

LA INFLUENCIA ROMANISTA EN LA INCORPORACIÓN DE LAS REGLAS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS EN LOS ANTECEDENTES Y LEGISLACIÓN ACTUAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

The romanist influence in the incorporation of the rules and legal principles in the background and current legislation of the argentine Republic

MARISA T. DOMÍNGUEZ

Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

Resumen: En este trabajo de investigación nos proponemos realizar un análisis comparativo de la metodología que se utilizara para la incorporación de las reglas y principios generales del derecho tanto en el *Corpus Iuris Civilis* del emperador Justiniano, en especial en la parte referida al Digesto, en el antecedente del Código Civil de la República argentina, obra Dalmacio Vélez Sarsfield, como así también en la legislación vigente.

Palabras claves: principios jurídicos- legislación imperial romana-legislación argentina- antecedentes legales y doctrinarios.

Abstract: In this research work we propose a comparative analysis of the methodology that will be used for the incorporation of the general rules and principles of law both in the *Corpus Iuris Civilis* of Emperor Justinian, especially in the part referred to the Digest, in the background of the Civil Code of the Argentine Republic, the work of Dalmacio Vélez Sarsfield, as well as in current legislation.

Keywords: legal principles- Roman imperial legislation-Argentine legislation-legal and doctrinal background.

SUMARIO: I.–Introducción. II.–Principios y reglas. Aceptaciones. III.–Reglas y principios en el *Corpus Iuris Civilis*. IV.–Transfusión del derecho romano en Argentina. Dr. Díaz Biale. Principios

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

de la transculturación jurídica. V.–Reglas, principios y su remisión a la legislación velezana y la legislación vigente. V.1–En el Código de Vélez. V.2–En el actual Código Civil y Comercial argentino. VI.–Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Partiendo de la premisa que las reglas y los principios jurídicos constituyen un soporte sobre el que se asienta, en general, la solución de todos los casos en los que se encuentran en juego los derechos fundamentales, y que la legislación de la República argentina ha tenido como basamento jurídico el Derecho Romano justiniano y a las legislaciones españolas, al momento de su creación, es que nos proponemos en este trabajo de investigación realizar un análisis comparativo de la metodología que se utilizara para la incorporación de las reglas y principios generales del derecho tanto en el *Corpus Iuris Civilis* del emperador Justiniano, en la parte del Digesto, en sus Libros Primero: títulos 1, 3, 4 y 5, y Quincuagésimo, en sus títulos 16 y 17, en el antecedente del Código Civil de la República argentina, obra del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, como así también en la legislación reciente, vigente desde el año 2015. El llamado Código Civil y Comercial de la Nación argentina. Dicho análisis tiene como objetivo demostrar de qué forma ha influido, a través de la transculturación jurídica la redacción de reglas y principios en la primera legislación civil argentina y en la actual, con sus semejanzas y diferencias.

II. PRINCIPIOS Y REGLAS. ACEPCIONES

En este trabajo intentaremos brevemente, con la idea de introducirnos al tema central, dar algunas acepciones de las palabras, reglas, normas y principios.

Expresaremos en primer término que los principios jurídicos constituyen sin duda el soporte sobre el que se asienta, en general, la solución de todos los casos en los que se encuentran en juego los derechos fundamentales. Dentro de las normas fundamentales es posible distinguir entre normas que son principios y normas que son reglas. Unas no excluyen a las otras. Las preguntas acerca de qué es un principio y qué es una regla sólo pueden ser respondidas cabalmente una vez que unos y otras han sido distinguidos.

LA INFLUENCIA ROMANISTA EN LA INCORPORACIÓN DE LAS REGLAS Y PRINCIPIOS... ■

Según la Real Academia Española¹, los principios son la base, fundamento, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia, norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina y aforismos que gozan de general y constante aceptación de juristas y tribunales, entre otros.

La palabra principio deriva del latín *principium*, que significa comienzo, primera parte, parte principal, que a su vez deriva de *prim-*, que significa primero, en primer lugar' y *cap(i)*, que se expresa como, tomar, coger, agarrar.

Son, sin lugar a dudas, todos aquellos conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, conjuntos normativos y del propio derecho como totalidad.

Asimismo, podemos expresar que los principios son normas generales, universalmente extendidas a cualquier comunidad o cultura. Si hablamos de principios generales del derecho, serían estos los enunciados normativos, utilizados por los jueces, los legisladores, los creadores de doctrina y por los juristas en general, sea para integrar derechos legales o para interpretar normas jurídicas cuya aplicación resulta dudosa. Estos Principios no siempre han sido integrados formalmente, en todos los ordenamientos jurídicos particulares. A veces los hemos encontrado de manera implícita, es por ello que nos preguntamos si son externos al ordenamiento o si forman parte de él.

Consideramos importante aportar asimismo a este tema en cuestión cuáles son las funciones que los principios generales del derecho poseen. Ellas son tres, las cuales tienen incidencia importante en las normas del ordenamiento, estas son: la *función creativa*, la que establece que antes de promulgar la norma jurídica, el legislador debe conocer los principios para inspirarse en ellos y poder positivarlos; la *función interpretativa*, que implica que al interpretar las normas, el operador debe inspirarse en los principios, para garantizar una cabal interpretación y la *función integradora*, que significa que quien va a colmar un vacío legal, debe inspirarse en los principios para que el derecho se convierta en un sistema hermético.

Si nos detenemos, en cambio en la palabra regla, como tal, proviene del latín *regūla*. Que a su vez deriva del verbo *rego*, que significa conducir, dirigir, gobernar, guiar.

La Real Academia Española² define regla como, entre otros conceptos, aquello que ha de cumplirse por estar convenido en una colectividad, modo

¹ <https://dle.rae.es/?id=Vj7kKoC>. Última versión consultada el 9 de marzo de 2019.

