nombradas por el pretor, quien designaba a la vez una casa honesta en que debía ser colocada para la visita. Si ella se resistía el pretor debía interponer su autoridad para obligarla a cumplir con lo ordenado, condenándola a una multa. Es con razón que nuestra ley condena este procedimiento vejatorio<sup>74</sup>.

Con respecto al temor que vicia los actos jurídicos expresó que la ley romana eligió un tipo que sirviera de medida—si se puede decir así—estableciendo que el temor que da lugar al edicto, no es un temor cualquiera, sino que debe ser de un mal grave, y que no debe ser el de un hombre que se asusta sin razón, sino aquel del cual puede ser atacado un hombre firme, mas nuestro derecho, ajustándose más a la naturaleza humana y a la verdad de las cosas, se apartó de ese tipo y estableció que la intimidación afecta la validez de los actos cuando por la condición de la persona, su carácter, hábitos o sexo puede juzgarse que ha debido racionalmente hacerle una fuerte impresión (art. 938)<sup>75</sup>.

#### X. RODOLFO RIVAROLA

Rodolfo Rivarola (1857-1942) fue otro jurista notable, que abarcó *todo el campo del derecho y de las ciencias sociales*, no obstante lo cual sus mayores esfuerzos los volcó en el derecho penal y el procesal. Hablando de la

<sup>72</sup> Idem, p. 274.

<sup>73</sup> Idem, I, p. 113.

<sup>74</sup> Idem, p. 122.

<sup>75</sup> Idem, II, p. 68.

Argentina, constantemente enseñaba que el derecho romano debía constituir la base más segura de su vida social, moral y política, dijo uno de sus biógrafos<sup>76</sup>.

Designado profesor suplente de derecho civil en la Universidad de Buenos Aires, publicó en 1901 sus *Instituciones del derecho civil argentino* en dos tomos, que treinta y cinco años después seguían siendo —según Cháneton— *la más didáctica exposición sumaria del Código*<sup>77</sup>. No otra había sido su intención: hacer un libro elemental de enseñanza, como lo llamaba; una nueva presentación gradual y sistemática del derecho civil... un nuevo programa<sup>78</sup>.

La obra contiene, por lo tanto, sólo alguna mención de autores. A su respecto señaló en la *Introducción* que los autores extranjeros que ordinariamente consulto, no reclamarán de no verse citados en un libro tan modesto de su materia de derecho<sup>79</sup>. Tampoco citó ley romana alguna.

#### XI. ALFREDO COLMO

Cierra la lista de los primeros comentaristas otro jurista eminente y hombre de vasta cultura como fue Alfredo Colmo (1878-1934): catedrático, magistrado, cónsul, viajero<sup>80</sup>.

De sus varios escritos sobre el Código interesan en esta oportunidad los dos libros más importantes: *Técnica legislativa del Código civil argentino* y *Tratado de las obligaciones*, publicados en 1917 y 1920, respectivamente. En el primero, al que me refiero sólo como complemento, pues como lo dice el título no se trata de un comentario de las disposiciones del Código, hizo el análisis más exhaustivo que hay de su método y técnica. Al hablar del derecho civil romano dijo que *es el derecho del hombre asociado, y no el derecho de los romanos. Y ese hombre no ha cambiado fundamentalmente en el decurso de las últimas veinte centurias... el derecho civil de los países civilizados en la época contemporánea tiene con él muchos, y bien primordiales, puntos de contacto.*

Afirmado el principio —que, convengamos, hubiera requerido de una explicación en cuanto a la atribución del derecho al hombre asociado y no a los romanos—, estableció acto seguido los términos que lo condicionaban. *El hombre de nuestros días tiene características que no conoció el romano, y viceversa: es más social, es más industrial, es más culto. Por otra parte, es rara la institución que no se haya modificado al través del tiempo y el espacio: la patria*

<sup>76</sup> *Homenajes al Doctor Rodolfo Rivarola al haber alcanzado ochenta años de edad en 18 de diciembre de 1937* (Buenos Aires, 1938), p. 57.

<sup>77</sup> *Op. cit.*, 514.

<sup>78</sup> *Cit.*, I, v.

