

Fossaceca, Carlos Alberto

Alberto Domingo Molinario y el iusnaturalismo católico en un universo jurídico laico

**Facultad de Derecho
Doctorado en Ciencias Jurídicas
Seminario de Historia de Derecho Público**

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Fossaceca, C. A. (2012). *Alberto Domingo Molinari y el iusnaturalismo católico en un universo jurídico laico* [en línea] Trabajo de investigación del Seminario de Historia de Derecho Público del Doctorado en Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho. Universidad Católica Argentina. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/investigacion/alberto-domingo-molinario-iusnaturalismo.pdf>

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

***“ALBERTO DOMINGO MOLINARIO Y
EL IUSNATURALISMO CATÓLICO EN
UN UNIVERSO JURÍDICO LAICO”***

**(TRABAJO DE INVESTIGACION
SEMINARIO DE HISTORIA DE DERECHO PÚBLICO
DOCTORADO EN CIENCIAS JURIDICAS
UNIVERSIDAD CATOLICA ARGENTINA
FACULTAD DE DERECHO)**

AUTOR: CARLOS ALBERTO FOSSACECA

DIRECTOR: ALBERTO DAVID LEIVA

LUGAR: CIUDAD DE BUENOS AIRES

AÑO: 2012

AGRADECIMIENTOS

Cabe esperar en la dedicatoria de un libro el nombramiento de un sinfín de personas, que hace recordar los hitos de la vida de una persona. Aunque no es mi intención, no puedo dejar de agradecer en la presente ocasión, aparte de gratitud al Eterno Creador:

A mis padres y mi tía, modelos de conducta que tuve presente desde mi infancia.

Al doctor Alberto David Leiva, de singular importancia en la realización de esta obra. En su rol de director me impulso a recrear el pensamiento de Alberto Molinario como exponente de la escuela jurídica católica, la cual ha prodigado excelsos doctrinarios, que han servido en la docencia y en la función pública a la República Argentina.

A los doctores Pablo María Corna, como el sabio mentor que es, no dejó de dilucidar las dudas que se me suscitaban, Silvia Yolanda Tanzi, profesora de primordial influencia en mi formación académica y con quién escribí, siendo graduado, un artículo en homenaje a otro recordado académico Guillermo Allende, y María Eugenia Alterini, con quien intercambié puntos de vistas de metodología para esta investigación y por su indicación de lecturas especializadas para profundizar ciertos temas.

A los doctores Oscar Ameal, Ángel Ernesto Molinari, Carlos Alberto Mahiques y Eugenio Luis Palazzo, ilustres profesores que han dejado en mí una indeleble huella de mi época de estudiante universitario y al doctor Félix Adolfo Lamas quien me enseñó la dialéctica y retórica aristotélica, de extrema utilidad en la rama de la investigación.

A los doctores Manuel Horacio Castro Hernandez, Hernán Mathieu y Marcelo Eduardo Urbaneja, quién se destaca por su prodigioso conocimiento y su espíritu investigativo, por haberme introducido en las ideas de Molinario, cuando participé como alumno en su curso de Derechos Reales IV.

A los doctores Luis Leiva Fernandez, Alberto Molinario y Diana Nilda Molinario, quienes me brindaron datos valiosísimo para comprender el carácter del homenajeado y compartido su tiempo en forma generosa para responder mis preguntas.

Por último, y no menos importante, merecen una especial mención mis estimados colegas, Daniel Villa, quién con su incesante esfuerzo, ha conformado

un grupo de graduados dignos de la Pontificia Universidad Católica Argentina, a Emiliano Lamanna Guiñazú, entrañable compañero del Doctorado de Ciencias Jurídicas de la UCA y Melina I. Brea Martino, con quién compartí gratos recuerdos de la otrora época estudiantil universitaria.

A todos ellos, mi más profundo agradecimiento.-

Buenos Aires, 13 de abril de 2012

Prólogo

Pablo María Corna

Resulta un honor presentar este trabajo que recuerda la persona y doctrina de un autor de la talla de Alberto Domingo Molinario. Este eximio jurista nació el 5 de mayo de 1910 en Buenos Aires y falleció el 12 de Octubre de 1988. Se graduó en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1925, obteniendo el diploma de honor. Se doctoró en ella en 1941 en virtud de su tesis *“Los privilegios en el Código Civil argentino, en el Anteproyecto de Biliboni y en el Proyecto de Código Civil de 1936”*, tópico del que pocos libros se han escrito.

Desplegó el magisterio en diversas facultades tanto públicas como privadas, pudiendo mencionar entre ellas a Universidad de Buenos Aires y Nacional de la Plata, la Pontificia Universidad Católica Argentina de Buenos Aires y del Salvador. Fue Profesor emérito de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata y de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, como así también Profesor Consulto de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.- Profesor Titular de Derecho Civil en los cursos de Doctorado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Profesor titular de Derecho Civil IV (Derechos Reales) en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, de Derecho Civil V curso (Familia y Sucesiones) y IV (Reales) en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; de Derecho Civil V curso (Familia y Sucesiones) en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad del Salvador; Profesor titular de Derecho Privado II (Obligaciones y Contratos Civiles y Comerciales) en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires y de Derecho Civil IV curso (Derechos Reales) en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aire.-

Si hay un calificativo que caracteriza al mencionado civilista, el más apropiado es el de *“católico”*. Siempre vertió sus pensamientos en diversos temas teniendo en cuenta el magisterio de la Iglesia y el pensamiento de sus lumbreras. Trató de entablar un diálogo franco con las personas no creyentes, teniendo

especialmente en consideración a los agnósticos, a través del lenguaje del derecho natural.

Tuve la singular fortuna de tener a Molinario como profesor de Derechos Reales en la Universidad Católica Argentina en su curso de Derechos Reales. Recuerdo el respeto que infundía su presencia y la claridad expositiva de su discurso pedagógico. Ha sido un total acierto que el Doctor Arturo David Leiva encomendara la realización de la presente investigación en el Seminario de Historia del Derecho Público de la U.C.A a fin de rememorar a unas de las plumas más virtuosas de la doctrina argentina.

Conozco al autor hace tiempo, a quién lo tuve como alumno y luego se inició en la carrera docente integrando la Cátedra de Derechos Reales cuya titularidad tengo el honor de ejercer en la Universidad Católica Argentina. Ha colaborado con el suscripto en diversos artículos de doctrina y ponencias en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Se ha destacado en la dedicación a la investigación y estudio de las obras de grandes juristas, tanto argentinos como extranjeros.

Pablo María Corna

INTRODUCCION

En el ámbito académico, no es desconocido el apellido Molinario.- Con él, se han destacado dos hermanos: Uno dedicado al estudio del derecho penal – Alfredo¹ – y el otro – Alberto Domingo- , en cambio, se destacó en la enseñanza del ordenamiento civil, ya que fue Profesor de diversas Cátedras de Derecho Civil.-

Ambos han formado generaciones de abogados.- Con su lenguaje sencillo, sin perder su elegancia de expresión, han ilustrado el pensamiento de millares de alumnos que han pasado por los claustros universitarios del país.- Los dos hermanos han encauzado con su prédica la practica profesional.-

Este trabajo versará sobre el civilista.-

La mera perspectiva de su personalidad justifica la realización de una investigación para determinar la influencia que ha ejercido y dejado en la doctrina jurídica argentina.-

A mero título introductorio, sin perjuicio del desarrollo posterior, se puede resaltar que es uno de los profesores que pueden recibir el calificativo de católico.- Su estudio del concepto de la propiedad privada según la Iglesia y según los distintos sistemas políticos – económicos², revela el profundo y basto conocimiento de la Doctrina Social gestada a partir de la Rerun Novarun de León XIII y de las ideas de los Padres de la Iglesia y de los teólogos más importantes del cristianismo³.-

¹ Su tratado sobre la parte especial de Derecho Penal es todavía considerada bibliografía fundamental para los estudios de tal rama.- Recuerdo que durante el Posgrado de Derecho Concursal, que cursé en la Universidad Católica Argentina (de aquí en adelante UCA) en el año 2006, era habitual encontrarme con los alumnos de la especialización de aquel Derecho, leyendo la doctrina de tal obra para comentarla en clase.- Para muchos profesores ha sido su libro de cabecera y ha servido de guía.- Por ejemplo, Pablo María Corna preparó su disertación del fraude en el fideicomiso, a solicitud del Departamento de Posgrado de la UCA, teniendo como fuente fundamental las enseñanzas de Alfredo Molinario.-

² Me refiero al capitalismo y al comunismo.-

³ Una de las peculiaridades de Molinario es recurrir a la Biblia y a Santo Tomás de Aquino como fuente.- Es uno de los pocos que analiza el concepto de propiedad de la Iglesia con conocimiento riguroso del derecho natural.-

Ihering, el ilustre jurista alemán, después de haber leído la obra del Aquinate, expresó su lamento por su desconocimiento anterior de la obra de él; ya que le habría servido como guía y le habría ahorrado tiempo en su estudio acerca de la finalidad de la acción.-

A su vez, Molinario es quién ha llevado hasta sus últimos extremos la doctrina clásica de derechos reales, cuyos principales autores fueron Salvat y Lafaille.- Su teoría general de la posesión es un claro ejemplo de lo afirmado.-

Esta última idea puede ser considerada como su legado a la parte general de los derechos reales.-

Por último, dar a luz la doctrina de este autor católico es una forma de retribución por su labor desarrollada en la Pontificia Universidad Católica Argentina.- También es un modo personal de agradecimiento ya que al recibir mis primeras lecciones de los Derechos Reales en una cátedra de un discípulo del civilista, el Profesor Castro Hernandez, me he beneficiado de su enseñanza y trabajos científicos aprendidos a través de este último docente.-

No menos importante aún, hay que rescatar la influencia de los doctrinarios católicos que han dejado su huella en el ordenamiento jurídico argentino.-

Por lo que es lógico, que un trabajo del seminario de Historia de Derecho Publico perteneciente al Doctorado de Ciencias Jurídicas de la UCA verse sobre la obra de uno de sus profesores más relevantes en sus anales.-

METODOLOGIA

Esta investigación se dividirá en dos partes:

La primera tratará el aspecto bibliográfico, académico y profesional del civilista.-

Su disenso con los demás autores y su intervención en ciertas discusiones importantes, tal como la indisolubilidad del vínculo matrimonial como elemento esencial del derecho de familia.-

La segunda mitad será destinado al aporte de Molinario al estudio del derecho civil, sus disensos con sus contemporáneos y su intervención en ciertas discusiones importantes, tal como la indisolubilidad del vínculo matrimonial como elemento esencial del derecho de familia.-

DATOS BIBLIOGRAFICOS

Su nacimiento se produjo el 5 de mayo de 1910 en Buenos Aires.- Su padre era un hombre de comercio.-

Cursó su primario en un colegio público.- Su progenitor le convenció que diera quinto y sexto años libre; empresa de la cual salió exitoso⁴.-

El secundario lo hizo en el Colegio La Salle, de tradición católica.- Egresó con Premio de Honor en 1925.-

Se recibió como abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Buenos Aires en 1932.- Se graduó con el Diploma de Honor⁵.-

Consideró como a sus maestros a Héctor Lafaille, quien seguramente habría sido su profesor de obligaciones, Tobal e Hipólito Paz.- El primero lo felicitó por el desarrollo de su tesis⁶.-

Tuvo como profesor a Salvat en el curso de Derechos Reales del año 1928.- Las clases complementarias de tal materia estaban a cargo de Fernando Cermoni; fue designado profesor adjunto para dicha materia, dictada por Antonio Cammarotta.-

Daba clase particulares como medio para afrontar sus estudios; su hermano Alfredo se dedicaba a escribir letras de tango con el mismo fin.-

Contrajo matrimonio con Nilda A.Bayón el 22 de Diciembre de 1952.- Tuvieron tres hijos: Alberto, Graciela y Diana⁷.-

Su primer estudio fue el de su hermano Alfredo, sito en Riobamba entre Lavalle y Corrientes⁸.- Posteriormente, desempeñó su labor en una oficina del edificio Metrópoli, entre los años 1950-1962.- Su último lugar de trabajo se encontraba emplazado en Viamonte 1620, Piso 4º, Departamento “A”; su hija Diana continuó al frente del estudio⁹.-

La recorrida de Tribunales la hacía personalmente.- Viajaba en colectivo muy temprano para estar a las 7:30 de la mañana, hora de inicio de la labor judicial.- En las audiencias se ponía de pie al exponer en honor al rango del magistrado.-

⁴ Como premio, obtuvo la biblioteca Tesoro de la Juventud.- Con ella, empezó su primer acercamiento a las obras de los clásicos.-

⁵ Es un premio que se le otorga a los estudiantes que poseen un promedio superior de 8 y no han sido jamás aplazados.-

⁶ Tal carta se encuentra enmarcada en la actualidad en el Estudio Molinario-Leiva Fernandez.-

⁷ Alberto y Diana Molinario son abogados.-

⁸ Posteriormente, el bien se vendió al Laboratorio Alex.- Recientemente fue demolido el edificio.-

⁹ Actualmente, allí funciona el estudio Molinario – Leiva Fernandez.-

Entre los años 1973 y 1976 se desempeñó como conjuer de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina.-

Frecuentó el trató con juristas de la talla de Jorge Joaquín Llambias, Segundo V.Linares Quintana, Gaspar Spota, Fernando Lopez de Zavalía, Legón, Luis Mosset de Espanes, Ignacio Colombres Garmendia, Miguel S.Marienhoff , Quintana, Garcia Copello y Roberto Greco, a quien consideraba el único libre pensador.- Tuteaba solamente a Linares Quintana y Legón.-

Viajaba a la Universidad Nacional de la Plata con Ambrosioni, uno de los mejores romanistas argentinos, Fayt y Vali.-

Falleció el 12 de Octubre de 1988.-

Tuvo como integrantes de su cátedra a Manuel Adroque y Julio Cesar Rivera.- Entre sus discípulos se destacan Luis Leiva Fernandez, Manuel Horacio Castro Hernandez y Pablo María Corna, - este último en postura ecléctica¹⁰.-

RASGOS DE SU PERSONALIDAD

Su pasatiempo era la lectura y la música.- Los sábados a la tarde recorría las librerías en busca de las novedades editoriales.-

Fue un autodidacta en su formación.- Encaró el estudio de las diversas corrientes filosóficas por su propia cuenta; no tomó cursos para ello.- Uno de los pensadores que más lo impactó en su época universitaria fue Kant¹¹.- El imperativo categórico lo aplicaba en su vida cotidiana rigurosamente.-

Gozaba de una memoria prodigiosa.- Su hijo quedó asombrado de sus recuerdos de clases de Derecho Romano acerca de las legis actione cuando realizó con su progenitor un repaso de la materia en la noche previa de su examen final.-

Adoptó un axioma: “*Lo que leo, entiendo*”.- Por ello indagaba las fuentes de sus lecturas.-

Los libros que leía siempre los criticaba, incluso las novelas.- Generalmente asentaba en cada ejemplar un resumen y su opinión sobre ella.-

¹⁰ Este profesor goza de una característica importante: Le atribuye la calidad de maestros a dos personas situadas en corrientes distintas: Molinario – su profesor en la UCA – y Jorge Horacio Alterini (quién lo introdujo en la docencia y quién ha sido un factor importante en su formación).- Es Profesor Titular de Derechos Reales en la UCA, en las Universidades Nacionales de la Plata y de Santa Rosa, y en la de Salvador.- Por muchos años, también enseñó en la Universidad de Buenos Aires.-

¹¹ La Universidad Nacional de Buenos Aires que frecuentó como universitario era marcadamente positivista.-

En su trato era muy cordial, pero era tímido con los extraños.- Es recordado por su amabilidad con sus ex alumnos.- Pablo Maria Corna siempre recrea la perplejidad que le suscitó la actitud de un adversario en un juicio hipotecario cuando era novel abogado.- Molinario le aconsejó que pidiese la aplicación de una multa de temeridad y malicia a la contraparte y que lo liquidará como un privilegio del derecho real en juicio, de acuerdo al artículo 3111 del ordenamiento civil.- Le manifestó que siempre tuviera presente, como solía decir Bielsa con otras palabras, que los magistrados no leen completamente el articulado del código civil¹².-

Adquirió, a consecuencia de una tradición familiar, el hábito de leer el diario “la Prensa”.-

La lectura de Quintiliano sobre la retórica influyo mucho en su actitud profesional¹³.-

Se calificó asimismo como hombre de centro derecha jurídicamente innovador y partidario de la Doctrina Social de la Iglesia¹⁴.- Poseía la obra completa de la Suma Teológica en su biblioteca.-

TITULOS ACADEMICOS

Una somera lista de ellos sitúa a Molinario como uno de los profesores argentinos cuyo magisterio ha sido desempeñado en las más numerosas cátedras.- Fue Profesor emérito de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata¹⁵ y de la Universidad del Salvador.- Profesor Consulto de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires.- Profesor Titular de Derecho Civil en los

¹² También dedicó mucho de su tiempo en contestar las consultas de colegas.-

¹³ “A los pocos años de haber comenzado a ejercer la profesión de abogados, en el lejano marzo de 1933, leímos las “Instituciones Oratorias” de Quintiliano, de cuya lectura sacamos muy provechosas enseñanzas que pusimos en práctica en el ejercicio profesional. Allí se enseña cómo debe escucharse a los clientes”, A.D.Molinario, “La reforma de 1968 al Código Civil”, LA LEY1981-C, versión online, Punto VII, b, nota 14.-

¹⁴ “En el orden político general somos hombres de centro derecha, pero en materia jurídica somos innovadores. Desde nuestra tesis doctoral, en casi la generalidad de nuestros trabajos propiciamos reformas legislativas, y en alguno de ellos, hemos llegado a concretar nuestro pensamiento en fórmulas legislativas... En cuanto a nuestra posición política general la tenemos puntualizada en nuestra obra “Derecho Real y Derecho Patrimonial”, en donde nos manifestamos partidarios de la Doctrina Social de la Iglesia Católica”, .D.Molinario, “La reforma de 1968...”, LA LEY1981-C, versión online, Punto VIII.-

¹⁵ Nombrado el 29 de Febrero de 1976.- Se ratificó tal cargo honorífico mediante resolución 36/76 el 8 de junio del mismo año.-

cursos de Doctorado¹⁶ de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Profesor titular de Derecho Civil IV (Derechos Reales)¹⁷ en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, de Derecho Civil V curso (Familia y Sucesiones)¹⁸ y IV (Reales)¹⁹ en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; de Derecho Civil V curso (Familia y Sucesiones)²⁰ en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad del Salvador; Profesor titular de Derecho Privado II (Obligaciones y Contratos Civiles y Comerciales)²¹ en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires y de Derecho Civil IV curso (Derechos Reales) en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires²².-

Fue nombrado Doctor en Jurisprudencia en 1941 en virtud de su tesis “*Los privilegios en el Código Civil argentino, en el Anteproyecto de Babiloni y en el Proyecto de Código Civil de 1936*”.- La presentó en Septiembre de 1940²³ en la misma Facultad donde se graduó.-

¹⁶ Nombrado en mayo de 1974.- Reelegido en 1975.-

¹⁷ Su nombramiento se produjo el 7 de Octubre de 1969.- Lo ejerció hasta su fallecimiento.-

¹⁸ Desde el 29 de mayo de 1942 hasta el 3 de Julio de 1947, se desempeñó como profesor adscripto de la Cátedra de Derecho Civil V de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.- Con ello inicia su carrera docente.- Hasta el 8 de Noviembre de 1955, fue profesor titular, sucediendo en ella a Juan Carlos Rébora.- En Septiembre de 1964, fue nuevamente reeligido.- Todos sus nombramientos fueron realizados previo concurso.-

¹⁹ A partir del 8 de Noviembre de 1955, ocupó el puesto de profesor titular interino de la Cátedra de Derecho Civil IV de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.- Designado en calidad de ordinario a partir de concurso disputado el 22 de julio de 1957.- Fue reelecto en Septiembre de 1964.- Lo desempeñó hasta su fallecimiento.-

²⁰ Desde 1961 ejerció como profesor titular de la cátedra de Derecho Civil V de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad del Salvador.- Renunció el 14 de julio de 1975.-

²¹ Designado por concurso en 1942.- Detentó el cargo hasta el 3 de julio de 1947.- En 1965 obtuvo el rol de Profesor Titular previo concurso.- Lo mantuvo hasta octubre de 1969.- Luego fue nombrado Profesor Titular de Obligaciones y Contratos en tal facultad el mismo año.- Finalizó de enseñar en agosto de 1973 por la supresión de la materia.-

²² Fue profesor ordinario de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.- Obtuvo en 1961 la cátedra de Derecho Civil IV hasta el 31 de marzo de 1972, fecha en que renunció.-

²³ Posteriormente se dió cuenta que en vez de una tesis, había hecho tres: el análisis de los privilegios en el Código Civil, en el Anteproyecto de Babiloni y en el Proyecto del año 1936, justificaba la realización de trabajos de investigación por cada uno de ellos.-

Gracias a tal obra, le fue dado los premios “Profesor Eduardo Prayones²⁴” y “Accésit²⁵”.-

Intervino asiduamente en los Congresos de Derecho Civil realizados en Córdoba en los años 1963 y 1969²⁶.-

Integró el Instituto de Derecho Privado de la Universidad Católica Argentina²⁷ desde 1961 hasta 1974, a raíz de un pedido del ilustre Llambías, quien fuera su director.- Precisamente, reemplazó en tal cargo al maestro de toda una generación de civilistas.-

Asimismo, fue miembro del Instituto Argentino de Estudios Legislativos.- Allí, coincidió con los juristas Jorge J. Llambías, Alberto G. Spota, Julián Carneiro y Guillermo Borda.-

En mayo de 1975 es designado como Director del Departamento Jurídico en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Buenos Aires.- Renunció a tal cargo el 19 de agosto de 1976.-

Fue puesto al frente de los asuntos jurídicos académicos y administrativos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata con carácter ad honorem.- Realizó tal cometido entre el 14 de abril de 1976 y 18 de junio del mismo año, fecha en que fuera aceptada su renuncia.-

Fue inscripto como miembro del Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina.- En tal calidad participó en el primer Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Buenos Aires.-

Ocupó la tribuna de los Colegios de Abogados de Azul, Mar del Plata, San Nicolás, Rosario, Bahía Blanca, Mendoza, Capital Federal, Lomas de Zamora, del Instituto Bibliográfico del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, de la Asociación de Abogados y del Instituto Popular de Conferencias del Diario La Prensa.-

A juicio de Pablo María Corna, autor de una teoría general de los privilegios, es uno de los mejores y más logrados trabajos sobre el tema que se ha realizado en la doctrina jurídica nacional.-

²⁴ Dado a la mejor tesis de Derecho Civil.-

²⁵ Se le otorga a la tesis que, recomendada al premio “Facultad”, no lo gana.-

²⁶ En el último Congreso de Derecho Civil, realizado en Septiembre de 2009 en Córdoba, al que concurrí, profesores de tal provincia recordaban con afecto el paso del ilustre civilista por esta tierra mediterránea.-

²⁷ Recordó Molinario que: “*en ese Instituto discutimos parcialmente el Anteproyecto de 1954 y luego las leyes civiles que fueron sancionando los diferentes gobiernos que se sucedieron en el país*”, A.D.Molinario, “*La reforma de 1968 al Código Civil*”, LA LEY1981-C, versión online, Punto III.-

Molinario juzgó personalmente su labor: *“Apenas terminamos nuestros estudios de abogacía...nos hemos dedicado al estudio del derecho civil, conjuntamente con el ejercicio de nuestra profesión.- Fruto de esos estudios son las apróximamente 2.800 páginas que hemos publicado hasta la fecha, realizando siempre aportaciones originales que, acertadas o equivocadas, implican esfuerzos para hacer progresar los conocimientos jurídicos en ese sector tan importante del derecho positivo²⁸”*.-

PROGRAMA DE ESTUDIO

Su plan de enseñanza subsistió después de su muerte²⁹.- El programa de estudio del civilista se sitúa en una época que se encuentra consolidada la división de los Derechos Civiles en cinco: Parte General, Obligaciones, Contratos, Derechos Reales y Familia y Sucesiones.-

Gracias a la amabilidad del Doctor Alberto David Leiva, profesor encargado del seminario de Historia del Derecho Público que ha motivado el presente trabajo, he podido consultar diversos programas de estudio de fines del siglo XIX y principios del XX.-

Se observa en ello que la enseñanza de aquel entonces difiere en forma notable a la época de Molinario y a la actual.- A título de ilustración, se enumerarán los temas centrales del Programa de Derecho Civil, Primer año, perteneciente al catedrático Doctor Ángel S.Pizarro, Edición Oficial, “La Ciencia”, Librería y Casa Editora de Nicolás Masara, Buenos Aires, 1903.- El mismo fue tomado como modelo ya que concuerda con los documentos contemporáneos a él: Bolilla I: Persona (Personas jurídicas, Persona de existencia visible), Bolilla II: Personas por nacer (Existencia de las personas antes del nacimiento, Prueba del nacimiento), Bolilla III: Domicilio (Fin de la existencia de la persona), Bolilla IV: Presunción de fallecimiento (De los menores, De los dementes, Sordomudos), Bolilla V: Matrimonio (regimenes, derecho y obligaciones de los cónyuges), Bolilla VI: Divorcio (Nulidad del matrimonio), Bolilla VII: Efectos de la nulidad del matrimonio (ulteriores nupcias, pruebas del