² <https://dle.rae.es/?id=Vj7kKoC>. 09.03.2019.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

establecido de ejecutar algo. Respecto de las ciencias o artes, es el precepto, principio o máxima o en un sentido moral, es la razón a que han de ajustarse las decisiones y las acciones.

Según el Profesor Albanese³ el principio (*definitio*) y la regla (*regulae*) son términos equivalentes, aunque se advierte en otros autores, que cita el Profesor Albanese, que podría tratarse de conceptos diversos que los juristas romanos lo han tomado en el sentido genérico de máxima, como equivalentes.

Si usamos la palabra regla o principio y los queremos diferenciar de norma advertimos que son tres palabras que pueden usarse como sinónimos para referirse a las *pautas, disposiciones o preceptos* que debemos seguir. Sin embargo, conocemos que estos términos, no siempre son intercambiables.

Al determinar los elementos de los que se compone el Derecho es habitual definirlo como un conjunto de normas, aunque en los últimos tiempos se ha generalizado una consideración más compleja que entiende que también los principios ocupan un lugar significativo en el entramado jurídico.

De entre las normas o reglas que han llegado a ocupar un lugar más importante en el Derecho desde la época del desarrollo del Estado moderno hay que destacar las leyes, que llegaron a convertirse en la forma más extendida de producción del Derecho, hasta el extremo de que llegó a identificarse el Derecho con la ley, aunque a partir de la transformación del «Estado legislativo» en «Estado constitucional» se ha producido una cierta revisión de su papel central en el ordenamiento jurídico.

Podemos concluir que el concepto de regla es más general que el de norma, ya que hace referencia a una forma de dirección de la acción humana y que los principios informan las normas jurídicas concretas. Su aplicación no es automática exige el razonamiento de los jueces y su integración. Los principios generales del derecho gozan, sin lugar a dudas de un grado de abstracción y generalidad, que no encontramos en las reglas o normas.

III. REGLAS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS EN EL *CORPUS IURIS CIVILIS*

Según lo ha dicho claramente el romanista español Fernández de Buján: «El Derecho romano, es el que ha alcanzado un mayor grado de perfección en la historia de la humanidad, tanto desde el punto de vista de la justicia, de sus contenidos como el de la técnica y la lógica perenne de la argumentación jurídica».

³ ALBANESE, B. «Definitio Periculosa: Un singulare caso di Duplex Interpretatio», 1967. *Studi Scaduto*. Palermo.

LA INFLUENCIA ROMANISTA EN LA INCORPORACIÓN DE LAS REGLAS Y PRINCIPIOS... ■

Conocemos que la máxima expresión de ese derecho se encuentra contenido en la monumental obra del Emperador Justiniano, comenzada en el siglo VI, el *Corpus Iuris Civilis* que en una de sus cuatro partes, el Digesto.

Sabemos por el jurisconsulto Javoleno, citado en el Libro Quincuagésimo del Digesto, en el Título 17, Fragmento 200⁴, que los juristas romanos, verdaderos hacedores del derecho que dos mil años después todavía se aplica en Europa, América y parte de Asia, no fueron amantes de las definiciones jurídicas, por considerar excesivamente arriesgada la empresa de poner límites (*de-finitio*) a los conceptos. Sí fueron, en cambio, aficionados a formular, en sentencias breves, claras y sencillas, reglas, o con un sentido más abstracto, principios jurídicos, o máximas, o criterios de interpretación de carácter general que facilitarían la solución de casos complejos, como la misma sociedad a la que el derecho sirve.

El desplazamiento de la autoridad jurisprudencial por la potestad imperial, sobre todo a partir de Constantino, en el siglo IV, vino a identificar el derecho con la ley, de suerte que el «arte de lo justo» dejó de ser jurisprudencial para convertirse en un sistema normativo impuesto por el emperador mediante leyes generales. Con todo, las reglas y los principios jurídicos –transformados ya en máximas legales– continuaron desempeñando una importante función en la labor legislativa.

Un claro ejemplo lo tenemos en una constitución imperial del 27 de febrero del año 393⁵, en la que el emperador Teodosio I dispuso que las constituciones imperiales debían establecer la regla para el futuro más que castigar hechos pasados. Una referencia a esta famosa constitución imperial se encuentra en otra constitución, ésta del emperador Anastasio, promulgada un siglo después⁶, en donde vuelve a aparecer el sustantivo *regula*, esta vez en plural, como acusativo del verbo imponer (*imponere regulas*).

Un hito en la historia de las reglas y principios jurídicos lo constituye el *Título XVII del libro L del Digesto*, que el emperador Justiniano, gran imitador de lo clásico, quiso dedicar a las reglas, como broche de oro de su monumental compilación. En efecto, en este título *De diversis regulis iuris antiqui*, se recogen más de doscientas reglas jurídicas que han servido de permanente referencia durante centurias, como lo muestra el hecho de que muchas de ellas las

⁴ D.50.17.200: Javoleno; *Epístolas, Libro XI*: «En el Derecho Civil toda definición es peligrosa; porque es difícil que no pueda ser alterada».

⁵ CTh.1.1.3: *omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponunt*.

⁶ C.10.32.66 [65].1.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

encontremos, siglos después, en la famosa compilación de *Las Siete Partidas* del rey Alfonso X el Sabio⁷.

El prestigio de la compilación justiniana hizo que, con la recepción del Derecho romano, esta costumbre de los libros de reglas pasara también a las compilaciones canónicas medievales.

