

RÉGIMEN JURÍDICO ROMANO-ARGENTINO

*Por Marina Romano
y Daniel Pellizer**

Sumario: I. Introducción. II. Régimen del sistema sucesorio. III. Régimen de la prodigalidad. IV. Teoría del abuso del derecho.

I. Introducción

Actualmente nos encontramos ante un grave problema en materia jurídica: nuestros legisladores se sienten hoy con la necesidad de sancionar cada vez más normas que puedan llenar los vacíos legales de nuestra legislación, y resolver así los problemas que azotan a nuestra comunidad. Y esto es así porque tenemos la errónea idea de que con la creación de un nuevo precepto legal que se adecue a situaciones no contempladas directamente por nuestro derecho positivo, podemos llegar a ordenar nuestra legislación.

Pues bien, no debemos pensar que éste es el único camino para resolver conflictos; según nuestra postura existen otras alternativas.

Tenemos la firme convicción, producto de lo que se nos ha venido enseñando, que nuestra legislación no necesita la creación de nuevos

* Estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Asistentes alumnos de la Cátedra de Derecho Romano I (UCC).

preceptos legales, de manera indiscriminada y desordenada en relación al resto del sistema jurídico, pues la realidad nos demuestra que la producción irracional de las leyes no puede traer sino consecuencias indeseables para la sociedad.

Por el contrario, esta realidad se nos impone y nos exige mentes abiertas, capaces de formar cimientos sólidos, bases para construir un derecho positivo dotado de plenitud y adaptado a la sociedad actual, que pueda por lo menos contemplar una vasta generalidad de situaciones.

De ahora en adelante será nuestro compromiso proponer un camino, una alternativa, que permita que nuestra legislación pueda consolidarse.

Y por supuesto que será una ardua tarea, puesto que primero debemos indagar en las bases, madre de nuestra legislación, y es allí donde el Derecho Romano viene a cumplir su misión fundamental, que es la de nutrirnos de sus sabios y desarrollados conceptos, que intentaremos incorporar y adaptar a la realidad vigente, convencidos de que el Derecho Romano no perderá jamás vigencia, y debe tomar hoy un rol fundamental que es la tarea de esclarecer conceptos y pulir nuestras instituciones.

Por ello implementaremos el método comparativo entre las principales instituciones romanas y las instituciones argentinas, a fin de hacer un análisis de cada una de ellas.

Antes de comenzar nuestra labor deseamos agradecer a nuestros profesores de la cátedra de Derecho Romano I y II por apoyarnos y guiarnos en todo momento, sin los cuales este trabajo no sería posible.

Finalmente, esperamos poder cumplir con nuestro objetivo general, que es el de encaminarnos hacia un mejor sistema jurídico, y crear de alguna manera conciencia jurídica en toda nuestra comunidad.

II. Régimen del sistema sucesorio

Sabemos lo difícil que es realizar un estudio de cómo evolucionó el Derecho Romano a través de más de mil años (753 a.C. hasta 565 d.C).

Además, es de conocimiento general que el derecho privado evolucionó más lentamente que el derecho público, y que aquél abarcaba tanto el derecho civil como el comercial.

Asimismo, dentro del derecho civil, el derecho romano ha creado, como sucede en el ámbito de las obligaciones, un régimen que contiene verdades de validez permanente que derivan de la naturaleza misma de

las relaciones jurídicas, formando de esta manera un sistema prácticamente acabado en relación a esta materia.

Sabemos que el Código Civil fue redactado por Vélez Sársfield, y que fue sometido al voto del congreso de la Nación, que lo aprobó a libro cerrado en sesión del 25 de septiembre de 1869, y que entró a regir en el territorio de la República Argentina el 1 de enero de 1871.

El Código Civil argentino es de estirpe romanista, y esto se debe a que nuestro legislador era un gran estudioso en esa materia. Podríamos afirmar que el código argentino es uno de los más romanistas del mundo.

Expertos en nuestra materia han entendido que las prescripciones del régimen sucesorio han llegado pálidamente a nuestra legislación.

El código de Vélez en el libro IV, sección primera "De la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondan", en el Título I "De las sucesiones", viene a legislar sobre los derechos hereditarios.

El artículo 3279 define a la sucesión diciendo que "es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta a otra que sobrevive, a la cual la ley o el testamento llama a recibirla. Quien es llamado a recibir la sucesión se llama en este código heredero".

Destacamos que el primer artículo del digesto velezano, que legisla sobre el tema, tiene un fragmento directo del jurisconsulto Juliano, quien nos dice que "la herencia no es otra cosa, sino la sucesión en todo el derecho que haya tenido el difunto."