²⁸ A.D.Molinario, *“Por tercera vez sobre la ley santafecina de matrimonio civil”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-IV, Punto I, 2.-, p.760.-

²⁹ Recuerdo, con agrado, que cuando cursé Derechos Reales en la Comisión A de cuarto año, turno mañana, de la UCA, a cargo del profesor Castro Hernandez, el orden de las bolillas correspondía al diseñado por Molinario.-

matrimonio), Bolilla VIII: Sociedad conyugal (Convenciones matrimoniales, Donaciones a la mujer, Dote de la mujer), Bolilla IX: Principio de la sociedad (Capital de los cónyuges y haber de la sociedad, Administración de la sociedad conyugal, Disolución de la sociedad), Bolilla X: De los hijos legítimos, Bolilla XI: Patria potestad, Bolilla XII: Hijos adulterinos e incestuosos (Del parentesco, Del parentesco por consaguinidad, Parentesco por afinidad, Del Parentesco ilegítimo, Derechos y obligaciones de los parientes), Bolilla XIV: De la tutela (de la tutela dada por los padres, tutela legítima, tutela dativa, discernimiento de la tutela), Bolilla XV: Administración de la tutela, cuenta de tutela y curatela, Bolilla XVI: De los hechos (ignorancia o error, dolo, fuerza y temor), Bolilla XVII: Acto jurídico (simulación, fraudes), Bolilla XVIII Acto jurídico (Formas de los actos jurídicos, Instrumento Público), Bolilla XIX: Acto jurídico (Escritura pública, Instrumento Privado), Bolilla XX: Acto jurídico (Nulidad de los actos jurídicos, confirmación), Bolilla XX: Nulidad de los actos jurídicos, conformación, Bolilla XXI: De los actos ilícitos (de los delitos, delitos contra la personas, delitos contra la propiedad, ejercicio de la acción civil), Bolilla XXII: Obligaciones por hechos ilícitos que no son delitos, daño causado por animales.- Finalmente, este plan concluye con un capítulo independiente no correspondiente a ninguna bolilla, denominado Acciones³⁰: Nociones generales.- Definición.- Acciones públicas.- Acciones privadas.- Acciones criminales y acciones civiles.- Todo derecho origina una acción: excepciones.- A todo derecho corresponde una sola acción.- Condiciones para el ejercicio de la acción: derecho – interés – cualidad – capacidad.- División de las acciones.- Acciones reales.- Acciones personales.- Limitación de las acciones reales.- Las personales son ilimitadas.- Acciones nominadas e innominadas.- Importancia de la división en reales y personales.- Carácter de las acciones relativos al estado de las personas.- ¿Existen en nuestro derecho las acciones mixtas? Acciones dobles: de división de la herencia y de la cosa común – de deslinde – de petición de herencia – de nulidad, resolución y revocación – Acciones petitorias y posesorias: utilización de las acciones posesorias.- Acciones transmisibles e intransmisibles.- Acciones perpetuas y temporales.- Concurso de acciones.-

³⁰ Este punto del programa se transcribe integralmente por contener la enseñanza de las acciones reales (petitorias) y posesorias, punto que interesa a los Derechos Reales.-

Se ha podido detectar que en el Programa de Derecho Civil Libro I, perteneciente a la cátedra de Angel D.Rojas (Profesor titular) y Juan A.Figueroa (Profesor Suplente Adjunto), Edición Oficial Curso de 1910, Valerio Abeledo, Editor, Librería jurídica, 1910, se encuentra plasmado en él la división moderna de los derechos: “Bolilla V.- Derechos personales.- Derechos Reales.- División de los derechos personales.- Derechos personales en la relación civil y en las relaciones de familia.- Subdivisión de esta última clase de derechos.- Derecho de familia puro y derecho de familia aplicado”.-

El plan de estudios de Molinario se caracteriza por su especificidad y detalle.- Debe ser calificado como analítico.- Las bolillas y su contenido detallan el carácter de un conocedor avezado de la materia de los Derechos Reales.-

El programa, cuya transcripción es posible gracias a la gentileza del Profesor Castro Hernandez, perteneció al curso de Derecho Civil IV dictado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata, en el año 1957³¹.- En la edición que tengo a la vista, La Plata, 1963, constan como profesores adjuntos los Doctores Guillermo L.Allende y Rómulo E.M.Vernengo.-

DERECHO CIVIL IV

(REALES)

Primera Parte

INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LOS

DERECHOS REALES

1

PRELIMINARES

- 1.- Origen de los derechos reales.-Terminología.- Objeto de los derechos reales.-
- 2.- Concepto de derecho real: concepción tradicional; concepción institucional.- La solución del Código Civil.-
- 3.- Comparación de los derechos reales con los derechos creditorios, fuera de todo marco legislativo; y el Código Civil.-
- 4.- Enumeración y clasificación de los derechos reales fuera de todo marco legislativo.-

³¹ El programa de la Universidad de la Plata que se transcribe a continuación fue presentado el 27 de diciembre de 1955.- Fue aprobado por el Decano Interventor Bartolomé A.Fiorini el día 18 de junio de 1957.-

- 5.- Controversias doctrinarias acerca de la naturaleza jurídica de: la posesión; la locación; la hipoteca; la prenda; los privilegios, y el derecho de retención; fuera de todo marco legislativo.-
- 6.- ¿Existen obligaciones reales? Controversia doctrinaria: el artículo 497 del Código Civil.-
- 7.- Ubicación de los derechos reales en la doctrina; en la didáctica; y en la legislación.-
- 8.- Metodología didáctica y legislativa.-

II

Régimen legal de los Derechos Reales

- 1.- Naturaleza jurídica de las normas que rigen los derechos reales en el Derecho Positivo Argentino.-
- 2.- Caracteres de los derechos reales en el Código Civil Argentino.-
- 3.- La libertad individual y la creación de los derechos reales.-
- 4.- Enumeración de los derechos reales admitidos por el Derecho Positivo Argentino; examen de los artículos 2503 y 2614 del Código Civil.-
- 5.- La constitución de los derechos reales.-
- 6.- Principios generales que reglan la adquisición, transferencia, extinción y convalidación de los derechos reales.-
- 7.- Clasificación de los derechos reales en el Derecho Positivo Argentino.-
- 8.- Los elementos de los derechos reales; valoración crítica de la nota a la leyenda del Libro III del Código Civil.-
- 9.- Acciones reales. Concepto de acción real.- Enumeración y examen de cada una de las acciones reales.- Acciones de carácter controvertido.-
- 10.- Enumeración y somero examen de los derechos reales existente en el Derecho Patrio suprimidos por el Código Civil Argentino.-
- 11.- Controversia sobre los efectos jurídicos de los derechos reales constituídos con anterioridad al 1º de Enero de 1871 y abolidos por el Código Civil.-

Segunda Parte

POSESION

III

De la posesión en general

- 1.- Enumeración y examen de las distintas relaciones que pueden existir entre una persona y una cosa: simple yuxtaposición; tenencia; posesión; y dominio.-

- 2.- Terminología en materia de relaciones posesorias.- Concepto de posesión en el Código Civil Argentino.-
- 3.- Las funciones de la posesión en la vida jurídica.- Valoración crítica de la concepción negativista de Fernando Legón.-
- 4.- Los elementos de la posesión en la doctrina y en el Código Civil.-
- 5.- Posesión y tenencia; y posesión y dominio en el Código Civil.-
- 6.- Fundamento de la posesión.-
- 7.- Naturaleza de la posesión.- Examen de la cuestión en el campo doctrinario: las tesis de Merlin; Savigny; Ihering, Molitor y Windscheid.- Examen de la controversia con relación al Código Civil Argentino.- Jurisprudencia.-
- 8.- Divisiones de la posesión: clasificaciones antiguas y modernas.-
- 9.- Posesión legítima e ilegítima: criterio diferencial; distintos casos de posesión ilegítima.- Concepto de título³² legítimo.- Presunción de legitimidad.-
- 10.- Subclasificación de la posesión ilegítima: concepto de título putativo.- La presunción de buena fe.- Determinación de la existencia de buena fe en los supuestos de: Coposesión; posesión de corporaciones y sociedades; posesión ejercida por representación; y sucesión por causa de muerte.- Cesación de la buena fe.-
- 11.- La posesión viciosa como especie de la posesión de mala fe.- Los vicios en la posesión de muebles e inmuebles.-
- 12.- Objeto de la posesión.- La cuestión en la doctrina y en el Código Civil.- Cosas susceptibles de posesión- Cosas fuera del comercio.- Cosas indeterminadas.- Cosas futuras.-
- 13.- Extensión de la posesión.- Exclusividad de la posesión.-

IV

Adquisición de la Posesión

- 1.- La adquisición de la posesión en general; la adquisición de la posesión por actos entre vivos, y en las sucesiones por causa de muerte.-
- 2.- Clasificación de los distintos modos de la adquisición de la posesión por actos entre vivos.-
- 3.- Adquisición unilateral; concepto; aprehensión u ocupación; desposesión.-
- 4.- Adquisición bilateral.- Tradición; concepto; importancia; naturaleza jurídica.-

³² Consta “título” legítimo.- Evidentemente, se refiere al caso de título legítimo.-

- 5.- Requisitos de la tradición.-
- 6.- Normas jurídicas que reglan la tradición de inmuebles.-
- 7.- Normas jurídicas que reglan la tradición de muebles.- La tradición en el orden mercantil.- La tradición de títulos y créditos.- La tradición de cosas no individualizadas y de cosas futuras.-
- 8.- La tradición "brevi manu"; concepto; extensión; y aplicación.- Supuestos admitidos por el Código.-
- 9.- Constituto posesorio.- Concepto.- ¿Existe esta figura jurídica en el Código Civil?; valoración crítica de las distintas tesis expuestas sobre el particular; jurisprudencia.-
- 10.- La adquisición de la posesión por representantes; distinción a establecer.-
- 11.- Adquisición por intermedio de un representante voluntario: requisitos.- Momento de la adquisición.- Los supuestos de gestión de negocios o falta de poderes en el mandatario.-
- 12.- Adquisición por intermedio de un representante legal.-
- 13.- Incapacidad de representante o del representado y su influencia sobre la tradición.-

V

Conservación de la posesión

- 1.- Las concepciones de Savigny y de Ihering en materia de conservación de la posesión.-
- 2.- Principios fundamentales que gobiernan la conservación de la posesión en el Código Civil.-
- 3.- La conservación de la posesión por intermedio del representante.-

Transferencia de la posesión

- 4.- ¿La posesión es transmisible?
- 5.- Normas legales que rigen la transmisibilidad de la posesión.-
- 6.- Adquisición de posesiones.- Normas que rigen respecto del sucesor universal y del sucesor singular.-

Pérdida de la posesión

- 7.- Las distintas causas de pérdida de la posesión.-
- 8.- Pérdida "corpore"; concepto; distintos casos; extinción de la cosa poseída; imposibilidad de ejercer actos posesorios; desposesión.-

9.- Pérdida "ánimo"; concepto; distintos casos; desposesión; tradición "brevi manu" y constituto posesorio.- ¿La muerte ocasiona la pérdida de la posesión por falta de "ánimo"?

10.- Pérdida "corpore et ánimo": concepto; casos; tradición; abandono.-

11.- Consecuencias jurídicas de la pérdida de la posesión.-

12.- Pérdida de la posesión por intermedio de representante.- Condiciones que debe reunir el acto del representante que traiga aparejada la pérdida de la posesión en el representado y su adquisición por el representante.-

VI

Efectos de la posesión

1.- Controversias sobre los efectos de la posesión.-

2.- Noción y enumeración de los efectos de la posesión.-

3.- Obligaciones inherentes a la posesión.- Obligación de exhibir la cosa mueble.- Obligaciones derivadas de las relaciones de vecindad para los poseedores de inmuebles.- Obligaciones de los titulares de cosas inmuebles sujetas: a servidumbres pasivas; a servidumbres personales; a hipotecas.- Obligación de pagar impuestos y tasas.- Concepto de "obligación inherentes al fundo".-

4.- Derechos inherentes a la posesión: concepto y enumeración.-

5.- Derechos y obligaciones en orden a: la adquisición de frutos y productos; a la indemnización por gastos y mejoras; a la responsabilidad por destrucción o deterioro de la cosa; a la obtención del precio pagado por la cosa; y al precio recibido por la venta de la cosa; según sea el poseedor de buena fe, de mala fe; o vicioso.-

6.- La protección posesoria como efecto de la posesión.-

7.- La adquisición del dominio de cosas muebles como efecto de la posesión.- El principio legal.- Historia.- Fundamento.- Requisitos.- Naturaleza jurídica.- Efectos.- La situación de los semovientes; dualidad de legislación; tentativas de solución.- La situación de los locomóviles.- Régimen legal de las cosas muebles robadas o perdidas.-

8.- La prescripción adquisitiva como efecto de la posesión.-

VII

Protección posesoria

1.- Concepto de protección posesoria.- La protección extrajudicial.- La protección judicial: interdictos; acciones posesorias; acción de despojo.-

- 2.- La protección posesoria en el Derecho Romano.-
- 3.- La contribución del Derecho Canónico.-
- 4.- Transformaciones experimentales por la protección posesorias en el Derecho Italiano durante los siglos XIII a XV.-
- 5.- La protección posesoria en el Derecho Francés hasta la sanción del Código Napoleón.- El sistema del Código Civil Francés.-
- 6.- La protección posesoria en el Derecho Castellano y en el Derecho Patrio.-
- 7.- Las tendencias actuales en materia de protección posesoria.-
- 8.- Fundamento de la protección posesoria.- Clasificación de las diversas doctrinas expuestas sobre el particular.-
- 9.- Valoración crítica de las principales doctrinas relativas.-
- 10.- Valoración crítica de las principales teorías absolutas.-
- 11.- Criterio dominante en las legislaciones positivas en materia de fundamento de la protección posesoria.-
- 12.- La fundación de la protección posesoria en el Código Civil Argentino.-

VIII

Protección posesoria

(Continuación)

- 1.- ¿Es adecuada la denominación de "acciones posesorias" del título III del libro II del Código Civil?
- 2.- Fuentes de las disposiciones del Código Civil en materia de protección posesoria.-
- 3.- Caracteres generales del régimen de la protección posesoria en el Código Civil.-
- 4.- La distinción entre petitorio y posesorio.-
- 5.- Amplitud de la protección posesoria frente al despojo.-
- 6.- La defensa extrajudicial.-
- 7.- Dualidad de legislación: medios acordados por el Código Civil; y defensa organizada por los Códigos de Procedimientos; relación es entre ambas; valoración crítica de las distintas interpretaciones: jurisprudencia.-

La defensa Extrajudicial como Protección Posesoria

- 8.- La prohibición de turbar la posesión.-
- 9.- La "turbación arbitraria".- Aceptación de la palabra turbación.- Distintas interpretaciones; Jurisprudencia.-

10.- La defensa extrajudicial; distintos aspectos; fundamento; caracteres; requisitos.-

IX

Protección posesoria

(Continuación)

Reglas comunes a todas las acciones posesorias

- 1.- Enumeración de las acciones posesorias y concepto de cada una de ellas.-
- 2.- Personas a quienes se conceden.- La situación del condómino; de los concesionarios administrativos; y de los titulares de servidumbres activas.-
- 3.- Contra quiénes se acuerdan las acciones posesorias.-
- 4.- Objeto de las acciones posesorias; cosas protegidas.- La situación de los muebles.-
- 5.- Naturaleza jurídica de las acciones posesorias; jurisprudencia.-
- 6.- Enumeración de los requisitos de las acciones posesorias.-
- 7.- La anualidad como requisito de las acciones posesorias.- Origen.- Fundamento.- Cómputo.- Excepción a la anualidad.-
- 8.- Carencia de vicios.- Relatividad de este requisito.- Concepto de posesión quieta y pacífica.- Concepto de posesión pública.-
- 9.- Continuidad de la posesión; examen de la nota al artículo 2481 del Código Civil.-
- 10.- Falta de interrupción.-
- 11.- ¿Debe exigirse el carácter de inequívoca a la posesión?
- 12.- Examen de las normas procesales contenidas en el Código Civil en materia de acciones posesorias: medios probatorios; interpretación de prueba dudosa.-

X

Protección posesoria

(Continuación)

Examen de las Distintas Acciones Posesorias

- 1.- Acción de manutención.- Finalidad.- A quién se concede.- Contra quién se concede.- Concepto de turbación.- Los actos emanados de la autoridad judicial; los provenientes de la autoridad administrativa; jurisprudencia.- La prohibición de innovar; jurisprudencia.-
- 2.- Acción de manutención en el caso de obra nueva.- Finalidad.- Requisitos.- Los actos de la autoridad administrativa; jurisprudencia.-

3.- Acción posesoria de recobrar.- Finalidad.- Concepto de acto de desposesión.- ¿Esta acción es distinta de la de despojo?; exposición y valoración de las distintas doctrinas; jurisprudencia.- Requisitos de la acción posesoria de recobrar.- A quién se concede y contra quién.-

4.- Acción posesoria de recobrar en caso especial de obra nueva.- Finalidad.- Requisitos.-

Interdictos Posesorios

5.- Los Códigos de Procedimientos y la protección posesoria.- Concepto de posesión actual.- Enumeración de los interdictos legislados en el Código de Procedimientos Civiles de la Capital Federal.- El interdicto de retener.- El interdicto de recobrar.- El interdicto de adquirir.-

Acción de despojo

6.- La acción de despojo concebida como acción distinta de la posesoria de recobrar.- Finalidad.- Fundamento.- Origen histórico.- Las fuentes del Código en materia de acción de despojo.-

7.- Concepto de despojo.-

8.- A quién se concede y contra quiénes se acuerda.-

9.- Extremos que deben ser probados.-

10.- Procedimiento.- Alcance de la sentencia.- Prescripción.-

XI

Cuasi Posesión

1.- Concepto de cuasi posesión.-

2.- Origen de la cuasi posesión.-

3.- Fundamento de la cuasi posesión.-

4.- Naturaleza jurídica de la cuasi posesión.

5.- Objeto de la cuasi posesión.-

6.- ¿Pueden coexistir posesión y cuasi posesión?

7.- Normas jurídicas que rigen la cuasi posesión.-

8.- La protección de la cuasi posesión.-

Tenencia

9.- Concepto.- Terminología.- Clasificación.-

10.- Tenencia absoluta.- Concepto.- Casos.-

11.- Tenencia relativa.- Concepto.- Casos.-

12.- Adquisición, conservación, transferencia y pérdida de la tenencia.-

13.- Efectos jurídicos de la tenencia.- Derechos del detentador.- Obligaciones del detentador.- La tenencia y la prescripción adquisitiva.-

14.- La protección de la tenencia.-

Tercera Parte

DOMINIO

XII

Conceptos Preliminares

1.- Concepto de propiedad considerado fuera de todo marco legislativo.-

2.- Diversas formas de la propiedad.- Evolución y últimas transformaciones de cada una de ellas.- Tendencias actuales.-

3.- Fundamento de la propiedad individual.-

La Propiedad en el Derecho Positivo Argentino

4.- Definición del Código Civil.- Análisis de la misma.- Propiedad y dominio.- Aceptación constitucional del vocablo propiedad.-

5.- Diversas clases de propiedad.-

6.- Propiedad y dominio del Estado.-

7.- Caracteres del Derecho de propiedad.- Enumeración; distinción a establecerse.- Examen del carácter esencial.- Examen de cada uno de los caracteres naturales.-

8.- Contenido jurídico del dominio.- Enumeración y examen de las distintas facultades que comporta.- Enumeración de las restricciones y limitaciones.-

9.- Extensión del dominio.- La extensión del dominio sobre bienes inmuebles; espacio aéreo y subsuelo; accesorios; frutos y productos.- La extensión del dominio sobre muebles; accesorios; frutos; productos.-

XIII

Garantías del Dominio

1.- Garantías acordadas a la propiedad de los particulares en sus relaciones de éstos con el Estado.- Garantías acordadas a la propiedad de los particulares en sus relaciones con otros particulares.-

Expropiación

2.- Concepto.- Fundamento.- Naturaleza jurídica.-

3.- Normas que rigen la expropiación (Constitución Nacional; Código Civil; Ley 13.264; y leyes locales).-

4.- Requisitos, enumeración, y examen de cada uno de ellos.

5.- Elementos de la expropiación: el expropiador.- El expropiado.- Objeto de la expropiación; ampliación; expropiación por capas horizontales.- Expropiación a terceros.-

6.- Procedimiento de la expropiación.- Expropiación extrajudicial.- Principios fundamentales que rigen el juicio de expropiación.-

7.- Efectos jurídicos de la expropiación.- Relaciones entre las partes.- Relaciones con los terceros.- Derecho de retroversión.-

8.- Casos anómalos de expropiación; supuesto de "necesidad imperiosa"; expropiación irregular; derecho de línea; destrucción ordenada por la Autoridad por razones de higiene y seguridad; medianería.-

9.- Restricciones que no importan expropiación.-

Dominio Imperfecto

10.- Concepto de dominio imperfecto.- Diversos casos.-

11.- Dominio fiduciario.- Concepto.- Condiciones.- Derechos y obligaciones del titular.- Dominio fiduciario y retroactividad.- Dominio fiduciario y bienes reservados; jurisprudencia.-

12.- Dominio revocable.- Concepto.- Casos de revocación.- Forma cómo se opera la revocación.- Efectos de la revocación.- Normas generales; supuesto de retroactividad; supuesto de irretroactividad; régimen de los frutos.-

13.- Dominio desmembrado.- Concepto.- Orientación legislativa.- Relaciones entre el dominio directo y el dominio útil.-

XIV

Adquisición del Dominio

1.- Modos de adquirir el dominio.- Concepto.- Enumeración legal.- Hipótesis omitidas.- Clasificación.-

2.- Distinción entre modo y título.-

De la apropiación

3.- Concepto de apropiación.- Terminología.- Requisitos.- Cosas a las cuales se aplica.- Cosas a las cuales no se aplica.- Distintas formas de apropiación.-

4.- Caza.- Concepto.- Disposiciones legales que la rigen.- Condiciones.- Animales a los cuales se aplica.- Lugares donde puede cazarse.-

5.- Pesca.- Concepto.- Disposiciones legales que la rigen.- Condiciones.- Lugares donde puede pescarse.-

6.- Tesoro.- Definición.- Condiciones.- ¿Pueden buscarse tesoros en predio ajeno? Descubrimiento del tesoro por el propietario.- Descubrimiento del tesoro por persona distinta a la del propietario.- Descubrimiento del tesoro por un copropietario; por el tenedor; por un poseedor de buena fe; por un poseedor de mala fe; por el cónyuge.- Personas reputadas descubridoras.- La reivindicación del tesoro por el propietario.- El tesoro y los derechos de los acreedores hipotecarios y anticresista.-

7.- Hallazgo de cosas perdidas.- Principios generales.- Obligaciones y derechos del hallador.- Procedimiento normal.- Procedimiento a seguirse en caso de tratarse de cosas corruptibles o de conservación dispendiosa.- Sanciones legales.-

8.- Régimen legal de la propiedad enemiga en tiempo de guerra.- Nociones generales.- Sistemas del Código Civil.-

De la especificación o transformación

9.- Concepto de especificación.- Análisis de los elementos constitutivos.- Naturaleza jurídica.- Importancia actual de esta figura jurídica.-

10.- Propiedad de la nueva especie.- Fundamento de las distinciones establecidas por el Código Civil.-

11.- Imposibilidad de reducir la cosa a su forma anterior; transformador de buena y de mala fe.- Derechos del dueño de la materia transformada.- Derecho de opción por la propiedad de la nueva cosa.-

12.- Posibilidad de reducir la cosa a su forma anterior.- Transformador de buena fe.- Opción acordada al dueño de la materia.- Principios aplicables al transformador de mala fe.-

XV

Adquisición del Dominio

(Continuación)

De la Accesión

1.- Concepto de accesión.- Casos admitidos y excluidos por el Código Civil.- Casos que deben distinguirse según la naturaleza de las cosas a las cuales se aplica.- Concepto de adherencia.- Supuestos a examinar.-

2.- Aluvión.- Concepto.- Diversos casos.- Propiedad del aluvión; fundamento del derecho acordado a los ribereños; cómo se opera la adquisición; prueba de la formación del aluvión.- Enumeración y examen de cada una de las condiciones

necesarias para la adquisición del aluvi6n.- Aluvi6n formado a lo largo de varias heredades.-

3.- Avuls6n.- Concepto.- Distintos casos.- Propiedad de las cosas nevadas por las aguas.- Derechos del due1o.- Derechos del ribere1o.- R6gimen de las cosas aportadas por la avuls6n no susceptibles de adherencia natural.-

4.- Emigraci6n de animales.- Concepto.- Animales a los cuales se aplica.- Condiciones.- Atracci6n por artificio.-

5.- Edificaci6n, siembra o plantaci6n: conceptos generales.- Distinciones.-

6.- Edificaci6n, siembra o plantaci6n en terreno propio con materiales, semillas o plantas ajenas.- Principios fundamentales; distinciones a establecerse; r6gimen legal.-

7.- Edificaci6n, siembra o plantaci6n en terreno ajeno con materiales, semillas o plantas propias.- Principios fundamentales.- Distinciones a establecerse.- R6gimen legal.-

8.- Adjunci6n, mezcla y confusi6n.- Nociones generales.-

9.- Adjunci6n, concepto.- Condiciones.- Efectos.-

10.- Mezcla y confusi6n.- Concepto.- Condiciones.- Efectos.-

De la Tradici6n

11.- Concepto de tradici6n traslativa de dominio.- Historia de la transmisi6n de la propiedad.- Legislaci6n comparada.-

12.- Sistema adoptado por la legislaci6n argentina.- Los registros locales.- Valoraci6n cr6tica del sistema.-

13.- Extensi6n y campo de aplicaci6n de la tradici6n.-

14.- Condiciones de la tradici6n: enumeraci6n y examen de cada una de ellas.

