

LA INFLUENCIA DEL DERECHO ROMANO EN
LA ADQUISICIÓN Y EN EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE
LOS DERECHOS REALES EN EL SIGLO XIX, ARGENTINA

Pamela Alejandra Cacciavillani

[L]os jurisconsultos romanos han sobresalido en dictar reglas muy juiciosas sobre interpretación, y son, aún hoy nuestros guías.

José Daniel Goitía¹

1. Introducción

La declaración del Juez Federal, José Daniel Goitía, a finales del siglo XIX, es solo uno de los tantos ejemplos de la enorme influencia que el derecho romano ejerció en el sistema jurídico argentino. Desde la creación de las universidades durante el período colonial, el influjo romano se apreció tanto en la enseñanza del derecho y en la formación de juristas, como también en las sentencias y en las obras jurídicas, fruto de la labor de profesionales formados en la tradición romanista. Sin embargo, en la actualidad en Latinoamérica “el derecho romano va siendo paulatinamente relegado. En cuanto a planes de estudios suplantado (...) en muchos otros reducido a un capítulo más en la historia del derecho”.²

No obstante este desplazamiento, de una manera fragmentaria y “ahistórica” los manuales de diversas disciplinas jurídicas, especialmente las abocadas al estudio del Derecho Privado, remiten al Derecho Romano –como también al *Ius Commune* y al Derecho Indiano– mediante una construcción narrativa que genera una “instrumentalización respecto del derecho vigente”.³ Coincidente es la opinión de Hespanha, quien advierte diferentes efectos que derivan de un cierto uso de la historia, entre ellos se destaca la “sacralización del derecho actual por medio de la utilización de la historia”.⁴

1 Citado por Levaggi 1986, p. 33.

2 Hinestrosa 2007, p.5. Es el caso de la Universidad de Monterrey, en la carrera de licenciado en derecho algunas nociones básicas del derecho romano son impartidas en una unidad dentro del programa de la asignatura Historia de la Instituciones Jurídicas.

3 Caroni 2014, p. 16.

4 Hespanha 2002, p.19. En materia de enseñanza del derecho penal, por su parte,

En un área específica, como es el estudio de los derechos reales, o también denominado derecho de bienes, los vocablos como tradición (*traditio*), acción reivindicatoria (*rei vindicatio*), posesión (*possessio*), la denuncia de obra nueva (*Operis novi nuntiatio o interdictum demolitorium*), entre otros, evocan una conexión inexorable con su versión latina, como también con su raíz jurídica romanista. En este contexto, no debe sorprendernos el uso que los autores y las autoras hacen de estas palabras en latín. En materia de transmisión del dominio, para el caso argentino, se sostiene que “Vélez Sarsfield adoptó el sistema romano del título y el modo, y a este último elemento (*traditio*) como la expresión de la transmisión del dominio”.⁵ Frente a este tipo de aseveraciones vale indagar el significado de la expresión ‘sistema romano del título y modo’. En este sentido, debemos preguntarnos cómo fue entendido el derecho romano por parte de los juristas argentinos de finales del siglo XIX y del siglo XX. A primera vista, se advierte una lectura de la experiencia jurídica romana completamente descontextualizada puesto que en el devenir histórico jurídico romano la transferencia de derechos sobre cosas fue el escenario de diversas reformas. Von Ihering advierte que en el derecho romano antiguo “la transferencia del derecho de propiedad no era la del derecho de propiedad, sino más bien la transmisión de la cosa”, lo que resulta relevante aquí no es la idea de derecho sino “el abandono por parte del propietario actual de una cosa de la que un nuevo propietario se apoderaba”.⁶ El autor considera que tanto en la *mancipatio* como en la *in jure cessio* no se producía una transferencia del derecho en cabeza del nuevo adquirente sino que este tomaba la cosa, ya que quien la estaba poseyendo dejaba de hacerlo, situación que se encuentra en los primeros momentos de la *traditio*. En el periodo del derecho romano clásico, Schulz reconoce la existencia de “cinco actos inter vivos mediante los cuales, la propiedad podía ser transmitida: *mancipatio, in iure cessio, traditio, adiudicatio y adsignatio*”.⁷

Frente a este complejo panorama, inexorablemente emerge el interrogante sobre la finalidad de los juristas de simplificar la experiencia jurídica romana y de emplearla como un patrón de referencia y de diferenciación. Para

Alejandro Agüero ha analizado de manera crítica no solo los límites temporales que predominan en los manuales de enseñanza sino también el rol que cumple esta imagen del pasado. Al respecto, ver: Agüero 2017.

