SUPERVIVENCIA DEL DERECHO ROMANO EN LOS SISTEMAS SUCESORIOS DE LOS CÓDIGOS LATINOAMERICANOS

Haroldo Ramón Gavernet
Univs. Nac. de La Plata; Lomas de Zamora y Buenos Aires
República Argentina

1998

I

A poco que se advierta la indudable formación romanística de los autores de las diferentes obras codificadoras hispanoamericanas, sin necesidad de pasar más allá de una mirada atenta a sus proyectos, puede afirmarse de modo irrebatible la índole profunda de la influencia de las instituciones de cuño romano en la legislación correspondiente.

Es tanto en la obra de Vélez Sarfield, como en la de Texeira de Freitas (directo referente de la tarea de aquel, a través de su Esboço), o en la de Andrés Bello –por citar sólo a los más trascendentes juristas americanos que asumieran la tarea de proyectar Códigos–, se patentiza su apego y aceptación a los principios e institutos romanos.

La mera lectura de las notas con que el autor del Código Civil Argentino ilustra los diferentes artículos, consignando los antecedentes de las diversas normas y razones de su inclusión, bastarían para aventar cualquier duda o cuestionamiento a lo precedentemente afirmado.

La frecuencia de citas del Corpus Iuris, las referencias a la legislación hispana, como las Leyes de Partida, la Nueva y la Novísima Recopilación y diversos Fueros; al Código Napoleón, al de Nápoles y al de Luisiana; y a autores como Pothier, Savigny, Troplong, Maynz, Zachariae, etc., denotan la recepción del Derecho Romano en la tarea codificadora.

Ya sea, como se advierte, por la referencia directa a las fuentes y al derecho patrio que las receptara, o a través de los diversos autores, no queda lugar a dudas sobre el espíritu romanístico inspirador de los Códigos.

Sin embargo sería exorbitante afirmar que todo el contenido de los códigos latinoamericanos posee, en sus diversas normas, un apego estricto a la influencia del Derecho Romano.

Por lo demás tampoco es válido aseverar que hay tal uniformidad en las legislaciones americanas que haga posible aceptar, para todas ellas, una igual influencia y a propósito de similares institutos jurídicos.

Cada derecho local lo ha receptado en la medida de sus diferentes realidades, idiosincrasia y necesidades; habiendo sufrido los avatares propios de los cambios legislativos que los tiempos requirieran, no siempre siguiendo las huellas y espíritu originarios.

II

Tales conclusiones también se patentizan, por supuesto, en lo que hace a las normas que regulan el Derecho Sucesorio "mortis causa", donde la influencia de las disposiciones romanas puede apreciarse con diferente intensidad, y no siempre siguiendo un derrotero preciso; al punto de mostrar

https://doi.org/10.55104/FRDC_0651

incluso algunas situaciones de aparente o real contradicción normativa, circunstancia que ya mereciera la atención de los juristas argentinos.

Por razones de extensión, y dada la índole de este trabajo, pondré el acento en la regulación sucesoria en el Derecho Argentino, según la redacción del Código Civil efectuada por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, convertido en ley por el Congreso el 25 de septiembre de 1869 (ley 340) para comenzar a regir a partir del 1° de enero de 1871, y que sufriera diversas modificaciones posteriores.

Estas reformas solamente merecerán referencia tangencial, lo contrario obligaría a un desarrollo no sólo de las cuestiones sucesorias, sino también de materias como el régimen de la familia y el matrimonio, que excede el ámbito propuesto para esta ocasión.

III

El Libro Cuarto del Código de Vélez, dedicado a los Derechos reales y personales, en su Sección primera comienza el tratamiento de la cuestión sucesoria, bajo el acápite "De la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondían".

Ya en la nota al art. 3279, (primero de la sección), se incluye cita al Digesto, Ley 62, Título 17, Libro 50 (según el modo de citar usado por el codificador); como así a la Partida 7ª, Título 33, Proemio y Ley 33 y a la Ley 1, Título 3, Partida 6ª. Dice allí que Herencia y Sucesión son sinónimos en derecho[1].

Se ha señalado que la expresión "sucesión" puede ser entendida en dos sentidos: uno objetivo y uno subjetivo.

En el primero de ellos viene a ser sinónimo de herencia, la universalidad jurídica de los romanos (*hereditas, patrimonium defuncti)*, en tanto en sentido subjetivo se toma como derecho a la herencia, o de derecho de sucesión. De allí lo señalado por Vélez en la nota, cuando dice que "herencia" y "sucesión" son sinónimos en derecho[2].

Define allí Vélez a la sucesión como "... la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla", para agregar: "El llamado a recibir la sucesión se llama heredero de este Código".

Podemos recordar que, si para los romanos suceder significaba ocupar el lugar que jurídicamente tenía anteriormente una persona, la herencia es sucesión, porque el heredero pasa a ocupar la posición jurídica que tenía el fallecido. (Paulo, D. 2; 13; 9; 1 – Ulpiano, 8; 4; 13; pr.).

Los autores clásicos solamente emplean la expresión sucesión (*"successio"*) para las sucesiones a título universal, ya se trate de *"inter vivos"* o *"mortis causa"*, en tanto la referencia a sucesiones a título particular será conocida recién en la época postclásica.

Así en la Instituta, Gayo se refiere a la adquisición de las cosas, distinguiendo entre la que se efectúa a título particular y la que se realiza al adquirir una universalidad, reservando para estos últimos casos la expresión *"successio"* [3].

---

1. Art. 3279: "La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos *que componen la herencia* de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero en este Código". Nota: "...Herencia y sucesión son sinónimos en derecho.– La L. 1, Tít. 3, Part. 6ª, da una suscinta definición del derecho de sucesión. Decimos en el artículo que componen la herencia y no que pertenecen al difunto, como regularmente se define a la herencia, porque entre estos últimos hay algunos derechos que salen de su patrimonio por efecto mismo de la muerte, con el usufructo, la renta vitalicia, etc.".