Haciendo un poco de historia, luego del famoso *Corpus Iuris Civilis*, durante la Edad Media los primeros libros de *Brocarda*, *Brocardica* o *Generalia*, se propusieron contribuir al aprendizaje de un derecho recibido, muy superior al que se aplicaba en ese interesante y todavía desenfocado período de la historia de la Humanidad. La etimología de la palabra «*brocardo*», con que se designa en el medievo la regla jurídica, es incierta, y no parece correcta, como ya advirtió Savigny, su derivación del nombre de Burcardus, obispo de Worms (Burchard Von Worms, autor de una colección canónica, al comienzo del siglo XI, conocida como el *Decretum Burcardi*. No han faltado quienes opinan que esta palabra procede de una corrupción de la expresión *pro-contra*. Debería ser tenida en cuenta también la posible derivación del diminutivo alemán «*Brötchen*» (panecillo, «trozos» o «cachos» de pan), en la medida en que cada brocardo es también un «trozo» de derecho.

En la selección de las reglas medievales, podemos mencionar la Glosa Ordinaria de Accursio del año 1227, o a Dino del Mugello, el boloñés Godofredo, el francés Pierre de Belleperche, al gran Bártolo de Saxoferrato, el no menos genial discípulo Baldo de Ubaldis, y al comentarista Filippo Decio, ya a caballo con la Edad Moderna. En el *Common law*, encontramos la valiosa obra de *De legibus et consuetudinibus Angliae*, atribuida al juez inglés Henry de Bracton, en esta misma época, que constituye el primer intento de describir sistemáticamente el Derecho inglés. Evidentemente, aunque se niega, el Derecho romano ha dejado una profunda huella en el *Common law* o Derecho anglosajón.

Durante el Renacimiento, la importancia de las reglas jurídicas no es sino una consecuencia del prestigio que alcanzan los adagios y aforismos, otra forma de delimitar con ellos el derecho, sobre todo a partir de la publicación de los *Adagia* de Erasmo de Rotterdam, en el siglo XV, libro con el que este humanista holandés alcanzó su primera fama. A ello hay que unir el interés por las reglas de la escuela Racionalista, que domina Europa los siglos XVII y XVIII, pues éstas facilitaban su propósito de construir un sistema jurídico diferente, al margen de la concepción romano-cristiana.

⁷ Partida VII, título XXXIV

LA INFLUENCIA ROMANISTA EN LA INCORPORACIÓN DE LAS REGLAS Y PRINCIPIOS... ■

Entre los libros de reglas jurídicas, cabe mencionar el del español Pedro de Dueñas, siglo XVI, *Regularum utriusque iuris cum ampliacionibus ac limitationibus*; el estadista inglés Francis Bacon, que escribió, aparte de los aforismos contenidos en su obra *Novum organum* en 1620, un *Tractatus de Iustitia universali, sive de fontibus Iuris, per aphorismos*; o el del jurista ginebrino Jacobo Godofredo, hijo de Godofredo el Viejo, en su comentario al título del Digesto sobre las reglas jurídicas: *Novus in titulum Pandectarum diversis regulis iuris antiqui Commentarius*. Las principales máximas del *common law* fueron recogidas Edward Coke, tanto en sus famosas *Institutes of the Laws of England* como en sus *Reports*, y por William Noy, en sus conocidas *Maxims of the Common Law*, siglo XVI.

Cultivaron el aforismo los grandes artífices del Derecho de los siglos XVII y XVIII, Samuel Pufendorf, Gottfried Wilhelm Leibniz, el propio Johann Wolfgang Goethe, en sus *Maximen und Reflexionen*, y Georg Wilhelm Friedrich Hegel, de influencia decisiva en el iusromanticismo. El hecho de que en el ámbito penal los aforismos tengan una especial relevancia se debe quizá a su cultivo por Paul Jocham Anselm Von Feurbach, fundador del moderno Derecho penal alemán.

Los estudios de derecho se organizaban en cinco años, estudiando en el primer año las institutas y en los restantes años, los denominados «preliminares» de las pandectas: «*De verborum significatione*: De la significación de las palabras», ubicados en el D.50.16 y «*De diversis regulis iuris antiqui*: De las reglas del derecho antiguo», que lo encontramos en el D. 50. 17, mostrándose aquí el modelo jurídico justiniano, como una «parte general» en los estudios del derecho.

Si nos detenemos específicamente en la gran obra justiniana y en particular en la parte llamada Digesto, hemos observado que el *Corpus Iuris Civilis* concentra las llamadas reglas en general y las de interpretación de las mismas, así como los principios jurídicos en dos de sus Libros, el primero y el quincuagésimo. Hemos analizado que en el libro primero del Digesto, en sus títulos 1, 3, 4 y 5 nos define algunos de los conceptos fundamentales del Derecho que no podemos desconocer, proponiéndonos un verdadero modelo o método de estudio a partir de la explicación de lo que la palabra en es en sí, lo que la cosa es, en su título 1 y de manera que podría decirse operativa o funcional, definiéndonos palabras como Ley, senadoconsulto, principios generales del derecho entre otras, en su título 3, sin ningún tipo de convencionalismo ni deteniéndose en la etimología de la palabra misma. No hablaremos aquí del título 2 del libro primero, ya que se refiere a una cuestión histórica e introductoria, más bien teórica. Podría expresarse que toma verdaderamente un sector determinado de la sociedad, interpretando a través de criterios el pensamiento de la época.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Nos abocaremos también, como parte de este trabajo, a mostrar que el método o modelo, como dijéramos, utilizado por el Digesto para enseñarnos los conceptos y referirse a los Principios y reglas jurídicas que debían tenerse en cuenta, se basa en haber colocado al principio y al final del Digesto los temas generales importantes, como base dogmática del sistema ordenado que se propuso y que debían tenerse en cuenta. Sin lugar a dudas, lo hace a través de las obras de los grandes jurisconsultos consultados y posiblemente con el objetivo de establecer reglas y principios generales de interpretación legal y como una guía operativa, basada en la filosofía de la naturaleza de las cosas: Aparentemente lo hace con criterios objetivos, para que el juez pueda resolver casos concretos, basándose en ellos.