5 Scotti 2002, p. 21.

6 Ihering 1998, p. 615.

7 Schulz 1960, p. 330.

comprender este tipo de posiciones creemos que son sumamente valiosas las reflexiones de Duve en torno a los procesos de creación de normas, especialmente respecto del estudio de las particularidades en “la apropiación de opciones normativas enraizadas en otra normativa”.⁸

2. El estudio del derecho romano desde la mirada latinoamericana

Para comprender la particularidad que representa el ámbito latinoamericano en lo que respecta al estudio del derecho romano, hemos relevado trabajos que analizan la influencia de la disciplina en esta área. Esta búsqueda nos permitió no solo divisar diferentes líneas aproximativas sino también evitar “la exclusión apriorística de cualquier procedimiento [que] es ilegítima y [que] puede esconder tras de sí un prejuicio ideológico, tanto más peligroso y anticientífico cuanto más encubierto y menos consciente”.⁹

Como resultado de esta aproximación hemos divisado los siguientes tópicos: la enseñanza del derecho, la aplicación del derecho y la producción del mismo mediante obras doctrinarias. En el primer caso, analizar la enseñanza del derecho romano implica una aproximación a la formación de los abogados y los juristas, tanto en el periodo colonial como también durante el derecho patrio, y a posteriori durante la experiencia codificadora.¹⁰ Respecto de la aplicación del derecho, la principal fuente consiste en el estudio de las sentencias y se predica el periodo temporal ya mencionado.¹¹ Finalmente otra metodología consiste en analizar la recepción de nociones jurídicas romanas en obras jurídicas específicas. En este punto, coincidimos con Duve quien considera que durante un importante lapso de tiempo la recepción fue considerada como una nota distintiva de los procesos de intercambio normativo lo cual dejó “un pequeño ámbito para el análisis del proceso de reproducción creativa”¹² acaecido en los espacios locales.

El estudio de obras concretas proporciona importantes referencias, no solo en cuanto a la formación y trayectoria de sus autores sino también respecto del proceso por el cual el derecho romano es traducido, interpretado e

⁸ Duve 2016, p. 16.

⁹ Cuenca Boy 1993, p. 388.

¹⁰ Aspell 2012; Aspell 2010; Ávila Martel 1965; Levaggi 1986; Stringini 2018.

¹¹ Santos Martínez 1991; Cacciavillani 2018, p.74.

¹² Duve 2016, p. 16.

introducido, por ejemplo mediante notas,¹³ en instrumentos jurídicos específicos como es el caso del código civil.¹⁴ Respecto de la incorporación normativa en los códigos, Guzmán Brito señaló que al igual que en Europa el derecho romano “daba sustancia a los códigos, [pero] en sí mismo quedaba fuera de vigor. Pero no por ello fue desplazado de la formación de los juristas sino que a partir de allí se divisa “su transformación a disciplina académica en las facultades de derecho”.¹⁵ En este sentido, se destacan los trabajos realizados, tanto por romanistas como históricos del derecho, que analizan la elaboración de los códigos civiles en el ámbito latinoamericano. En esta corriente se encauzan los trabajos de Guzmán Brito, Luis Rodríguez Ennes,¹⁶ Antonio Fernández de Bujan y Fernández,¹⁷ Rosalia Rodríguez López,¹⁸ Carlos Ramos Nuñez,¹⁹ entre otros.

3. Nuestra propuesta: un puente ecléctico

Resulta difícil y a la vez poco pertinente, adoptar una posición excluyente respecto de la aproximación metodológica en nuestra temática. Al plantearnos como horizonte la reflexión en torno a la influencia del derecho romano en el código civil argentino, especialmente en materia de transmisión de dominio, podría inferirse que el último tópico desarrollado *ut-supra* sería el marco de reflexión teórica más apropiado. No obstante la indiscutible relación entre esta propuesta metodológica y nuestro objeto de estudio, consideramos que partiendo de una premisa que aboga por la historicidad *per se* del derecho la forma más conveniente de dirigir esta investigación consiste en “aspirar al estudio del derecho romano en la integridad de su desarrollo histórico y desde todos los puntos de vista imaginables que puedan tener significación para el derecho”.²⁰ Para ello, y considerando las reflexiones en torno a la traducción cultural, proponemos una aproximación “ecléctica” que a partir de una historización, combine no solo el análisis del texto del código civil y la formación

13 Turelli 2018.

14 Esto no quita el estudio del derecho romano en la erección de otros códigos, véase: Salinas Araneda 1992.

15 Brito Guzmán, p. 80.

16 Rodríguez Ennes 2012, p. 737-755.

17 Fernández de Bujan y Fernández 1994.

18 Rodríguez López 1999.

19 Ramos Nuñez 1994.

20 Cuenca Boy 1993, p. 392.

de su autor, sino también referencias al régimen jurídico romanista en materia de transmisión de la propiedad y cuestionamientos sobre las interpretaciones, que juristas contemporáneos y no contemporáneos al codificador, han sostenido en esta materia. En esta dirección pretendemos comprender por quiénes y cómo fue leído el derecho romano y con qué finalidad.