<sup>79</sup> *Idem*, xx.

<sup>80</sup> Miguel G. MENDEZ, *Doctor Alfredo Colmo*, en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, XIII-3 (Buenos Aires, 1935), p. 179-88; Luis M. BOFFI BOGGERO, *Alfredo Colmo*, en: *Jurisprudencia Argentina* VI (1959, Buenos Aires), p. 44-51; y Aquiles Horacio GUAGLIANONE, *Alfredo COLMO*, en *idem*, VI D (1965), p. 11-5.

*potestad es un deber antes que un derecho; el elemento objetivo predomina sobre el subjetivo en las obligaciones, en las herencias, en la responsabilidad, etc. Además, hay en el derecho romano cosas anticuadas e inaplicables en buena medida como, al revés, existen hoy cosas nuevas que ese derecho no ha conocido ni podido conocer...: el juramento, la ausencia, los pequeños contratos llamados reales, el formalismo, etc., entran en lo primero; la cesión de deudas, la hipoteca como derecho principal, los registros, etc., corresponden a lo segundo.*

La conclusión era que había que amoldar las fuentes romanas a fin de conjugar su enseñanza con las exigencias ambientales, y que el codificador no lo hizo *por lo menos en dosis asaz pronunciada*. Como ejemplo de romanismo superfluo o pernicioso mencionó la tradición, el juramento como prueba de los contratos, la ausencia con presunción de fallecimiento, el dominio absoluto, la sociedad civil, la renta vitalicia, la posesión hereditaria, etc.<sup>81</sup>

Profesó, pues, y practicó un romanismo que podría llamarse crítico y que lo hizo reaccionar contra quienes se dejaban llevar por un romanismo que consideraba no-científico. *Es prodigioso —escribió—... el poder de sugestión romanista, aun en la época actual y en los tribunales que se habría tomado por científicos. En su virtud, basta una cita del Digesto, por ejemplo, para dar por tierra con el derecho positivo y con el mismo sentido común*<sup>82</sup>.

Aplicó tales ideas al exponer las obligaciones en general, lamentablemente la única parte del Código —mejor dicho, del derecho civil— que desarrolló, y que lo hizo en forma paradigmática. Su objetivo científico lo declaró en el *Prólogo*: *amoldar el Código, sin desvirtuarlo, a las características y exigencias de la vida contemporánea, según nos la revelan el derecho comparado, la fecunda acción pretoriana de tribunales como los franceses e italianos, las costumbres y usos, etc., a fin de que ese Código no sea un instrumento de cristalización y aun de regresión, a objeto de que ese Código resulte con elasticidad necesaria para, dentro de sus tendencias de fondo y en la órbita de sus normas generales, acomodarse a la vida, en vez de que sea ésta la que haya de ajustarse a cartabones tan rígidos como anticientíficos*<sup>83</sup>.

Las principales obras de derecho romano que utilizó como bibliografía fueron: Demangeat, *De las obligaciones solidarias en derecho romano*; Dernburg, *Pandectas*, en versión italiana; Girard, *Manual elemental de derecho romano*; Ihering, *Espíritu del derecho romano*, en versión francesa; Mackeldey, *Manual de derecho romano*, en la misma versión; Maynz, *Curso de derecho romano*; Molitor, *Las obligaciones en derecho romano*; Ortolan, *Explicación histórica de las Institutas*; Savigny, *Tratado de derecho romano*, o sea, la edición francesa del *Sistema*; Sohm, *Historia e instituciones del derecho privado romano*; Wetter, *Curso elemental de derecho romano*, ambos en castellano; y Windscheid, *Derecho de las Pandectas*, en traducción italiana.

<sup>81</sup> Cit., 106-9.

<sup>82</sup> *Tratado cit.*, p. 648.

<sup>83</sup> *Idem*, p. vi.