15.- Efectos de la tradici6n.-

XVI

Adquisici6n del Dominio

(Continuaci6n)

De la Percepci6n de los Frutos

1.- Concepto.- Caso en que se aplica esta forma de adquisici6n.- R6gimen legal.-

De la Sucesi6n en los Derechos del Propietario

2.- La transmisi6n de los derechos reales por causa de muerte.- Transmisi6n a t6tulo universal: ¿caben distintos supuestos? Principios fundamentales del r6gimen legal; la posesi6n hereditaria y la transmisi6n de la propiedad.-

Transmisión a título particular: régimen legal de la transmisión de la propiedad en el legado de cosa cierta y determinada y en los otros supuestos.-

De la Prescripción Adquisitiva

3.- Concepto de prescripción adquisitiva.- Terminología.- Fundamento.- Naturaleza jurídica.- Utilidad.- Caracteres.- Normas legales aplicables.-

4.- Quienes pueden prescribir y contra quiénes.- Principio general.- Prescripción a favor y en contra del Estado.- Prescripción a favor y en contra de la Iglesia y de las personas jurídicas de existencia posible.-

5.- Cosas y derechos susceptibles de prescripción.- Imprescriptibilidad de las cosas del dominio público del Estado; cesación de la afectación; los terrenos de islas.-

6.- Diversas clases de prescripción adquisitiva.-

7.- Enumeración de los requisitos de la prescripción breve.- Enumeración de los requisitos de la prescripción larga.-

8.- La posesión como requisito común a las distintas especies de prescripción adquisitiva.- Enumeración y examen de cada uno de los caracteres que debe reunir.- Prueba de la posesión y de sus caracteres; régimen.- Adhesión de posesiones.-

9.- El transcurso del tiempo como requisito común a las distintas especies de prescripción adquisitiva.- Modo de computación de los plazos.- Iniciación de la prescripción: principio; derechos condicionales o a plazo; derechos eventuales; cosas poseídas por fuerza o violencia.- Suspensión de la prescripción: concepto; causas de suspensión; quiénes pueden invocar la suspensión y contra quiénes.- Interrupción de la prescripción: concepto; distintas especies; régimen de la interrupción natural; régimen de la interrupción civil; quienes pueden invocar la interrupción y contra quienes; efectos de la interrupción.-

10.- La prescripción breve.- Antecedentes.- Utilidad práctica.- Objeto.- Requisitos propios: enumeración y examen de cada uno de ellos.- La distinción entre presentes y ausentes.- El justo título: origen; concepto; cumplimiento de las formas; condiciones del enajenante; causa que excluye el justo título.- La buena fe: concepto; presunciones; examen del artículo 4013.-

11.- La prescripción larga.- Antecedentes.- Utilidad práctica.- Objeto.- Prueba: realización de los actos posesorios.- El procedimiento informativo; 14.159 (arts.

24 25); valor de los títulos obtenidos por dicho procedimiento.- Saneamiento de los títulos obtenidos.-

12.- La prescripción de cosas mueble.- Campo de aplicación; influencia del artículo 2412 del Código Civil.- Controversia existente respecto del plazo.- Exposición de las distinta tesis y valoración de sus argumentaciones respectivas.- Examen del artículo 477 del Código de Comercio.-

13.- Renuncia de la prescripción; régimen legal; derecho de los acreedores y otros interesados.-

14.- Efectos de prescripción.-

XVII

Extinción del Dominio

1.- Causales de extinción del dominio; clasificación.- Causales de extinción absoluta.- Causales de extinción relativa.-

Restricciones y Límites del Dominio

2.- Concepto.- Clasificaciones.- Naturaleza jurídica.- Diferencia existentes con las servidumbres.-

3.- Restricciones fundadas en consideraciones de interés público; generalidades.- Clasificación.-

4.- Restricciones establecidas por el Derecho Administrativo; examen del artículo 2611 del Código Civil; ¿son constitucionales?; régimen legal; extensión de la jurisdicción administrativa; la reparación de los daños y perjuicios.-

5.- Restricción a la libre disposición jurídica de la propiedad.- Concepto.- Enumeración.- Inalienabilidad excepcional de la propiedad; actos a títulos onerosos; actos a título gratuito.- Prohibición respecto de personas determinadas; prohibición por plazos determinado.- La disposición por causa de muerte y sistema legitimario.- Estudio del artículo 2614 del Código Civil.-

6.- Obligación de dejar una calle o camino público al margen de los ríos o canales navegables.- Concepto.- Antecedentes históricos.- Fundamento.- Naturaleza jurídica.- Casos de aplicación.- ¿Desde dónde se cuenta el ancho de la calle? Modificaciones en el curso del río.- ¿Es menester que la calle o camino público haya sido establecido por la autoridad administrativa? Derechos del titular del fundo ribereño.- Facultades del Estado.-

7.- Restricciones interés recíproco de los vecinos.- Concepto.- Fundamento.- Clasificación.-

8.- Obras, trabajo o instalaciones que pueden perjudicar al vecino.- Concepto.- Prohibición de hacer excavaciones o pozos; casos.- Pozos, establos, artefactos u otras instalaciones análogas inmediatas a paredes medianeras o divisorias; casos; distancia.- Depósitos de aguas estancadas, gases fétidos o humo excesivo; casos.- Responsabilidad por ruidos y otros inconvenientes derivados de los establecimientos industriales; derecho a la indemnización; elementos de la indemnización; extensión de las facultades judiciales.- Responsabilidad por falta de conservación de los edificios debidos.- Sanciones en los supuestos de violación de las restricciones aludidas en este apartado.-

9.- Utilización de las paredes divisorias o medianeras.- Concepto.- Fundamento.- Derecho de reconstruir las paredes medianeras o divisorias.- Colocación de andamios u otros servicios provisionales.- Los daños y perjuicios acarreados por la construcción.- La situación del locatario.-

10.- Prohibición de Plantaciones de árboles y arbustos.- Noción.- Fundamento.- Distancia.- Fundamento.- Distancias; origen de las plantaciones.- Sanciones.- Ramas o raíces que se extienden al 1º de enero de 1871.- Aguas pluviales.- Aguas de pozos o servidas.-

12.- Aguas que descienden naturalmente de los fundos superiores a los inferiores.- Obligación de recibirlas impuestas al dueño del terreno inferior.-

13.- Luces y vistas.- Noción.- Fundamento.- Régimen de las ventanas o troneras en pared medianera.- Régimen de la pared divisoria.- Luces; concepto; condiciones; naturaleza jurídica; derechos del vecino.- Vistas; distintas clases; distancia; computación.- El ejercicio del derecho de pedir la clausura de luces o ventanas.-

XVIII

Régimen de las Aguas

1.- El agua en el orden jurídico.- Importancia.- El Derecho Público y el régimen de las aguas.-

2.- Dualidad de legislación.- Ubicación de las disposiciones relativas al agua en el Código Civil.- Clasificación de las aguas.-

3.- Aguas pluviales.- Concepto.- Naturaleza jurídica.- Aguas pluviales caídas en fundo privado.- Derechos del dueño del fundo.- Aguas caídas en lugares públicos.- ¿Puede el Estado concederlas? Libre apropiación.-

4.- Aguas vertientes.- Derechos del titular del fundo.- Prohibición de afectarlas a un uso que pueda causar perjuicio a los fundos sujetos a recibir las.- Aguas vertientes que atraviesan varios fundos.- ¿Cuándo pueden ser expropiadas? Aguas termales o medicinales.-

5.- Aguas corrientes.- Concepto.- Intervención Estatal.- Derechos de los particulares.- Inexistencia de preferencias para los ribereños.- Prohibición de un uso perjudicial para la navegación.- Prohibición de alterar el curso de las aguas.- Obras de defensa; derecho a realizarlas; cargo de las mismas.- Represas y diques; régimen legal.-

6.- Aguas durmientes.- Concepto.- Especies.- Distintas clases de lago; regímenes jurídicos diversos.-

7.- Aguas subterráneas.- Distintos casos; normas aplicables.-

8.- Nociones sobre aprovechamiento de las aguas públicas.- Usos comunes y especiales.- El "permiso".- La "concesión".- Usucapión.- Administración del regadío; sociedades de explotación.-

XIX

Propiedades Sometidas a Regímenes Especiales

1.- Noción común a todas las propiedades sometidas a regímenes especiales.-

Bien de Familia

2.- Concepto.- Origen.- Legislación comparada.- Fundamento.- Naturaleza Jurídica.-

3.- La Ley Costa: resultado de la misma.-

4.- Ley 14.394.- Constitución del bien de familia.- Efectos jurídicos.- Desafectación.-

Valoración crítica.-

Sepulcros

5.- Concepto.- Distintas especies.- Naturaleza Jurídica.-

6.- Derechos v obligaciones del titular.- Posición de los acreedores del titular respecto del sepulcro.-

7.- ¿Puede adquirirse por usucapión? Controversia doctrinaria.- Jurisprudencia.-

Propiedad Intelectual

8.- Concepto.- Importancia.- Naturaleza Jurídica.-

9.- ¿Constituye una rama autónoma?

- 10.- Antecedentes históricos.- Evolución experimentada en el Derecho Positivo Argentino.- La Ley 11.723.-
- 11.- Obras comprendidas.- Facultades del titular.- Transmisión de derechos.- Duración.-
- 12.- Registro.- Protección legal.-
- 13.- Derecho de los autores extranjeros.-
- 14.-Concepto de regalía.- Naturaleza Jurídica.- La regalía en la explotación económica de los derechos intelectuales.-

Propiedad Industrial y Comercial

- 15.- ¿Son variantes del dominio o constituyen figuras jurídicas especiales? Autonomía de las disposiciones normativas que las regulan.-
- 16.- Ligeras menciones sobre: propiedad industrial; propiedad comercial; marcas de comercio; nombres y designaciones comerciales; y fondo de comercio.-
- 17.- La regalía y la explotación de la propiedad industrial y comercial.-
- 18.- La propiedad y la energía eléctrica.- La propiedad y la radiodifusión.- La propiedad y la radiotelevisión.-

CUARTA PARTE

CONDOMINIO

XX

Preliminares

- 1.- Noción de condominio fuera de todo marco legislativo.- Concepciones romanas y germánicas de esta institución.- La solución adoptada por el Código Civil Argentino; valoración crítica de la misma.-
- 2.- Concepto de condominio en el Código Civil Argentino.- Caracteres.- Paralelo con: la comunidad de bienes inmateriales; la indivisión hereditaria; crédito mancomunado; y la sociedad.-
- 3.- Naturaleza jurídica.- Diversas clases.-
- 4.- Constitución y régimen del condominio.-
- 5.- Protección del condominio.- Acciones posesorias.- Acciones petitorias.-

Condominio Normal o sin Indivisión Forzosa

- 6.- Concepto.- Fuentes.-
- 7.- Facultades de los condóminos.- Noción.- División.-

- 8.- Facultades de los condóminos sobre la cuota parte indivisa en orden a la enajenación; constitución de hipoteca; y constitución de servidumbres personales y reales.-
- 9.- Facultades de los condóminos sobre la cosa común: condiciones y limitaciones en el uso y goce; normas que rigen la realización de actos de disposición o innovación material: ídem de disposición jurídica; ídem de administración.-
- 10.- Obligaciones y responsabilidades de los condóminos.- Noción.- División.-
- 11.- Gastos de conservación y reparación de la cosa común; derecho del abandono; sanción.- Deudas contraídas en provecho de la comunidad; obligación personal contraída por un solo condómino; Idem contraída por todos; obligación garantizada con un derecho real; insolvencia.-
- 12.- Responsabilidad por la percepción de frutos y los daños causados a la cosa en común.-
- 13.- Presunciones sobre el monto de la cuota parte indivisa en caso de duda.-
- 14.- Los terceros y la cuota parte indivisa.-

XXI

Condominio Normal o sin Indivisión Forzosa

(Continuación)

Administración

- 1.- Diversas formas de explotación de la cosa común.- Explotación por administración.- Explotación por arrendamiento; derecho de preferencia.-
- 2.- Régimen de la administración; extensión de la misma; quórum; determinación de la mayoría; empate.-
- 3.- Designación de un administrador.- Naturaleza jurídica de sus funciones.- Obligaciones y derechos del administrador.- Remoción.-
- 4.- Régimen de la administración de facto ejercida por un condómino.-
- 5.- Participación en las utilidades y pérdidas; determinación de las proporciones.-

Conclusión del Condominio

- 6.- Cesación del condominio por extinción absoluta o relativa del dominio sobre la cosa común.-
- 7.- Modos propios de extinción del condominio: abandono; partición; licitación; adquisición por un condómino de las cuotas partes indivisas pertenecientes a los otros.-

- 8.- Partición.- Diversas acepciones del vocablo.- Concepto de partición como acto extintivo del condominio.- Naturaleza jurídica.- Forma.- Normas aplicables.-
- 9.- Derecho de solicitar la partición.- Fundamento.- Carácter.- Oportunidad.-
- 10.- Acción de partición.- Naturaleza jurídica; importancia práctica de su determinación.- Quiénes pueden ejercerla.- Contra quiénes.- Condiciones para su ejercicio.- Prescripción.-
- 11.- La renuncia indefinida al derecho de pedir la partición.- Suspensión de la partición.- Renovación del convenio de suspensión; modificaciones introducidas por la Ley 14.394.- Indivisión impuesta por el donante o el testador; jurisprudencia; modificaciones introducidas por la Ley 14.394.-
- 12.- Modo de realizar la partición: judicial; extrajudicial y mixta.- Partición directa.- Partición con saldo.- Partición provisoria y definitiva.- Partición completa y parcial.-
- 13.- Designación del partidor.- Naturaleza jurídica de sus funciones.- Reglas que rigen la partición judicial.- Gastos de la partición.-
- 14.- Nulidad de la partición.- Resolución de la partición.-
- 15.- Efectos de la partición.- La partición como atributiva o declarativa de dominio; concepto y fundamento de cada una de las posibles soluciones legislativas; examen de los artículos 2695 y 3503 del Código Civil.- ¿Desde cuándo produce efectos la partición? Garantías; alcance de las mismas; fundamento; régimen legal; prescripción.-
- 16.- Licitación.- Concepto.- Fundamento.- Naturaleza jurídica.- Efectos.-.
- 17.- Actos de enajenación que traen como consecuencia la adjudicación de todas las cuotas partes indivisas a un condómino; naturaleza jurídica; efectos.-

XXII

Condominio con Indivisión Forzosa

- 1.- Concepto de indivisión forzosa.- Naturaleza jurídica.- Caracteres.- Fuentes de la indivisión forzosa.- Disposiciones contenidas en la Ley 14.394.-
- 2.- Derechos y obligaciones de los condóminos en el condómino como indivisión forzosa.- La administración de la cosa sometida a la indivisión forzosa.- ¿Puede realizarse partición provisoria?

Condominio de Accesorios de dos o más Heredades

- 3.- Concepto.- Fundamento.- Naturaleza jurídica.-

4.- Derechos de los copropietarios: acto jurídico de disposición; uso y goce de la cosa en común; ¿puede utilizarse la cosa en común para las necesidades de otras cosas linderas?

5.- Obligaciones de los copropietarios; gastos de conservación y reparación; ¿existe la facultad de abandonar?

Condominio de Muros, Cercos y Fosos

6.- Nociones.- Antecedentes históricos.- Naturaleza jurídica.-

7.- Derecho de asentar la mitad de la pared divisoria sobre el terreno lindero.- Fundamento.- Naturaleza jurídica.- Condiciones de la pared.- Propiedad de la pared.- Obligación de adquirir en caso de servirse de la pared; controversia; jurisprudencia.-

8.- Obligación de encerramiento en las ciudades.- Nociones generales.- Naturaleza jurídica.- Fundamento.- Carácter.- Condiciones de la obligación de encerramiento.- Condiciones que deben revestir los muros; las Ordenanzas Municipales y el Código Civil.- Facultad de abandono.- Derecho al reembolso.- Normas aplicables a la adquisición de la medianería.-

9.- Medianería de muros o paredes en las ciudades.- Nociones generales.- Concepto y condiciones del muro medianero.- Medianería total o parcial.- Presunciones y prueba de la medianería; presunciones legales y carácter de las mismas; prueba de la medianería cuando no juegan las presunciones legales; prescripción adquisitiva en materia de medianería.-

10.- Obligaciones y cargas de la medianería en las ciudades.- Gastos de reparación y reconstrucción por desgaste natural.- Idem por causa imputable a uno de los vecinos.- Facultad de abandono.- Efectos del abandono.-

11.- Derecho de los medianeros.- Alcance de los mismos.- Derecho de arrimar construcciones, colocar tirantes y abrir armarios o nichos.- Derechos de sobreelevar la pared o muro medianero; caracteres y extensión; supuesto en que la pared medianera no puede soportar la altura que se le quiere dar; condición jurídica del inmueble reconstruido; facultad de adquirir la medianería en la parte sobreelevada; el aumento de los cimientos.- Limitaciones al derecho de los medianeros.-

12.- Derecho de adquirir la medianería.- Concepto.- Fundamento.- Condiciones para su ejercicio.- Extensión que puede adquirirse.- Obligaciones a cargo del

adquirente.- Ejercicio del derecho con posterioridad a su abandono.- Efectos de la adquisición de la medianería.-

XXIII

Condominio con Indivisión Forzosa

(Continuación)

Condominio de Muros, Cercos y Fosos

(Continuación)

Encerramiento y Medianería en la Campaña

1.- Obligación de encerramiento.- Concepto.- Dualidad de legislación: disposiciones contenidas en los Códigos Rurales.- Distintas clases de paredes, fosos o cercos.- Aprovechamiento posterior del encerramiento por el lindero.- La situación de los adquirentes con título provisional.-

2.- Presunción de medianería; distinción; momento que debe tenerse en consideración; carácter de la presunción.- Prueba de la medianería en los casos en que no juega la presunción.- La prescripción adquisitiva.-

3.- Derechos y obligaciones de la medianería.- Derecho de adquirir la medianería; casos de muros o paredes; casos de zanjas; cercos u otros encerramientos.-

Condominio de Árboles

4.- Árboles en cercos o zanjas medianeras; árboles existentes en el extremo de dos fracciones.-

Condominio Forzoso Resultante de la Postergación de la División por ser Nociva

5.- La última parte del artículo 2715.- Sentido de la disposición legal.- Trascendencia práctica de la misma.-

Condominio Forzoso del Bien de Familia

6.- Régimen del condominio del bien de familia; disposiciones contenidas en la Ley 14.394.-

Condominio Forzoso de los Sepulcros

7.- Construcción realizada por la jurisprudencia; su fundamento legal; normas resultantes de la misma.-

El Pastaje Común y el Condominio Forzoso

8.- Nociones.- Antecedentes históricos.- Régimen posible.- El artículo 30 del Código Rural de Catamarca.- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional.-

Condominio por Confusión de Límites

- 9.- Definición y condición del condominio por confusión de límites.- Naturaleza jurídica.-
- 10.- El deslinde.- Concepto.- Especie.- El deslinde extrajudicial; condiciones; forma; efectos.- El deslinde judicial.-
- 11.- Acción de deslinde.- Naturaleza jurídica.- Diferencias con la reivindicación.-
- 12.- Procedimiento judicial.- Las disposiciones contenidas en los Códigos de procedimientos.- Personas autorizadas para promover la acción.- Contra quién se dirige.- Objeto de la acción.- El agrimensor; naturaleza jurídica de su función.- Gastos del deslinde.- Solución en caso de insuficiencia de prueba.- Efectos del deslinde.-

QUINTA PARTE

PROPIEDAD HORIZONTAL O DE PISOS O DEPARTAMENTOS

XXIV

Generalidades

- 1.- Noción de la denominada propiedad horizontal.- Antecedentes históricos.- Terminología.- Naturaleza jurídica.- Comparación con otras instituciones jurídicas que persiguen finalidades análogas.- Ventajas e inconvenientes.-

La Ley 13.512

- 2.- Noción de los proyectos legislativos presentados con anterioridad al que dio origen a la Ley 13.512.- Fuentes de la Ley 13.512.- Decretos reglamentarios.- Valoración crítica del sistema.-
- 3.- El objeto de la propiedad horizontal.- Las partes comunes.- Las partes privativas o constitutivas de las "unidades".- Partes comunes de uso privativo.-
- 4.- La Constitución de la propiedad horizontal: diversos procedimientos.- El Reglamento de Copropiedad y Administración: contenido; forma; tiempo en que debe existir; su modificación.-
- 5.- Derechos del titular de una unidad sobre: las partes comunes; las partes comunes de uso exclusivo atribuidas a su sector; su unidad.- Derechos del titular frente al consorcio y como miembros de éste.-
- 6.- Obligaciones del titular respecto del consorcio y de los otros titulares de unidades.-
- 7.- El consorcio de copropietarios.- Naturaleza jurídica.- Facultades y obligaciones del consorcio.-

- 8.- La Administración.- Designación.- Naturaleza jurídica.- Derechos y obligaciones de la Administración.- Remoción.-
- 9.- Enumeración y examen de cada una de las acciones a que da origen la propiedad horizontal a sus titulares; al consorcio; y al administrador.-
- 10.- Extinción de la propiedad horizontal; diversas causales.-
- 11.- El valor venal de cada unidad; su determinación en los distintos supuestos; examen de cada una de las soluciones en funciones de las normas constitucionales vigentes.-
- 12.- El monto del mutuo que puede ser garantizado con el derecho real de hipoteca sobre una unidad.- ¿La limitación establecida es constitucional?
- 13.- El derecho preferencial de adquisición conferido al locatario de la unidad; examen del mismo frente a las disposiciones constitucionales vigentes; examen de las normas que lo rigen.-

SEXTA PARTE

SERVIDUMBRES

XXV

Servidumbres en General

- 1.- Concepto de servidumbre.- Caracteres generales de la servidumbre.- Norma de interpretación establecida por el artículo 3011; su fundamento y su alcance.- Política seguida por el Código Civil en materia de desmembraciones del derecho de propiedad; valoración crítica de la misma.-
- 2.- Clasificación de las servidumbres.- Diferencias esenciales existentes entre las servidumbres personales y las servidumbres reales.-

Usufructo

- 3.- Concepto.- Caracteres.- Comparación con otras figuras jurídicas.- Importancia actual.-
- 4.- Constitución, modos diversos; formalidades necesarias.-
- 5.- Distintas especies.- Usufructo perfecto e imperfecto.- Usufructo universal y particular.- Usufructo puro y simple y usufructo modal.- Usufructos especiales: bosques; ganados; minas; mercaderías; derechos.- Cuasi usufructo.-
- 6.- Elementos del usufructo.- Sujeto: único y plural; capacidad del constituyente; capacidad del usufructuario; situación del propietario - fiduciario; situación del condómino.- Objeto: bienes que pueden ser objeto de una constitución de usufructo: bienes excluidos; normas subsidiarias.-

7.- Derechos del usufructuario.- Actos materiales sobre el objeto: orientación general, reglamentación legal; amplitud del uso; frutos; productos; aumentos; tesoro; mejoras.- Actos jurídicos: poderes de administración; facultades de disposición.- El abandono.- .Acciones conferidas al usufructuario: contra el nudo propietario; contra terceros.- Efectos de la sentencias pronunciadas en juicios originados por la deducción por parte del usufructuario en interés del nudo propietario de acciones petitorias; posesorias; y conservatorias; ídem de las pronunciadas a consecuencia de acciones deducidas por el nudo propietario.-

8.- Obligaciones del usufructuario; distintas especies.- Obligaciones previas a la entrada en uso y goce de los bienes: inventario.- Fianza.- Obligaciones durante el ejercicio del usufructo; su clasificación; guarda y conservación de la cosa, pago de carga y gastos; restitución.-

9.- Derecho del nudo propietario: actos materiales tendientes a la conservación o reconstrucción de la cosa; actos jurídicos; acciones emergentes del dominio; acciones posesorias; acciones emergentes de su calidad de nudo propietario.-

10.- Obligaciones del nudo propietario: entrega del objeto; no alteración de la cosa; posible responsabilidad por evicción y redhibición; régimen especial del usufructo gratuito y del cuasi usufructo.-

Derecho de Uso

11.- Concepto de uso.- Capacidad.- Objeto.- Norma que rigen.- Su constitución y efecto.- Indivisibilidad.-

12.- Derecho del usuario.- Obligaciones del usuario.-

Derecho de Habitación

13.- Concepto.- Norma aplicables.- Derecho y obligaciones del habitador.-

Posibilidad de Constituir otras Servidumbres

Personales

14.- Examen de los artículos 2972, 3000 ,3003 y 3004 del Código Civil.-

Extinción de las Servidumbres Personales

15.- De por qué se estudian los medios de extinción de las servidumbres personales en conjunto.- Medios extintivos: revocación.- Acción revocatoria deducida por los acreedores del nudo propietario; resolución, expiración del plazo; cumplimiento de la condición; consolidación; renuncia; no ejercicio; pérdida o destrucción; prescripción.- Circunstancias que no determinan la extinción.- Efectos jurídicos de la extinción.-