2. Machado, J. O., "Comentario del Código Civil Argentino", F. Lojouane, Editor, Buenos Aires, 1900, tª 8, pág., 278.

3. Gaius, Inst. 2, 18 y sig.; 2, 97; 2, 157; 3, 77; 3, 82.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0651

No se la utiliza en cambio respecto de la adquisición de las cosas particulares, a las que se menciona como *"adquirere singulas res"*, lo que vale también para los legados, empleándose la expresión "adquirir cosa en particular"[4].

El uso de *"succesio in singula re"* y *"successio in unam rem"* se encuentra en algunos textos interpolados del Digesto, para referirse al sucesor de una cosa a título particular[5].

La distinción tan acogida por los autores modernos entre Sucesión particular y sucesión universal, ya señalada como postclásica, no parece haber alcanzado al codificador argentino, quien usaría la expresión sucesión más al estilo de los clásicos ("herencia y sucesión son sinónimos en derecho").

Así, en la nota al art. 3281, citando a Saivigny[6], dice: "Si la sucesión a título universal abraza los derechos particulares contenidos en el conjunto de los bienes, no es sino como integrante del conjunto que forma el objeto propio de la sucesión. La sucesión universal puede también no abrazar la totalidad, sino una porción determinada de los bienes, porque esta porción tiene por base necesaria el conjunto total, como la fracción de la unidad."

IV

Hay expreso apartamiento de los principios romanos, y el propio Vélez Sarsfield lo hace constar en las notas, en las disposiciones contenidas en dos artículos: los 3280 (última parte) y 3282.

El primero de ellos comienza explicando que la sucesión es legítima cuando sólo es deferida por la ley, en tanto se denomina testamentaria cuando lo es por voluntad del hombre manifestada en testamento válido (no hay sucesión por contrato o convención), para agregar: "puede también deferirse la herencia de una misma persona, por voluntad del hombre en una parte, y en otra por disposición de la ley".

La nota aclara: "La segunda parte del artículo es contraria a la máxima romana que no se puede morir en parte testado y en parte intestado, adoptada por la Ley 14, Título 3, Partida 6ª".

En la normativa del art. 3282, se dispone que "La sucesión o derecho hereditario, se abre en las sucesiones legítimas como en las testamentarias, desde la muerte del autor de la sucesión, o por la presunción de muerte en los casos prescriptos por la ley".

La nota dice: "La muerte, la apertura y transmisión de la herencia, se causan en el mismo instante. No hay entre ellas el menor intervalo de tiempo; son indivisibles..."; para señalar luego que el Derecho Romano dice lo contrario, trayendo la cita de la Instituta, libro 2, título 14, 2 (*Nondum adita haereditas personae vicem sustinet, non haeredis futuri, sed defuncti.*).

Esta disposición, que sigue al Código Napoleón, extendiendo la sucesión a la persona que sobrevive al difunto, de modo que no hay intervalo de tiempo, operándose la transmisión de la herencia en el momento mismo de la muerte, (no pudiendo los bienes quedar vacantes), es coherente con lo establecido en el art. 3420 que señala que el heredero, aún incapaz, o ignorante de que la herencia le ha sido deferida, es sin embargo propietario de ella, desde la muerte del autor de la sucesión.

Con la nota a esta última disposición recuerda Vélez que: "la Ley Romana la daba (a la adquisición de la herencia) *ipso iure* a los herederos necesarios: los herederos voluntarios no la adquirían sino por una aceptación expresa (*additio*) o tácita (*pro heredes gestio*). Inst., Lib. 2, Tít. 19".

Ahora bien, de otras disposiciones resulta que el sistema contempla la libertad del heredero para aceptar o repudiar la herencia, lo que plantearía una falta de conciliación normativa.

Así por ejemplo ocurre cuando el art. 3347[7] estatuye que la aceptación de la herencia queda

---

4. Gaius, Inst. 2, 97.
5. D. 39 , 2, 24, 1; 43, 3, 1, 13.
6. Savigny, "Derecho Romano", tº 8, 375.
7. Art. 3344: "Aceptada la herencia, queda fija la propiedad de ella en la persona del aceptante, desde el día de la apertura de la sucesión".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0651

fija en la persona del aceptante, desde el día de la apertura de la sucesión, pero recién después de que aquella se efectúe.

Debe entenderse que este acto retrotrae las cosas al estado en que se encontraban al fallecimiento del causante; pero condicionado la transmisión a la circunstancia de que la herencia fuere aceptada.

De donde puede advertirse que, pese a que el propio legislador señala en la especie su apartamiento del sistema de los romanos (en el que la transmisión se operaba con la aceptación), en la práctica se arriba a similares soluciones[8].

V

El tan debatido y trajinado tema relativo a si el sucesor es continuador de la persona del causante, o simplemente lo sucede en sus bienes, aparece regulado por el art. 3417 y su concordancia con la regla del art. 3281[9].

En el primero de ellos se lee: "El heredero que ha entrado en posesión de la herencia, o que ha sido puesto en ella por Juez competente, continúa la persona del difunto y es propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión..."; es decir, se establece el sistema de continuación de la persona del causante.

Naturalmente y como consecuencia, deviene la confusión de patrimonios del heredero y el *"de cuius"* (art. 3342), la responsabilidad *"ultra vires"* (art. 3343, con la limitación del art. 3363), la continuación en la posesión que tenía el difunto, en igual carácter que este y con prescindencia de su mala o buena fe (arts. 2475; 3418; 4004).

Ahora bien, aún en las diferentes etapas de evolución, el propio Derecho Romano, ha encontrado –según mi modesta opinión–, diversos fundamentos para el entendimiento de esta ficción de la continuación por el heredero de la persona del causante.