Luego el artículo 3280 nos dice: "la sucesión se llama legítima cuando sólo es diferida por la ley, y testamentaria cuando lo es por voluntad del hombre manifestada en testamento válido. Puede también diferirse la herencia de una persona, por voluntad del hombre en una parte y en otra por disposición de la ley."

Este artículo, que citando a las Partidas, en la respectiva nota, es contrario a la máxima romana según la cual "nadie podía morir en parte testado y en parte intestado."

Asimismo, nos encontramos con el artículo 3221, que habla del heredero presuntivo, en el supuesto de aceptación tácita de la herencia, inspirado en las Partidas.

Dice el artículo 3221: "El heredero presuntivo practica actos de heredero que importan la aceptación tácita de la herencia, cuando dispone a título oneroso o a título lucrativo de un bien mueble o inmueble de la herencia, o cuando constituye una hipoteca, una servidumbre, u otro

derecho real sobre los inmuebles de la sucesión". Las Institutas parten de la idea "que obrar como heredero es obrar como dueño".

Pensamos que en este supuesto las Institutas son aún más amplias que el precepto de nuestro código, al referirse al actuar como dueño y no como simple heredero, aunque la similitud con la norma es innegable.

Hemos podido comprobar a través de una comparación, que cuarenta y cinco artículos del régimen sucesorio argentino, tienen procedencia directa del Corpus Iuris Civilis.

Así podemos encontrar simetrías y asimetrías entre el Derecho Romano y el Derecho Argentino:

Encontramos similitudes entre ambos regímenes en cuanto al concepto de sucesión por causa de muerte de los herederos, y de las obligaciones transmisibles del causante a los herederos, predominando la sucesión por vía testamentaria.

Además, rige el principio de que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, admitiéndose el reparto por cabeza o estirpe.

En cuanto al sistema de capacidad para testar y la capacidad para heredar por vía testamentaria, podemos decir que aún éstos permanecen vigentes.

Respecto de la naturaleza jurídica del testamento, se lo entiende como un negocio jurídico de última voluntad, unilateral, solemne y revocable, pudiendo existir testamentos especiales y extraordinarios, bajo la idea de que la adquisición de la herencia se retrotrae a la fecha de la muerte del causante.

Por último observamos otras similitudes, tales como la aceptación de la sustitución testamentaria, el reconocimiento del legado como sucesión particular, las llamadas causas de desheredación e inclusive el supuesto de herencia vacante.

En lo referido a las diferencias, podemos citar el dualismo entre la sucesión del derecho civil y la sucesión del derecho pretorio, cada una con sus respectivas características.

También existe una independencia, o mejor dicho una no-coexistencia, de la sucesión testamentaria con la sucesión legítima.

Por su parte el Derecho Romano distinguió entre herederos forzosos y no forzosos, la institución de herederos en el testamento, pierde en Roma su importancia crucial.

Por último, podemos mencionar la admisión de la figura referida a la herencia por parte de nuestra legislación, y el régimen de legados, que carece de la complejidad de la cual estaba dotado el sistema romano.

III. Régimen de la prodigalidad

Antes de proceder con el desarrollo del tema elegido es necesario introducir la noción de lo que se entiende por prodigalidad.

Para ello citaremos la Instituta de Justiniano (I.23.3), la que expresamente se ha referido a dicha institución: "Los furiosos y los pródigos, aunque sean mayores de 25 años, se hallaban por la ley de las XII Tablas bajo la curatela de los agnados".

En primer lugar debemos destacar que no se encontraba bajo la curatela de los agnados cualquier persona, sino que se preveía el otorgamiento del curador para determinadas personas, que dilapidaban ciertos tipos de bienes y que en Roma se denominaban pródigos.

Esta institución carecía en Roma de una definición universal, lo que permitía a los jurisconsultos y pretores ir ampliando, frente el surgimiento de nuevas situaciones, el concepto.

Como consecuencia de esta ampliación, el concepto se fue modificando y evolucionando a lo largo del tiempo. Examinemos a continuación sus principales lineamientos.

Lo que en Roma se llamaba curatela, era un régimen que efectivamente se aplicaba a aquellos que dilapidaban cierto tipo de bienes. Por consiguiente, la curatela acarreaba la correlativa restricción de la capacidad, que colocaba a la persona en una situación similar a la de los menores impúberes de siete años, por lo cual se les negaba la posibilidad de realizar cualquier acto de disposición, que trajere aparejado un desmedro en su patrimonio.