XXVI

Servidumbres Reales

Generalidades

1.- Sistemática del Código.- Servidumbres legalmente obligatorias.- Servidumbres reales establecidas por el Código de Minería en sus artículos 48 a 57.- Servidumbres establecidas por la ley N° 2873, de Ferrocarriles Nacionales en sus arts. 56 a 63.-

2.- Definición.- Caracteres.- Indivisibilidad.- Diferencias existentes entre las servidumbres reales y el dominio; el condominio; los derechos creditorios.- Interpretación, art. 3044 del Código Civil.-

3.- División de las servidumbres reales.- Continuas y discontinuas.- Aparentes y no aparentes.- Positivas y negativas.-

Condiciones Requeridas para la Existencia de las Servidumbres Reales

4.- Enumeración.- Ventaja real para el fundo dominante.- Exclusión de las simples obligaciones de hacer.- Situación de los predios.- Bienes en el comercio.-

Establecimiento y Adquisición de las Servidumbres Reales

5.- Enumeración de los distintos medios.- Títulos; distintas clases; formas; pruebas; quiénes pueden establecer servidumbres por título; quiénes pueden adquirir servidumbre por título; modalidades; extensión; inmuebles futuros o de adquisición ulterior; utilidad futura.- Destino del padre de familia: definición; origen histórico; naturaleza jurídica; condiciones; efectos; supuesto de servidumbres aparentes; causas que pueden dar lugar al establecimiento o renacimiento de la servidumbre.- Prescripción adquisitiva; servidumbres a las cuales se aplica; servidumbres excluidas; ampliación de servidumbres.-

Derechos y Obligaciones del Titular del Fundo Dominante

6.- Extensión y modo de ejercicio: reglas generales para determinar una y otro; las servidumbres accesorias; trabajos que pueden ejecutarse; prohibiciones relativas a la agravación o extensión de la servidumbre.-

7.- Consecuencias que se derivan del establecimiento de un condominio sobre el fundo dominante.- Solución legal.- Fundamento.- Servidumbre divisible; servidumbre indivisible; ¿tiene acción de indemnización el dueño de la heredad

serviente? División de la heredad dominante entre varios copropietarios: servidumbre que aprovecha una parte del predio; ídem que aprovecha todo; situación de los copartícipes.-

8.- Acciones conferidas al titular de la heredad dominante.- Enumeración.- Acciones y excepciones reales; defensa extrajudicial de la posesión; acciones y excepciones posesorias.- La protección jurídica en el supuesto de condominio de la heredad dominante; efectos de la sentencia.-

Derechos u Obligaciones del Titular del

Fundo Sirviente

9.- Obligación de abstenerse o de permitir según la naturaleza negativa o positiva de la servidumbre; extensión; sanción; situación del sucesor a título particular.- Conservación de las facultades inherentes al derecho de propiedad.- Derecho a introducir modificaciones en el ejercicio de la servidumbre.- Efectos de la partición de la heredad sirviente.-

Extinción de las Servidumbres Reales

10.- Enumeración.- Resolución.- Anulación.- Rescisión.- Término.- Condición.- Renuncia: expresa; tácita; condiciones.- Imposibilidad.- Confusión.- No uso; carácter; elementos; conservación; el no uso y el condominio; el no uso y la modificación de la servidumbre.-

Servidumbre de Tránsito

11.- Concepto.- Caracteres.- Distinción con la obligación de dejar caminos o calles.- Quién puede reclamarla; contra quién; y bajo qué condiciones.- Efectos.- Extinción.- Servidumbres de tránsito sin encerramiento; concepto; naturaleza jurídica; conservación.- Derecho accidental de tránsito por fundo s ajenos.-

Servidumbre de Acueducto

12.- Concepto.- Caracteres.- Obligatoriedad.- Quién puede reclamarla, contra quién y bajo qué condiciones.- Efectos.- Existencia de un acueducto en la heredad sirviente.-

Servidumbre de Recibir Agua de Predios Ajenos

13.- Concepto.- Caracteres.- Aguas pluviales o servidas; régimen.- Aguas artificiales riego y establecimientos industriales; obligación de disminuir los perjuicios; fondos exceptuados.- Desagotamiento; régimen.-

Servidumbre de Sacar Agua

14.- Concepto.- Caracteres.- Derechos de los titulares de los fundos: dominante y sirviente.-

SEPTIMA PARTE

DERECHOS REALES DE GARANTIA

XXVII

Generalidades

1.- Las garantías.- Diversas clases.- Paralelo entre las garantías reales y las personales.- Importancia económica.- Caracteres respectivos.-

2.- Derechos reales de garantía.- Concepto.- Naturaleza jurídica.- Enumeración.- Semejanzas y diferencias existentes entre ellos.-

3.- Breve noticia de la Legislación Patria y valoración crítica de ella.- Reformas introducidas por el Código Civil.- Sistema legal actual: el Código Civil.- Sistema legal actual: el Código Civil y la legislación complementaria.-

Hipoteca

4.- Concepto.- Naturaleza jurídica.- Constitución por un tercero.- Promesa de hipoteca.-

5.- Características esenciales y naturales del régimen hipotecario argentino.- Enumeración y examen de cada una de ellas y de sus consecuencias.-

Créditos que Pueden ser Garantizados con Hipoteca

6.- Obligaciones a término.- Obligaciones eventuales.- Obligaciones condicionales.- Obligaciones naturales.- Crédito proveniente de renta vitalicia.- Extensión de la garantía: intereses; costas y gastos; daños e intereses.-

Objeto de la Hipoteca

7.- Cosas susceptibles de hipoteca.- Inmueble.- Extensión de la hipoteca constituida sobre un inmueble: accesorios existentes al tiempo de constituirse la hipoteca y agregados después; frutos; productos; mejoras; construcciones; ventajas resultantes por extinción de cargas o servidumbres; alquileres y rentas; indemnización por seguros.- Cosas a las cuales la hipoteca no se extiende.- Cosas y derechos excluidos de la hipoteca: cosas muebles; derechos reales; derechos personales; bienes futuros.-

Constitución de la Hipoteca

8.- Contrato de hipoteca; sus caracteres.- Modalidades de la hipoteca.- Condición.- Plazo.- Hipoteca constituida por tercero; condición jurídica de éste; anulación de la obligación por una excepción puramente personal del deudor.-

- 9.- Condiciones de fondo de la hipoteca.- Enumeración.-
- 10.- Propiedad del inmueble hipotecado; explicación y fundamento.- Nulidad de la hipoteca de un inmueble ajeno.- Hipoteca por el copropietario.- Hipoteca por los poseedores de los bienes de un presunto fallecido.- ¿Puede constituirse hipoteca sobre un inmueble embargado?
- 11.- Capacidad del constituyente.- Nulidad de la hipoteca constituida por incapaces; ratificación y confirmación; efectos retroactivos.-
- 12.- Especialidad de la hipoteca: en cuanto al inmueble hipotecado; en cuanto al crédito.- Sanción en la servidumbre.- Norma de interpretación establecidas en caso de violación del principio de la especialidad.- Diferencia con la especialidad en la inscripción.-
- 13.- Condiciones de forma.- Enumeración.-
- 14.- Formas requeridas.- Escritura pública; otras clases de documentos; unidad de la escritura de hipoteca y la del contrato a que acceda.- Aceptación, por el acreedor; por mandatario; por un gestor de negocios.- Enumeraciones que la escritura debe contener.- Inobservancia de los requisitos formales propios de la hipoteca y de toda clase de escritura pública; consecuencia.- ¿Es necesaria la protocolización de la escritura otorgada fuera del lugar en que se encuentra el inmueble que se quiere hipotecar?; controversia; jurisprudencia.-
- 15.- Publicidad de la hipoteca.- Necesidad de su inscripción.-

XXVIII

Hipoteca

(Continuación)

Efectos de la Hipoteca

- 1.- Efectos entre partes y frente a terceros.- Falta de inscripción; consecuencia.-
- 2.- Limitación de los derechos del propietario.- Principio general.- Criterio restrictivo.- Actos jurídicos y actos materiales prohibidos.- Derechos acordados al acreedor hipotecario en caso de violación de dichas prohibiciones.- Sanciones.-
- 3.- Derechos y acciones del acreedor.- Facultades que le confiere el derecho hipotecario.- Acción de cobro; posibilidad de su deducción por vía ejecutiva; competencia; trámites y defensas irrenunciables.- Acción subrogatoria.- Acciones reales.-
- 4.- Efectos contra terceros acreedores.- Acción hipotecaria.- Situación de los terceros acreedores.- Derecho de preferencia; día en que comienza a existir;

amplitud de la preferencia.- Concurso especial; créditos preferentes.- Derechos de persecución.-

5.- Efectos contra tercer adquirente.- Situación que origina la posibilidad de la enajenación.- Consecuencias que se derivan de la enajenación para el acreedor; el obligado; y el tercer adquirente.- Distinción a establecerse entre el tercer adquirente responsable personal y el tercer poseedor.- Situación del adquirente responsable personal.- Situación del tercer poseedor; concepto de tercer poseedor; diligencias judiciales previas.- El derecho de abandono del tercer poseedor; régimen del mismo.- Procedimiento contra el tercer poseedor.- Expropiación contra el no obligado.- Recurso de garantía otorgado al tercer poseedor.-

6.- Efectos respecto del constituyente extraño.- Concepto.- Diferencias existentes entre su situación y la del tercer poseedor.- Situación del constituyente extraño que es a la vez fiador.-

7.- Efectos de la hipoteca respecto de terceros en general.-

Extinción de la Hipoteca

8.- Enumeración y clasificación de los diversos modos.-

9.- Extinción por causa del crédito garantizado.- Principio general y aplicaciones del mismo.- Hipótesis en que no hay extinción.- Controversia existente en el supuesto de pago por entrega de bienes.-

10.- Extinción por causas directas.- Enumeración.- Renuncia.- Resolución.- Destrucción de la cosa.- Venta judicial.- Consolidación.- Transcurso del tiempo.- Prescripción.- Inexistencia del procedimiento de redención.-

Cancelación

11.- Aceptación de la palabra cancelación.- Concepto.- Diversas especies.- Cancelación voluntaria: forma; efectos.- Cancelación judicial; partes; procedimientos; efectos.-

Moratoria Hipotecaria y su Liquidación

12.- La situación que originó la moratoria; leyes que la rigieron: Nros. 11.741; 12.310 y 12.544.- Breve reseña de la ley 11.741; ¿era constitucional? Jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional y valoración crítica de la misma.- Noción somera de la ley 12.310.- La liquidación de la moratoria hipotecaria; examen sumario de la ley 12.544.- Caducidad del beneficio.- Conversión por el Banco Hipotecario Nacional.-

Régimen del Banco Hipotecario Nacional

13.- Finalidades perseguidas con la creación del Banco Hipotecario Nacional.- Mecanismo primitivo y régimen actual.- Régimen especial establecido a favor del Banco Hipotecario Nacional.- El régimen del Banco de la Provincia de Buenos Aires.-

Hipotecas de Régimen Especial

14.- Somera noción de la hipoteca naval; y de los debentures.- ¿Puede constituirse hipoteca sobre una mina?; el contrato de avío organizado por los artículos 295 a 311 del Código de minería.-

XXIX

Prenda Ordinaria

Generalidades

1.- Prenda.- Diversas acepciones de la palabra.-

Contrato de Prenda

2.- La prenda como contrato.- Concepto.- Requisitos; capacidad de las partes; dominio en el constituyente; desplazamiento; forma.- El requisito de la fecha cierta en el orden civil y comercial; jurisprudencia.- La cesión en garantía.-

Derecho Real de Prenda

3.- La prenda como derecho real.- Definición.- Caracteres.- Objetos que pueden ser prendados.-

4.- Derechos del acreedor prendario.- Posesión.- Retención.- Derecho de ejecutar la cosa prendada.- El derecho de preferencia.-

5.- Obligaciones del acreedor prendario.- Conservación.- Devolución.- Abstención de usar y gozar la prenda.-

6.- Derechos del titular de la cosa prendada.- Persistencia del dominio.- Secuestro.- Reintegro.-

7.- Obligaciones del titular de la cosa prendada.- Obligaciones emergentes del contrato de prenda.- Obligaciones independientes del contrato: reembolso de los gastos originados por la conservación de la prenda; responsabilidad por los daños originados por la cosa prendada.- Garantía de evicción.-

8.- Prenda tácita.- Concepto.- Condiciones para su existencia.- Efectos jurídicos.-

9.- Extinción de la prenda.- Enumeración y clasificación de los distintos medios de extinción.- Medios indirectos.- Pago; problema que plantea la prescripción.- Medios directos: renuncia; confusión; y venta.- Efectos de la extinción.-

10.- Prenda sobre derechos.- Derechos susceptibles de pignoración.- Notificación al deudor.- Entrega del título.- Efectos jurídicos.- Derechos del acreedor.- Derechos y obligaciones del constituyente.-

El Régimen del Banco Municipal de Préstamos

11.- Noticia somera del régimen de la prenda que está autorizado a contratar el Banco Municipal de Préstamos de la ciudad de Buenos Aires.-

La Prenda con Registro

12.- Concepto.- Fundamentos.- Naturaleza jurídica.- ¿Es de carácter civil o comercial?; las soluciones de las leyes 9644 y 12.962 (decreto 15.348/946).- El contrato constitutivo; requisito; créditos que pueden garantizarse: objetos que pueden prendarse; conflicto con la hipoteca; personas que pueden pignorar; extensión de la garantía; forma.-

13.- La publicidad de la prenda sin desplazamiento; inscripción; duración; cancelación; deficiencias en el contrato o en la inscripción.- Efectos jurídicos entre partes: con relación al acreedor; fiscalización; secuestro; embargo preventivo; negociabilidad del derecho; ejecución del crédito; obligaciones; derechos conferidos.- Efectos frente a terceros; derechos de preferencia y persecución.- Extinción: medios directos e indirectos.-

Anticresis

14.- Concepto.- Caracteres.- Constitución; requisitos.- Forma y prueba.-

15.- Efectos jurídicos.- Derechos del titular: posesión; retención; derechos a los frutos; derecho de ejecutar; carencia de preferencia; derechos contra los terceros adquirentes, acreedores quirografarios e hipotecarios posteriores al establecimiento del anticresis.- Obligaciones del titular: conservación; administración; restitución.- Situación del acreedor anticresista que es simultáneamente acreedor hipotecario.-

16.- Derechos del constituyente: persistencia del dominio; reintegro.- Obligaciones del constituyente.-

17.- Anticresis tacita.- Extinción; medios directos e indirectos.-

OCTAVA PARTE

PUBLICIDAD DE LOS DERECHOS REALES

XXX

Generalidades

1.- Concepto de publicidad.- Fundamento.- Naturaleza jurídica.- Importancia.-
Diversos aspectos que presenta la publicidad en materia de Derechos Reales.-

2.- La publicidad de los Derechos Reales en la Legislación Comparada.-
Enumeración y clasificación de los diversos sistemas.- Publicidad completa e
incompleta.- Sistemas personales y reales.- El catastro: estudio de sus diversos
aspectos, técnico, fiscal y jurídico.- Los sistemas publicitarios en orden a su
alcance.- Estudio y valoración crítica de los principios fundamentales que inspiran
los sistemas alemán y australiano (Torrens).-

3.- La publicidad de los Derechos Reales en la Legislación Argentina.-
Antecedentes Históricos.- Dualidad de legislación.-

La Publicidad de los Derechos Reales en el Código Civil

4.- Distinción a establecerse entre la publicidad hipotecaria y la publicidad de los
demás derechos reales.-

5.- La publicidad de la adquisición y mutación de la propiedad por actos entre
vivos: sistema adoptado; valoración crítica del mismo; ¿se impone su reforma?;
examen de los principios fundamentales que inspiran las principales reformas
propuestas.-

Publicidad Hipotecaria

7³³.- La publicidad hipotecaria.- La solución adoptada; su fundamento.-

8.- Inscripción de la hipoteca.- Concepto.- Alcance del requisito de la inscripción;
concepto.- Necesidad.- Régimen respecto de terceros.- Plazo.- Desde cuándo
produce efecto.- Hasta cuándo puede ser hecha la inscripción.- Responsabilidad
del titular del dominio en el supuesto de hipoteca no registrada.-

9.- Forma de la inscripción: concepto.- Quién debe realizarla y a costa de quién.-
Enunciaciones que deben contener.- Quiénes pueden solicitarla; a nombre de
quién debe realizarse y contra quién.- Lugar.- Orden.- Constancia que debe figurar
en el título.- Expedición de certificados.- Responsabilidad del encargado del
Registro.-

10.- Duración.- Plazo.- ¿Existe la obligación de renovar la hipoteca o la
inscripción al vencimiento del plazo legal?; exposición del problema; examen
crítico de las diversas tesis postuladas; jurisprudencia.- Computación del plazo.-

³³ En el ejemplar que se transcribe no consta ningún punto 6 en esta parte.-

Procedimiento y formas de la renovación.- Efectos de la renovación.- Efectos de la falta de renovación.- Hasta cuándo existe la necesidad de la renovación.-

11.- El régimen de la publicidad de las hipotecas constituidas fuera de la jurisdicción territorial del inmueble.- Hipoteca constituida en el extranjero.- Hipoteca constituida en territorio nacional; ¿es necesaria la protocolización en la jurisdicción en que se halla situado el inmueble?; examen crítico de las diversas tesis expuestas; jurisprudencia.- Plazo para el registro de la hipoteca: constitución en el extranjero; constitución en el país.-

Publicidad Prendaria

12.- La publicidad en la prenda ordinaria.- La publicidad en la prenda con registro.-

XXXI

Las Leyes Locales que Organizan los Registros de la Propiedad

1.- Las leyes locales que organizan los Registros de la Propiedad: nociones generales.- El problema de la constitucionalidad de las leyes locales que organizan los Registros de la Propiedad; examen de las diversas tesis expuestas sobre el particular y valoración de sus argumentaciones respectivas.- Jurisprudencia.- Estado actual del problema.-

2.- Fuentes de las distintas leyes locales.- Examen de los principios fundamentales que las inspiran.- Caracteres comunes de los regímenes establecidos por las mismas.-

Estudio de la Ley Nacional N°1893

3.- Alcance de la Ley Nacional N° 1893.-

4.- Título que deben inscribirse.- Enumeración y análisis de cada uno de ellos.- Condiciones para la inscripción.- Obligatoriedad de la inscripción.-

5.- Formas y efectos de la inscripción.- Quiénes pueden solicitarla.- Enumeración que debe contener la inscripción; sanciones para el caso de incumplimiento.- Efectos de la inscripción; entre partes y respecto de terceros; alcance de su eficacia; valor supletorio; orden de preferencia.-

6.- Anotaciones preventivas.- Concepto.- Distintos supuestos.- Requisitos de fondo y forma.- Efectos.-

7.- Extinción de las inscripciones y anotaciones preventivas.- Concepto.- Diversos modos.- Forma de la cancelación.- Enumeración que debe contener la cancelación.- Nulidad de la cancelación.-

8.- Ampliación de inscripciones y anotaciones.- Concepto; cómo debe realizarse.- Rectificación de inscripciones; concepto; cómo debe realizarse.- Efecto de la ampliación o rectificación de inscripciones.-

9.- La organización del registro.- Secciones del registro.- Libro que debe llevar cada sección; sus requisitos.- Anotación de la inscripción en el título.- Conservación de los documentos.- Extracción de los libros fuera de la oficina.-

10.- Publicidad del registro; principio fundamental.- Certificados que pueden expedirse.- Forma de expedición de los certificados.- Valor de los certificados respecto de terceros.-

11.- Dirección del registro.- La superintendencia de la Cámara Civil.-

12.- Responsabilidad del Registro.- La responsabilidad del Estado; jurisprudencia.-

Estudio de la Ley Nacional Nº 14.159

13.- La Ley Nacional Nº 14.159: sus propósitos.- El catastro jurídico.- Especie.- La propiedad de los excedentes.- Ubicación del excedente acordado al dueño.- Derecho de preferencia acordado al propietario.- Garantía de evicción y saneamiento.-

14.- Estudio somero de los títulos II, III, IV, V Y VII de la ley.-

NOVENA PARTE

ACCIONES REALES

XXXII

Reivindicación

1.- Noción de reivindicación.- Antecedentes históricos.- Breves nociones de legislación comparada.-

2.- Definición legal.- Examen crítico de la misma.- Requisitos.-

3.- Personas que pueden ejercerla.- Regla general; ¿puede extenderse a los titulares de otros derechos reales?; controversia; exposición de las diversas tesis y valoración de sus argumentaciones respectivas.- El condómino y la reivindicación: reivindicaciones entre copropietarios; reivindicación.- El legatario de cosa cierta y condómino reivindicar contra terceros la totalidad de la cosa o sólo su cuota parte indivisa?; exposición y valoración crítica de la tesis expuestas

sobre el particular; jurisprudencia.- El cesionario y la reivindicación.- El heredero y la reivindicación.- El legatario de cosa cierta y la reivindicación.-

4.- Personas contra quienes puede dirigirse.- Regla general; alcance de las palabras posesión y poseedor; la reivindicación contra el tenedor que tiene la cosa en nombre de un tercero; la reivindicación contra el tenedor que ha recibido la cosa del reivindicante; efectos de la negación de la posesión o de la tenencia por el demandado.- Reivindicación sin posesión ni detención de la cosa por el demandado; demandado que se da por poseedor sin serlo; demandado que deja de poseer.- Reivindicación contra el heredero del poseedor.-

5.- Objeto de la reivindicación.- Principios generales.- Cosas y bienes susceptibles de reivindicación.- Cosas y bienes no susceptibles de reivindicación.- Efectos de la extinción parcial de la cosa.- La reivindicación en caso de universalidad; distinción a establecerse; régimen.-

6.- Distinción entre reivindicación inmobiliaria y mobiliaria.-

Reivindicación Mobiliaria

7.- Concepto.- Los sistemas romanistas y franco-germano.- La solución del Código Civil Argentino.-

8.- La reivindicación de cosas muebles entregadas voluntariamente.- Reivindicación contra terceros.- Reivindicante contra el acreedor prendario.-

9.- Reivindicación de cosas robadas o pérdidas.- Antecedentes históricos.- Breves nociones de legislación comparada.- La solución del Código Civil.- Fundamento.- Concepto de cosas perdidas o robadas.- ¿Existe la obligación de reembolsar el precio pagado por el poseedor actual?; supuesto en que procede; presunción legal.- Prescripción de la acción.-

10.- Efectos de la reivindicación.- Medidas de seguridad durante el juicio.- Efectos de la sentencia.-

11.- El régimen legal de la reivindicación de los títulos al portador perdidos o robados; ligero examen de las disposiciones contenidas en el Código de Comercio.-

XXXIII

Reivindicación Inmobiliaria

1.- Límites de la persecución.- Distintos supuestos.- Reivindicación contra el despojante.- Idem contra el adquirente por título nulo o anulable.- Idem contra terceros adquirentes; distinciones a establecerse.-

2.- Reivindicación contra tercer adquirente de mala fe.- Reivindicación contra tercer adquirente de buena fe que hubo la cosa a título gratuito.- Idem contra quien hubo la cosa a título oneroso de un enajenante de mala fe.- Idem que hubo la cosa de un enajenante de buena fe; exposición de las diversas tesis expuestas sobre el particular y valoración de sus argumentaciones respectivas.- La anulación previa del acto originario.-

3.- Acción subsidiaria contra el enajenante o sus herederos.- Acción contra el nuevo poseedor por el precio adeudado.-

4.- La prueba de la propiedad en materia de reivindicación.- Cargo de la prueba.- Situación del demandado.- Medios de prueba de la propiedad.-

5.- La reivindicación con títulos de propiedad.- Concepto de la palabra título.- Reivindicación con título posterior a la posesión del demandado.- Idem con título anterior a la posesión del demandado.- Presentación de títulos por las dos partes; distinción a establecerse.- La solución legal cuando no puede establecerse un derecho mejor.-

6.- Efectos de la acción.- Medidas de seguridad durante el juicio; su alcance; condiciones para su procedencia; duración.- Efectos de la sentencia; alcance de la restitución; plano; supuesto de transmisión de la cosa a un tercero. Obligaciones accesorias a la restitución de la cosa.- Situación legal de los herederos del poseedor.-

7.- La distinción entre petitorio y posesorio.- Antecedentes.- Separación en cuanto a las partes.- Separación en cuanto al Juez.- Medidas provisionales.- Cosa juzgada.-

Acción Confesoria

8.- Concepto.- Objeto.- Caracteres.- Casos de aplicación.-

9.- Quién puede intentarla y contra quién.- Prueba que debe rendirse.- La coposesión y la acción confesoria.- Efectos.-

Acción Negatoria

10.- Concepto.- Objeto.- Caracteres.- Casos de aplicación.- Paralelo con las acciones reivindicatorias y confesorias.-

11.- A quién se acuerda y contra quién.- Cargo de la prueba.-

12.- Efectos de la acción negatoria.-

DECIMA PARTE

CONCURRENCIA DE' LOS DERECHOS REALES Y Y PERSONALES CONTRA LOS BIENES DEL

DEUDOR COMUN

XXXIV

Generalidades

- 1.- La posibilidad de la concurrencia de titulares de derechos reales y derechos creditorios sobre el producido de la venta de los bienes del deudor común; ejecución individual; ejecución colectiva.- Las concepciones de los privilegios; de las preferencias; y del derecho de retención.-
- 2.- Los privilegios y las preferencias en la Metodología Legislativa.- Idem en la Metodología Didáctica.-

Graduación de los privilegios y preferencias

- 3.- El problema de la graduación de los privilegios y preferencias.- Derecho Comparado.- El Sistema del Código Civil.-
- 4.- Metodología del Código Civil.- Distintas situaciones que pueden presentarse en nuestro derecho y solución de las mismas.-

Las preferencias engendradas por los

Derechos Reales

- 5.- Las preferencias del acreedor prendario frente a los privilegios de los gastos de justicia, gastos funerarios, gastos de última enfermedad; crédito del conservador; vendedor de cosa mueble; y transportador.- Valoración crítica de cada una de las soluciones dadas por el Código.-
- 6.- La preferencia acordada al titular de prenda con registro; y el privilegio de los gastos de justicia; el privilegio de los créditos fiscales por impuestos y cargas; el privilegio del locador; y el privilegio de los créditos por salarios, sueldos y gastos de recolecciones, trilla y desgranado.- Valoración crítica de cada una de las soluciones legales.-
- 7.- La preferencia del acreedor hipotecario frente al privilegio de los gastos de justicia.- La preferencia del derecho hipotecario y el privilegio del fisco.- La preferencia del derecho hipotecario y el privilegio de los acreedores por pavimentos.- La preferencia del derecho hipotecario y el crédito del locatario rural resultante del artículo 12 de la ley 13.246.- Valoración crítica de cada una de las soluciones legales.-

El derecho hipotecario y la preferencia de la prenda sin registro

8.- El artículo 43 del decreto 15.348/46, ley 12.962 y el derecho del acreedor hipotecario.-

Las preferencias engendradas por los Derechos

Reales frente al derecho de retención

9.- Controversia existente a raíz de la falta de un texto expreso.- Exposición y valoración crítica de las distintas tesis expuestas sobre el particular.-

El privilegio concedido a los copartícipes

10.- Concepto.- Historia.- Fundamentos jurídicos.- ¿Debe ser suprimido este privilegio?