¿Quién fue Dalmasio Vélez Sarsfield?

Dalmasio Vélez Sarsfield (1800-1875), fue un jurista y político cordobés de marcada trayectoria que llevó adelante la gran empresa codificadora en materia civil. Sus primeros contactos con la materia jurídica se remontan inexorablemente a su paso por la universidad. Como sostiene Levaggi, “durante el período hispánico (...) la influencia del derecho romano tanto en la enseñanza universitaria como en la jurisprudencia y en la práctica forense y notarial es notoria”.²¹ En la Universidad Mayor de San Carlos de Córdoba, casa de estudios en la que se formó Vélez, la cátedra de Institutas comenzó a operar en 1791, creándose luego de dos años una segunda. Como toda universidad indiana, la instrucción jurídica se centró en el derecho romano y canónico con las respectivas adecuaciones al derecho real. Si bien el plan de estudios fue escenario de importantes reformas durante los primeros años del siglo XIX, el derecho romano, al igual que el latín, siguió impartándose.

Sobre la vida universitaria del codificador, Chaneton señala no solo que fue sumaria sino que tampoco se advierte un “brillo excepcional”. Cuando Vélez accedió al claustro universitario, debido a las reformas, existía la posibilidad de tomar dos de los cuatro ramos que impartía la casa de estudios lo que le otorgó “opción al título de bachiller y éste poníale en condiciones de abogado, después de la práctica requerida”.²² Lo que caracterizó y contribuyó a la formación de Vélez, sostiene Chaneton, fueron dos factores, por un lado su acentuado espíritu autodidacta y por otro su paso por la vida política y la praxis jurídica. Durante los años 1855-1858, Vélez trabajó como asesor de gobierno de la provincia de Buenos Aires, en sus dictámenes, a diferencia de lo que señalan algunos autores para el caso del código civil, es posible advertir referencias directas a la experiencia jurídica romana. Mediante un estudio exhaustivo de estas fuentes histórica-jurídicas, Somovilla advirtió referencias explícitas al Digesto.²³

²¹ Levaggi 1986, p. 17.

²² Chaneton 1969, p. 350.

²³ Ver: Somovilla 2007, p. 1-11.

Con fecha 20 de octubre de 1864 el entonces presidente de la República Argentina emitió un decreto por medio del cual designó a Dalmasio Vélez Sarsfield como redactor del proyecto del Código Civil, días más tarde, el 25 de octubre, el jurista cordobés aceptó la desafiante tarea.²⁴ La impronta del derecho romano en este instrumento jurídico es indiscutible tanto por la formación del autor como por el método adoptado y por el fuerte impacto que destacados romanistas han tenido en la obra. En este sentido se destacan nombres “tales como Vinnio, Heinecio, Cujas y Pothier y los más próximos a la época del codificador, continuamente citados en sus notas, Maynz, Mackeldey, Ortolan y Molitor”.²⁵ Pero quizás el más destacado de todos ellos fue Friedrich Carl von Savigny mediante su obra, en versión francesa, *Sistema de Derecho Romano Actual* la cual fue empleada por el codificador en materia de “personas jurídicas, obligaciones en general, dominio y posesión”.²⁶

4. La tradición en la adquisición y transferencia de los derechos reales

Si bien algunos autores consideran que el derecho romano no fue una fuente directa, en el sentido de que “ninguna de las disposiciones del Código fue extraída directamente del *Corpus Iuris Civilis* o de algún pasaje de un jurisconsulto romano” es notable que Vélez Sarsfield en materia de derechos reales, específicamente en lo que hace a la transmisión del dominio “volvió al criterio romano, aun ya abandonado por las legislaciones más recientes”.²⁷ Entre las notas definitorias del régimen de los derechos reales del código civil argentino destacan: el sistema del *numerus clausus* o enumeración taxativa de los derechos reales,²⁸ la adopción del principio de convalidación- como excepción al principio *nemo plus iuris*,²⁹ entre otros.

Para comprender la idea que plantean diversos autores sobre la remisión al

24 Ver: Cabral Texo 1920.

25 Llambías 1960, p. 213.

26 Llambías 1960, p. 213.

27 Llambías 1960, p. 123.

28 *Código Civil de la República Argentina* 1871,

Art.2503 “Son derechos reales: el dominio y el condominio, el usufructo, el uso y la habitación, las servidumbres activas, el derecho de hipoteca, la prenda y la anticresis”.