Seguramente en la primitiva época tal fundamento era religioso, ligado a la necesidad de continuación del culto familiar, y la necesidad de evitar su interrupción. Dentro tal idea la autoridad del difunto, sus funciones sacerdotales y potestades, pasaban al continuador de su persona: el heredero.

Consecuentemente también sus bienes, aunque la amplitud de su primitivo poder de disposición mortis causa y la ausencia de porción legítima, dan idea que no necesariamente los bienes le fueran adjudicados, pues por vía de legados podía recibir solamente las cargas.

No obstante cuando el culto familiar, y como consecuencia los deberes morales y religiosos a él ligados, decaen y es frecuente la repudiación de la herencia o su aceptación con beneficio de inventario, se mantiene la idea de la continuidad de la persona del causante por el heredero.

Los diferentes remedios que mitigan la idea del heredero como continuador de la persona del causante, sin desaparecer la desdibujan con el transcurso del tiempo.

Sin embargo, la idea del heredero continuando la persona del difunto, por otras motivaciones que las originarias, prevaleció en las legislaciones de la edad moderna, y no sólo por el prestigio del Derecho Romano.

Es probable que, para contrarrestar los derechos que los señores feudales cobraban, para entregar por su intermedio el goce pleno del derecho de la herencia desde el instante mismo de la muerte del causante, es decir la *"saisine"*, (gravando los bienes sucesorios); y ante la pérdida de poder de aquellos a manos de los reyes, los súbditos apoyasen las doctrinas de los jurisconsultos, elaboradas sobre textos romanos.

---

8. Conf. Borda, Guillermo: Trat. de Derecho Civil Arg., Sucesiones, Ed. Perrot, Bs. As., 2ª Edición, tº I, pág. 37 y sigtes.

9. Art. 3281: "La sucesión universal es la que tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos."

https://doi.org/10.55104/FRDC_0651

Es entonces factible que, por ello, resurgiera el sistema de la continuación de la persona, que no daba lugar a una innecesaria intervención de la autoridad, evitando el pago de derechos feudales. (*"Le mort saisit le vif"*[10]).

En el Código Civil de Vélez la idea de la continuación de la persona se recibe con el aporte de Aubry et Rau, de decisiva influencia en el particular. Su idea del patrimonio como atributo de la personalidad, como emanación de ella, (con carácter indisoluble, incesible, único e indivisible), no permitirá concebir su transmisión a los herederos, sino mediante la ficción de que estos continúan la persona del causante.

Es así que el sistema de los romanos dará una explicación satisfactoria a la transmisión; provocando la confusión de los patrimonios (el heredero solamente puede tener uno por ser emanación de su personalidad), respondiendo el heredero ultra vires (debiendo cubrir con sus propios bienes las deudas del causante si los bienes hereditarios fuesen insuficientes), adoptando las soluciones del beneficio de inventario y de la separación de patrimonios; y continuando en la posesión en el mismo carácter que el difunto tenia sin importar que el heredero pudiese tenerla en otro (buena o mala fe) etc.

Es decir la adopción del sistema conlleva también la adhesión a otros disposiciones que reconocen también origen romano[11].

VI

En el derecho argentino hay dos clases de sucesores *"mortis causa"*, los herederos y los legatarios.

Como no puede ser de otra manera, los primeros resultan sucesores universales, continuadores de la persona del causante, con derecho de acrecer y responsabilidad *"ultra vires"*; en tanto los otros son sucesores singulares, no continúan la persona del difunto ni confunden con él su patrimonio, y su responsabilidad se limita al valor de la cosa legada.

Siguiendo la tradición romana, y de consumo con los códigos modernos (alemán, suizo, italiano, mejicano, peruano, brasileño), se aplica la denominación heredero tanto a los instituidos por testamento como al legítimo; apartándose así del Código Napoleón, que reserva la expresión para quien recibe su título por el parentesco con el causante, el natural que recibía (conforme el régimen feudal) la sucesión no solamente en los bienes sino aún en el poder político, en la soberanía. (*Deus solus heredes facit*).

Ahora bien, es a propósito de la otra clase de sucesor contemplada por nuestro ordenamiento civil, junto a los herederos y los simple legatarios, el *legatario de parte alícuota*, que se presenta una de aquellas dicotomías legislativas a que ya aludiéramos.

En efecto, sobre la naturaleza jurídica de este legatario, que recibe una parte proporcional de los bienes sin especificación concreta de cuales le corresponden, (un quinto, un tercio, etc. de la herencia), se han producido disputas entre los juristas.

La doctrina no es conteste en cuanto a determinar si se está frente a un sucesor a título universal o singular; y cierto es que la técnica del legislador dejar lugar a fundamentaciones diversas con apoyatura en diferentes normas que parecen dar razón tanto a unos como a otros.

La primera de las posturas se funda justamente en el sistema romanista de la sucesión en la persona, adoptada manifiestamente por Vélez, para afirmar que no se trata de un sucesor universal.

Cuando se habla de quien tiene ese carácter se alude a la universalidad patrimonial, que al heredero corresponde por ser continuador de la persona del difunto. De allí, por ejemplo, el derecho a acrecer entre los herederos, obrando la persona del fenecido como elemento unificador.

---

10. *"Le mort saisit le vif son hoir le plus proche, habile a lui succeder"*: el muerto ase al vivo, su heredero más próximo hábil para sucederlo; por oposición a la fórmula: *"le serf mort saisit son signeur vif"*: el siervo muerto ase su señor vivo.

11. Borda, Guillermo: op. y tº cit., pág. 16 y sig.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0651

Solamente podría llamarse propietario de la herencia al heredero, lo que no ocurre con el legatario; no respondiendo este *"ultra vires"*, como es característico de la sucesión universal.

Además hay dos notas del codificador, a los arts. 3719 y 3812 donde se consigna que el legado que nos ocupa no constituye título universal.