A partir de esa bibliografía relacionó, cuando lo juzgó oportuno, el derecho romano con el moderno. Refiriéndose a la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones dijo que los antecedentes romanos menos discutibles eran el voto religioso, en cuya virtud alguien prometía a los dioses cualquier hecho (un monumento, etc.), y, particularmente, la plicitación o promesa de un hecho (una obra, una suma de dinero, etc.) en favor de una ciudad. *Tales situaciones no difieren, del punto de vista civil —indicó— de las que son propias del derecho contemporáneo: lo mismo que en éstas, entrañan una manifestación unilateral de voluntad, que obliga al sujeto que la hace por el sólo hecho de expresarla y antes de que exista aceptación de la misma por parte de un tercero*<sup>84</sup>.

Más adelante se detuvo en el concepto romano de obligación natural, explicando las que generaba el *ius gentium* y el *ius civile*, y sus fuentes, para concluir con que el derecho ulterior no hizo más que conformarse al romano<sup>85</sup>.

Por otra parte, señaló la inconveniencia de graduar la culpa en grave, leve y levísima, como lo hicieron los exégetas del derecho romano, así como es inconveniente todo lo que en derecho está sujeto a cartabones más o menos fijos, y coincidió en ese punto con el codificador<sup>86</sup>.

Aclaró el significado de la tradición en Roma, que servía como medio de transferencia de la propiedad no quiritaria, sobre todo con respecto a las cosas *nec mancipi*, sin el formalismo de la *mancipatio* y de la *in jure cessio*, y que más bien transmitía la posesión porque la propiedad legal no se consolidaba sino con el transcurso del tiempo. *A eso se reduce el 'gran principio de la tradición que la sabiduría de los romanos estableció', como se complace en argüir nuestro codificador contra el legislador francés que no la consagrara, rubricó*<sup>87</sup>.

En otro pasaje consideró conveniente manifestar *contra el romanismo de nuestro Código y de nuestros autores, que la novación del derecho romano era algo bien distinto de la novación del derecho moderno. En éste lo propiamente esencial es la voluntad o la intención de novar... En aquél, por lo menos hasta la conocida constitución de Justiniano (que ha sido la fuente del derecho ulterior), lo capital no era la voluntad de las partes sino el formalismo solemne del derecho en cuya virtud una obligación quedaba novada, aun contra la intención de las partes*<sup>88</sup>. Rechazó, además, la proposición de que en nuestro derecho fuera admisible el pretendido principio romanista de que la traba del pleito, *litis contestatio*, *entrañe ninguna novación*<sup>89</sup>.

A propósito de los efectos de la sentencia, juzgó que *el infantilismo romanista hace en esto, como en todo, verdaderos estragos*. En el mejor de los

<sup>84</sup> Idem, p. 35.

<sup>85</sup> Idem, p. 57-8

<sup>86</sup> Idem, p. 87.

<sup>87</sup> Idem, p. 239.

<sup>88</sup> Idem, p. 545.

<sup>89</sup> Idem, p. 647.

supuestos, opinó que se trataba de instituciones distintas de las actuales: el formalismo, la exterioridad, la solemnidad, etc., daban razón de fenómenos jurídicos que el derecho moderno, íntimamente intencional y no formal, ignora en absoluto. *¿Se concibe así una aplicación al mismo de principios romanistas? ... la sentencia se limita a hacer constar (secundum allegata et probata, para hablar romanísticamente), el derecho tal como se ha pedido y acreditado. 'Declara', pues, el derecho... no lo crea, ni menos lo nova<sup>90</sup>.*

La última mención del derecho romano la hizo al tratar de la transmisión de las obligaciones. Recordó que la ignoró por bastante tiempo con excepción de la transmisión hereditaria, pues la obligación era menos un valor económico que una sujeción personal. Cuando admitió la cesión de derechos fue mediante expedientes que no desvirtuaban la exterioridad de los principios: el cesionario no era tal sino que se hacía ceder las acciones del cedente, quien continuaba aparentemente como acreedor, y venía a ser un *procurator in rem suam*. Llegó a la conclusión de que *si bien los romanos han preparado nuestra actual cesión de derechos, no la han conocido propiamente como institución específica y propia, y han ignorado la transmisión particular de las obligaciones, pues sólo la han admitido dentro del juego de la transmisión integral de un patrimonio por efecto de la sucesión hereditaria<sup>91</sup>.*