29 *Código Civil de la República Argentina* 1871,

Art. 3270 “Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere”.

derecho romano debemos prestar atención a lo normado en el artículo 2502³⁰ y en su nota. En esta disposición normativa el codificador adoptó el principio por el cual los derechos reales solo pueden ser creados por ley, lo que lo apartó de cualquier tipo de sistema en el que la voluntad de las partes pudiera tener fuerza creadora. Si bien en la nota al artículo la crítica es respecto de la realidad que se vivía en España, el *quid* se encuentra en el cuestionamiento de la voluntad como fuerza creadora de los derechos reales. Respecto a la experiencia jurídica española, el autor señaló que este sistema se encontraba en contraposición con la concepción romanista. En este sentido expresó que “el derecho romano no reconoce [cía] al lado de la propiedad, sino un número de derechos reales, especialmente determinados, y era por lo tanto privada la creación arbitraria de nuevos derechos reales”.³¹

Si bien esta referencia resulta comprensible si consideramos su horizonte de finalidad, desde una perspectiva romanista no puede dejar de mencionarse que el concepto de derecho real en sí es completamente ajeno. Schulz remarca que “existe un gran número de importantes concepciones para las cuales los romanos no tuvieron términos técnicos, aunque estos mismos, consciente o inconscientemente, subyacían en sus discusiones. Una concepción importante como la de derechos *in rem* sobre la cual cientos de decisiones fueron basadas, no tenía ni siquiera un nombre”.³²

Al pretender establecer una suerte de puente con la experiencia romana, resulta necesario realizar algunas aclaraciones terminológicas puesto que el concepto de derechos reales es de creación posterior. Frente a este panorama debemos considerar el ámbito de las llamadas *actio in rem* en otras palabras “el medio típico de defensa o tutela del poder que –directamente– se pretende respecto de una cosa corporal *in commercium*”.³³ En el contexto del derecho romano clásico, Lozano Corbí considera como el concepto más cercano a lo que posteriormente se denomina derechos reales al sostenido por Gayo: “un poder que el sujeto de derecho puede ejercer sobre cosas corporales, protegi-

30 *Código Civil de la República Argentina* 1871,

Art. 2502 “Los derechos reales sólo pueden ser creados por ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”.

31 *Código Civil de la República Argentina* 1871, Nota al Art. 2502.

32 Schulz 1956, p. 44.

33 Lozano Corbí 1999, p. 353.

das por las denominadas *actio in rem*".³⁴

Más allá de las distancias terminológicas, en el ámbito de los derechos sobre las cosas, Vélez pretendía dar cuenta de las quejas de los juristas españoles quienes se quejaban "de los males que habían producido los derechos reales sobre una misma cosa".³⁵ Esta confluencia de potestades de diferentes titulares significaba, en algunos casos, que "uno era propietario del pasto que naciera y otro de las plantaciones que hubiesen hecho".³⁶ El peligro que emergía de este múltiple encuentro de "derechos reales sobre unos mismos bienes" fue motivo de la proliferación de un sinnúmero de pleitos y conflictos a la par del obstáculo "que representaba esta situación para la explotación y circulación de estos bienes".³⁷ Esto fue explicado por Vélez Sarsfield a partir de la desmejora que sufrían las propiedades y el gran número de pleitos que emergían.

5. La tradición desde la perspectiva velezana y su interpretación doctrinaria

En el Código Civil argentino, la tradición significó tanto el modo constitutivo como el medio de publicidad de la trasmisión de los derechos reales. En materia de transferencia de derechos sobre inmuebles el jurista español Gumersindo de Azcárate propuso una clasificación de las legislaciones en cuatro grupos. "En el primero incluimos a los que exigen la tradición, entrega o toma de posesión, como requisito indispensable para la transmisión de la propiedad; en el segundo, las que declaran que ésta se verifica por virtud de las convenciones, ya den un valor absoluto al mero consentimiento, ya establezcan solemnidades especiales para hacer constar éste, en el tercero las que han sustituido la tradición con la inscripción o transcripción en el registro, en el cuarto las que combinan estas distintas formas, exigiendo ya la tradición y las solemnidades, ya éstas o aquélla y la inscripción, o admitiendo un principio para los contratantes y otro respecto del tercero".³⁸

A partir de la lectura del articulado del código advertimos que este se enmarcó en el primer grupo propuesto por Azcárate, muestra de ello es lo normado en el Art. 577: "antes de la tradición de la cosa el acreedor no adquiere

34 Lozano Corbí 1999, p. 353.

35 *Código Civil de la República Argentina* 1871, Nota al Art. 2502.

36 *Código Civil de la República Argentina* 1871, Nota al Art. 2502.

37 *Código Civil de la República Argentina* 1871, Nota al Art. 2502.