Por el primero de estos se establece *"No constituye institución de heredero la disposición por la cual el testador hubiese legado la universalidad de sus bienes con asignación de partes"*; y en su nota aclara: *"... Pero otra cosa sería si el testador hubiese dicho: lego los tres cuartos de mis bienes a Sempronio". En tal caso, el testador no habría hecho sino legados de cantidad o parte alícuota y por consiguiente, no siendo el título universal, y estando divididas las porciones de cada legatario no habría derecho a acrecer..."*.

En cuanto al art. 3812 se consigna que: *"Habrá acrecimiento en las herencias y legados cuando diferentes herederos o legatarios sean llamados conjuntamente a una misma cosa en el todo de ella"*.

La extensa nota que ilustra la disposición, parece una verdadera clase de Derecho Romano sobre las diversas conjunciones entre legatarios a propósito del derecho a acrecer, recordando que desde que el derecho a acrecer se deriva de una conjunción establecida por el testador: *"La ley Romana había creado entre dos legatarios tres maneras de conjunciones: re tantum, re et verbis, y verbis tamtum. L 142, Tit. 16, Libr 50 Dig., De erb. signif."*; Para continuar ejemplificando cuando tenía lugar cada uno de tales supuestos, consignando incluso con nombres latinos a los personajes y objetos de los legados. (Titio, Mevio, fundum Tusculanum).

Para concluir en su parte final: *"Nosotros seguimos en un todo al Derecho Romano... Hay una gran diferencia entre el acrecimiento que tiene lugar en la institución de herederos, y el que sucede en los legados particulares. En estos últimos el acrecimiento está subordinado a las condiciones rigurosas de conjunción puestas por la ley; pero entre los herederos universales estas condiciones especiales no son necesarias. El carácter de la disposición testamentaria las reemplaza por su latitud. El acrecimento se causa no precisamente por las palabras que forman la conjunción, sino en virtud de la universalidad del título que absorbe todo por lo mismo que es universal. Así, pues, cuando se trate de la institución de heredero hecha a muchos, no se debe decidir la cuestión de acrecimiento entre ellos por las condiciones estrictas de conjunción que son la regla de los legados particulares"*.

Hasta aquí ninguna duda cabría sobre el carácter de sucesor a título singular del legatarios de parte alícuota. Sin embargo hay quienes sostienen que el Código las expresiones heredero y sucesor no son términos sinónimos, por entender con apoyo en varias normas, (arts. 3263; 1099 y 1195 que hablan de "herederos y sucesores universales"), que sucesores universales sería el género en tanto que heredero y legatarios de cuota especies de aquel.

Sin embargo la disposición de art. 3263, define al sucesor universal como aquel a quien pasa todo, o una parte alícuota del patrimonio de una persona; en tanto dice que es sucesor singular aquel al cual se transmite un objeto particular que sale de los bienes de otra persona.

De donde claramente resulta que cuando se alude a los que reciben una parte alícuota del patrimonio de otro, se refiere a la parte del heredero, y no a la del legatario de cuota.

Sin perjuicio de la disputa y de otras posiciones intermedias, que pretendieron acercar las posturas, cierto es que si seguimos los lineamientos romanísticos expresamente admitidos por el autor del Código, fuerza es adherir a quienes se inclinan por desconocer el legatario de parte alícuota el carácter de sucesor a título universal.

VII

Dice el art. 3287: "La capacidad para adquirir la sucesión debe tenerse al momento en que la sucesión se defiere".

De este modo el codificador vino a decidir esta cuestión que ha causado agitación a juristas de diferentes épocas, teniendo en consideración que es en ese instante que se opera la transmisión del derecho, derecho que no puede quedar abandonado, apartándose de soluciones más formalistas, tal vez más del gusto romano.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0651

De allí que la ley dice que el heredero sucede sin intervalo de tiempo, en todos los derechos y obligaciones del difunto[12].

VIII

La incapacidad para suceder esta regulada a través de aquellas que son absolutas, comprensivas de todas las causas que inhabilitan perpetuamente para adquirir por sucesión; y las relativas, que imposibilitan a una persona para adquirir la cosa, pero que permiten la posibilidad de recibirla a sus descendientes.

Relacionado con el primero de los supuestos está lo perceptuado en el art. 3290[13].

En efecto, en sus párrafos segundo y tercero se exponen las incapacidades absolutas que padece quien no estuviere concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión; y en la última parte el caso de quien estando concebido naciere muerto.

Es por ello que cuando en la primera parte del artículo se dice que el hijo concebido es capaz de suceder, se refiere al caso de que este naciera con vida, sin distinguir que fuera o no viable.

En su nota nos recuerda Vélez: *"El hijo en el seno de la madre, sólo tiene una vida común con ella; desde el nacimiento puede únicamente darle vida individual. El Derecho, sin embargo, lo consideraba como hábil para suceder"*, para agregar: *"Esta excepción es debida a las Leyes Romanas que consideran al foetus como ya nacido cuando se trataba de su interés. Qui in utero est, proinde ac si rebus humanis esset. (L.7, Dig. De Stat. hom.)"*.

Esto en un todo coincidente con las disposiciones de los art. 63 a 70, del Libro 1°, Título 3: "De las personas por nacer". En la nota respectiva, luego de señalar que las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre, y de que si fuesen futuras no habría sujeto que representar; después de reseñar las concordancias con el Código de Austria, de Luisiana y de Prusia; y la diferencia con el Código de Chile (que al respecto dispone en el art. 74: "Que la existencia legal de toda persona principia al nacer"); refiere al Derecho Romano.

Señala allí que *"En el Derecho Romano había acciones sobre este punto. Naciturus habetur pro nato. Naciturus pro jam nato habetur si de ejus commodo agitur, etc. etc."*.

Sin olvidar que a estos se oponen otros textos del Digesto, agregando: *"Savigny los explica perfectamente, demostrando que no hay contradicción entre ellos. Tomo 2, pág. 11"*.