11.- Origen de los textos legales.- ¿Existe un error material en el artículo 3928? Personas que pueden invocar el privilegio.- Créditos comprendidos en el artículo 3928; problema que origina la partición con saldo.- Asiento del privilegio.- Orden de prelación.-

El crédito del propietario vecino que ha construido el muro divisorio

12.- El crédito del propietario vecino por la construcción del muro divisorio.- ¿Corresponde otorgarle privilegio? La solución del Código Civil; reforma propuesta por Bibiloni y acogida por la Comisión redactora del Proyecto del Código Civil de 1936.-

DESEMPEÑO DOCENTE

Como es característica de un buen profesor, ningún detalle ocurrido en su clase le pasaba desapercibido.- Desde el inicio de ellas, dejaba impreso en su memoria la fisonomía de sus alumnos; poseía el don de ubicar fácilmente a los oyentes a pesar de contar en su haber a centenares de ellos.-

El profesor Hariri, compañero del doctorado, tuvo como profesor a Molinario.- El aspecto que más ha quedado impreso en su memoria es la puntualidad del doctrinario.- Era muy puntilloso con el horario.- Todavía se recuerda en la Universidad Nacional de la Plata su arribo a los claustros universitarios a horas muy tempranas.-

Recuerda que el autor del libro De las Relaciones Reales siempre afirmaba que el profesor es el primero en llegar y el último en retirarse.-

Los enojos provocados por la desaprobación de alumnos en los exámenes finales resultaba porque los consideraba como un fracaso suyo en la trasmisión del contenido de la materia.-

Sus hijos han recordado la dedicación de su padre para la docencia: concurría a la Universidad Nacional de La Plata en un tren que partía a las cinco de la mañana.- También adoptó la costumbre de llegar el martes a la noche y hospedarse en la ciudad fundada por Dardo Rocha si debía impartir sus lecciones en el primer turno.-

Era una actividad que tenía en la más alta estima.- Su hijo rememoró que su padre le había comentado en una ocasión el plus que acarrea la labor de los profesores: *“El único derecho que sabe sobre el que no sabe es enseñar”*.- También le transmitió el rol invalorable del docente : *“Se respetuoso con los profesores porque el sueldo que reciben no se compensa con la enseñanza que imparten”*.-

Nunca se quedó quieto en el aula.- Al contrario, se movía constantemente por ella.- Las preguntas se debían realizar después de la lección en la clase.-

Pablo María Corna siempre trae a colación un recuerdo de su época universitaria que trasunta las características hasta aquí afirmadas: el otrora estudiante de derechos reales desde el comienzo del ciclo electivo quedó admirado por la actitud de Molinario: Enseñar Derecho Civil IV, no obstante, las dificultades en sus movimientos producido por un accidente sufrido en territorio platense.- Decidido a retribuir en alguna medida, el esfuerzo del civilista, solicitó el honor de tomarle la lista del curso todas las clases; gentileza que fue aceptada por Molinario.- Al observar que su profesor se ensuciaba mucho con el polvo de la tiza – ya que consideraba el pizarrón como una herramienta esencial para la docencia – y debía proseguir la jornada, resolvió concurrir con un cepillo para ayudar en el aseo del saco del ilustre civilista.- Aunque la mayoría de sus compañeros respetó tal actitud de deferencia hacia al profesor, hubo un reducido grupo de que especuló bromas pocos cristianas sobre la intención del futuro docente de derechos reales.- Molinario, al observar tales comportamientos, tomaba nota de su procedencia en una hoja de papel.- En la fecha del examen final, el titular de la cátedra, interrogó a este pequeño conjunto de alumnos sobre los puntos dados en clase y la orientación impresa en ella; concretamente, le

correspondió a cada uno de ellos el tema del día en particular que *“se había mofado del compañero que tan gentilmente ayudó a su profesor³⁴”*.-

En la actualidad, las situaciones particulares de los temas generales que describía el civilista en su clase, su ex alumno Pablo María Corna las emplea en formas de preguntas en las suyas, aplicando de esta forma el método dialéctico aristotélico.-

Su carácter, desinteresado del éxito inmediato y de buscador infatigable de la verdad, se demuestra a través de sus reflexiones sobre la falta de réplicas a su teoría pluralistas de las relaciones reales: *“Tal silencio, que era esperado por nuestra parte...y la falta de debate inmediato, no nos ha desanimado.- Lo esperábamos, así como esperamos que en el futuro con los nuevos estudiosos de las futuras generaciones argentinas estas páginas se reelerán en forma activa y entonces se producirá el debate en torno de la teoría pluralista...Lástima grande que ya no estaremos presentes.- Pero el verdadero investigador debe trabajar con ahínco en el descubrimiento de la verdad, sin importarles el éxito inmediato; ha de dedicar sus obras y descubrimiento al tiempo.- Es lo que nosotros modestamente hacemos³⁵”*.-

Postulaba la conveniencia de emplazar el curso Derechos Reales como Civil II.- Recurriendo al viejo principio que la comprensión de lo complejo debe ser precedida por lo simple, explicaba que a intelección de los derechos reales resultaba menos ardua por carecer del sujeto pasivo que presentan los derechos creditorios.-

1.- JURISTA CATOLICO

A.- ROL DEL CATOLICISMO EN LA CONSTITUCION DE 1860

Antes de entrar a indagar el título del acápite, es conveniente declarar que Molinario participaba de la opinión de Reborá en el sentido que la verdadera

³⁴ Las palabras en bastardilla serían las empleadas por Molinario según el recuerdo del Doctor Pablo María Corna.-

El gran profesor de Derechos Reales siempre tuvo en estima a su alumno por la ayuda recibida en sus clases.- Pablo María Corna, comenta siempre con orgullo, que el autor del libro “De las Relaciones Reales”, le llamaba con el mote de hijo en las consultas que el actual docente le practicaba a su maestro y en el trató que frecuentaron por las enseñanzas de la misma parte del Derecho Civil, aunque se desempeñaron siempre en cátedras distintas.-

³⁵ A.D.Molinario, “De las relaciones reales”, Universidad, Buenos Aires, 1981, p.22.-

Constitución Argentina era la del año 1860, ya que la sancionada en 1853 perteneció a la Confederación Argentina³⁶.-

En muchos de sus escritos, siempre tenía presente los artículos 67, incisos 15 y 16 de aquel ordenamiento constitucional.- El primero otorgaba como atribución del Congreso "*conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al **catolicismo***".- El segundo imponía como requisito para ser Presidente y Vicepresidente la de "**pertenecer a la comunión católica apostólica romana**".-

Sostenía que la moral recepcionada por la Constitución Argentina era la católica ya que la escogía como modelo de educación para los indios³⁷.-

Fundamentó su postura en las discusiones del Congreso Constituyente del año 1853 acerca de la forma como debía ser redactado el artículo 76.- Si bien su proponente, el convencional Lavaisse, se basó en la calidad del Patronato ejercido por el Presidente, Gutiérrez, por su parte, sostenía que tal decisión era correcta, por "*Era un medio indirecto de reconocer que dicha religión que se imponía al*

³⁶ "*La Constitución que nos rige fue la sancionada por la Convención Constituyente reunida en Santa Fe, no en 1853, sino en 1860, una vez incorporada la provincia de Buenos Aires al resto de la Confederación Argentina, y a partir de cuya fecha se habló y se habla de Constitución de la Nación Argentina y no de la Confederación Argentina*", A.D.Molinario, "*Constitución nacional y divorcio vincular*", LA LEY1984-C, versión online, punto I, nota 1.-

En otra oportunidad, su aseveración lo fundamentó de la siguiente manera: "*el Estado que se organiza en la Constitución del año 60 difiere fundamentalmente del que había organizado la Constitución de 1853.- ¿Por qué? Por la sencilla razón que las provincias son entidades realmente autónomas en la Constitución del año 60 y no lo eran en la del 53.- ¿Cómo puede hablarse de autonomía provincial en la Constitución del año 53 si las cartas constitucionales de las provincias debían ser revisadas por el Congreso de la Nación; si sus conflictos internos de poderes debían ser resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; si sus gobernadores iban a ser juzgados y separados de sus cargos, no por las legislaturas locales, sino por el Congreso de la Nación? Evidentemente, dentro del federalismo hay grados.- No hay que olvidarse que la Constitución del año 1824 que ha sido tachada de Constitución unitaria, ha sido considerada por algunos, y en nuestra modesta opinión con bastante acierto, como consagratoria de una fórmula de federalismo concentrado*", A.D.Molinario, "*Por tercera vez...*", Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-IV, p.773, Punto V, 23.-

³⁷ "*De donde la moral cristiana, que ha sido escogida por la Constitución Nacional como el único medio apto para civilizar a los indígenas, a pesar del liberalismo del cual está totalmente impregnada, se ha inclinado en materia moral por el catolicismo*", A.D.Molinario, "*Constitución nacional...*", LA LEY1984-C, versión online, punto 4, c.- También: "*La Constitución Nacional a pesar de la invocación de Dios en el Preámbulo y de los arts. 67, incs. 15, 19 y 20, art. 76 y art. 86, incs. 8º y 9º es una Constitución liberal pero que tiene una moral católica*", A.D.Molinario, "*Constitución nacional...*", LA LEY1984-C, versión online, punto V, 2.-

*gobernante era la religión a la que pertenecía la casi totalidad de la Confederación Argentina*³⁸.-

En la misma tesis opuesta, se resaltó la importancia de la religión católica apostólica romana en la naciente República.- Gorostiaga justificó la incesaridad de tal requisito por *"ser el país católico apostólico en su mayoría, y ser por otra parte, popular la elección de aquellos funcionarios, lo que daba bastante garantía de que no recaería en otro que en el que los pueblos encontrasen todas las condiciones necesarias para gobernar, y entre ellas la que profesase la religión del país"*³⁹.-

Es de resaltar que el agregado propuesto por Lavaisse fue votado por unanimidad.-

Tanta importancia tenía la pertenencia a la grey católica para el civilista, que sostenía, a diferencia de Sanchez Viamonte y Linares Quintana, que ante la abjuración del catolicismo o la situación de excomunión, dichos mandatarios infringían severamente el mandato constitucional⁴⁰.- Podría nacer a raíz de tal situación, el derecho de revolución⁴¹.-

³⁸ A.D.Molinario, "Constitución nacional...", LA LEY1984-C, versión online, punto IV, b).-

³⁹ A.D.Molinario, "Constitución nacional...", LA LEY1984-C, versión online, punto IV, b).-

⁴⁰ *"Un presidente para ser idóneo en el desempeño de ese altísimo cargo no puede abjurar del catolicismo, ni puede con su conducta haberse hecho acreedor a una excomunión porque de lo contrario cesa en él la condición de elegibilidad que supone el art. 76 de la Constitución y viola el juramento que ha hecho de cumplir con la Constitución Nacional (art. 80, Constitución Nacional).- Si un presidente no observa la Constitución Nacional en lo que de él depende, hace nacer inmediatamente el derecho a la revolución...Si por creerlo fundamental, ya que es negocio que ataña a la salvación de su alma deja de creer en lo que enseña la Iglesia como Dogma de fe, debe renunciar a su cargo, y como simple ciudadano adjuar de su religión a la que ingresó por el bautismo"*, A.D.Molinario, "Constitución nacional...", LA LEY1984-C, versión online, punto IV, b).-

⁴¹ *"Y entre esos derechos no enumerados se encuentra el derecho a la revolución que surge de la violación que comete el Presidente de la Nación al violar el juramento de observar y hacer observar la Constitución Nacional"*, A.D.Molinario, "Constitución nacional...", LA LEY1984-C, versión online, punto IV, b).-

Recordó que el fundamento de su racionó, el artículo 33 de la Constitución Nacional, fue elaborado teniendo en cuenta el derecho natural.- Dispone: *"Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno"*.- Vélez Sarsfield en la Convención Constitucional de 1860 se refirió a que: *"Esos derechos son superiores a toda Constitución, superiores a toda ley, a todo cuerpo legislativo, y tan extensos que no pueden estar escritos en la Constitución y para determinarlos de una manera general el artículo de la reforma dice: no solamente esos derechos, sino todos los derechos*

B.- ROL DE LA IGLESIA EN SUS ESCRITOS

Dentro de la contienda del pensamiento y desarrollo de la argumentación, Molinario siempre empleó los métodos de la razón para esclarecer los problemas planteados.- Operó siempre desde el punto de vista del derecho natural.-

Pero nunca olvidó el destino sobrenatural del hombre y el magisterio de la Madre Iglesia.- Prueba de ello se observa en los siguientes párrafos:

“El gobierno es cosa humana y por lo tanto perecedera; en cambio, la Iglesia que tiene como misión fundamental la salvación de todo el género humano, contempla las cosas del más allá y las relaciones de los hombres en función de ese más allá.- Cristo al sentenciar: “Dad a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César”; estableció esta doctrina⁴²”.-

Siempre tuvo en cuenta y se subordinó a las opiniones de los Santos Padres en el ejercicio de su Magisterio: *“nos abstuvimos de hacer referencias...por dos razones muy simples: 1) la decisión estaba reservada al Sumo Pontífice, razón por lo cual no nos pareció prudente en una exposición sintética, introducir opiniones, no mediando verdadera, decisión: 2) no podemos, ni debemos opinar en una cuestión que para los fieles no es opinable.- A diferencia de los protestantes que admiten el principio del libre examen, los católicos, en cuestiones de dogma y moral, deben someterse a lo que establece el Pontificado⁴³”.-*

“Como católicos en materia de dogma y de moral estamos sujetos a lo que dispone el Santo Padre tanto cuando habla “ex cátedra”, como cuando ordena en ejercicio del Poder Magistral, pues para nosotros es el representante de Dios.- Por lo tanto, como católicos nuestra posición es de obediencia fiel, leal y absoluta a lo establecido por la Iglesia que es Madre y Maestra⁴⁴”.-

naturales de los hombres y de los pueblos, aunque no estén enumerados en la Constitución, se juzgan reservados, como que no se pueden enumerar todos los derechos que nacen de la naturaleza del hombre, del fin y objeto de la sociedad, y de la soberanía del pueblo”, A.D.Molinario, “Constitución nacional...”, LA LEY1984-C, versión online, punto IV, b), nota 25.-

⁴² A.D.Molinario, “Constitución nacional...”, LA LEY1984-C, versión online, punto IV, b).-

⁴³ A.D.Molinario, “La anticoncepción en la hora actual”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.895, Punto III, d).-

⁴⁴ A.D.Molinario, “La anticoncepción...”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.899, Punto III, i).-

En las opiniones fundamentales de política legislativa, tuvo siempre presente el pensamiento y los consejos de Santo Tomás de Aquino.- Claro ejemplo de ello, es su referencia a la posibilidad de una modificación integral del Código Civil⁴⁵.-

Sí muchas veces habló de forma agnóstica fue para poder entablar comunicación y discutir ideas con el grupo de personas que no pertenecen al rebaño católico: *“Si aparentemente nos hemos apartado de nuestra condición de católicos ello ha sido porque para hacernos entender de nuestros hermanos no católicos, necesario es hablarles en forma que ellos entiendan y con su propio idioma”*⁴⁶.-

Fuera del dogma y moral enseñada por la Iglesia Católica, se desempeñó con la mayor libertad, de acuerdo a sus convicciones: *“Puede así apreciar el lector que a pesar de ser católicos, apostólicos y romanos, fuera del dogma y la moral católica, actuamos como lo permite el catolicismo con absoluta libertad en todo lo que es opinable.- Y allí, en ese aspecto que, como creyentes hubiésemos deseado coincidir con nuestros distinguidos colegas, como hombre de derecho, al considerar ajustada a la ley la solución no admitida por el Tribunal, no hemos tenido inconveniente en afirmarlo públicamente”*⁴⁷.-

C.- DEFENSOR DEL DERECHO NATURAL

Su pensamiento se ha enrolado siempre dentro del iusnaturalismo católico:

*“Lo único que permanecerá, serán los principios inmutables del derecho natural que son consubstanciales con la persona humana”*⁴⁸.-

“Entendemos que el Derecho Natural, siendo anterior al Derecho Positivo, exige la subordinación de éste a aquél.- Cuando tal subordinación no

⁴⁵ Vease A.D.Molinario, *“Derecho patrimonial y derecho real”*, La Ley, Buenos Aires, 1965, p.56, nota 134.-

También tuvo presente el pensamiento aristotélico para fundar sus opiniones; verbigracia, al justificar la propiedad privada desde el punto de vista político, observó: *“Pero, desde luego, no debe creerse que para ello sea menester que el ciudadano pueda acumular grandes bienes de fortuna, pues, como ya lo señalara Aristóteles ni los grandes caudales, ni las grandes miserias son las más aptas para el gobierno de la cosa en común”*, A.D.Molinario, *“Derecho patrimonial...”*, p.180.-

⁴⁶ A.D.Molinario, *“En el centenario del primer proyecto de ley matrimonial civil”*, Jurisprudencia Argentina, 1967-IV, p.377, Punto V, 17.-

⁴⁷ A.D.Molinario, *“De nuevo sobre la ley santafesina de matrimonio civil”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, pp.846-847, Punto II.-

⁴⁸ A.D.Molinario, *“La anticoncepción...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.909, Punto XII.-

existe y el Derecho Positivo se opone al Derecho Natural, se está en presencia del derecho inicuo, que sólo tiene de derecho la apariencia y que posibilita a la persona humana, según el grado de iniquidad, desde el no uso a la desobediencia, la resistencia, la rebelión y hasta la revolución para abatirlos⁴⁹”.-

Ha resalta siempre la vinculación de este derecho con la doctrina social de la Iglesia: *“La solución la brinda la doctrina social de la Iglesia que ha de ser aplicada tanto en el interior de los países como en relación de los Estados entre sí, por ser esta doctrina el complemento lógico y total y armónico de todos los enunciados fundamentales del triunfante derecho natural⁵⁰”.-*

Remarcó que muchos principios del ius nature se habían codificado durante el siglo XX en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como la Declaración Universal de ellos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948.- Pero *“tal tránsito no significa que tales derechos naturales no hayan sido anteriores a tales codificaciones, pues el derecho natural, por la relación estrecha e inmediata que guarda con la persona humana ha existido desde el comienzo y sus principios fundamentales son inmutables, y sólo desaparecerán el día en que aquellos se extingan sobre la faz terráquea⁵¹”.-*

Un ejemplo de lo afirmado en este punto, son sus aseveraciones sobre la forma de celebración del matrimonio: *“El Estado que actúe concordantemente con el derecho natural, debe pues asegurar a todas las personas humanas, sin distinción alguna, la posibilidad de celebrar matrimonios y, respetando el derecho a la libertad religiosa, cuando la forma matrimonial exige de acuerdo a la convicción religiosa profesada por quienes lo conciernen la realización de ella de acuerdo a los preceptos de la confesión a que pertenezcan...Esta formula, que es conocida con el nombre de “matrimonio civil facultativo⁵²”...al mismo tiempo que no impide la celebración del matrimonio a persona alguna, respeta al*

⁴⁹ A.D.Molinario, *“Derecho patrimonial...”*, p.16, nota 2.-

⁵⁰ A.D.Molinario,, *“La anticoncepción...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.909, Punto XII.-

⁵¹ A.D.Molinario, *“En el centenario...”*, Jurisprudencia Argentina, 1967-IV, p.355, Punto I, 2.-

⁵² Es aquél que admite la pluralidad de formas matrimoniales: matrimonio religioso para los creyentes, matrimonio civil para los no creyentes o para los creyentes que no quieran someterse a las disposiciones de su confesión religiosa.-

*máximum los principios que deben observar las personas de acuerdo a las confesiones religiosas a que pertenecen*⁵³”.-

El hombre de derecho debe juzgar los problemas jurídicos desde el punto de vista laico, preservando los principios del derecho natural: “*Con independencia de nuestra condición de católicos, somos ciudadanos argentinos y cuando enjuiciamos leyes argentinas, en nuestra condición de hombres de derecho, nos colocamos siempre en el punto de vista estrictamente laico y juzgamos a los textos legales y reglamentarios en función de las normas constitucionales, de los principios generales del derecho laico y de la técnica jurídica laica*”⁵⁴”.-

D.- PRESENCIA DE LA DOCTRINA CATOLICA EN SUS DOCUMENTOS

Una de las características peculiares de Molinario en sus estudios es su explicación de la teoría ortodoxa de la religión católica.- Más aún, ha dejado asentado en ellos su concepto acerca del catolicismo: “*El catolicismo como toda religión consta de tres partes: a) El Dogma, o sea las verdades que hay que creer; b) La Liturgia, o sea las distintas fórmulas y ceremonias que deben observarse para rendir el debido homenaje a la Divinidad y solicitar a ésta y a determinadas personas que intercedan ante Dios para la consecución de la gracia santificante para obtener los singulares beneficios espirituales que el invocante necesita; c) La Moral o sea los deberes que tiene el individuo que cumplir para con la Divinidad (los tres primeros Mandamientos dados por Dios a Moisés) y los que deben observarse respecto del prójimo (son los siete Mandamientos que también dio Dios a Moisés) y el Mandamiento nuevo que dio Cristo "amar al prójimo como a sí mismo, por amor a Dios*”⁵⁵”.-

No queremos dejar de señalar en esta parte que Molinario, a diferencia de sus antecesores católicos, fundamentó los institutos jurídicos en la Biblia.- Esto no significa que sus precesores hayan sido menos creyentes, sino que se encontraron inmersos en un ambiente positivista.- Cabal ejemplo de lo afirmado son sus citas

⁵³ A.D.Molinario, “*En el centenario...*”, Jurisprudencia Argentina, 1967-IV, p.356, Punto I, 2.-

⁵⁴ A.D.Molinario, “*De nuevo sobre...*”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.858, Punto XIII.-

⁵⁵ A.D.Molinario, “*Constitución nacional...*”, LA LEY1984-C, versión online, punto IV, b).-

de versículos de la Sagrada Escritura para exponer los fundamentos del derecho de propiedad⁵⁶.-

2.- PARTE GENERAL

A.- SU ESTIMA ACERCA DEL CODIGO CIVIL

Consideraba el fruto del trabajo jurídico de Vélez Sarsfield⁵⁷ como una obra excelsa y del mayor rigor científico⁵⁸.-

Le formuló las siguientes objeciones: “1º) *Era inconstitucional por cuanto violaba la libertad de conciencia al prohibir a los habitantes carentes de toda religión, u observantes de una religión no organizada entre nosotros, la posibilidad de contraer matrimonio; 2º) Es inconstitucional en cuanto organiza el usufructo paterno con detrimento del derecho de propiedad de los hijos; 3º) Es inconstitucional al organizar el sistema legitimario a base de legítimas superiores al 33 % de los bienes dejados por el causante...4º) Al someter el régimen de la propiedad de los ganados al art. 2412, siguiendo ciegamente el derecho francés y apartándose del derecho vernáculo, dio origen a la subsistencia inconstitucional de este último; 5º) Haber adoptado el sistema de la posesión hereditaria de pleno derecho, apartándose del derecho patrio, conforme al cual todos, absolutamente todos los herederos testamentarios y ab intestato debían solicitar la posesión hereditaria a los jueces; 6º) Haber limitado la inscripción registral al derecho hipotecario exclusivamente*⁵⁹”.-