38 Citado por: Fuenzalida 1998, p. 118-119.

sobre ella ningún derecho real”. Respecto de la nota a este artículo, Mariani de Vidal señala que además de apreciarse las críticas al sistema francés, el cual se basaba en el consentimiento, puede comprenderse el alcance que tiene la tradición en nuestro sistema.³⁹ En el mismo apartado el codificador consideró que la manifestación pública y visible era “la razón filosófica del gran principio de la tradición que la sabiduría de los romanos estableció”,⁴⁰ pero al cotejar esta aseveración con estudios sobre el derecho romano surgen algunas incertidumbres. Si bien se reconoce que la transmisión de la propiedad era “efectiva cuando el transmitente era el dueño o al menos un autorizado para disponer del objeto, como esto era un hecho que no podría ser percibido a simple vista, permanecía en la incertidumbre si el cesionario había recibido la propiedad o no”.⁴¹ En este sentido, se aprecia una suerte de inseguridad jurídica originada en el hecho de que frecuentemente emergían consecuencias jurídicas de una serie de hechos “los cuales eran difícil de reconocer”, en este sentido “el derecho romano asimiló demasiado esta inseguridad jurídica con perfecta calma”.⁴² Lo que permite sostener que “es una nota característica del derecho romano la escasa importancia que fue atribuida a esta clase de seguridad”.⁴³

La errónea interpretación de la tradición en términos publicitarios, es advertida por Azcárate quien interpretó que pareciera que los Códigos “han [hubieran] retrocedido volviendo al sentido del derecho romano”, pero no es así en realidad, aclara el autor ya que “la antigua tradición no se originaba de la necesidad de dar publicidad al acto de la transmisión y de rodear a ésta de to-

39 En el segundo párrafo de la nota de cita al jurista Freitas quien “sosteniendo el principio de la tradición para la adquisición de la propiedad dice: Por la naturaleza de las cosas, por una simple operación lógica, por un sentimiento espontáneo de justicia, por el interés de la seguridad de las relaciones privadas a que se liga la prosperidad general, se comprende desde el primer momento que el derecho real debe manifestarse por otros caracteres, por otros signos que no sean los del derecho personal, y que esos signos deben ser tan visibles y tan público cuanto sea posible. No se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce”. Respecto a la interpretación que Vélez hizo de la postura de Freitas en materia de tradición, diversos autores, entre ellos Bibiloni, Carballo y Mariani de Vidal señalaron la errónea interpretación puesto que Freitas entendía por tradición no la entrega de la cosa sino la inscripción. Ver: Cacciavillani 2018.

40 *Código Civil de la República Argentina* 1871, Nota al Art. 577.

41 Schulz 1956, p. 248.

42 Schulz 1956, p. 248.

43 Schulz 1956, p. 243.

dos los requisitos convenientes para asegurarse de su autenticidad, sino que era una consecuencia derivada de una doctrina completa y estricta”.⁴⁴

No obstante lo señalado, esta idea de vincular la tradición con la publicidad podría tener alguna conexión con el derecho romano. En este sentido, algunos autores sostienen que existía una similitud con la experiencia romana en la que se advierten “formas primitivas de publicidad” mediante la presencia de testigos, intervención de autoridades como el *libripens*, la actuación de magistrados y las transcripciones.⁴⁵ Por su parte, Schulz también reconoció que “El principio de la publicidad, importante desde el punto de vista de la seguridad de las relaciones jurídicas⁴⁶ –si bien– fue escasamente usado en el Derecho Romano, solo –se advierte– en el caso de la *mancipatio e in iure cessio*”.⁴⁷

Analizada la tradición en su faceta publicitaria corresponde tratar la cuestión de la tradición como requisito en términos de transmisibilidad de derechos. Si bien la primera idea que denota el vocablo es la entrega material de la cosa, su capacidad traslativa de dominio se encuentra vinculada a que la misma sea realizada “en virtud de título traslativo de propiedad, como venta (...) por el dueño que sea capaz de enajenar sus bienes”.⁴⁸ En este mismo sentido el codificador interpretó la tradición, comprendiendo la entrega material junto con un acto jurídico que tenga virtualidad para producir la transmisión del derecho (donación, compraventa). La doctrina sostiene que esta interpretación se respalda en la cita que hace Vélez Sarsfield del Digesto, referencia que ha sido señalada en correspondencia con el jurisconsulto Paulo: quien sostenía “La nuda tradición nunca transfiere el dominio, a no ser que hubiere precedido la venta, o alguna causa justa por la cual se siguiera la entrega”.⁴⁹

Efectivamente, en este punto existe una conexión entre la noción de tradición que manejó Vélez y la empleada en el derecho romano. La denominada *causa traditionis* se encontraba fuertemente ligada con el propósito, así “se

44 Fuenzalida 1998, p. 120-121.

45 Zamora Manzano 2004.

46 En su obra el jurista alemán Schulz advierte que la idea de “seguridad jurídica será tratada aquí en un doble sentido del término, en un sentido esto significa la certeza que el derecho prevalecerá en su luchar /controversia con lo injusto o incorrecto, en el otro certeza respecto de qué es el derecho, su carácter reconocible y la predictibilidad de las consecuencias legales generadas a partir de un conjunto de hechos. Schulz 1956, p. 240.