Si bien toda la cuestión referida a la existencia de las personas antes del nacimiento excede el marco del tema propuesto para esta ocasión, permítaseme agregar que también al respecto el Dr. Vélez Sarsfield sigue los alineamiento romanos, así expresamente lo reconoce en la nota al art. 70: *"Savigny, en el tomo 2, desde la pág. 5, reúne toda la doctrina del Derecho Romano sobre los términos siguientes..."*; para reseñar luego las condiciones para considerar nacido a un hombre, y consignar numerosas citas del Digesto y el Código, y de las Partidas (*"Las leyes de Partida conformes con las Leyes Romanas"*)[14].

---

12. Conf. Machado, José O.; op. y t° cit., pág. 312 y sigtes.

13. Art. 3290: "El hijo concebido es capaz de suceder. El que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle. El que está concebido naciere muerto, tampoco puede sucederle."

14. Citas contenidas en la nota al art. 70, conforme la particular manera de efectuarlas por el codificador: 1) "Natum accipe et si excecto ventri iditus sit". Dig. L. 6, De liberis, Dig. L. 1; 5 ad. S. C. Tertull. –2) L. 2. "De mortuo infer." Dig. –3) Cód. "De posthumis – Perfecte natus" –4) L. 3 Cód. "De posthumis – Vivus, natus est." –5) L. 129, Dig. "De verb. sig. qui mortui nascuntur neque procreati videntur" –6) L. 3 Cód. Cód. "De postumis" –7) L. 2 y 3, Cód. eod. "Licet illico postquam in terra cecedit, vel in manibus obstetricis decessit." –8) L. 3 Cód. "De posthumis. Ad nullum declinans mostrum vel prodigium". –9) L. 44 Dig. "De relig". Las leyes de Partida conformes con las Leyes Romanas. Véase las LL. 3 y 5 Tít. 23, Parts. 4ª y 8ª, Tít. 33, Part. 7ª.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0651

IX

El art. 3410, hoy modificado por la Ley 17.711, decía en su anterior redacción: *"Cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes y descendientes, el heredero entra en la posesión de la herencia, desde el día de la muerte del autor de la sucesión, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignorase la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia"*[15].

Esta disposición, según Vélez, reconoce origen en la Recopilación de Indias[16], señalando las dificultades que tal materia de la posesión hereditaria conlleva, y las divergentes soluciones legislativas en las diversas codificaciones.

El régimen, en las que el codificador argentino llama "Leyes Romanas", disponía que los herederos no sucedían inmediatamente en la posesión que había tenido el difunto[17].

Al respecto recuerda la Constitución Justineanea[18] por la que, el otorgamiento del derecho a ser puesto en posesión de los bienes que hayan quedado a la muerte de alguno, supone la institución de un heredero, y que la prueba esté dada, es decir, presentando el testamento sin vicio alguno.

Luego de rechazar la regulación en el Código Francés, (que entiende "crea tantos poseedores y propietarios de las cosas sin un acto de posesión, que puede dar lugar a mil fraudes, y causar usurpación de los bienes hereditarios desde que tantos pueden ser herederos legítimos"), se adentra en el análisis de la Legislación Española.

Entiende que, por entonces, no había en ella sistema alguno en cuanto a la posesión hereditaria: "Las Leyes de Partida siguieron en un todo a las Leyes Romanas"... "No hubo posesión hereditaria transmitida sólo por el derecho cuando la sucesión era entre herederos legítimos"[19].

Luego de considerar la regulación que del instituto se hace a su entender, tanto en la Ley Recopilada, como en el Fuero Real, en la Ordenanza de Vacantes y mostrencos, y en la Nueva Recopilación; y no sin recordar la que entiende como excepción resultante de la Ley 45 de Toro, (ordenando que la posesión civil y natural de los bienes de mayorazgo se transfiera, muerto su tenedor, al siguiente en el grado que deba suceder); señala que toda la mencionada legislación fue revocada por las leyes especiales para América.

Resulta interesante su mención de que, en las leyes Recopiladas de Indias, se ordena que cuando alguien muera sin testamento los jueces se apoderan de sus bienes y los den a quien correspondan por las leyes[20]; pero luego se regula que se abstengan de hacerlo, cuando *"el difunto dejare en la provincia donde falleciere, notoriamente hijos o descendientes legítimos, o ascendientes por falta de ellos, tan conocidos que no se dude del parentesco por descendencia o ascendencia"*[21].

En definitiva Vélez afirma seguir al Derecho de Indias, limitando la posesión hereditaria por derecho sólo a las sucesiones entre ascendientes y descendientes; siguiendo, dice, en los demás casos

---

15. Texto actualmente vigente, desde la sanción en 1988 de la ley 17.711: "Cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes, *y cónyuge*, el heredero entra en posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignorase la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia."

16. L. 43, Tít. 32, Lib. 2.

17. Nota al art. 3410: "...Por las Leyes Romanas los herederos no sucedían inmediatamente en la posesión que había tenido el difunto: *Cum haeredis*, dicen, *institutis sumus, adita haereditate, omniam quiden jura ad nos transeunt; possessio tamen nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinent.*- L. 23 Dig., "De adq. vel. amitt. possess. .-instit. De haered. qualit. et diff.,. 6...".

18. L. 3, Tít. 33, Lib. 6, Cód.

19. Sigue la nota: "La L. 2, Tít. 14, Part. 6ª, habla como la Ley Romana en caso de presentarse el heredero delante del Juez, mostrándole un testamento sin vicio alguno en que se encuentra establecido por sucesor del difunto; y sólo bajo una prueba tan solemne, manda que se le dé la posesión de los bienes del testador. Esta posesión es, pues, judicial: el heredero no puede tomarla por si. La ley anterior había dicho que la posesión se da también a los parientes; pero es entendido que estos deben pedirla y obtenerla de los Jueces. . .".