Por tanto, esta institución tenía como principal finalidad velar, tutelar o proteger, los bienes de la familia agnaticia, o mejor dicho "el patrimonio de la familia agnaticia", los *bona paterna avitaque*, recibidos *ab intestato*, ya sea del padre o del abuelo paterno, siendo esta sucesión la más usual en los tiempos de Roma. Pero por otro lado, se encontraba la sucesión testamentaria en los comicios calados; sin embargo, ésta fue utilizada de manera extraordinaria.

Cuando los testamentos dejaron de ser excepcionales, este sistema de curatela se aplicó a los bienes que se dilapidaban por sucesión testamentaria, con lo cual tenemos ya aquí el primer indicio de la extensión del concepto de prodigalidad.

Luego la misma protección se extendió a los libertos que carecían de bienes paternos recibidos *ab intestato* o por testamento.

Los pretores tenían la función de designar un curador a quienes a su criterio lo necesitaran, ya se tratara de libertos, ingenuos, etcétera.

Así el concepto de prodigalidad fue evolucionando, y su régimen comenzó a aplicarse a conductas muy diversas. Pero el fundamento de esta institución era patrimonial. Pues no se buscaba la protección del pródigo en sí mismo, es decir de su persona, sino evitar que éste dilapidara sus bienes en perjuicio de su familia.

Debe entenderse entonces, que el bien jurídicamente protegido era de naturaleza patrimonial, el sistema se establecía en beneficio de la familia del pródigo.

Durante el reinado de Antonino Pío, en pleno Imperio, el concepto de prodigalidad se modificó nuevamente, abarcando nuevas y variadas situaciones.

Ya en esta etapa, el pródigo es incapacitado por otra razón diferente a la del plano económico: Se lo inhabilita por hacer mal uso de sus facultades, perdiendo importancia la protección de la familia agnaticia. En consecuencia, la extensión del concepto llevó a que la institución sea redefinida, entendiéndose por pródigo a quien dilapida ciertos tipos de bienes, o quien gasta de manera irracional todo tipo de bienes, estableciendo como interés jurídicamente protegido a la misma persona inhabilitada, es decir al pródigo y no al patrimonio familiar.

En lo que respecta a nuestro régimen positivo, la prodigalidad es regulada en el artículo 152 bis: "podrá inhabilitarse judicialmente a quienes por la prodigalidad en los actos de disposición y administración de sus bienes, expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuges, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio [...]." Los inhabilitados podrán otorgar por sí sólo actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso (agregado por la ley 17.711).

El artículo se refiere tanto a actos de administración como de disposición, por los cuales se expusiere a la familia a la pérdida de su patrimonio.

Este artículo tiene su fundamento en la protección a la familia, y no en la protección al pródigo, quien por el uso indebido de sus bienes podría poner en riesgo su patrimonio y caer en la indigencia. Es sorprendente como el código no receptó la institución de la prodigalidad de los tiempos de Antonino Pío, puesto que aparece mucho más perfecta y dotada de un mayor contenido humano al otorgar protección no sólo a la familia sino también al pródigo. Sin embargo, el Código se apartó, y esto se confirma cuando el artículo 152 bis dice: "expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio."

No queremos decir con esto que no tenga importancia dejar a la familia en ruina o al menos con graves problemas económicos, ¿pero qué pasaría si el pródigo no tuviera efectivamente familia?

Aquí la cuestión parece revestir importancia, por lo cual sostenemos que esta institución debería estar dirigida directamente en beneficio de la persona del pródigo.

Por último, la ley permite que el pródigo pueda realizar ciertos actos de administración, siempre que hubiesen estado limitados o restringidos por la sentencia. El derecho a pedir la inhabilitación está reservado al cónyuge, a sus ascendientes y descendientes.

IV. Teoría del abuso del derecho

Podemos decir que la doctrina que limita el llamado "abuso del derecho", o mejor dicho "el ejercicio abusivo del derecho", ha tenido su auge en los últimos tiempos, y habría nacido y tenido desarrollo en Francia en el siglo XIX. Esta doctrina es receptada por nuestro código con la ley 17.711, de 1968, que modifica la redacción originaria del artículo 1071 del Código Civil.

"El ejercicio abusivo de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto."

Sin embargo, hay límites: "La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos".