47 Schulz 1956, p. 249.

48 Escriche 1863, p. 4505.

49 Musto 2000, p. 474.

requirió el convenio de las partes sobre la finalidad legal de la transmisión esto es, sobre si la *traditio* se hacía *venditionis causa*, *donationis causa*, *dotis causa*, *solutionis causa*, *mutui causa*".⁵⁰ La falta de acuerdo entre las partes sobre la *causa traditionis* tenía como consecuencia la no transmisión de la propiedad. A la par de este requisito, la transferencia de la posesión era considerada indispensable para el traslado "del poder físico sobre la cosa", lo que generó que "una transmisión de propiedad por simple convenio, fue [ra] totalmente desconocida en el Derecho clásico".⁵¹

Durante los primeros años de vigencia de código, los juristas contemporáneos comenzaron a marcar las diferencias con el sistema romano. En esta línea, Carballo, un jurista de los primeros años del siglo XIX, en su tesis de doctorado⁵² planteó que, para los romanos, "la posesión era fundamental, constituía la base, el punto de partida de los derechos reales, de aquí que negaran toda eficacia al solo contrato, á la simple convención y de aquí también que reconociendo como únicas fuentes del dominio la ocupación, la aprehensión; no concibieran la posibilidad de transmitirlo sin hacer intervenir el acto material de la aprehensión".⁵³ Para el autor, si bien "la tradición respondía al concepto, que el pueblo romano tenía del derecho. Legado el principio de la tradición a las naciones modernas, lo vemos debilitarse, perder su fuerza poco á poco",⁵⁴ quedando reducido a una exigencia teórica sin objeto ni vida propios.

En materia de transmisión inmobiliaria, las críticas de Carballo al sistema adoptado en el Código enfatizaban que la exigencia de la tradición "mirada a través del moderno concepto del derecho" se tornó un mero defecto del simbolismo romano que no sólo se presentó como un obstáculo a la "realización del derecho" sino que fue un óbice en materia de transacciones y enajenación de las tierras. En su anteproyecto al código civil (1932), Bibiloni consideró que la tradición de hecho, en el sentido de acto material, era dificultosa ya que no deja ningún tipo de rastro permaneciendo "oculta en la soledad de los campos".⁵⁵ Situación que se tornó más que perjudicial para los terceros ya que "¿Quién sabe en las ciudades sí años atrás se hicieron tradiciones y a quién?".⁵⁶

50 Schulz 1960, p. 336.

51 Schulz 1960, p. 337.

52 Carballo 1912.

53 Carballo 1912, p. 20.

54 Carballo 1912, p. 21.

55 Bibiloni 1932, p. 91.

56 Bibiloni 1932, p. 91.

La razón por la que el codificador se apartó de la idea de tradición sostenida por el jurista Freitas, basada en la inscripción registral, se encuentra en una nota final del codificador a todo el título XIV “De la hipoteca”.⁵⁷ En breves palabras, en la nota Vélez consideró que debería esperarse a que “la experiencia y el ejemplo de otras naciones, nos enseñen los medios de salvar las dificultades del sistema de inscripción de todos los títulos”⁵⁸ la inscripción en el registro no garantiza ni aumenta el valor del título. Si bien los motivos que esgrimió el codificador para no acoger la registración de las transferencias de derechos sobre inmuebles⁵⁹ no tuvieron en miras al derecho romano tampoco en este “existió el llamado registro de la propiedad, ni siquiera el de la propiedad territorial”.⁶⁰

A pesar de la postura del autor del primer código civil, a nivel nacional una fuerte adhesión a la registración de la propiedad se materializó en las propuestas de diversos proyectos de leyes. Entre ellos se destacan los proyectos de los diputados Eleodoro Lobos en 1899, Julián Barraquero en 1902, José Galiano en 1904, el del Poder Ejecutivo de 1911, el del diputado Frugoni Zabalá en 1915 y Carlos F. Melo 1917, un nuevo proyecto del Poder Ejecutivo de 1923, y los anteproyectos de Juan Antonio Bibiloni 1932 y Llambías de 1954. Por su parte, en los espacios provinciales, fueron erigiéndose registros de la propiedad con diferentes variantes. En algunos casos, la inscripción constituía y publicitaba los derechos mientras que en otros tenía solo esta última una función.