20. Leyes del Tít. 32, Lib. 2, Rec. de Indias.

21. L. 43 del Tít. mencionado en nota anterior.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0651

de sucesiones intestadas, a las L. 6, Tít. 22, Lib. 10 de la Nov. Recopilación; y en las testamentarias lo que dispone la Ley de Partida referenciada *ut supra*.

Tratadistas argentinos como Bibiloni, Fornieles y Prayones, entre otros, han hecho notar que las nombradas leyes hispanas no refieren a la posesión hereditaria, considerando en consecuencia errónea la apreciación de Vélez, quien creyó encontrar antecedentes de la *"saisine"* en la antigua legislación española.

Sin pretender aquí plantear, y menos aún resolver, la cuestión sobre si era propia del Derecho Romano[22], o alejada de su espíritu, una posesión desprovista de materialidad[23]; no parecería tan clara como aparentemente lo era para el Codificador la aceptación de los antecedentes hispanos, que él coloca en el Fuero Real y en la Legislación de Indias, resultando sí más admisible el antecedente de la *"saisine"* en la Ley 45 de Toro, en materia de Mayorazgo.

Verdaderamente, el sistema de la *"saisine"*, tomado del Código Napoleón, y desconocido en el derecho argentino hasta la sanción del Código, poco aporta a la estabilidad jurídica, siendo que es su objeto la publicidad de la transmisión hereditaria., (como equivalente en las sucesiones *mortis causa*, de la tradición en los negocios *inter vivos*).

La complejidad de las sociedades modernas, el número de la población ciudadana que excede notoriamente al de las aldeas, y el desconocimiento resultante, ha tornado insuficiente a la posesión hereditaria como sistema de publicidad.

La notoriedad de esta situación ha determinado que en nuestro país no se abandonara la prudente tradición española, exigiéndose la declaratoria judicial de herederos respecto a todos los sucesores, sin distinción de vínculo.

Ello al punto que no será posible, por ejemplo, la transmisión de derechos reales sin la previa inscripción de la Declaratoria en el Registro de la Propiedad.

Tanto es así que, no obstante las disposiciones del Código sobre la posesión hereditaria de plano derecho, se siguieron en nuestro país las prácticas de la Colonia, por las que se formalizaba siempre un juicio sucesorio para acreditar los derechos de los peticionantes, sin importar su grado de parentesco con el causante.

La práctica se consolidó por la creación del Registro de la Propiedad, (en el que es menester anotar toda transmisión de dominio, previo el indispensable reconocimiento judicial de la vocación hereditaria), y por el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes, (que exige determinar el grado de parentesco, para aplicar la escala impositiva)[24].

Es entonces que hoy, pese a los términos expresos del art. 3410, la práctica ha desvirtuado la posesión de pleno derecho, sin formalidad alguna, en favor de los descendientes, ascendientes y cónyuge (esto último según la reforma de la ley 17.711); debiendo todos los herederos presentarse al Juez, requiriendo la declaratoria.

X

Siguiendo la idea romana del heredero continuador de la persona del causante, y retomando el análisis de la cuestión, el art. 3417, dispone que cuando aquel ha entrado en posesión de la herencia, o ha sido puesto en ella por disposición judicial, continúa la persona del difunto, y es propietario,

---

22. Planiol, "Origine romaine de la saisine hereditaire, Revue critique, 1885, pág. 437 y sigtes.; Dubuis, La saisine heretitaire en droit romain, Nouvelle revue historique, 1880, pág. 101 y 27; para citar alguno de los autores que frecuentemente nombra Vélez Sarsfield.

23. Fornieles, Sucesiones, t° 1, nros. 165, 167 – 169.; "Repugna al espíritu romano, lógico y claro, una posesión desprovista de toda materialidad, ni aún aplicada a los herederos necesarios (Savigny, Tratado de la Posesión, 28 y nota 95 del Apéndice). Aún los intérpretes del Derecho Romano que escribieron bajo el imperio de la regla del derecho consuetudinario francés, la encontraron absurda, "recogida en la calle" e introducida por la ignorancia (Cujas)".

24. Borda, Guillermo; op. y t° cit., pág. 329 y sigtes.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0651

acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, exceptuando los derechos que no pueden transmitirse por sucesión; con el único límite de la aceptación de la herencia con beneficio de inventario. Veamos cual es el marco de operatividad de la normativa.

Cabe advertir primeramente que, aunque la aceptación lo haya sido con tal beneficio de inventario, sin confusión de patrimonios, el heredero es igualmente continuador del difunto. De allí que sea posible disponer, sin perjuicio de tal beneficio, que el heredero sucede no solamente en la propiedad sino también en la posesión que el causante tenía, con todas sus ventajas y sus vicios (art. 3418, 1ª parte).

Es decir que si bien la herencia se transmite desde el momento mismo de la muerte, con independencia de la posesión; no es menos cierto que no goza de la plenitud de los derechos de propietario, mientras no concrete dicha posesión. Es titular de los derechos hereditarios pero no puede ejercerlos. (Ello según los art. 3419, 3420, 3341 y 3344; y de acuerdo a las notas a los arts. 3282 y 3341).

En la práctica, salvo en lo que se refiere a las acciones judiciales, quien no ha recibido aún la posesión del Juez, tiene posibilidad de ejercitar sus derechos. Si es que, desde la muerte, ha entrado en la posesión real de los bienes (no hereditaria), gozando, usufructuando y disponiendo de ellos.

Por otra parte, como continuador, puede ejercitar las acciones posesorias del difunto, incluso antes de haber de hecho tomado la posesión de los objetos hereditarios, sin que pueda exigírsele más pruebas que las que podían exigirse a aquel. (art. 3418, últ. parte).