Las reglas y principios jurídicos mencionados, se agrupan fundamentalmente en el libro quincuagésimo, título 17 del Digesto, rubricado como: *De Diversis regulis iuris antiqui* y en el título 16 del mismo libro rubricado como: *De verborum significatione*. Respecto del libro 50, se tienen ciertas dudas acerca de si se incorporó juntamente con el primero o si es un agregado posterior.

Es decir, que el significado de las palabras como las reglas y principios jurídicos antiguas habrían marcado en el derecho romano de la época bizantina, la manera que deberán observar los juzgadores al momento de dictar sentencias o de interpretar las leyes.

El Digesto Justiniano nos presenta entonces, una idea de derecho ajustada a un contexto histórico, cultural y social determinado, que convencionalmente regía un imperio orientalizado. Es sin duda una obra académica y profunda, con objetivos diversos. No puede decirse lo mismo de la parte de las Institutas, que sólo fue un manual didáctico para introducir al estudio del derecho. El Digesto fundamentalmente en sus libros primero y quincuagésimo, y en los títulos 1, 3, 4, 5 del primero y 16 y 17 del segundo, nos acerca a un verdadero paradigma reconocido de manera universal y que por ello ha logrado a través de los siglos perpetuarse y cimentar la legislación de tantos ordenamientos jurídicos posteriores. Creemos que es por su coherencia, universalidad y practicidad, el derecho Romano que trascendió y transfundió en el mundo jurídico conocido y en el que fue creándose a través de los siglos.

Debemos decir que, no es exclusivo de estos libros y títulos las formulaciones de reglas y principios, ya que de manera aislada, encontramos en otras partes del Digesto algunas más.

Citaremos algunas reglas y principios jurídicos que nos parecieron importantes para avalar nuestra investigación, sin ahondar en su estudio pormenorizado.

LA INFLUENCIA ROMANISTA EN LA INCORPORACIÓN DE LAS REGLAS Y PRINCIPIOS... ■

La mayoría de estas citas escogidas han sido muy útiles al momento del dictado de sentencias o determinaciones específicas de parte de los jueces o los legisladores, y han pertenecido al jurisconsulto Ulpiano, en su mayoría. Este personaje fue uno de los cinco grandes jurisconsultos de la época de oro de la jurisprudencia clásica romana. Otras citas corresponden a Papiniano, Florentino, Gayo, Paulo, Modestino, Juliano, Javoleno, Hermogeniano, Calistrato, entre otros.

Así, Ulpiano, establece en el Libro I del Digesto a través de su obra. Instituciones, definiciones sobre el *ius*, la *iustitia*, clasificando las ramas del derecho, definiendo la *iurisprudentia*, como ciencia. Asimismo, en su libro de las Reglas nos habla del tema que nos ocupa aquí, esto son los: Principios generales del derecho y como se dijera en el capítulo I de este trabajo, en nota al pie, ellos se encuentran en el Digesto Primero, Título uno, Fragmento 10, Párrafo 1, cuando se expresa:

«Los Principios Generales del Derecho son estos: vivir honestamente (*honeste vivere*), no hacer daño a otro (*alterum non laedere*), dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*)».

Paulo, otro de los jurisconsultos que debemos mencionar, en Comentarios a Plaucio, Libro XVI, citado en el Libro 50 del Digesto, título 17, fragmento 1, nos da un concepto de regla. En fragmentos 110, Comentarios al Edicto, Libro VI; 114, Comentarios al Edicto, Libro IX; 168, principio y párrafo 1, en Comentarios a Plaucio, Libro I, del mismo Libro y título del Digesto, establece ciertas reglas interpretativas de la leyes⁸.

Gayo en el Libro I del Digesto, Título 2, Fragmento 1, en Comentarios a la ley de las Doce tablas, Libro I, nos habla de interpretar las leyes antiguas remontándonos a los principios de Roma, igual a lo que expresa Paulo en el Libro I, del Digesto, en su título 3, Fragmento 37, cuando menciona la costumbre⁹.

⁸ D.50.17.1: Paulo; Comentarios a Plaucio, libro XVI: «Regla es la que expone brevemente la cosa, tal cual es. El derecho no se toma la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho que hay. Así, pues, por medio de una regla se hace breve narración de las cosas, y como dice Sabino, es como un compendio de la causa, que tan pronto como es viciada en algo, pierde su eficiencia».

D.50.17.110: Paulo: Comentarios al Edicto, Libro VI: «En lo que es más está siempre comprendido también lo que es menos».

D.50.17.114: El mismo; Comentarios al Edicto, Libro IX: «En los casos oscuros se suele investigar lo que es más verosímil, o lo que las más de la veces se suele hacer».

D.50.17.168, pr y párrafo 1, El mismo; Comentarios a Plaucio, Libro I: «Se ha de coger la ocasión que facilita una resolución más benigna» - «Lo que se hizo, cuando esté oscuro, recibe interpretación con arreglo a la afección de quien adquiere».

⁹ D.2.1: Gayo; Comentarios a la Ley de las Doce Tablas, Libro I: «Habiendo de interpretar las leyes antiguas, he juzgado necesario remontarnos a los principios de Roma, no porque pretenda escribir dilatados comentarios, sino porque considero que en todas las cosas es perfecto lo que consta de todas sus par-

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

En cita a otro de los destacados jurisconsultos llamado Modestino, encontramos expresiones en el Libro i, del Digesto en su título III, Fragmento 40, en donde nos dice como se crea el derecho aludiendo que se formó por el consentimiento, por necesidad o por costumbre ¹⁰.