6. Reflexiones finales

“Toda investigación romanista debe proponerse la consecución de resultados relevantes para el derecho, pero la pregunta es, ¿para qué Derecho?”.⁶¹ Como respuestas al interrogante emergen diferentes propuestas, por un lado los resultados de esta investigación podrían ser considerados romanistas y por ende ser relevantes para el estudio de la circulación, interpretación e influencia del derecho romano en los procesos de producción normativa en La-

57 La autora agradece al Dr. Gabriel B. Ventura por las observaciones y sugerencias hechas sobre este punto durante la defensa de su tesis doctoral.

58 *Código Civil de la República Argentina* 1871, Título XIV.

59 Un análisis de los argumentos que Vélez esgrimió en este punto se encuentra en: Cacciavillani 2018, p. 101-104.

60 Schulz 1960, p. 339.

61 Cuenca Boy 1993, p. 391.

tinoamérica, mientras que por el otro sería un estudio de historia del derecho argentino en el que se reflexiona igualmente en torno a la influencia del derecho romano en la construcción del derecho en un espacio.

El objetivo de nuestra propuesta fue ir más allá de una visión dicótoma, para ello decidimos realizar un estudio en el que además de considerar la impronta del derecho romano en el texto del código, mediante la labor y formación de su autor, integre una reflexión que considere el análisis de este desde la perspectiva romanista. A partir de este diálogo entre lo que el codificador comprendió, interpretó y seleccionó en materia de transmisión de derechos reales y lo que el derecho romano estipuló en el contexto de las *actio in rem* y *traditio* pudimos advertir importantes diferencias que principalmente giraron en torno al rol publicitario y traslativo de la tradición. A la par de este cotejo, y con la finalidad de evitar una perspectiva meramente legalista, decidimos incluir algunas referencias de la doctrina para advertir si las interpretaciones del codificador recibieron apoyo o bien fueron objeto de críticas.

Por medio de la lectura de autores contemporáneos -Carballo- y posteriores al código-Bibiloni, Mariani de Vidal, Musto, Llambías, pudimos advertir el fuerte rechazo que generó la adopción de un sistema de transmisión de los derechos reales en cuyo centro se encontraba la tradición. Las críticas que esta decisión desató tienen como sustrato argumentativo las cuestionables interpretaciones que Vélez hizo de la experiencia jurídica romana y el empleo de algunos conceptos romanistas en un contexto completamente diferente que dieron como resultado un sistema de transmisión que dejaba en la completa incertidumbre las transferencias de derechos sobre inmuebles.

A partir de un análisis conciliatorio de la experiencia codificadora civil argentina y especificidades propias del derecho romano pudimos advertir que éste no fue meramente receptado sino que fue interpretado, empleado y resignificado de tal manera que le permitió al codificador apartarse del sistema consensualista y tener argumentos para rechazar la creación de registros de la propiedad.

Bibliografía

Fuentes primarias

Código Civil de la República Argentina 1871 = Código Civil de la República Argentina, Buenos Aires, 1871.

- Bibiloni 1932 = J.A. Bibiloni, *Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino presentado a la Comisión encargada de redactarlo*, Buenos Aires, 1932.
- Carballo 1912 = H. Carballo, *El sistema Torrens, sus ventajas económicas su implantación en la república Argentina*, Córdoba, 1912.
- Escriche 1863 = J. Escriche, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Paris, 1863.
- Salvat 1913 = E. Salvat, *El Código Civil Argentino (Estudio General). Historia, Plan o Método y Fuentes*, en *Revista Argentina de Ciencias Políticas* VII, 1913, p. 420-437.
- Segovia 1881 = L. Segovia, *El Código civil de la República Argentina con su explicación y crítica*, Buenos Aires, 1881.

Fuentes secundarias

- Agüero 2017 = A. Agüero, *El uso del pasado en la enseñanza del derecho penal en Argentina. La imagen del antiguo régimen como tradición latente*, en *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja* 18, 2017, p. 169-129.
- Agüero 2002 = L. Argüello, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, 2002.
- Aspell 2012 = M. Aspell, *Universitas Cordubensis Tucumanae. La enseñanza del Derecho y sus textos de estudios siglo XVIII*, en *Revista Mexicana de Historia del Derecho* XXV, 2012, p. 21-66.
- Aspell 2010 = M. Aspell, *Una luz desde las entrañas mismas de la conquista. La universidad de Córdoba y la enseñanza del derecho*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 22, 2010, p. 1369-1400.
- Ávila Martel 1965 = A. Ávila Martel, *El primer programa de Derecho Romano en la Universidad de Chile*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 4, 1965, p. 283-311.
- Brito Guzmán 2001 = A. Brito Guzmán, *Derecho Privado Romano*, Tomo I, Santiago de Chile, 2001.
- Brito Guzmán 2015 = A. Brito Guzmán, *La tradición como modo de adquirir el dominio en el Derecho Romano, en el Común y en el Iusnaturalismo y su destino en los derechos patrios en la América española*, en *Revista Chilena de Derecho* 42, 1, 2015, p. 329-344.
- Cacciavillani 2018 = P. Cacciavillani, *De propiedad comunal a propiedad individual. El régimen jurídico de la propiedad en Córdoba 1871-1885*, Tesis de doctorado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2018.
- Caroni 2014 = P. Caroni. *La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Madrid, 2014.