Todo ello sin que importe que el heredero pueda entablar acciones que correspondan a la sucesión sin haber sido puesto en posesión, porque se ha entendido que el artículo se refiere a la posesión material o de hecho, y suponiendo que tiene la posesión legal que opera como una calidad[25].

Así debe entenderse el art. 3418, cuando dispone, como explicásemos, que el heredero sucede al difunto no solamente en la propiedad sino también en la posesión; transfiriendo respecto de esta todas las ventajas y vicios que el causante tenía, y otorgando al heredero las acciones posesorias del difunto, aún antes de haber tomado de hecho posesión de los objetos hereditarios, sin que pueda obligárselo a dar otras pruebas que las exigibles al muerto.

Es que, al considerarse al heredero legalmente como la misma persona del difunto, continúan sin interrupción la propiedad y la posesión que este detentaba. No hay unión de posesiones, es la misma; y aunque en la materialidad el heredero no reemplaza al *de cuius* en la posesión, si lo hace en sus efectos, por poder deducir las acciones que correspondían a quien sí poseía materialmente.

Sin embargo, reitero, debe entenderse que aún cuando el heredero pueda ejercer las acciones posesorias del difunto, sin haber tomado de hecho la posesión de los bienes hereditarios, es menester referirlo al caso en que justificó su título y el Juez lo haya declarado tal, poniéndolo en posesión de la herencia, reconociéndolo en la misma posesión de su causante, sin necesidad de que haya tomado materialmente la posesión de las cosas.

Si no hubiera sido declarado heredero, y poseyera bienes sucesorios, puede ejercer las acciones que le correspondieran como poseedor, sin necesidad de la posesión judicial, teniendo tal amparo ante quien pretendiera turbarlo.

Es en este contexto, y con tales salvedades, que ha de entenderse la afirmación del codificador, al decir que el Derecho Romano traía posición contraria y a su referencia a la opinión opuesta de

25. Machado, José O.; op. y tº cit., pág. 632 y sigtes.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0651

Savigny a la solución que el propugna[26], que ya fueron aludidas al considerar art. 3410 y su nota[27].

Para contemplar más acabadamente la comprensión del sistema de Vélez, debe recordarse que el inspirador de estas disposiciones es Demolombe, para el cual la posesión hereditaria producía cuatro efectos principales: 1) Adquisición inmediata *"a die mortis"*, de la propiedad y todos los derechos que pertenecían la difunto. 2) La también inmediata adquisición de la posesión misma, sin ningún hecho de aprehensión. 3) La transmisibilidad del derecho hereditario de forma tal que, cuando el heredero hubiere sobrevivido sólo un instante al *de cuius*, y aunque ignorase su muerte, transmite en su propia sucesión, la sucesión por el adquirida. 4) La continuación de la persona del difunto por el heredero, que viene a ser el mismo propietario, acreedor y deudor, y la consiguiente obligación indefinida para el heredero, del pago de las deudas hereditarias *"ultra vires"*.

XI

Las normas de los artículos siguientes del mismo título del Código[28], se apartarán, en algunos casos, de la tradición romanista.

Se establece, por ejemplo, que el heredero, aún incapaz o ignorante de que la herencia se le ha deferido, es sin embargo propietario de ella desde la muerte del autor de la sucesión (art. 3420); en tanto entre los romanos se otorgaba *ipso iure* a los herederos necesarios, y los voluntarios no la adquirían sino por su expresa o tácita aceptación (*additio o pro haerede gestio*)[29].

Asimismo la regla romana *"Haereditas non adita, non transmititur"* es, al decir de Vélez, destruida por lo normado en el art. 3419 del Código: "El heredero que sobrevive un solo instante al difunto, transmite la herencia a sus propios herederos, que gozan con el de la facultad de aceptarla o renunciarla".

XII

Indudablemente, la recepción de las instituciones romanas se aprecia latamente en la regulación de las sucesiones intestadas, a través de las normas del título 8 del Código Civil.

El art. 3525, con que comienza el título aludido, en su originaria redacción (su texto sufrió las modificaciones impuestas por las leyes 17.490 y 23.464)[30] decía: "Las sucesiones intestadas corresponden a los descendientes legítimos y naturales del difunto, a sus ascendientes legítimos y natura-

---

26. Nota al art. 3418: "...El Derecho Romano disponía todo lo contrario, como se ve en la ley copiada en la nota al art. 3410.- Savigny deduce de ésta y de otras leyes, que los actos puramente jurídicos, que no comprenden al mismo tiempo una aprehensión de las cosas, no dan la posesión. Tal es, dice, la adquisición de la herencia: todos los derechos en general constituyen el patrimonio y que no son puramente personales, pasan inmediatamente al heredero por efecto de la adición de la herencia; más otra cosa en la posesión, porque esta adición no encierra ninguna aprehensión de cosa individuales. (De la posesión, nº 28). Como jefe de la escuela histórica, critica a los Códigos modernos por haber establecido lo contrario."

La referencia a la ley copiada en la nota al art. 3410 es: "... Por las Leyes Romanas los herederos no sucedían inmediatamente en la posesión que había tenido el difunto: *Cum haeredis*, dicen, *instituti sumus, adita haereditate, omniam quidem jura ad nos transeunt; possessio tamen nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet.* – L 23, Dig., *De adq. vel. amitt. possess.*- Inst., *De haered, qualit. et diff. 6*. La constitución de Justiniano que vino a ser la L. 3, Tít. 33, Lib. 6, Código, para conceder el derecho de ser puesto en posesión de los bienes que hayan quedado por la muerte de alguno, supone la institución de heredero, y que la prueba está dada, es decir, presentado el testamento sin tener vicio alguno...".