Juliano, como uno de los más originales, hablando de la generalidad de la ley, menciona a la analogía y da primacía a la razón por sobre la ley positiva; nos habla de los criterios interpretativos y de la integración de la ley ¹¹.

Entre otros Jurisconsultos, que en sus escritos dan lugar a la costumbre casi a la par que las leyes, para su interpretación, encontramos a Hermogeniano y Calístrato ¹².

IV. TRANSFUSIÓN DEL DERECHO ROMANO EN ARGENTINA. DR. DÍAZ BIALET. PRINCIPIOS DE LA TRANSCULTURACIÓN JURÍDICA

Cuando hablamos de «transculturación», nos referimos a la adopción por parte de un pueblo o grupo social de formas culturales de otro pueblo, que sustituyen completa o parcialmente las formas propias. Es ella es un fenómeno que ocurre cuando un grupo social recibe y adopta las formas culturales que provienen de otro grupo. La comunidad, por lo tanto, termina sustituyendo en mayor o menor medida sus propias prácticas culturales.

tes. Y en verdad el Principio es la parte más principal de cualquier cosa..... Porque, sino me engaño, había estos prefacios nos llevan también con más gusto a la lectura de la materia propuesta, y cuando a ella llegamos, facilitan su más clara inteligencia. y D.1.3.37: *Paulo, Cuestiones, libro I*: «Si se tratara de la interpretación de la ley, ha de investigarse primero, de qué derecho había usado antes la ciudad en semejantes casos; porque la costumbre es el mejor intérprete de las leyes».

¹⁰ D.1.3.40: *Modestino; Reglas, libro I*: «Luego todo derecho o lo creo el consentimiento, o lo constituyó la necesidad, o lo afirmó la costumbre».

¹¹ D.1.3.10: *Juliano; Digesto, Libro LIX*: «Ni las leyes, ni los senadoconsultos pueden escribirse de modo, que se comprendan todos los casos que de vez en cuando ocurren, sino que basta que se contengan los que ordinariamente acontecen»; D.1.3.11: *El mismo; Libro XC*: «Y por lo tanto, respecto de aquellas cosas que primeramente se hallan establecidas, se ha de determinar con más certeza o por la interpretación, o por constitución del óptimo Príncipe.» D.1.3.12: *El mismo; Digesto, Libro XV*: «No pueden comprenderse en las leyes o en los senadoconsultos determinadamente todos los casos; pero cuando en alguna ocasión esta manifiesto su sentido, debe el que ejerce jurisdicción proceder por analogía, y de este modo proferir sentencia»; y D.1.3.32, pr, y 1: *Juliano; Digesto, libro XCV*: «En aquellos casos que no usamos de leyes escritas, conviene se guarde lo que por el uso y la costumbre se ha introducido; y si esto faltare en algún caso, entonces lo que le sea análogo y consiguiente; y si en realidad tampoco apareciera esto, entonces debe observarse el derecho que se usa en Roma», «No sin razón se guarda como ley la costumbre inveterada, y este es el derecho que se dice establecido por la costumbre. Porque así como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan, sino porque fueron admitidas por la voluntad del pueblo, así también con razón guardarán todo lo que sin estar escrito aprobó el pueblo...».

¹² D.1.3.35 y 38. *Hermogeniano y Calístrato*.

LA INFLUENCIA ROMANISTA EN LA INCORPORACIÓN DE LAS REGLAS Y PRINCIPIOS... ■

El tratamiento de este capítulo tiene como objetivo, a través del estudio de la transculturación de Roma a la actualidad en el del derecho argentino, lograr encontrar desde la herencia cultural que los romanos nos dejaron nuestra propia cultura jurídica actual. Sus conocimientos abarcaron todas las problemáticas de la época y la resolución de sus necesidades.

Conocemos que el Derecho romano ingresa al Derecho argentino, como nos cuenta la obra de Agustín Díaz Bialet, insigne romanista cordobés, a través de cuatro períodos:

1. La primera época se prolonga desde inicios de la colonización hasta la *creación de la Universidad Nacional de Córdoba*, en 1614. Durante esta etapa no existen virtualmente estudios jurídicos en nuestro suelo, si bien son de aplicación normas hispanas y canónicas, de fuerte influencia romanista. Como obra destacada cabe mencionar la notable glosa de Gregorio López al Código de las Siete Partidas.

2. La segunda época va desde 1614 hasta 1791, año en el cual más precisamente el día 22 de agosto, se *crea la cátedra de Instituta en la Universidad cordobesa*, que luego daría origen a la actual Facultad de Derecho. Allí se estudiará el derecho laico al lado del canónico, y ello dará origen a la propagación de tratados y obras de derecho romano, como el Corpus Iuris de Dionisio Godofredo, y los estudios de *Vinnius*, *Heinecius* y *Cuiacius*.

3. Desde 1791 y hasta la investigación y realización por parte de Vélez Sarsfield de las *concordancias entre el derecho romano y el derecho patrio e hispano*, cosa sucedida en 1834, corre la tercera etapa. La existencia de una cátedra especializada en derecho romano en Córdoba, cuyo primer programa coincidía textualmente con el índice de las Institutas de Justiniano. y cuyo primer profesor titular (1791-1807) fue Victorino Rodríguez, determinó la formación de una fuerte corriente romanista. Cosa favorecida por otra parte con la fundación de la Academia de Jurisprudencia en Buenos Aires (1814). y la creación de la Universidad Nacional de Buenos Aires de 1824. En este período cursa sus estudios en Córdoba Dalmacio Vélez Sarsfield y surge la figura de Pedro Antonio de Sometiera, quien escribe sus Principios de Derecho Civil, siguiendo el método de las Institutas de Justiniano.