Con respecto a las fuentes, adoptó una actitud prudente: Estudiar primero el ordenamiento jurídico como sistema y luego recurrir a sus antecedentes.- En tal sentido, sin dejar de ser partidario del conocimiento del derecho romano, no

⁵⁶ A.D.Molinario, “*Derecho patrimonial...*”, p.150.- Tampoco rehuye fundamentar el derecho de propiedad desde el punto de vista del Derecho Natural. Lo encuentra en el trabajo, es decir, la elaboración o apoderamiento de cosas para satisfacer necesidades.-

⁵⁷ Lo calificó con cita de Chánenton, como “*la capacidad jurídica más excepcional que ha tenido el país*” sino también, “*el estadista de inteligencia más robusta y de más vasta ilustración*” como lo juzgó otro estadista de la talla de Carlos Pellegrini”, A.D.Molinario, “*De nuevo sobre...*”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.849, Punto IV.-

⁵⁸ “*A pesar de que aborrecemos poner apellido a las leyes, encontramos justificado que se diga “Código de Vélez Sarsfield” porque Vélez Sarsfield fue el autor único de esa magna obra que, pese a errores que contiene representa un esfuerzo ciclópeo.- El Código Civil tuvo originariamente 4051 artículos y ha legislado satisfactoriamente, volvemos a repetirlo, pese a los errores que contiene, casi todos los aspectos que hacen al Derecho Privado Común*”, A.D.Molinario, “*La reforma de 1968...*”, LA LEY1981-C, versión online, Punto VII, a.-

⁵⁹ A.D.Molinario, “*La reforma de 1968...*”, LA LEY1981-C, versión online, Punto VII, nota 13.-

apreciaba al Código Civil argentino como una copia del Digesto, sino resultado de la influencia de los derechos francés, canónico y germánico.-

B.- REFORMA REALIZADA POR LA LEY 17.711

No gozaba de igual consideración la reforma de Código Civil producida por la ley 17.711⁶⁰: *“creemos que se trata de una reforma atécnica, desaliñada en grado máximo, que contiene más errores que aciertos, y por ello propiciamos su derogación, lisa y llana⁶¹”*.-

En un primer momento, atribuyó la autoría de varios de los artículos reformados a la pluma de Spota; consideraba, que por razones de estricta justicia, debía hablarse de Código de Spota⁶², ya que este doctrinario tuvo mayor intervención que la de Borda.-

C.- SU POLEMICA CON BORDA

A raíz de una referencia hecha en la introducción del libro de *“Las relaciones reales”*, publicado en 1981 (segunda edición), acerca de la influencia de Borda y Spota en la reforma y el valor de ella, discutió literalmente con el primero sobre los siguientes puntos:

- **AUTORIA DE BORDA:** especificó que eran seis los artículos de la reforma cuya origen pertenecían a la labor de Borda: *“el art. 3º, el art. 509, la supresión del inc. 1º del art. 515 y el 67 bis y el 76 de la ley nacional 2393 (Adla, XXVIII-B, 1799).- Además fue por moción de él que se modificó el actual art. 2618 del Cód. Civil acogiéndose parcialmente el pensamiento que él expuso.- Tenemos entonces que se deben al doctor Borda, según tenemos entendido, cuatro artículos reformados del Código Civil, ya que las dos reformas del 67 bis, y el 76, si bien forman parte de*

⁶⁰ La Comisión redactora fue compuesta por José F.Bidau, Abel M.Fleitas, Roberto Martínez Ruiz, José María López Olaciregui, Dalmiro Alsina Atiena, Alberto G.Spota y Guillermo A.Borda.-

⁶¹ A.D.Molinario, *“De las relaciones...”*, p.26.-

⁶² Molinario no era partidario de denominar una obra legislativa en referencia a la persona de su autor: *“No hemos dicho que la Reforma deba denominarse Código de Spota.- Y para que no se crea que hacemos simplemente una afirmación vamos a transcribir íntegramente el párrafo: “Señalamos esta rectificación para que no se incurra en el error de creer que la Comisión estuvo compuesta por los tres firmantes de que da cuenta la documentación oficial para que no se hable del Código de Borda, pues si por la entidad de las reformas podría (aparece el condicional) hablarse de un nuevo Código, en justicia estricta tendría (volvemos a usar el condicional) que decirse entonces Código de Spota...De todos modos, creemos sinceramente que la paternidad de las reformas no constituye galardón alguno para cualquiera de los juristas integrantes de la Comisión”, A.D.Molinario, “La reforma de 1968...”*, LA LEY1981-C, versión online, Punto V.-

la ley 2393 y ésta ordenó la incorporación de la misma al Código, como es sabido, tal incorporación no se produjo y por eso la misma ley 17.711 considera las reformas a la ley de matrimonio civil por separado⁶³”.

- **LABOR DE SPOTA:** fue el encargado de presentar la lista de artículos modificados y proponer las soluciones.-
- **DEFECTUOSA COSTUMBRE ES LA ATRIBUCION DE LA PATERNIDAD DE UNA OBRA LEGISLATIVA A UNA PERSONA CUANDO ES REDACTADA POR UNA COMISION:** Dado que tal ordenamiento es sancionada por el Congreso y promulgado por el Poder Ejecutivo, es una práctica “barbara” designarlo haciendo referencia a algunos de los autores de los proyectos⁶⁴.- Por ello, “*El Código Civil es y ha sido de Dalmacio Vélez Sarsfield; la ley 17.711, que fue debida a una Comisión, en la que todos sus miembros al decir de Borda "trabajaron con pareja eficacia" no es más que una de las tantas modificaciones que ha experimentado el Código Civil Argentino*⁶⁵”.-
- **CARÁCTER MONSTRUOSO E INCONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 67 BIS DE LA LEY 2393⁶⁶:** La primera calidad resulta de la incompatibilidad del orden público del matrimonio y la dispensa de obligaciones de esta unión legal que determinó el artículo 67 bis⁶⁷.-

Su inconstitucionalidad la basó en las razones que expuso en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil: “1º) *La forma republicana de*

⁶³ A.D.Molinario, “*La reforma de 1968...*”, LA LEY1981-C, versión online, Punto IV.-

⁶⁴ “*Es una pésima costumbre, muy generalizada en nuestro país, la de designar a las leyes por el nombre de quienes la proyectaron, porque es una demostración más del caciquismo político desgraciadamente tan arraigado entre nosotros.- La ley, en tiempos de normalidad constitucional, es obra del Congreso o de la Legislatura Provincial y del Poder Ejecutivo nacional o local.- Sólo por adulonería u obsecuencia etc., puede ponerse apellidos a las leyes*”, A.D.Molinario, “*La reforma de 1968...*”, LA LEY1981-C, versión online, Punto IV.-

⁶⁵ A.D.Molinario, “*La reforma de 1968...*”, LA LEY1981-C, versión online, Punto VII, a.-

⁶⁶ Este artículo permitió la separación personal por presentación conjunta.-

⁶⁷ “*Es imposible organizar el matrimonio como institución de orden público cuyos efectos y estructuras se encuentran por encima de la voluntad de los contrayentes, y al mismo tiempo autorizar a los cónyuges a dispensarse convencionalmente de las obligaciones que resultan del matrimonio.- Como ambos términos se excluyen, resulta indudable que al haber reconocido semejante efecto a la voluntad de los cónyuges el legislador ha debilitado la solidez del matrimonio y de la familia...Y decimos que es monstruoso porque es vituperable...tal como está redactado, convierte a los jueces en "confesores laicos de los matrimonios que quieren separarse"*”, A.D.Molinario, “*La reforma de 1968...*”, LA LEY1981-C, versión online, Punto IX.- (la negrita nos pertenece).-

gobierno exige el asentamiento y la motivación de todos los actos de gobierno (leyes, decretos, ordenanzas, edictos, resoluciones, etc.) y de las sentencias y resoluciones judiciales.- El art. 67 bis prohíbe todo asentamiento y motivación.- 2º) La forma republicana de gobierno exige la responsabilidad de los funcionarios públicos, la cual, para ser efectiva supone la acreditación de los hechos y razones que originan la resolución funcional.- El art. 67 bis al imponer el secreto hace posible el contralor de la actuación del Magistrado.- 3º) La forma republicana de gobierno excluye la concesión a un funcionario público o a un Magistrado, en forma total o parcial la suma del poder público.- El art. 67 bis al mismo tiempo que torna impotente al juez para controlar la veracidad de lo manifestado por los cónyuges, le acuerda en orden a la separación personal y homologación de convenio la suma del Poder Público en ámbito reducido, pero que no por ello deja de ser concesión de la suma del Poder Público.- 4º) Democracia es igualdad, excluyente de toda distinción irrazonable o persecutoria.- El art. 67 bis finca la separación personal de los cónyuges en una confesión secreta incontrolable por parte del Magistrado; mientras que la prueba de confesión es excluida en los juicios de separación personal contenciosos.- Más aún; puede darse el caso de que el juez, en función de su ciencia y conciencia, admita como causal grave justificatoria de la separación personal una distinta de las contempladas en el art. 67 como podría ser, por ejemplo, la incompatibilidad de caracteres.- La posibilidad de lograr la separación personal por causas diferentes a las que deben acreditarse para lograr la separación personal en juicio contencioso y la admisión en un caso de la prueba de confesión y su exclusión en otro son repugnantes al art. 16 de la Constitución Nacional de 1860⁶⁸.-

⁶⁸ A.D.Molinario, “La reforma de 1968...”, LA LEY1981-C, versión online, Punto IX, nota 21.-

Molinario en este punto fue profeta: “La separación judicial simplemente homologada trajo, como se sabe, el divorcio vincular en Italia y lo va a traer también en la República Argentina; es el paso más positivo que se ha dado en nuestro país en pos del divorcio vincular, después de la sanción del art. 31 de la ley 14.394 (Adla, XIV-A, 237), pues introduce en la población y la acostumbra a la idea de la licitud del mutuo consentimiento rescisorio del vínculo matrimonial y arraiga en la población el concepto de que el matrimonio es asunto privado”, A.D.Molinario, “La reforma de 1968...”, LA LEY1981-C, versión online, Punto IX.-

- **DEFECTO FUNDAMENTAL DE LA REFORMA:** Ella consistió en la falta de concreción en la normativa que permitió a los magistrados una potestad de creación normativa: *“El legislador no puede limitarse a fijar principios generales para dejar librados a los jueces la regulación normativa de los conflictos que se susciten entre particulares, la solución la debe dar el legislador y es de buena técnica evitar al mismo tiempo el casuismo excesivo, pero, si éste es malo, pero es aún la actitud del legislador que deja librado a los jueces la creación de las normas jurídicas en la casi totalidad de los supuestos y éste es el defecto fundamental que presenta la reforma de 1968 en la que los que actuaron a la manera de legisladores remiten en muchos casos a lo que dispongan los jueces teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso⁶⁹”*.-

D.- SU CONCEPCION SOBRE EL DERECHO

Definió al derecho subjetivo como *“facultad que el derecho objetivo otorga a la persona respecto de otras personas o de los bienes, para cuyo efectivo cumplimiento le concede acciones y excepciones que se hacen valer ante los órganos jurisdiccionales pertinentes y, en determinadas situaciones excepcionales, le da también la posibilidad de emplear la violencia para lograr el respecto de los mismos⁷⁰”*.-

Practicó una división tripartita de él: derechos individuales, también conocidos como personalísimos, de familia y patrimoniales.- Los primeros se dividen en concedidos en virtud del derecho público o derecho privado.-

El derecho patrimonial surge de dos derechos individuales esenciales: derecho a la vida y al trabajo.- El patrimonio, más que un atributo de la personalidad, como lo calificara Aubry y Rau, es derecho derivado de la naturaleza humana.- Coincidió con los autores nombrados, que es preferible la teoría del patrimonio único ya que los supuestos especiales no justifican una categoría especial aunque se encuentren afectados bienes determinados.-

Lo dividió en derechos personales, reales e intelectuales.- Se apartó de las concepciones monistas, que postulan la existencia de una única entidad, porque a

⁶⁹ A.D.Molinario, *“La reforma de 1968...”*, LA LEY1981-C, versión online, Punto XI.-

⁷⁰ A.D.Molinario, *“Derecho patrimonial...”*, pp.16-17.-

su juicio “*carecen de toda trascendencia práctica y constituyen un fracaso desde el punto de vista conceptual*”⁷¹.-

Molinario ha legado a la doctrina jurídica argentina definiciones al mejor estilo aristotélico:

- Entendió a los derechos reales como “*el derecho patrimonial que otorga a su titular una potestad exclusiva y directa, total o parcial, sobre un bien actual y determinado, para cuyo ejercicio no es necesario el concurso de ningún otro sujeto, cuya existencia, plenitud y libertad pueden ser opuesta a cualquiera que pretenda desconocerla o menoscabarla con el fin de obtener su restitución o la desaparición de los obstáculos que la afectan, en virtud de la cual pueden utilizarse económicamente el bien en provecho propio, dentro del ámbito señalado por ley, y que, en caso de concurrencia con otros derechos reales de igual o distinta naturaleza que tengan como asiento el mismo objeto, el primero en el tiempo prevalece sobre el posterior*”⁷².-
- Definió al derecho creditorio⁷³ como “*el derecho patrimonial en virtud del cual su titular puede exigir de otro sujeto el cumplimiento de una prestación que puede consistir en hacer o no hacer, susceptible de apreciación pecuniaria y que, siempre que no se trate de una obligación de dar suma de dinero, en caso de incumplimiento, faculta accesoriamente al acreedor, según la naturaleza de la prestación, a proporcionársela por acción de un tercero a costa del deudor u obtener la entrega de una suma de dinero en sustitución de la prestación, que debe proceder de una causa fuente lícita, que comporta además otras facultades en orden a la realización efectiva de la prestación con inclusión, en los supuestos taxativamente señalados por la ley de un privilegio para el cobro preferente que puede hacerse valer respecto de los otros acreedores, sean de igual o de distinta naturaleza; y que, en ciertas situaciones, sólo otorga una excepción que impide la repetición de lo pagado voluntariamente por el obligado*”⁷⁴.-

⁷¹ A.D.Molinario, “*Derecho patrimonial...*”, p.42.-

⁷² A.D.Molinario, “*Derecho patrimonial...*”, p.43.-

⁷³ La denominación de derechos personales, para él, es confusa dada la idea equivocada que conlleva con el derecho de familia.-

⁷⁴ A.D.Molinario, “*Derecho patrimonial...*”, pp.67-68.-

- Predicó que el derecho intelectual, siguiendo la postura autónoma de Salvat, es *“el derecho patrimonial que otorga a su titular una potestad exclusiva y temporaria sobre una creación del intelecto, con independencia de la propiedad de las manifestaciones sensoriales a que puede dar lugar, en virtud de la cual puede aprovecharla económicamente en función de todas esas manifestaciones sensoriales en beneficio propio y sin perjuicio de que, en situaciones taxativamente señaladas por la ley, pueda verse obligado a consentir que terceros usen en cierta medida de la misma, y que puede ser opuesto a quienquiera que pretenda desconocerlo o menoscabarlo⁷⁵”*.-

3.- DERECHO DE FAMILIA

A.- SU CONCEPTO DE LA LEGISLACION ARGENTINA MODERNA

El ilustre civilista ha dejado para la posteridad un juicio severo acerca del alejamiento por parte del legislador de los principios tradicionales que han nutrido el ordenamiento jurídico argentino: *“es que, merced a la libre y subjetiva interpretación de las leyes por parte del Poder Judicial, se llega hasta el extremo de elaborar un derecho paralelo al sancionado por el Congreso Nacional; y que, en el terreno del quehacer legislativo, se pretende culminar la descristianización del derecho de familia con el restablecimiento del divorcio vincular y la equiparación absoluta de todos los hijos, seguimos teniendo fe en el derecho y esperamos que las nuevas generaciones realicen en lo jurídico, así como también en lo político, económico, social y cultural, lo que debió hacerse realizado en nuestro país en ciento cinco años que han sido prácticamente perdidos para la Nación⁷⁶”*.-

B.- INDISOLUBILIDAD DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

La indisolubilidad laical y canónica no coinciden en virtud que la primera no admitió *“excepciones de los privilegios Paulino, Cuasipaulino y Cetrino⁷⁷”*.-

⁷⁵ A.D.Molinario, *“Derecho patrimonial...”*, p.183.- El aspecto moral no es desconocido por el civilista.- No hay que olvidar que la obra citada tiene como objeto el derecho patrimonial en su faz económica.-

Molinario fue uno de los primeros autores en considerar como especie de derecho intelectual a las patentes y marcas, además de la propiedad científica, literaria y artística.-

⁷⁶ A.D.Molinario, *“De las relaciones...”*, p.19.-

⁷⁷ A.D.Molinario, *“Contestación al “Proyecto de Reforma al Código Civil y el Divorcio Vincular” de Roberto Repetto (h.)”*, LA LEY1986-E, versión online, Punto II, nota 3.-

Ella es divina por preceder de Dios y es humana por convenir a la naturaleza de la humanidad; Dios no puede imponer soluciones imposibles de cumplir⁷⁸.-

En una oportunidad, entabló su defensa basándose en argumentos agnósticos.- Su intención no era renunciar al estudio de los principios divinos, sino entablar la discusión intelectual a la luz de la razón⁷⁹.-

En esa oportunidad destacó:

- La supervivencia de un Estado radica en la mayor cantidad posible de habitantes.- El divorcio ataca sus fundamentos al incrementar la disminución de la natalidad⁸⁰.-

- El orden familiar, reforzado por la indisolubilidad del vínculo matrimonial, contribuye a la concordia social⁸¹.-

- El divorcio al permitir la existencia de padrastro o madrastra genera desequilibros en los hijos.- Debe limitarse al supuesto de muerte de uno de los progenitores⁸².-

- La indisolubilidad asegura a la mujer su rol de madre ante actitudes indebida del marido⁸³: *“Si no existe la indisolubilidad, la mujer casada tratará de no ser fecundada hasta tanto no esté absolutamente tranquila en orden a la estabilidad del vínculo por ella contraído: y aun cuando llegue a ese convencimiento procurará tener la menor descendencia que le sea posible, pues, en el supuesto de*

⁷⁸ A.D.Molinario, “Contestación al “Proyecto...”, LA LEY1986-E, versión online, Punto II.-

⁷⁹ “Prescindimos en este trabajo de toda consideración de carácter religioso, no porque el matrimonio y la familia no sean cuestiones sustancialmente religiosas(10), sino para evitar la diversión(11) en que incurren los laicistas cuando desean atacar a quienes sostienen la indisolubilidad matrimonial”, A.D.Molinario, “De algunas alegaciones agnósticas a favor de la indisolubilidad matrimonial”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina 1974, p.543, Punto I, 3.-

⁸⁰ “Todo Estado experimenta la necesidad de contar con el mayor número de habitantes que le sea posible y el divorcio contribuye a la disminución de la natalidad”, A.D.Molinario, “De algunas alegaciones agnósticas...”, Doctrina 1974, p.545, Punto II, 5.-

⁸¹ “Todo Estado tiene necesidad en orden a que sus habitantes sean procreados y formados en hogares regularmente constituídos, o sea asentados sobre el matrimonio estable y para que éste lo sea, el vínculo ha de ser indisoluble”, A.D.Molinario, “De algunas alegaciones agnósticas...”, Doctrina 1974, p.547, Punto II, 6.-

⁸² “Necesidad de impedir que el ser humano tenga la posibilidad de conocer padrastro o madrastra, salvo en supuesto de muerte de uno de los progenitores”, A.D.Molinario, “De algunas alegaciones agnósticas...”, Doctrina 1974, p.551, Punto III, 10.-

⁸³ “Necesidad de asegurar a la mujer el cumplimiento de sus funciones específicas de madre y reina del hogar, frente a posibles desviaciones del marido no verdaderamente viril”, A.D.Molinario, “De algunas alegaciones agnósticas...”, Doctrina 1974, p.552, Punto III, 11.-

*divorcio vincular, el número de hijos que tenga a su cuidado constituirá un serio obstáculo para volver a encontrar marido*⁸⁴.-

- El hombre y la mujer al complementarse uno con el otro constituyen órganos complementarios que, a imitación de los de la naturaleza, no deben separarse⁸⁵.-

- El divorcio impide la dación de los cuerpos acorde con la dignidad humana, menoscabándola⁸⁶.-

- La disolución del vínculo por esta causal produce daños a la prole⁸⁷.- Es más perjudicial que la separación personal⁸⁸.-

- El divorcio impide prestar la ayuda necesaria para la formación espiritual y moral de los hijos por ambos progenitores.- Este apoyo subsiste si alguno de los descendientes es incapaz, o reaparece si perdieron la capacidad adquirida⁸⁹.-

C.- DIVORCIO

Como católico, siempre fue adverso a esta posibilidad.- Ha escrito juicios muy severos acerca de éste: *“Si mala es la separación personal de los cónyuges, peor todavía es el divorcio al acordar nueva aptitud nupcial al cónyuge culpable de la separación que le da así oportunidad para engendrar nuevas víctimas, como*

⁸⁴ A.D.Molinario, *“De algunas alegaciones agnósticas...”*, Doctrina 1974, p.552, Punto III, 11.-

⁸⁵ *“los componentes de la pareja resultan ser órganos que al unirse se asocian a la obra creadora de Dios o de la naturaleza...Si la naturaleza humana no da un tercer pulmón al que tiene lesionado uno, del mismo modo no puede dársele un segundo cónyuge a quien tiene uno, mientras éste vive”*, A.D.Molinario, *“De algunas alegaciones agnósticas...”*, Doctrina 1974, p.555, Punto IV, 14.-

⁸⁶ *“La libertad y la dignidad humanas impiden una dación de los cuerpos en función de la complementación biológica que no sea total y perdurable por ella”*, A.D.Molinario, *“De algunas alegaciones agnósticas...”*, Doctrina 1974, p.555, Punto IV, 16.-

⁸⁷ *“los hijos no solamente sufren espiritualmente, sino que incurrir en desórdenes de conducta, experimentan traumas y complejos y hasta dolencias físicas de origen nervioso.- ¿Con qué derechos pueden esos progenitores que dañan así a sus hijos, sangre de su sangre, requerir nuevamente la concesión de la libertad nupcial? ¿Acaso, para hacer nuevas víctimas?, A.D.Molinario, “De algunas alegaciones agnósticas...”*, Doctrina 1974, p.557, Punto IV, 17.-

⁸⁸ *“Mucho se discute en el campo jurídico acerca de si resulta o no más conveniente para los hijos el divorcio vincular que la simple separación personal.- Tanto uno como otros implican verdaderas desgracias, no sólo para los hijos, sino también para quienes se vean obligados a recurrir a tales remedios por inconducta del otro.- Pero, de los dos males, el menor es el que resulta de la separación personal”*, A.D.Molinario, *“De algunas alegaciones agnósticas...”*, Doctrina 1974, pp.556-557, Punto IV, 17.-

⁸⁹ *“siendo universalmente aceptado que para la formación de los hijos se requiere en concurso simultáneo de los padres que lo engendraron, se advierte sin ninguna dificultad que cuando la pareja ha sido fecunda debe manifestarse la unión hasta tanto el fruto de la misma haya alcanzado la posibilidad de obrar por sí mismo en el seno de la sociedad”*, A.D.Molinario, *“De algunas alegaciones agnósticas...”*, Doctrina 1974, p.559, Punto IV, 19.-

*ocurre con la vida de ciertos ídolos populares, sobre todo en los Estados Unidos de América, que llegan a "contraer matrimonio" hasta cinco o seis veces y más durante su existencia, originando así una poligamia o poliandria sucesivas que repugna al más elemental sentido común y moral medio e irreparable daño moral, los engendrados en tales uniones...es una entidad que persigue la salvación humana en función del más allá"*⁹⁰.-

D.- BIBILONI Y LA COMISION REFORMADORA DEL AÑO 36⁹¹ EN MATERIA DE DISOLUBILIDAD DEL VINCULO: SU DISPUTA CON ROBERTO REPETTO (H).-

Adquirió la costumbre todos los años de hacer leer en sus clases de familia la nota de Bibiloni confeccionada en su Proyecto que optaba por el sistema de divorcio vincular⁹².- La elegía por ser modelo excelso de discurso en tal postura, aunque lamentaba profundamente su contenido.-

Tuvo la ocasión de entablar una discusión intelectual con el Doctor Roberto Repetto (h)⁹³ en virtud de las posiciones que había adoptado Bibiloni.-

Analizando integralmente todos los documentos que hemos tenido la oportunidad de encontrar podemos determinar las siguientes opiniones del civilista:

- **DISTINCION EN EL AMBITO CANONICO ENTRE LA NULIDAD Y DIVORCIO:** Son dos supuestos totalmente distintos para la Iglesia Católica.- La nulidad impugna la validez de un matrimonio, mientras que el segundo lo "rescinde" para el futuro⁹⁴.-

⁹⁰ A.D.Molinario, "La discusión y la solución definitiva dada por la comisión que produjo el proyecto de Código Civil de 1936 en materia de divorcio vincular", LA LEY 1986-C, versión online, nota II.-