- Chanetón 1969 = A. Chanetón, *Historia de Vélez Sarsfield*, Buenos Aires, 1969.
- Cuena Boy 1993 = F. Cuena Boy, *Sobre el método de investigación en el Derecho Romano*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres* 11, 1993, p. 381-397.
- Duve 2016 = T. Duve, *Global Legal History. A Methodological Approach*, en Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte Research Paper Series 4, 2016, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2781104>
- Fernández de Bujan y Fernández 1994 = A. Fernández de Bujan y Fernández, *La influencia del derecho romano en el sistema jurídico iberoamericano*, en *Derecho y opinión* 2, 1994, p. 181-188.
- Fuenzalida 1998 = C. Fuenzalida, *Gumersindo de Azcárate y la renovación de la ciencia del derecho en el siglo XIX*, Madrid, 1998.
- Hespanha 2002 = A. Hespanha, *Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un Milenio*, Madrid, 2002.
- Hinestrosa 2013 = F. Hinestrosa, *Derecho romano, tradición romanista y América Latina*, en *Revista de Derecho Privado*, 25, 2013, p. 3-7.
- Levaggi 1986 = A. Levaggi, *El derecho romano en la formación de los abogados argentinos del ochocientos*, en *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* 40, 1986, p. 18-33.
- Llambías 1960 = J. Llambías, *Tratado de derecho civil*, Tomo I, Buenos Aires, 1960.
- Lozano Corbí 1999 = E. Lozano Corbí, *Historia e Instituciones de Derecho Romano*, Zaragoza, 1999.
- Mariani de Vidal 2004 = M. Mariani de Vidal, *Derechos Reales*, Tomo I, Buenos Aires, 2004.
- Musto 2000 = N. Musto, *Derechos Reales*, Tomo I, Buenos Aires, 2000.
- Ramos Núñez 1994 = C. Ramos Núñez, *La codificación impulso Moderno de la Familia Romanista*, en *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* 8-9, 1994, p. 159-169.
- Rodríguez Ennes 2012 = L. Rodríguez Ennes, *La permanencia del derecho romano en los códigos europeos e iberoamericanos*, en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña* 16, 2012, p. 737-755.
- Rodríguez López 1999 = R. Rodríguez López, *El derecho romano en las codificaciones iberoamericanas*, en M. C. Álvarez Morán & R. M. Iglesias Montiel (coords), *Contemporaneidad de los clásicos en el umbral del tercer milenio: actas del congreso internacional de los clásicos. La tradición grecolatina ante el siglo XXI*, La Habana, 1999, p. 379-388.
- Santos Martínez 1991 = P. Santos Martínez, *El derecho romano en un pleito mendocino sobre propiedad (1804-1810)*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 14, 1991, p. 213-225.

- Salinas Araneda 1992 = C. Salinas Araneda, *El derecho romano en el código canónico de 1983*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 17, 1992, p.157-163.
- Schulz 1960 = F. Schulz, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, 1960.
- Schulz 1956 = F. Schulz, *Principles of Roman Law*, Oxford, 1956.
- Scotti 2002 = E. Scotti, *Aportes al derecho registral argentino*, La Plata, 2002.
- Stringini 2018 = N. Stringini, *El derecho romano y la enseñanza del derecho en Buenos Aires, 1821-1852*, en *Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho* 16, 31, 2018, p. 239-283.
- Somovilla 2007 = G. Somovilla, *La presencia del derecho romano en los dictámenes de Dalmacio Vélez Sarsfield como asesor del gobierno de Buenos Aires*, en *Iushistoria* 4, 2007, p. 1-11.
- Turelli 2018 = G. Turelli, *Persona jurídica y derecho romano en las Notas al Código civil de Vélez Sársfield*, en *Roma e America. Diritto romano comune* 39, 2018, p. 311-321.
- Ihering 1998 = R. von Ihering, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Versión española con la autorización del autor y notas por Enrique Príncipe y Satorres, con estudio preliminar sobre “Ihering, ensayo de explicación”, de José Luis Monereo Pérez, Granada, 1998.
- Zamora Manzano 2004 = J. Zamora Manzano, *La publicidad de las transmisiones inmobiliarias en el Derecho Romano (Antecedentes de los principios hipotecarios)*, Madrid, 2004.