## XII. CONCLUSIONES

a) En la época en que vivieron los primeros comentaristas del Código civil —segunda mitad del siglo XIX y principios del XX— el derecho romano, aun cuando padecía la crisis a que lo condujo la Ilustración, mantenía su presencia visible como tal en la enseñanza del derecho y en la jurisprudencia de los tribunales; en esta última, sobre todo, a través de los principios generales del derecho y de las reglas de interpretación, principios y reglas que continuaron siendo los del derecho común.

b) Los profesores encargados de impartir la enseñanza del derecho romano destacaron su importancia como fuente del Código y pusieron de manifiesto la relación existente entre sus soluciones respectivas, imitando en eso el método de la concordancia desarrollado en el siglo XVIII. Con ello, no hicieron sino exteriorizar el sentido de continuidad que, en lo sustancial de las instituciones, tuvo la codificación con el derecho común anterior.

c) Los primeros comentaristas, salvo el último, Colmo, utilizaron el método exegético en su afán por conocer, en primer término, la letra del Código, y buscaron las concordancias y discordancias de sus artículos con los de las principales fuentes del derecho comparado y con el derecho romano. Tuvieron, sin embargo, una marcada preferencia por los exégetas franceses, cuya opinión fue considerada, generalmente, como la más

<sup>90</sup> Idem, p. 648-9.

<sup>91</sup> Idem, p. 692-3.

autorizada en derecho civil.

d) La autoridad de la escuela de la Exégesis —como, en general, de toda la escuela científica de ese siglo— procedía de su mayor modernidad respecto de la jurisprudencia clásica, a la que había sabido insuflarle los principios de la revolución liberal; y de la consiguiente presunción de que su doctrina era más conforme con las necesidades de una sociedad que, como la argentina, aspiraba a convertirse de tradicional en moderna. Al propio derecho romano lo asimilaron con más confianza ya digerido por esos juristas, sin el temor de caer en soluciones retrógradas. Precisamente, uno de los reproches que le hicieron al Código fue que se había *inclinado más a la tradición que a la sana doctrina filosófica* (Leguizamón y Machado).

e) Otra razón de la preferencia por los exégetas fue el prestigio que gozaba la cultura francesa y la errada creencia de que Vélez Sarfield había hecho de ellos la fuente principal del Código argentino.

f) De todos los comentaristas, quien demostró profesar la mayor adhesión al derecho romano fue Guastavino, no obstante que su obra era poco propicia para extenderse en concordancias, porque no tenía pretensiones científicas y sólo la había escrito para que sirviera a sus hijos como guía en el estudio.

g) Unos más, otros menos, todos los comentaristas consultaron el derecho romano y tuvieron en cuenta sus reglas: unas veces las encontraron coincidentes con las del Código y otras, discrepantes; unas veces las juzgaron mejores que las establecidas por el codificador y otras, inferiores o desactualizadas; unas veces apoyaron en ellas su propia interpretación y otras señalaron su desacuerdo.

h) Varias veces las citas del derecho romano fueron hechas con una exclusiva intención erudita, sin valor práctico alguno.

i) Los textos de derecho romano que usaron fueron, en su mayoría, las obras de Pothier, Savigny, Maynz y Ortolan. Pocos de ellos, como Segovia, tuvieron la preocupación y el cuidado de confrontar las citas con el *Corpus Juris*.

j) Los comentaristas no escaparon a la influencia del *mos gallicus* y de la escuela Histórica. El derecho romano *ratio scripta*, aunque disminuido en su importancia científica, fue en sus obras un elemento útil para el análisis jurídico, así lo considerasen *el derecho del hombre asociado, y no el derecho de los romanos* (Colmo). La mayoría de ellos lo tuvo en alta estima intelectual, hasta sostener Rivarola que debía constituir *la base más segura* de la vida social, moral y política de la Argentina. Por otra parte, Colmo, con espíritu crítico, combatió el excesivo *poder de sugestión romanista* ante el que sucumbían, a su juicio, muchos jueces. De todos modos, no es frecuente advertir una conciencia clara de la filiación romana de las instituciones del Código.

Recibido: 20.1.1992

Aprobado: 27.1.1992