⁹¹ Sus miembros eran los doctores Roberto Repetto, José A. Gervasoni, Héctor Lafaille, Enrique Martínez Paz, Julián V. Pera, Juan C. Rébora, Rodolfo Rivarola y Raimundo M. J. Salvat.- Los secretarios de la Comisión fueron Lafaille y Rébora.- Elaboraron el proyecto Lafaille y Tobal, que fue elevado al Ministerio de Justicia e Instrucción Pública de la Nación el 1º de octubre de 1936.-

⁹² Fue la única institución que sin hesitación Bibiloni apoyaba.- Empleó un lenguaje dubitativo en referencia a las demás.-

⁹³ Salió publicado en el diario La Prensa, ejemplar del 13 de abril de 1986, un artículo de Roberto Repetto (h) titulado "El Divorcio y Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni".-

⁹⁴ "El divorcio vincular es una causa de rescisión del acto jurídico matrimonial que supone necesariamente la existencia de un matrimonio válido.- En cambio, la nulidad matrimonial va dirigida a resolver todo otro problema, cual es el de la validez del vínculo matrimonial", A.D.Molinario, "La discusión...", LA LEY 1986-C, versión online, Punto II.-

- **EL TRATAMIENTO DEL EL DIVORCIO VINCULAR EN COMISIÓN REFORMADORA:** Entre sus integrantes, Rébora y Repetto deben ser considerados como favorables a su recepción legislativa.- Lafaille, gran profesor y ferviente católico, fue adverso a ello.-

Del análisis de las actas de la Comisión, Molinario pudo precisar que el motivo de la discusión de la reunión del día 9 de Octubre de 1926 fue el método y el orden del código: *“pero debe entenderse por método en su faz externa que trajo como consecuencia la adopción de un plan que distribuía todo el material del Código en seis libros contra la metodología del Código Civil actual”*⁹⁵.-

No se estudió en dicha oportunidad las instituciones introducidas por Bibiloni ya que se aceptó la mención de Rivarola.- Ella consistió en que debían ser objeto de tratamiento en el futuro, cada una en particular.-

Posteriormente, en la sesión de fecha 18 de Septiembre de 1933, los integrantes de la Comisión trataron los temas del derecho de familia, entre los que se incluía el divorcio vincular.- Lafaille fue desde el primer momento adverso a tal posibilidad: *“desea manifestar que no se ha encontrado un número de casos suficientemente graves que justifiquen la necesidad de la disolución del vínculo matrimonial”*⁹⁶.- Martinez Paz coincidió con tal tesis; sin embargo, se fundó en la superioridad del interés social que conlleva el matrimonio sobre la felicidad individual del individuo.- Tobal, Repetto y Rivarola se pronunciaron afirmativamente.-

Sin embargo el último de los nombrados se retractó de su opinión.- En una carta a Repetto escribió: *“El día 17 de este mes expondré en público juicios sobre el régimen del matrimonio establecido en la nueva Constitución del Brasil, contradictorios con el voto que di en la Comisión al tratar la disolución del vínculo conyugal por divorcio absoluto.- He retardado en satisfacer mis deseos de fundar esta rectificación, absorbido por tareas de mayor urgencia.- La circunstancia mencionada me impone la oportunidad de rogarle que sea computada mi decisión en el sentido de mantenerse la solución dada por el Código Civil.- Son valederos en uno y*

⁹⁵A.D.Molinario., “La discusión...”, LA LEY 1986-C, versión online, Punto II.-

⁹⁶A.D.Molinario., “La discusión...”, LA LEY 1986-C, versión online, Punto IV.-

otro sentido, motivos de orden social, que, si me fuera posible expondré en otro momento... Fdo: Rodolfo Rivarola”⁹⁷.-

En definitiva, habría obtenido la victoria la indisolubilidad del vínculo.- No obstante, es dable señalar que cuando se aprobó el Proyecto se decidió elevarlo conjuntamente las dos propuestas para que fueran decididas por el Congreso de la Nación.- No en vano se expuso en la nota de elevación del informe de la Comisión y del Proyecto del Código Civil de 1936: "*Dentro del régimen de la familia ha surgido entre nosotros la única divergencia fundamental.- Si bien coincidimos en la necesidad de unificar la unión legítima y aceptamos que ello es la base de las agrupaciones humanas, el difícil y siempre candente problema del divorcio ha dividido nuestro voto, aunque por último la mayoría resolvió mantener la indisolubilidad del vínculo; pero con modificaciones de importancia, que mejoran el sistema implantado en 1889...En atención al interés y a la trascendencia del asunto hemos resuelto elevar a V. E. además el proyecto del divorcio limitado a la separación de cuerpos, el referente al divorcio absoluto, e indicar en el texto las modificaciones que deberían introducirse en ciertos artículos, para el caso de que se considerase conveniente admitir el segundo*".-

- **CAMBIO DE ACTITUD DE BIBILONI:** Para la generalidad de la doctrina, este autor ha quedado como enrolado en la tesis divorcista.- En postura aislada y, asimismo que causa asombro, Molinario afirmó lo contrario.-

A raíz de conversaciones con Tobal, ya que ambos eran profesores de la Universidad Nacional de la Plata, se enteró de tal cambio de opinión.- Por ello, le solicitó a este miembro de la citada Comisión una carta emanada de su persona que lo ratificara.- Transcribimos a continuación la misiva: "*Efectivamente, alguna vez, refiriéndose al divorcio, le oí al doctor Repetto, presidente de la Comisión de Reformas del Código Civil, que el maestro Bibiloni, después, bastante después de haber presentado su Anteproyecto, abrigó fuertes dudas acerca de si convenía para nuestro país la solución del divorcio vincular que había propiciado y defendido*

⁹⁷ La carta lleva como fecha 6 de mayo de 1935.- Aparece en el pie del acta de la sesión núm. 34 celebrada el 4 de julio de 1936.- Lo subrayado nos pertenece.-

con sus notas tan brillantes como plenas de argumentos y doctrinas.- En esa ocasión nos refirió el doctor Repetto que él le había aconsejado no innovar sobre soluciones que ya tenían estado público.- Lo cierto es que Bibiloni, no remitió ninguna comunicación rectificando su parecer, ni siquiera una simple nota, como lo hiciera al final el doctor Rivarola.- Por eso se contó siempre al doctor Bibiloni entre los divorcistas⁹⁸.-

RAZONES DEL DOCTOR TOBAL PARA ACEPTAR EL DIVORCIO VINCULAR: El doctor Tobal es considerado como perteneciente a la escuela jurídica católica.- Es de extrañar la aceptación de una postura contraria a las enseñanzas tradicionales de la Santa Iglesia.- En la misma carta mencionada anteriormente explicó su parecer: *“Recuerdo sí que en mi conversación con los colegas les expresé que si no obstante los relatos religiosos de mi educación que tanto pasaban en mi alma, me decidí a plegarme a la tesis divorcista, ello lo fue por la suerte de los hijos nacidos de esas uniones, máxime cuando en los comienzos de mi actuación como juez civil, había decidido en un caso de resonancia, la invalidez para nuestra ley, del subsiguiente matrimonio celebrado en el Uruguay por un cónyuge o cónyuges casados en la Argentina, con las consecuencias legales para los hijos nacidos de esas uniones.- En aquella época, no estaban vigentes en nuestro Código las disposiciones que eliminaron las clasificaciones de adulterinos e incestuosos.- Ciertamente es que para remediar la dureza de las soluciones por lo menos en lo económico, el proyecto del 36, tenía decidido ampliar el porcentaje de la herencia de los hijos nacidos fuera del matrimonio, lo que así se hizo⁹⁹.-*

Sin embargo, no podemos dejar de señalar, como lo hizo el mismo Molinario, que Tobal no se olvidó de las enseñanzas recibidas en su juventud, ya que la intención de indisolubilidad manifestada por los contrayentes la convirtió en causal obstativa del divorcio vincular¹⁰⁰.-

⁹⁸A.D.Molinario, “La discusión...”, LA LEY 1986-C, versión online, Punto VIII.-

⁹⁹A.D.Molinario, “La discusión...”, LA LEY 1986-C, versión online, Punto VIII.- Mucho valor tienen sus palabras para comprender su personalidad ya que fue redactada la carta en su lecho de muerte.-

¹⁰⁰ “El art. 387, redactado por el doctor Tobal dice así: “Cuando al casamiento civil le hubiera seguido la consagración religiosa de cualquier comunión que establezca la indisolubilidad del vínculo, podrá el cónyuge demandado oponerse al divorcio absoluto, y la sentencia que se dictare, sólo implicará la separación de cuerpos.- El mismo

JUICIO SOBRE LA LABOR DE LA COMISION: *“han realizado una labor extraordinariamente útil de ciencia y técnica y que los argentinos por razones pragmáticas no lo pueden desdeñar y al mismo tiempo depositaron su experiencia en la judicatura en el ejercicio de la profesión de abogado¹⁰¹”.-*

E.- EL DIVORCIO VINCULAR ES CONTRARIO A LA CONSTITUCION NACIONAL DE 1860

Uno de los primeros políticos argentinos en comprender este tema fue Hipólito Yrigoyen.- En un mensaje enviado al Congreso de la Nación el 10 de setiembre de 1922 ante la presentación de dos proyectos que pretendían introducir en nuestro ordenamiento argentino el divorcio vincular manifestó que: *“El tipo ético de familia que nos viene de nuestros mayores, ha sido la piedra angular en que se ha fundado la grandeza del país, por eso el matrimonio tal como está preceptuado conserva en nuestra sociedad el sólido prestigio de las normas morales y jurídicas en que reposa.- Toda innovación en ese sentido puede determinar tan hondas transiciones, que sean la negación de lo que constituye sus más caros atributos.- Así que V. H. debe meditar muy profundamente para saber*

derecho le asistirá al oponerse a la conversión, a que se refiere el art. anterior”.- El art. 386, en su par. 2^a, dispone: “Cualquiera de los cónyuges, incluso el culpable, podrá también pedir que dicha sentencia se convierta en disolución del vínculo, transcurridos 3 años de la ejecutoria, siempre que los esposos no hubieran restablecido la vida en común.- La conversión debe ser resuelta privativamente por el juez del domicilio del demandado, con tal que éste lo tuviera en la República, pudiendo aplicarse las leyes de este Código”, A.D.Molinario, “La discusión...”, LA LEY 1986-C, versión online, Punto VIII.-

A juicio de Molinario, “Ese artículo no está conforme con la doctrina de la indisolubilidad sostenida por la iglesia, pues deja al hombre llegar a disolver al vínculo con que Dios lo ha unido en matrimonio y como somos partidarios de la indisolubilidad tal como está expresado por la Iglesia Católica, no satisface tampoco al concepto de indisolubilidad agnóstica tal como está sancionado ahora por la ley 2393.- Pero si por casualidad algún legislador argentino, decidido divorcista, tiene tiempo para leernos, lo hemos puesto de manifiesto porque puede constituir un freno al divorcio vincular para todos los que se han casado por la Iglesia Católica que son numerosos en nuestro país, porque dentro de la lógica divorcista, que es exaltación del individuo sobre lo social, se viene a reconocer un derecho a quien contrajo matrimonio creyéndolo que lo contraía para toda su vida y acordándole el derecho de oponer la celebración eclesiástica posterior al matrimonio civil una defensa que no se halla en las leyes divorcistas, pese al excesivo y malsano y antisocial individualismo de las mismas”.- A.D.Molinario., “La discusión...”, LA LEY 1986-C, versión online, Punto VIII.-

¹⁰¹ A.D.Molinario, “Contestación al “Proyecto...”, LA LEY 1986-E, versión online, Punto III.-

si está en las atribuciones de los poderes constituidos introducir reformas de tan vital significación o si ellas pertenecen a los poderes constituyentes¹⁰².-

En el plano constitucional, asignaba al Poder Constituyente la tarea de describir el modelo de familia de la República Argentina.- Aceptaba que estarían habilitados para tratar el asunto las personas electas que hubieran incorporado tal tema a su plataforma electoral¹⁰³.-

Ningún Presidente debió aceptar la disolubilidad del vínculo debido al carácter institucional¹⁰⁴ de la familia.- Además, la Constitución Nacional al

¹⁰² A.D.Molinario, “Constitución nacional...”, LA LEY 1984-C, versión online, punto II.-

Fue muy crítico de la actitud contraria adoptada por los partidos políticos: “*Algunos partidos, en la República Argentina, en lugar de decir claramente al electorado qué es lo que piensan, y qué van a hacer en consecuencia frente al problema del divorcio vincular, prefieren dejar en libertad de acción a sus componentes ante tan gravísima cuestión... Estimamos hartamente criticable esa posición partidaria que nos recuerda el lavado de manos de Pilatos en el proceso incoado a Cristo*”, A.D.Molinario, “Constitución nacional...”, LA LEY 1984-C, versión online, punto II.-

¹⁰³ “*Yrigoyen, que comprendía exactamente la gravedad constitucional que encerraba el pronunciamiento sobre la disolubilidad del vínculo matrimonial, entendía que los representantes del pueblo, sin haber recibido mandato expreso por éste, no debían votar tal cuestión, entendiéndolo que el partido debía inscribir en la plataforma electoral la solución que a su juicio debía darse a tal problema, pues no otro sentido tienen las palabras "mandato expreso" que existen en el mensaje*”, A.D.Molinario, “Constitución nacional...”, LA LEY 1984-C, versión online, punto II.-

¹⁰⁴ Quien ha entendido en su exacta comprensión el carácter institucional del matrimonio es nuestro Codificador, jurista que honra a su República.- Asentó como nota en la leyenda del título primero, de la sección segunda del libro primero del Código Civil: “*La legislación sobre el matrimonio desde la era cristiana hasta el presente ha partido del punto de vista especial que cada legislador tomó sobre tan importante acto.- En un tiempo, la Iglesia Católica lo consideró sólo como un sacramento, y la idea religiosa dominó todo el derecho.- Vino la revolución francesa, y el matrimonio fue legislado por sólo los principios que rigen los contratos.- La lógica del jurisconsulto fácilmente dedujo del error de que partía, las formas que debían acompañarlo para su validez: el divorcio perpetuo, y la omnímoda facultad de hacer las convenciones matrimoniales que los esposos quisieran.- Los extremos no podían satisfacer ni la conciencia de los pueblos cristianos, ni las relaciones indispensables de las familias, ni menos las necesidades sociales.- Un hecho de la importancia y resultados del matrimonio no podría descender a las condiciones de una estipulación cualquiera.- La sociedad no marcharía a la par de las leyes; serían necesarias tantas excepciones al contrato, que vendría a quedar sin ninguno de los principios que sirven de base a las convenciones particulares.- **Había otra manera de considerar el acto que dejaba completamente libre al legislador para formular las condiciones todas del matrimonio, y era reputario como una institución social fundada en el consentimiento de las partes; y entonces las peculiaridades de su naturaleza, su carácter y la extensión de las obligaciones tan diferentes de las de los contratos, podían corresponder al fin de su institución...debe observarse, que el matrimonio es un contrato sui generis, diferente en muchos respectos (sic) de todos los otros contratos, y tanto que las reglas de derecho aplicables a los otros contratos, no pueden aplicarse a éste, ni en su constitución, ni en los medios de ejecución.- El matrimonio es la más importante de todas las transacciones humanas.- Es la base de***”

determinar la pertenencia del Presidente y Vicepresidente a una religión determinada, imponía que el primero, en virtud de su atributo de veto, protegiera el matrimonio de impronta católica¹⁰⁵.-

Por su parte, al delegar en el Congreso la orientación de la conversación indígena al catolicismo, el modelo de matrimonio de la Constitución resultaba del de esta religión concordante con él del derecho natural: único, honesto e indisoluble.-

Resumiendo: *“La sanción de una ley estableciendo el divorcio vincular sería inconstitucional por poseer la Constitución de 1860, una moral católica en virtud de lo establecido en el art. 67, inc. 15 y por el art. 76 que pone al Presidente de la República en la absoluta necesidad de vetar la ley”*¹⁰⁶.-

F.- ANTECEDENTES PATRIOS

Molinario fue un eximio conocedor de los antecedentes patrios en el derecho de familia.- Podemos destacar, a mero título ejemplificativo, los siguientes puntos que, confesamos no saber de su existencia antes de la lectura de sus investigaciones:

- **DERECHO INDIANO:** La forma matrimonial se regía por el Concilio de Trento.- Los reyes de España fueron respetuosos en tal punto del derecho canónico, con excepción de algunos supuestos.- Uno de ello consistió en que las Partidas transformaron el impedimento de mixta religión y disparidad de culto canónico, que se caracterizaba en ser dirimente dispensable, en uno no dispensable.- Disponía la ley 15, título II, Partida IV: *“Desvariamiento de la ley es la sexta cosa que embarga el casamiento, ca ningunt cristiano non debe con judía, nin con mora, nin*

toda la constitución de la sociedad civilizada.- Se diferencia de los otros contratos, en que los derechos, las obligaciones y los deberes de los esposos no son reglados por las convenciones de las partes, sino que son materia de la ley civil, la cual los interesados, sea cual fuere la declaración de su voluntad, no pueden alterar en cosa alguna.- El matrimonio confiere el estado de la legitimidad a los hijos que nazcan y los derechos, deberes, relaciones y privilegios que de ese estado se originan; da nacimiento a las relaciones de consanguinidad y afinidad; en una palabra, domina todo el sistema de la sociedad civil”.- (La negrita nos pertenece).-

¹⁰⁵ *“La Constitución fija “condiciones de conciencia” al Jefe del Estado, que no consiente el establecimiento de la disolubilidad matrimonial tal como resulta del art. 76 de la Constitución Nacional”, A.D.Molinario, “Constitución nacional...”, LA LEY 1984-C, versión online, punto III.-*

¹⁰⁶ A.D.Molinario, *“Constitución nacional...”, LA LEY 1984-C, versión online, punto 5, 4.-*

con herejía nin con otra muger que non toviere la ley de los cristianos, et si casase non valdría el casamiento: pero el cristiano puede desposar con muger que non sea de su ley sobre tal pleyto no se torne ella cristiana antes de que se cumpla el casamiento ei si non se quisiese tornar non valdrán las desposajas¹⁰⁷”.-

- **DERECHO ADOPTADO POR LAS AUTORIDADES NACIONALES:** A raíz de encontrarse incomunicadas las Provincias Unidas con la Santa Sede, la Asamblea del año XIII, bajo una política regalista, sancionó los dos decretos que a continuación se transcriben: “*La Asamblea General declara que el Estado de las Provincias Unidas del Río de la Plata es independiente de toda autoridad eclesiástica que exista fuera de su territorio, bien sea de nombramiento o presentación real¹⁰⁸”.-* El otro consistió en: “*1º La Asamblea General Constituyente, declara que las comunidades religiosas de las Provincias Unidas del Río de la Plata quedan por ahora y mientras no se determine lo contrario, en absoluta independencia de todos los preladados generales existentes fuera del territorio del Estado.- 2º La Asamblea general prohíbe que el Nuncio Apostólico residente en España, pueda ejercer acto alguno de jurisdicción en el Estado de las Provincias Unidas del Río de la Plata.- 3º La Asamblea General ordena que habiendo reasumiendo los Reverendos Obispos de las Provincias Unidas del Río de la Plata sus primitivas facultades ordinarias, usen de ellas plenamente en sus respectivas diócesis, mientras dure la incomunicación con la Santa Sede Apostólica¹⁰⁹”.-*

Con respecto a este último tema, nuestro Codificador, Don Dalmacio Vélez Sarsfield se expidió en un dictamen: “*Cada Obispo tiene en su Diócesis el poder que tiene la Iglesia para las dispensas de los impedimentos del matrimonio.- Los Apóstoles han transmitido a los Obispos sus sucesores, todo el poder que ellos habían recibido de*

¹⁰⁷ A.D.Molinario, “*En el centenario...*”, Jurisprudencia Argentina, 1967-IV, p.356, Punto II, 3.-

¹⁰⁸ Decreto de fecha 4 de junio de 1813.- A.D.Molinario, “*En el centenario...*”, Jurisprudencia Argentina, 1967-IV, p.359, Punto II, 4.-

¹⁰⁹ Decreto de fecha 16 de junio de 1813.- A.D.Molinario, “*En el centenario...*”, Jurisprudencia Argentina, 1967-IV, pp.359-360, Punto II, 4.-

Jesucristo para el Gobierno de la Iglesia.- Cada Obispo en su Diócesis, es el Juez natural del caso y de las circunstancias que le pueden hacer acordar una dispensa...en este derecho siempre han estado en posesión los Obispos de América, y podemos decir los Obispos de la República Argentina y aún los Vicarios capitulares en Sede Vacante¹¹⁰”.-

Pueyrredón, en calidad de Director Supremo, sancionó: “*ordeno y mando a todos los Gobernadores de Provincia, Prelados diocesanos y castrenses no concedan por su parte licencia alguna para contraer matrimonio a las jóvenes americanas con españoles europeos que no obtengan carta de ciudadanía sin el allanamiento que deberían solicitar de la autoridad suprema, y que les será concedido por la secretaría de Estado en el Departamento de Gobierno, al prudente que se formare de las ventajas e inconvenientes que pueden producir dichos matrimonios según los casos¹¹¹”.-*

- **PROYECTO DE JOAQUIN GRANEL:** Quizá su mayor contribución al conocimiento de los antecedentes patrios del derecho de familia consistió en darlo a publicidad.-

Este senador por Sante Fe presentó un proyecto, que fue leído en la sesión del 13 de Agosto de 1867, en aras de garantizar el derecho de libertad de cultos: permitir el matrimonio de personas no pertenecientes a la Religión Católica.-

Es muy sencillo y breve.- Consta de tres artículos: “*Art.1º:El matrimonio entre las personas que no pertenecen a la Comunión Apostólica Católica Romana se celebrará ante los Jueces de Primera Instancia en las ciudades de la República y ante los Jueces de Paz o Fedanías de los distritos de campaña.- Artículo 2º: Estos funcionarios llevarán un registro en que se asentarán la familia, el nombre de los contrayentes, el de los padres y el de*

¹¹⁰ Dictamen de fecha 2 de Octubre de 1967.- A.D.Molinario, “*En el centenario...*”, Jurisprudencia Argentina, 1967-IV, p.360, Punto II, 4.-

¹¹¹ Decreto de fecha 11 de Abril de 1817.- Fue derogado por el gobernador Martín Rodríguez el día 3 de Agosto de 1821.- A.D.Molinario, “*En el centenario...*”, Jurisprudencia Argentina, 1967-IV, p.360, Punto II, 4, b).-

los testigos presentes en el acto de su celebración.- Art.3º: El matrimonio así contraído será legítimo en todos sus efectos civiles¹¹²”.-

A pesar de sus defectos técnicos, debe gozar de predicamento en el ámbito de la Historia del Derecho ya que *“persiguió la realización de la plena libertad matrimonial, pese a que no haya acertado con la fórmula exacta, tanto más que respetaba en forma absoluta la libertad matrimonial de los católicos que constituían la casi totalidad de la población¹¹³”.-*

G.- LEGISLACION CANONICA Y CIVIL

No es coincidente el tratamiento de la materia sobre la cual versan ambos ordenamientos.- Mientras que el legislador civil regla una serie de preceptos aplicados en una porción determinado de territorio, el primero, en el fondo, trasunta reglas éticas resultante del dogma para los católicos¹¹⁴.- Debe legislar *“sin pasiones religiosas o antirreligiosas, debe organizar la expedición de las licencias matrimoniales y el registro de las uniones celebradas de acuerdo a las libres convicciones de los contrayentes, en los registros en que queden asentados los matrimonios civiles para que tales uniones, tanto las confesionales, como las civiles, produzcan efectos en el ámbito civil¹¹⁵”.-*

El ordenamiento canónico, a juicio de Molinario, posee principios propios y autónomos.- El simple abogado civilista no debe aventurarse a practicar juicios acerca de él.-

El Estado debe limitarse a establecer *“en forma previa a la celebración del acto las exigencias que deban ser cumplidas por quienes desean contraer matrimonio...En pocas palabras, para los creyentes de cualquier confesión*

¹¹² A.D.Molinario, *“En el centenario...”*, Jurisprudencia Argentina, 1967-IV, p.374, Punto IV, 14.-

¹¹³ A.D.Molinario, *“En el centenario...”*, Jurisprudencia Argentina, 1967-IV, p.375, Punto V, 16.-

¹¹⁴ *“El legislador civil es más riguroso al reglamentar la validez del vínculo matrimonial que el legislador canónico, porque la obra de él es una legislación dirigida a todos los hombres que habitan el país, en cambio, el legislador canónico conoce que dicta una regulación destinada solamente a creyentes para quienes el dogma les impone una actitud simplemente ética.- El primero al establecer el derecho positivo hace una obra también de ética, pero mucho más restringida, que la que fluye del dogma.- La fuerza compulsiva que tiene para el creyente el derecho canónico, es más poderosa que la fuerza compulsiva que tiene el legislador civil a través de los 302 artículos que constituyen nuestro Código Penal”*, A.D.Molinario, *“La discusión...”*, LA LEY 1986-C, versión online, Punto II.-

¹¹⁵ A.D.Molinario, *“En el centenario...”*, Jurisprudencia Argentina, 1967-IV, p.375, Punto V, 16.-

*religiosa, matrimonio religioso; para los no creyentes, o que de hecho se encuentren en situación idéntica a éstos, el matrimonio civil; y los primeros, para que a su matrimonio el Estado le asigne efectos civiles deberán obtener previamente la licencia matrimonial*¹¹⁶.-