4. La cuarta época se inicia en 1834 y finaliza en 1869 cuando se *sanciona el Código Civil*, que luego entraría a regir en la versión de su primera edición oficial, realizada en Nueva York, en 1871. edición que debió ser reemplazada debido a los numerosos errores tipográficos que presentaba por otra autóctona realizada en los talleres gráficos La Pampa, en 1883. Esta última, comúnmente denominada «*edición Pampa*» fue la segunda y última oficial.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

V. REGLAS, PRINCIPIOS Y SU REMISIÓN A LA LEGISLACIÓN VELEZANA Y LA LEGISLACIÓN VIGENTE

V.1 En el código de Vélez

Conforme expresáramos en el capítulo anterior, la influencia romanista, sea directa o indirectamente por las fuentes hispánicas y canónicas, estuvo presente en la creación del Derecho en Argentina. Se observa la comunicabilidad y vinculación de reglas y principios jurídicos que fueron trasfundidos. Primeramente en la legislación Civil realizada por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, la cual le daremos un tratamiento en este capítulo.

Hemos advertido que si bien en el Código velezano no se habían estructurado las reglas y principios en libros separados, se pueden hallar en el recorrido de los 4.051 artículos que formaba este Código.

También advertimos que la redacción del Código Civil de Vélez Sarsfield se estructuró en una serie de principios jurídicos fundamentales, que se basaban en las ideas en boga en la época de su redacción y en el sistema continental.

Conforme lo expresa el Profesor argentino de Derecho Romano, Dr. José Carlos Costa: «No es usual que un Código de fondo se dispongan pautas de interpretación destinadas a los jueces, dado el carácter procesal del tema, empero Vélez Sarsfield, el autor del Primer Código Civil, opta por establecer algunas disposiciones procesales y lo hace en su art. 16»¹³. Este artículo reza:

«Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas, y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los *principios generales del derecho*, teniendo en consideración las circunstancias del caso».

Este artículo tomó como fuentes al Código Sardo, al Código de Austria, al Código Chileno de Andrés Bello, al Código de Comercio creado para la Pcia. de Buenos Aires y al Código Civil uruguayo; y se complementa con el artículo 15 del mismo Código, cuando dice:

«Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes».

¹³ COSTA, J.C., «Pautas de interpretación legisladas en el Código Civil argentino y su relación con el Derecho Romano», en Pedro Resina (ed.), *Fundamenta Iuris: Terminología, Principios e Interpretatio*, 291, Almería 2013, p. 491.

LA INFLUENCIA ROMANISTA EN LA INCORPORACIÓN DE LAS REGLAS Y PRINCIPIOS... ■

Y a su vez con el artículo 17 del mismo ordenamiento civil que nos decía:

«Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente».

Y el artículo 22 del mismo ordenamiento, que expresaba:

«Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial».

Sin lugar a dudas que la mayoría de los códigos sancionados en el siglo XIX, de concepción racionalista, siguieron la idea de que los problemas jurídicos debían ser solucionados solo por las leyes, en un concepto de auto integración del ordenamiento civil, y considerando la totalidad de la normas que lo componían. Se decía que la ley había sido elegida y creada por el legislador, de manera reflexiva y deliberada, siendo por lo tanto fiel expresión de su voluntad. Solamente si en ellas no encontráramos su verdadero significado, debe recurrirse al espíritu de las mismas, a las leyes análogas y solo si aún continuara la duda podría irse a los principios fundamentales del derecho, teniendo siempre en cuenta las circunstancias del caso presentado.

Autores argentinos como Alterini, Belluscio y Zannoni ¹⁴, nos dicen que en una sociedad organizada, nadie puede hacerse justicia por su propia mano, y por ello todos los litigios deben ser resueltos, encontrando en el sistema jurídico todo, la solución concreta. Debe haber plenitud del orden jurídico.

Según el Código velezano en el artículo 16 y sus concordantes, se habla de la interpretación de la ley y de que el juez debe acatar el orden que se establece en el C. Civil, y en su defecto el de los Principios Generales del Derecho, como último elemento a tener en cuenta. Estos autores se preguntan si los principios enunciados serán los del Derecho natural o sólo los que se establecen en todo el sistema jurídico.

Podemos expresar que todos nuestros próceres fundantes abrevaron, en los conocimientos del Derecho Romano ¹⁵, plasmándose los principios y las reglas jurídicas en el Código velezano.

Entre algunos de los que fueron transportados desde las ideas romanistas imperiales estaban: el *Pacta sunt servanda* que es una locución latina, que se

¹⁴ BELLUSCIO, A., ZANNONI, E., Código civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado. Tomo 1. 1985. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.

¹⁵ GARCÍA CHIPLE, E., GIOVANNINI, I., *Transculturación Jurídica*, 2017. Editorial Advocatus. Córdoba, Argentina.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

traduce como *lo pactado obliga* y que expresa que toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado. Constituye un principio básico del derecho civil, específicamente relacionado con los contratos, y del derecho internacional, con la expresión que: El contrato es ley entre las partes¹⁶; el de la *Propiedad como absoluta* o el de la *familia como institución indisoluble*, hasta la sanción de la Ley 23515 en el año 1987 que modificó el matrimonio y autorizó el divorcio, entre otros.

Es cierto que estos artículos figuraban al comienzo del Libro Primero del Código velezano, bajo el título 1 y 2 de los Títulos Preliminares, pero también se encontraban principios y reglas jurídicas diseminadas a través de los 4.051 artículos que componían este código. Se expresa que no habría tenido un método marcado en la formulación de principios generales del derecho sino que debía buscarlos mezclados entre sus disposiciones.