27. Ver notas al pie nros. 16 y 26.

28. Título 4. "De los derechos y obligaciones del heredero".

29. Inst., Lib. 2, Tít. 19.

30. Redacción actual del art. 3545, conforme ley 23.264, (que modificó al de la ley 17.940): "Las sucesiones intestadas corresponden a los descendientes del difunto, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código, no habiendo sucesores, los bienes corresponden al Estado nacional o provincial".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0651

les, al cónyuge sobreviviente, y a los parientes dentro del sexto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código. No habiendo sucesores, los bienes corresponden al Estado general o provincial."

En artículos subsiguientes se dispondrá que el pariente más cercano en grado sustituye al más remoto, salvo el derecho de representación; que en las sucesiones no se atiende al origen de los bienes que componen la herencia, (salvedad hecha de una disposición referida a la adopción: art. 24 ley 19.134[31]); y que los llamados a la sucesión intestada no sólo suceden por derecho propio, sino también por derecho de representación[32].

Las normas que informan el capítulo que sigue a continuación, ("Del Derecho de representación"), también seguirán la tradición romana de las Novelas, que aparecen citadas en forma directa en las notas a diversos artículos[33].

Igual ocurre en el Título 9, que trata sobre el orden de las sucesiones intestadas, en sucesivos capítulos, algunos derogados en la actualidad.

Para no abundar en la numeración, excediento el objetivo que este análisis pretende cumplir, solamente citaré el contenido de la nota con que se aclaraba el art. 3.565, (hoy modificado por la ley 23.264).

La norma decía: "Los hijos legítimos del autor de la sucesión, sean de uno solo o de varios matrimonios, lo heredan por derecho propio y en partes iguales, salvo los derechos que en este Título se dan a los hijos naturales, y al viudo o viuda sobreviviente".

A ello acotaba el codificador: "L. 1, Tít. 20, Lib. 10, Nov. Rec..–L. 3, Tít. 13, Part. 6ª.– La Ley Romana decía: *"La razón natural como una ley tácita afecta a los hijos la herencia de sus padres, y los llama a una sucesión que les es debida". Ratio naturales lex quoedam tacita, liberis parentum haereditatem addict, velut ad debitam successionem eos vocando.* L. 7, Tít. 20 Lib. 48, Dig."

XIII

Abundar más de lo ya hecho, en un pormenorizado y exhaustivo análisis, disposición por disposición, de la regulación sucesoria argentina, para patentizar aún más, la marcada continuidad del seguimiento de los principios romanos resultaría fatigoso e inapropiado.

Creo que la supervivencia de los principios y espíritu del Derecho Romano en el Código civil velezano, como así en las restantes codificaciones americanas, es innegable.

Ahora bien, queda sin embargo flotando como una suerte de imprecisión sobre a qué aludimos cuando hacemos referencia genérica a los principios romanistas en Derecho.

Indudablemente todos sabemos a que nos estamos refiriendo, cuando utilizamos estas expresiones que nos son tan frecuentes, y no corresponde adentrarme ahora y aquí, a inquirir sobre el alcance y profundidad de tales conceptos.

---

31. Art. 24, ley 19.134: "El adoptante hereda *ab intestato* al adoptado y es heredero forzoso en las mismas condiciones que los padres legítimos; pero ni el adoptante hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia de sangre, ni ésta hereda los bienes que el heredero hubiere recibido a título gratuito de su familia de adopción. En los demás bienes los adoptantes excluyen a los padres de sangre".

32. Arts. 3546; 3547 y 3548.

33. Nota al art. 3557: Nov. 118, caps. 1 y 3 "... *Tantam es haeredis portiem*, dice la Ley Romana, *quantam eorum parens futurus esset accipere si superstes fuisset*. Novela 118 cap. 3.- Inst. 6. De haeredit., quae ab intest. defer."

Nota al art. 3559: "... Novela 118.- La representación no tiene lugar en favor de los ascendientes, porque no está en el orden de la naturaleza que los ascendientes representen a los descendientes..."

Nota al art. 3560: "... Novela 118, Cap. 3, ..." (Referido a la limitación en la representación, en línea colateral en favor de los hijos y desc. de los hermanos, para dividir la herencia del ascend. con los demás coherederos del grado más próximo).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0651

Sin embargo creo que podemos coincidir en que hay veces en que nuestro entusiasmo, y la adhesión a la materia que nos convoca, pueden hacernos distraer la atención de los cambios que en su propia formulación se fueron produciendo, y creyendo encontrar rastros de un instituto en alguna de las fuentes, no advirtamos el desarrollo a que los avatares del tiempo la fueron sometiendo.

Ello podría provocar, en los que no comparten nuestro común interés, una suerte de desprecio y desconcierto por nuestros afanes, pues no se trasluciría el vigor del Derecho Romano para contemplar los cambios y dar respuesta adecuada, aún después de tantos siglos, a los problemas que aquejan a nuestras sociedades contemporáneas.

Tal vez, si lográsemos vislumbrar que el hombre de hoy como el de ayer; el de Roma, como el de Orense o Buenos Aires, sigue luchando por una vida digna y vivida con Justicia; que aspira a la Verdad, que le permitirá ser Libre; veríamos que en definitiva el Derecho que necesita es aquel que se adecúa a esa su naturaleza.

Y entonces más fácil sería advertir que si las disposiciones de Roma han persistido, y sin duda continuarán haciéndolo, en las legislaciones modernas, ello obedece a su congruencia y acomodamiento a aquello que puede considerarse escencial a la persona humana.

Estará claro que los Principios Romanos, que el espíritu del Derecho Romano, no es otra cosa que ese particular modo de sentir que comprende y protege a lo humano, adecuándose a lo largo de la historia a lo cambiante y manteniendo lo sustancial que lo informa.

De aquí que no pueda extrañar que en la moderna legislación del tema Sucesorio persistan disposiciones de vieja cepa romana, y que muchas veces los cambios legislativos, lejos de alejarse de aquellos orígenes retoman, con renovadas razones, sus disposiciones.–

https://doi.org/10.55104/FRDC_0651

https://doi.org/10.55104/FRDC_0651