Como sabemos, no es frecuente que se busquen las raíces de la teoría del abuso del derecho en Roma, ya que se tilda al Derecho Romano de individualista, razón por la cual jamás intentaríamos formular la hipótesis de que en Roma existieron restricciones y límites al ejercicio del propio derecho. El siguiente fragmento de las fuentes pareciera dar razón a estos pensamientos:

Gayo dice que "no se considera que obra con dolo quien usa su derecho", y Paulo enseña que "no hace daño a nadie sino el que hizo lo que no tenía derecho a hacer".

En cuanto a su naturaleza, éste es considerado como una causa para negar al titular del derecho subjetivo la protección del ordenamiento jurídico, y como fuente de responsabilidad con cierta función preventiva.

En el concepto de abuso del derecho subyace la idea de considerar la relatividad de los derechos, siempre que no se desvirtúen los fines perseguidos por el derecho al haberlos reconocido.

La idea de abuso del derecho sólo puede considerarse en una concepción finalista o funcionalista del derecho, ya que sólo puede el sujeto abusar del poder concedido por el ordenamiento jurídico, en tanto y en cuanto dicho poder busque satisfacer intereses humanos.

Para el sistema romano justinianeo el derecho tiene un fin moral, en cuanto busca hacer más buenos a los hombres. Por el contrario, el derecho subjetivo debería entenderse en el sentido de que en tanto su titular no exceda los límites establecidos por la norma, la moral y las buenas costumbres, y agreguemos que no afecte derechos de terceros, no encuentra obstáculo a su pleno ejercicio.

Tal como sostiene Jossierand, el abuso del derecho implica una desviación de sus fines. Ulpiano enseñaba que se abusa del derecho y se comete fraude contra la ley cuando se hace aquello que la ley no quiso que se hiciera, pero que no prohibió que se ejecutara.

Los derechos encuentran su origen en la comunidad de la cual obtienen su espíritu y finalidad, por lo que el derecho subjetivo tiene sentido en tanto su titular es un ser social. Es decir, si todo el derecho ha sido constituido a causa de los hombres, o sea el hombre como ser social por naturaleza presupone a la sociedad política, y de allí se concluye que el derecho es extremadamente relativo.

Vélez Sársfield consagra en su artículo 1197 el principio de la autonomía de la voluntad, por la cual las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una ley.

Quizás el error puede partir de confundir derecho con ley. La ley, como sabemos, está hecha y pensada en general, en cambio el derecho ha sido creado exclusivamente para el hombre, éste es su destinatario principal y máximo inspirador para la confección del mismo. Así la ley debe ser interpretada correctamente, conforme a los principios generales del derecho (vivir honestamente, no dañar al otro, dar a cada uno lo suyo) dados por Ulpiano, que nos llevarán directamente hacia la esencia de la justicia.

No existe una contradicción, porque aunque la ley establezca facultades introducidas en derechos personales, ellos siempre tienen límites, fundados en el interés del hombre. Por ello no existen derechos absolutos.

Así podemos sostener que los romanos no elaboraron una teoría del abuso del derecho, esto es una teoría con valor universal, canalizada a través de principios generales, sino que éstos, caracterizados por su gran casuismo, no lo hicieron porque no hacía falta, porque todo derecho estuvo acotado siempre por el interés general, el bien común, que es

superior a todo bien individual, y además limitado al hombre, quien es en definitiva su destinatario final.

Cabe señalar que la redacción originaria del artículo 1071 nos lleva a sostener que todo ejercicio de un derecho, o el cumplimiento de una obligación legal está permitida.

Para terminar, recordemos que el abuso del derecho no se limita a los derechos reales, sino también hallamos supuestos en los derechos personales, en los contratos, las obligaciones, y las relaciones de familia.

Bibliografía

ARGÜELLO, L. R., *Manual de derecho romano*.

Digesto (D. 27. 10. 1. PR), en fragmento que pertenece a Ulpiano, Libro I de los Comentarios a Sabino

GHRIRARDI, JUAN C., *Manual de derecho romano*, Eudecor, Córdoba, 1993.

———, *Inhabilitación judicial*, 2ª ed., Astrea, Bs. As., 1991.

———, *Derecho romano y derecho anglosajón*, 2ª ed., Explanatio, Córdoba, 1996.

Institutas de Justiniano 23. 3.

XV Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano, Mendoza, Argentina, agosto de 2001.

ULPIANO, *Reglas* 12. 3.

VÁZQUEZ, HUMBERTO, *Primeras lecciones de derecho romano*, 1ª ed., Francisco Ferreyra Editor, Córdoba, 1996.

———, *El derecho romano en la biblioteca de Vélez Sársfield*, 2ª ed., Francisco Ferreyra Editor, Córdoba, 1996.