V.2 En el actual Código civil y comercial argentino

Respecto de la temática que venimos tratando, los códigos actuales pareciera tienen una tendencia diferente a los códigos creados durante el siglo XIX, que la hayamos también en nuestro Código actual.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación argentina¹⁷ ha integrado los Principios Generales del Derecho, de manera expresa, siendo la distinción entre reglas y principios, una de las cuestiones centrales. Esto se produce ya que se valora la distinción entre reglas y principio, agregando a su vez los valores, en sintonía con un Código creado en un Estado de Derecho Constitucional, pues presupone reglas dispuestas donde hay «derecho» incluido en principios y valores.

En los fundamentos del Código y del Anteproyecto del código se dijo que:

«La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y el privado. En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al, ampliamente reclamada por la ma-

¹⁶ «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe» (según lo señala el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y mismo artículo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales).

¹⁷ CCCN.

LA INFLUENCIA ROMANISTA EN LA INCORPORACIÓN DE LAS REGLAS Y PRINCIPIOS... ■

yoría de receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado la doctrina jurídica argentina»¹⁸.

Se reconoce que el derecho no sólo está en las reglas sino también en principios y valores, apareciendo ellos en el artículo 2.º del CCCN, cuando se habla de la interpretación de la ley y no en el artículo 1 cuando habla de fuentes.

De ese modo, los principios (y valores) sólo tendrían una *función interpretativa* pero se les desconocería las funciones: integradoras y creativa de las reglas, que hemos mencionado en el primer capítulo.

En cuanto a la estructura seguida por el CCCN, encontramos un Título Preliminar, dividido en capítulos, los cuales tratan de:

Capítulo 1: derecho arts. 1.º a 3.º: fuentes y aplicación; interpretación; deber de resolver; capítulo 2: ley arts. 4.º a 8.º; ámbito subjetivo; vigencia, modo de contar los intervalos del derecho; eficacia temporal; principio de inexcusabilidad; capítulo 3: ejercicio de los derechos arts. 9.º a 14: principio de buena fe; abuso del derecho; orden público. fraude a la ley; renuncia; derechos individuales y de incidencia colectiva; capítulo 4: derechos y bienes arts. 15 a 18: titularidad de los derechos: bienes y cosas; derechos sobre el cuerpo humano y derecho de las comunidades indígenas.

Según la Dra. Aida Kemelmajer¹⁹, en la misma Exposición de motivos, cuando nos habla de la incorporación de los Principios de manera expresa nos dice:

«Esa función de cohesión es posible, ciertamente, por la incorporación expresa en el CCCN de los principios que emanan de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos. Claro está, esta «nueva exégesis» se consolidará con el auxilio de la jurisprudencia que se forjará al interpretar y aplicar sus disposiciones. Cabe señalar que esa tarea ya ha empezado, desde que no son pocos los jueces que invocan las nuevas normas como parte de la motivación en la que fundan la solución a la que llegan en decisiones anteriores a la entrada en vigencia del CCCN. Más aún, el Código es cita-

¹⁸ LESCANO, J., *Los Principios Jurídicos en el nuevo Código Civil y Comercial*, 2015. DJ. <https://www.diariojudicial.com/>. (última consulta realizada. 29 de febrero de 2019), Exposición de Motivos del CCCN.

¹⁹ Una de las comentaristas del CCCN.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

do en decisiones administrativas de los registros del estado civil y capacidad de las personas»²⁰.

En esta Exposición de motivos se ha dejado muy claro que existen principios y reglas generales y que siempre se deberá estar a las leyes especiales sobre la materia, sea esta civil, comercial, administrativa, penal o internacional, considerados al momento de resolver cuestiones jurídicas, pero que los Principios de todo el ordenamiento jurídico vigente deben ser observados al momento de juzgar.

En el artículo 2 del CCCN sobre: *Interpretación*, hace referencia a que:

«La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta... *los principios y valores jurídicos...*».

Conceptos jurídicos indeterminados, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Nos dice la jurisprudencia que no se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico.

Se observa asimismo, que el CCCN establece *reglas de interpretación* al regular algunas instituciones o figuras. Por ejemplo, cuando se refiere a los Contratos en general²¹; en igual sentido lo hacen los artículos 1094 y 1709, el primero referido a la prelación de normas en los contratos de consumo y el segundo, en la responsabilidad civil.

Por último, según lo han manifestado los propios redactores del proyecto, la idea subyacente para mantener el Título Preliminar y sus modificaciones fue la de otorgar a los operadores jurídicos guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, que no contaba con un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes ni de su interpretación, con excepción de las normas incluidas en el Título Preliminar. Asimismo, fue intención del redactor otorgar una mayor amplitud a dicho Título, incluyendo reglas para el ejercicio de los derechos y nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos, reglas cuyo destinatario no es exclusivamente el juez, sino los ciudadanos en general²².

²⁰ Código civil y comercial comentado. Directores: HERRERA, M., CARMELLO, G., PICASSO, S., Tomo 1. *Título Preliminar y Libro Primero*, 2015. Infojus. 1.º Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

²¹ Título II, Libro Tercero), el art. 963 –Prelación normativa– establece: «Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código».

²² Código civil y comercial comentado. Directores: HERRERA, M., CARMELLO, G., PICASSO, S., Tomo 1. *Título Preliminar y Libro Primero*, 2015. Infojus. 1.º Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

LA INFLUENCIA ROMANISTA EN LA INCORPORACIÓN DE LAS REGLAS Y PRINCIPIOS... ■

Como mencionáramos al hablar de nuestro anterior Código Civil y del derecho internacional, uno de los Principios más conocidos por su trascendencia a la actualidad es el llamado: *Pacta sunt servanda*. Esta consigna, acuñada en épocas de la antigua Roma y según la cual «los pactos deben honrarse», es una de las bases fundacionales de la confianza que la sociedad deposita en sí misma.

Dictámenes de Tribunales se han basado en los principios generales del derecho internacional, al consagrar el principio *pacta sunt servanda* y la buena fe, como hilos conductores de la acción de incorporar la norma al ordenamiento interno.

Este principio tiene amplia aplicación en material contractual en la escuela del derecho romano, figura ante la cual se pueden aclarar lagunas de la ley o incluso contraponerse a lo estipulado por la norma, siempre y cuando no sean términos irrenunciables, de manera de que bajo criterios de interpretación, la voluntad o intención de las partes contratantes debe ser valorada y respetada, en todo aquello que no contravenga las leyes, como norma suprema en sus relaciones.

Este CCCN, es un Código con identidad cultural latino-americana, que constitucionaliza el derecho privado, pero que aún viven en él los invalorable principios generales del derecho que los romanos nos aportaron.

VI. CONCLUSIONES

La monumental obra jurídica del emperador bizantino Justiniano, realizada en tan solo seis años, del 527 al 535 d.C. ha sido, indudablemente, la que más ha influido en la configuración de las legislaciones modernas. Fundamentalmente la parte conocida como *Digesta o Pandectae* y en los *Libros 1 y 50* de esta parte de la gran obra justiniana. En ellos brillan los principios y reglas jurídicas que acompañaron y marcaron la ciencia jurídica del mundo moderno. Aún hoy se reflejan plasmados en las legislaciones nuevas o modificadas.

Con este trabajo hemos podido concluir que los grandes postulados o principios, incluidas las reglas que han servido de base al mundo jurídico moderno, son siempre los que los romanos establecieron. Imposible repudiar esta magnífica e invaluable herencia. Sus principios serán tomados como base para las grandes leyes medievales europeas como lo expresáramos, esto es, las famosas Siete Partidas del siglo XIII, redactadas bajo la dirección personal de Alfonso X el Sabio, rey de Castilla.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Asimismo, a partir del año 1495 se produjo la recepción del Derecho Romano en el imperio germano que va a triunfar frente al pobre y desigual desarrollo del Derecho nacional. En virtud de esta recepción, el *Corpus Iuris justinianeum* va a constituir el derecho positivo en los distintos estados germánicos, es decir, el aplicado por todos los jueces para la solución de los litigios. Esto funcionó así hasta el año 1900, en que se sancionará por aquí, el Código Civil Alemán, el *Bürgerliches Gesetzbuch*, o de modo abreviado el B.G.B.

La tradición jurídica romana no se detuvo allí, sino que siguió su extenso camino a pasos agigantados transformándose a partir del siglo XVIII, y fundamentalmente en el XIX, en fuente inagotable de numerosos Códigos civiles, no sólo los europeos, sino también latinoamericanos, cuyos autores apreciaron de modo llamativo y en forma considerable su gusto y predilección por las reglas, principios, e instituciones del *Corpus* de Justiniano. Cabe destacar que los codificadores sudamericanos más representativos, como Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas, Dalmacio Vélez Sarsfield, fueron fervientes romanistas.

De todo esto que hemos advertimos, podemos deducir que los grandes principios del Derecho Romano se han mantenido vivos en los Códigos europeos y en los códigos de Chile, Brasil, Argentina, como así también en los de Ecuador, Uruguay, Colombia, Paraguay, y prácticamente en todos los demás códigos de Latinoamérica, manifestándose este hecho como una verdadera transculturación jurídica.

Deteniéndonos en el caso de nuestro país, la República Argentina, fue el ilustre Dalmacio Vélez Sarsfield, el que citó profusamente la compilación justinianeum en su Código Civil, por cuanto la conocía perfectamente debido a su notable formación romanista. No solo en sus artículos, el Código argentino tenía la impronta romanista de manera directa, en muchas instituciones, normas, reglas o principios, sino también de manera indirecta en las tan ilustrativas y famosas notas a los artículos del gran Vélez.

En el caso de la nueva legislación Civil y Comercial, llamada así porque comprende a la unificación de las dos materias, el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que entró en vigencia en el año 2015, se conserva en sus principios, reglas e instituciones los cimientos romanos. Este Código sistematiza los principios generales básicos rectores del derecho civil y comercial.

Podemos expresar, a través de lo que hemos investigado que la fuerte internacionalización del Derecho en el siglo XX, muy particularmente desde el término de la segunda guerra mundial; el incremento de estudios sobre Derecho comparado, muchos de ellos a causa de la migración de prestigiosos juristas alemanes a los Estados Unidos de América huyendo del nazismo, y el desarrollo de nuevos ámbitos del Derecho de implantación mundial, como el

LA INFLUENCIA ROMANISTA EN LA INCORPORACIÓN DE LAS REGLAS Y PRINCIPIOS... ■

Derecho medioambiental, el Derecho de las telecomunicaciones, el Bioderecho, etc., han impulsado nuevamente el uso de reglas y principios jurídicos que se parecen o casi son los mismos que los formulados en la obra justiniana, a pesar de que, paradójicamente, el latín haya dejado de ser una lengua académica de alcance universal.

En este siglo XXI, las *reglas y los principios jurídicos* están llamados a cumplir una función de primerísimo orden, no sólo en el proceso de unificación jurídica de la legislación de los distintos países, sino también en el tan deseado de internacionalización de la justicia, así como en el de integración de sistemas jurídicos. Por lo demás, las reglas y principios jurídicos constituyen un punto de partida para la formación de los nuevos «juristas globales» que la sociedad está demandando, y que mejor recurrir a aquellos jurisconsultos romanos que tanto nos enseñaron, para que sean, como lo dice su significado: base, fundamento, origen, razón fundamental.

Así lo interpretaron los redactores del CCCN, que entró en vigencia en el año 2015 en Argentina, como también lo interpretó el Dr. Vélez Sarsfield, aunque no logró quizás plasmarlo en su obra de una manera más integrativa y general.