El Estado, en el pensamiento de Molinario, tiene la potestad de registrar el matrimonio; rechazaba su intervención en el establecimiento del vínculo¹¹⁷.-

H.- ANALISIS DE LA LEY SANTEFECINA DE MATRIMONIO CIVIL: SU POLEMICA CON RUIZ MORENO

A raíz de la publicación de su trabajo titulado “*La ley santafecina de matrimonio civil*”, Isidoro J.Ruiz Moreno realizó un comentario sobre tal obra.- Ello originó un intercambio de escritos entre ambos egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires.-

De éstos, podemos destacar:

- **FORMA DE ENSEÑAR LA HISTORIA:** Para el civilista, los niños y adolescentes deben aprender el pasado argentino con las virtudes y vicios de los hombres que la forjaron¹¹⁸.-

Criticaba de la siguiente forma el proceder de ciertos historiadores: “*Los manuales de Historia Argentina de Levene, Grosso y de algunos otros, adolecen del gravísimo defecto de presentar a todos los que han tenido intervención en el acontecer histórico argentino, salvo Rosas, como si todos ellos fuesen, sin excepción, hombres excepcionales desde todo el punto de vista...La tendencia a acordar proyecciones sobrehumanas a centenares de personas cuyos nombres figuran en los manuales de historia tiene, a nuestro entender, pésimas consecuencias en la formación del*

¹¹⁶ A.D.Molinario, “*De nuevo sobre...*”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.847, Punto III.-

¹¹⁷ “*En la teoría del matrimonio facultativo, se reconoce al Estado la facultad de registrar los matrimonios celebrados de acuerdo a las convicciones de los contrayentes; y de lo que se lo priva, es de intervenir en el establecimiento del vínculo en aquellos supuestos en que los contrayentes quieren sustraerse a su autoridad para someter la forma del acto a los requisitos exigidos por su creencia*”, A.D.Molinario, “*De nuevo sobre...*”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.862, Punto XV.-

¹¹⁸ “*Creemos, por nuestra parte, que tanto nuestros próceres argentinos, cuasi próceres, como los falsificados, en su carácter de hombres han tenido, como todos los hombres, aciertos y errores y que, la actitud del historiador realmente tal y realmente patriota es la de decir la verdad, aún cuando ésta pueda dolerle a los admiradores de algunos próceres auténticos, cuasi próceres, o, repetimos, próceres falsificados*”, A.D.Molinario, “*De nuevo sobre...*”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.846, Punto II.- En este punto coincide con el pensamiento de los revisionistas.-

ciudadano argentino que, tarde o temprano, llega a conocer siempre algunas actitudes de los hombres así endiosados, o características de determinados hechos que repercuten negativamente en su mentalidad, haciéndoles así luego desconfiar respecto de los hechos más ciertos y de las intenciones más puras¹¹⁹”.- Prefería la escuela de Rómulo D.Carbia, Diego Luis Molinari y Emilio Ravignani.-

- **IMPORTANCIA DEL DERECHO CANONICO EN EL ÁMBITO DE DERECHO DE FAMILIA:** *“Quienes conocen derecho de familia, y no improvisan sobre tan delicado sector, saben que el derecho canónico es el derecho fuente de todo el derecho matrimonial, tanto en los países católicos, como aquellos en los que la mayoría de la población profesa religiones reformada o disidente¹²⁰”.-*
- **CARÁCTER LIBERAL DE LA CONSTITUCION DE 1860:** Este ordenamiento constitucional no era contrario a la existencia de cementerios cuya propiedad perteneciera a los privados¹²¹.- Tampoco impedía la celebración de matrimonios religiosos, sino que chocaba *“con las legislaciones obsoletas que, como la de Santa Fe, no daban solución a quienes no fuesen católicos para poder concertar el matrimonio¹²²”.-*
- **OROÑO FUE PARTIDARIO DE MITRE¹²³:** Nicasio Oroño fue designado como presidente de la Legislatura de Santa Fe en 1862.- Ella reasumió la soberanía que había delegado en el Gobierno de la Confederación derrotado en Pavón y reconoció en Mitre a la persona que podía ejercer las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional.- Con tal rango Oroño suscribió en primer termino un manifiesto donde se realizó el

¹¹⁹ A.D.Molinario, *“Por tercera vez...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-IV, p.776, Punto IV, 29.-

¹²⁰ A.D.Molinario, *“De nuevo sobre...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.848, Punto III.-

¹²¹ Molinario citó varios ejemplos de lo afirmado.- Vease A.D.Molinario, *“De nuevo sobre...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.850, Punto VI.-

¹²² A.D.Molinario, *“De nuevo sobre...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.850, Punto VI.-

¹²³ En este punto, confesó sus nociones limitadas sobre el tema: *“nuestros conocimientos son limitados en este sector, pero por razones de prudencia elemental siempre nos documentamos respecto de las afirmaciones de carácter histórico que hacemos en nuestros trabajos pues así lo exige la seriedad y honestidad de los trabajos intelectuales”*, A.D.Molinario, *“De nuevo sobre...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.851, Punto VII.-

carácter del vencedor de Pavón: *“La Prov. de Santa Fe deseosa de contribuir cuando antes con sus diputados y senadores a formar el nuevo congreso argentino, cree que es un deber de justicia y gratitud, como un paso de buena política confiarle esta misión al general en jefe del ejército vencedor, no como representante del poder, sino como el primer Ciudadano que, subido al gobierno de la Provincia de Buenos Aires, ha sido fiel a sus primeros inspiradores, marchando con paso firme a la unión de la República, a pesar de los escollos producidos por el juego de las aspiraciones e intereses mal entendidos; y exponiendo su reputación, su respeto y su vida, para resolver la cuestión por las armas cuando fueron agotados los medios pacíficos¹²⁴”*.-

Posteriormente dió Molinario otra tres razones más de su aseveración: *“1) Que ocupada la provincia de Santa Fe por el general Mitre, Don Nicasio Oroño, con otros liberales federales que habían servido a Urquiza antes de Pavón se pasaron al sector liberal entonces totalmente mitrista.- 2) Que Don Nicasio Oroño fue elegido durante la ocupación mitrista diputado a la Legislatura de Santa Fe.- 3) Que don Nicasio Oroño como Presidente de la Legislatura suscribió el famoso manifiesto por el que se reconocía como autoridad suprema al general Mitre y se lo elogiaba, al mismo tiempo que se criticaba la actuación de los hombres de la Confederación y del General Urquiza¹²⁵”*.-

- **DIFERENCIA ENTRE EL PROYECTO GRANEL Y LA LEY SANTAFECINA:** La idea contenida en el primero no es de la misma índole que la plasmada en la segunda.- Una no es antecedente de la otra: *“El proyecto Granel mantiene válido el matrimonio para los católicos entre si y para que lo celebren con persona de otra religión o culto; en cambio, la ley santafecina establece, lisa y llanamente la obligatoriedad del matrimonio civil para todos, católicos y no católicos¹²⁶”*.-

¹²⁴ A.D.Molinario, *“De nuevo sobre...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.852, Punto VII.-

¹²⁵ A.D.Molinario, *“Por tercera vez...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-IV, p.764, Punto III, 11.- También, allí, reconoció el civilista que Oroño criticó muchas veces las decisiones del entonces Presidente, especialmente su conducción política del país.-

¹²⁶ A.D.Molinario, *“De nuevo sobre...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.855, Punto VIII.- Véase también: A.D.Molinario, *“Por tercera vez...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-IV, p.762, Punto II, 8.-

- **LA TESITURA DE OROÑO ERA CONTRADICTORIA AL CATOLICISMO:** Trayendo a colación según testimonios liberales, la iniciativa de transformar el convento de San Carlos en colonia agrícola, que fue rechazada por la Legislatura, su calidad de masón, calidad compartida por su ministro Tesandro Santa Ana, sumado a la ley de matrimonio y educación, Oroño tuvo una política reñida con los principios del catolicismo.- Molinario afirmó: *“Cuando se tiene presente que la Iglesia Católica reivindica para sí la celebración del matrimonio de los católicos y sólo admite el matrimonio civil para los no católicos; que sostiene la necesidad de la formación religiosa de la niñez; que reivindica la libertad de enseñanza; que es adversario de la implantación del divorcio vincular en la legislación civil no por razones religiosas, sino por exigencia del interés familiar y de la sociedad civil; y que si bien jamás ha sostenido la desigualdad de derechos entre los sexos, considera que la dirección de la familia debe radicar en el padre, se advierten las diferencias abismales que existen entre una y otra orientación¹²⁷”*.-
- **INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY SANTAFECINA DE MATRIMONIO: VICIO EN LA CONVOCATORIA DE LAS SESIONES EXTRAORDINARIAS DE LA LEGISLATURA E INCONCORDANCIA CON LA CONSTITUCION PROVINCIAL:** Para realizar sesiones de prórroga, era necesario, de acuerdo al artículo 32 del ordenamiento constitucional provincial, que el Poder Ejecutivo adjuntase un mensaje de prórroga o convocatoria determinando los asuntos a tratar.- El proyecto de los diputados Rueda y Pérez no iba acompañado de tal requisito en el momento de su presentación.- Fue enviado posteriormente, tratándose de subsanar tal omisión.- Por ello Molinario calificó de insólita tal actitud: *“de acuerdo a la Constitución de Santa Fe, entonces en vigencia, si bien el Poder Ejecutivo era Poder Colegislador, si no había hecho uso de la facultad que tenía de enviar un proyecto de ley en tal sentido, debía abstenerse de enviar un mensaje apoyando un proyecto presentado por dos legisladores.- En realidad, lo que se quiso*

¹²⁷ A.D.Molinario, *“De nuevo sobre...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.856, Punto X.- Véase también: A.D.Molinario, *“Por tercera vez...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-IV, p.766, Punto III, 12.-

cubrir, tal vez, con tal mensaje, era uno de los reparos constitucionales que podían hacerse a raíz del hecho de haber sido presentado en el período de prórroga de sesiones de la Legislatura, durante el cual sólo podían tratarse los asuntos que habían originado la prórroga entre los cuales no se hallaba el de matrimonio civil¹²⁸”.-

También, era incompatible con el artículo IV de la Constitución de Santa Fe que consagraba la Religión Católica Apostólica Romana como religión de la provincia: *“no se alcanza a comprender como un sacramento establecido por la religión oficial de la provincia pueda quedar supeditada en su forma, al previo cumplimiento de un acto civil¹²⁹”.-*

- **CARENCIA DE UN DEBATE SOBRE EL PROYECTO:** Los miembros de la legislatura no entablaron discusiones acerca de la conveniencia de la solución que contenía el proyecto.- El conflicto, objeto de extenso debate, consistió en una moción de aplazamiento presentada por diputado Echagüe^{130/131}.-
- **DICTAMEN DE VÉLEZ SARSFIELD:** Nuestro ilustre Codificador pronunció el siguiente juicio acerca de la ley santafecina de matrimonio a raíz del conflicto entre el obispo Gelabert y Crespo¹³² y el gobierno

¹²⁸ A.D.Molinario, *“De nuevo sobre...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.857, Punto XI.- También, A.D.Molinario, *“Por tercera vez...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-IV, p.767, Punto III, 13: *“la ubicación temporal tiene importancia desde el punto de vista institucional, pues como el “matrimonio civil” no había sido incluido en la convocatoria de la Legislatura, no pudo haber sido tratado.- Para convalidar tal vez, el aspecto constitucional Oroño envía con posterioridad a la presentación del proyecto su mensaje aprobatorio”.-*

¹²⁹ A.D.Molinario, *“De nuevo sobre...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.863, Punto XV.-

¹³⁰ Para fundamentar este punto, Molinario transcribió el acta de la 54ª sesión del 25 de septiembre de 1867 en su nota 93 bis.- Recomendamos su lectura: A.D.Molinario, *“De nuevo sobre...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.857, Punto XI, nota 93 bis.-

¹³¹ Véase también A.D.Molinario, *“Por tercera vez...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-IV, p.768, Punto III, 14.-

¹³² Eclesiástico que se opuso decididamente a la ley santafecina de matrimonio civil.- Molinario aclaró en esta polémica que a raíz del dictamen de Vélez Sarsfield la Corte Suprema no conoció el conflicto, dado que a juicio del Codificador, no tenía competencia para intervenir entre el Poder Civil y el Poder Eclesiástico.- Para reforzar su tesis, buscó infructuosamente en el libro de entradas del Alto Tribunal y en la colección Fallos, como informa en A.D.Molinario, *“Por tercera vez...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-IV, p.769, Punto III, 17.-

provincial, que demuestra la importancia asignada a su persona: “*Esta ley, por otra parte, crea para el matrimonio un nuevo impedimento dirimente, y prohíbe a los curas la celebración del matrimonio católico sin que antes se les exhiba el acta de matrimonio civil.- Más el derecho de legislación que tiene hoy la Legislatura de Santa Fe se encuentra en conflicto con otro derecho que sólo corresponde al poder nacional.- La Iglesia de Santa Fe es iglesia patronada.- Por la Ley del Congreso de la Confederación de 1855, se dio solo a los gobiernos de la provincia el Vicepatronato de sus Iglesias, respecto al beneficio de los curatos.- El Vicepatronato de una Iglesia no puede imponer a los curas otras leyes de las que le están prescritas en las leyes del patronato, y solo tiene autoridad para hacer cumplir las disposiciones existentes sin alterar en nada el oficio sin previo consentimiento del poder a quien está dado el patronato de la Iglesia...Que la legislatura de Santa Fe no ha podido ordenar a los Curas que no pueden celebrar el matrimonio católico, mientras no se les presente la acta del matrimonio civil, y que en su virtud el Señor Obispo debe mandar a los Curas no cumplan con el art.2 de dicha ley*¹³³”.-

- **CAUSAS DE LA REVOLUCION SANTAFECINA DEL 22 DE DICIEMBRE DE 1867:** Este suceso provocó la caída de la gobernación de Oroño.- Existieron motivos políticos y religiosos.- El primero fue la influencia y accionar de los partidarios de Urquiza y el segundo consistió en la ley de matrimonio, objeto de esta polémica, y en la secularización de los cementerios.- Para defender su posición, se basó en testimonios de liberales y admiradores del gobernador santafecino¹³⁴.-

Rescatamos del dictamen lo siguiente: “*Que V.E.*” (se refiere a Mitre que en calidad de Presidente ejercía el Patronato) “*debe prevenir al Vice-patrono de la Iglesia de Santa Fe que todo mandato o previsión del obispo de la Diócesis, cuya ejecución estime contraria a las leyes del Patronato, o las conveniencias del pueblo, puede suspenderlo y dar cuenta inmediatamente a V.E. como Patrono de la Iglesia*”, A.D.Molinario, “*De nuevo sobre...*”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.865, Punto XVI.-

¹³³ A.D.Molinario, “*De nuevo sobre...*”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.865, Punto X.-

¹³⁴ “*Para demostrar al lector que no es falsa, ni antojadiza la versión expuesta en orden a que el movimiento del 22/12/1867 esgrimió como bandera las leyes de secularización y de matrimonio civil, vamos a citar, única y exclusivamente, testimonios de autores liberales y admiradores de Oroño, comenzando con palabras del propio Oroño*”, A.D.Molinario, “*De nuevo sobre...*”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.868, Punto XVI.- Evocó palabras del propio gobernador, de José Roque Pérez, quien fuera

- **MOTIVOS DE LA ELECCION DEL SISTEMA MATRIMONIAL EN EL CODIGO ORIGINARIO:** La razón que nuestro Codificador haya instituido el matrimonio religioso radicó que, dado su enorme conocimiento de los antecedentes patrios, siguió el sistema que imperaba en la Provincia de Buenos Aires.- Es escasamente probable que el motivo de su decisión haya sido que Vélez Sarsfield no haya tenido el valor cívico de introducir el matrimonio civil, si tal hubiese sido su postura¹³⁵.-
- **ACTITUD DEL CREYENTE CATOLICO ANTE EL MATRIMONIO OBLIGATORIO CIVIL:** Dada la elevación del matrimonio realizada por Jesucristo como sacramento, la persona que profesa la religión católica, apostólica y romana, debe considerar en el fuero interno a éste como único válido¹³⁶.- El civil pertenece al fuero externo¹³⁷.- De esta manera, se permite la producción de los efectos civiles pertinentes.-

Gran Maestro de la Masonería Argentina entre 1864 y 1867, Francisco Barroetaveña, Lappas y la Sra.Simian de Molinas.-

En un posterior escrito, el civilista agregó: *“Pero hemos hallado otros textos que demuestran la exactitud de nuestra afirmación, tanto en orden a que la revolución se hizo incitando al pueblo al levantamiento a raíz de la sanción de las leyes de secularización y de matrimonio civil, así como también que, en el aspecto político, los usufructuarios y los perjudicados por la revolución del 22 de diciembre, fueron por una parte los federales o urquicistas y por otra parte los liberales, es decir, el partido que reconocía como númen inspirador al general Mitre”*, A.D.Molinario, *“Por tercera vez...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-IV, p.771, Punto III, 20.- Citó al liberal Julio A.Noble.-

¹³⁵ *“Según el derecho intermedio de la Prov. de Buenos Aires, el matrimonio religioso era obligatorio tanto para los bautizados católicos como para los no católicos y sometía el matrimonio afectado de los impedimentos de mixta religión o de disparidad de cultos cuando uno de los contrayentes era católico a la Iglesia Católica...adolecía del grave defecto de no contemplar la situación de los que no profesan religión alguna o de los que habiendo ingresado por el bautismo a la Iglesia Católica hubieran apostatado”*, A.D.Molinario, *“De nuevo sobre...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.849, Punto IV.- Ver también: A.D.Molinario, *“Por tercera vez...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-IV, p.761, Punto II, 4.-

¹³⁶ *“El ciudadano argentino católico, si tiene formación católica, sabe que para él el único matrimonio válido, como católico, es el religioso y que si se ve obligado a celebrar antes el matrimonio civil, no es porque para él este último sea el matrimonio válido para su fuero interno, sino para el fuero externo, esto es, para obtener para su matrimonio religioso, los efectos civiles”*, A.D.Molinario, *“De nuevo sobre...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.859, Punto XIV.-

¹³⁷ *“Desde el ámbito laical, naturalmente que para el Estado argentino y en relación al fuero externo de los católicos, el único matrimonio valido es el matrimonio civil”*, A.D.Molinario, *“De nuevo sobre...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.859, Punto XIV.-

En conclusión, *“hay dos matrimonios válidos pero que en función de la conciencia de quienes se ven obligados a celebrar dos matrimonios, no puede haber más que uno que sea válido...el matrimonio civil...es invalido si, para el fuero interno, pero como ciudadanos del Estado se ven obligados a acatar las disposiciones legislativas de éste¹³⁸”*.-

- **INCONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO CIVIL OBLIGATORIO PREVIO AL RELIGIOSO:** Tal calificativo se debe a que es contraria al derecho natural primario de contraer matrimonio de acuerdo a las convicciones religiosas de los celebrantes.- Es discriminatorio con el concubinato, ya que los concubinos no eran perseguidos por el Estado, sí lo era el sacerdote o párroco que asistía en la celebración de este acto jurídico del derecho de familia: *“El matrimonio religioso supone, en forma previa a la dación de los cuerpos, que los contrayentes concurren ante un representante de su fe religiosa para manifestar su recíproco consentimiento.- Si quienes pretendan darse sus cuerpos prescinden de la intervención de toda autoridad religiosa, si bien quedan frente al Estado en la condiciones de concubinos, aquel no los persigue; pero sin con anterioridad al inicio de su vida concubinaria, para el Estado, realizan un acto en el que interviene una autoridad sacerdotal, el Estado erige en delito la acción del representante religioso, con lo cual impide a los creyentes realizar un acto privado, de conformidad a las reglas de su culto...El art.110, ley 2393, lo consideramos inconstitucional por cuanto priva a quienes desean unir sus cuerpos de acuerdo a sus convicciones de una posibilidad que no se niega a quienes se unen lisa y llanamente¹³⁹”*.- En cuanto al análisis de los artículos constitucionales, es conveniente leer la disidencia de los miembros de la Corte Suprema, Varela y Bazán, en el caso Correa¹⁴⁰.-

I.- NATALIDAD Y ANTICONCEPCION

¹³⁸ A.D.Molinario, *“De nuevo sobre...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.859, Punto XIV.- Ver también: A.D.Molinario, *“Por tercera vez...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-IV, p.769, Punto III, 16.-

¹³⁹ A.D.Molinario, *“De nuevo sobre...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.861, Punto XV.-

¹⁴⁰ A.D.Molinario, *“De nuevo sobre...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, Punto XV, pp.862-864, nota 103.-

A raíz de haber asistido a la Octava Conferencia Mundial de la Federación Internacional de la Planificación de la Familia, celebrada en Santiago de Chile, durante los días 9 a 15 de Abril de 1967, tuvo ocasión de conocer en profundidad las distintas teorías que postulaban la práctica de la anticoncepción y la actualidad en este aspecto de los principales países del orbe mundial¹⁴¹.-

Podemos rescatar lo siguiente de sus escritos:

- **CONCEPCION DE CONTRACEPCION:** con este vocablo, “*que constituye un neologismo, derivado del idioma inglés y que en castellano funciona como sinónimo la palabra anticoncepción que es la única castiza, se designa la maniobra, que, con o sin auxilio de elementos físicos o químicos, realiza la pareja humana por decisión uni o bilateral con el objeto de evitar que su unión pueda ser fecunda*”¹⁴².- Lo califica como una forma de cuasi-imperialismo¹⁴³.-

Una de las formas sistemáticas de llevarla a cabo es mediante el control de natalidad o birth control: es “*todo plan destinado a obtener la reducción de los nacimientos no sólo mediante la utilización prevalente de contraceptivos físicos y químicos, sino también por medio de la esterilización, el aborto inducido, y aunque jamás se hayan aplicado, pero si propuestos, el infanticidio y la infibulación*”¹⁴⁴.-

Resaltó, siguiendo a Lestapis sus perniciosas consecuencias: “a) *envejecimiento espiritual y esclerosis prematura de población; b) envilecimiento y corrupción de la idea de felicidad familiar; c) descenso de la moralidad; d) fijación de la sexualidad en un estadio de inmadurez; e) atentado a la maternidad; f) transformación del sexo en instrumento de placer y goce; g) desvalorización del hombre; h) desfeminización de la*

¹⁴¹ Fue invitado por Monseñor Derisi: “*Todos los conocimientos que habíamos adquirido, quedaron enriquecidos, ampliados y actualizados a raíz de haber derivado hacia nuestra persona, el rector de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Monseñor Dr. Octavio Nicolás Derisi, la invitación que a él se formulara por la “Asociación Argentina de Protección Familiar para concurrir a la Conferencia Internacional”, A.D.Molinario,, “La anticoncepción...”*”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.889, Punto I.-

¹⁴² A.D.Molinario, “*La anticoncepción...*”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.889, Punto II.-

¹⁴³ A.D.Molinario, “*La anticoncepción...*”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, pp.889-890, Punto II.-

¹⁴⁴ A.D.Molinario, “*La anticoncepción...*”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.890, Punto II.-

mujer; i) una creciente condescendencia hacia el homosexualismo; y, por último, influye en la inestabilidad conyugal al facilitar la infidelidad¹⁴⁵.-

- **PROPUESTAS TOTALITARIAS:** Molinario nos ilustra y previene contra la existencia de proposiciones del tema que ofenden la dignidad de las personas: *“En cuanto al infanticidio fue propuesto por dos ingleses, William Godwin en 1801, quién, en polémica con Malthus, afirmó que era más humano esa forma de homicidio que mantener una vida que quedaría sumergida en la miseria... Otro que se ocultó bajo el pseudónimo de Marcus, en 1883, sostuvo en una publicación que debían matarse al cuarto y sucesivos hijos de cada familia; y que, entre los hijos terceros, debía eliminarse a tres de cada cuatro; el procedimiento que patrocinaba era el de la gasificación durante el primer sueño del recién nacido, y este sujeto, a quién le cabría, de ser exacta la calificación de “loco moral” propuesta por Lombroso, complementaba su proyecto con el establecimiento de jardines ornamentales en donde se enterrarían a todos los niños occisos para que fuesen visitados por las mujeres embarazadas a fin de que se alegrasen, pensando que los frutos de sus entrañas contribuirían a aumentarle la belleza de esos lugares¹⁴⁶”.-*

- **FINALIDAD DEL ACTO MATRIMONIAL SEGÚN DISTINTAS TEORÍAS Y CREENCIAS:** Para Freud, su fin era la procreación, de lo contrario, se tornaba perversa¹⁴⁷.- La doctrina liberal no asumió una posición porque no lo consideró.- El marxismo, aunque era contrario desde el punto de vista teórico a la anticoncepción, lo adoptó en la práctica; esta contradicción la explicaron *“sosteniendo que mediante los contraceptivos, se procura disminuir el número de abortos inducidos, y que si se ha liberado el aborto ha sido para evitar las consecuencias que se siguen de la realización de los mismos en clandestinidad¹⁴⁸”.-* Las doctrinas

¹⁴⁵ A.D.Molinario, “La anticoncepción...”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.898, Punto III, h).-

¹⁴⁶ A.D.Molinario, “La anticoncepción...”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.891, Punto II.-

¹⁴⁷ “Calificamos como perversa toda actitud sexual que, habiendo renunciado a la procreación, busca el placer como a un fin independiente de aquella”, A.D.Molinario, “La anticoncepción...”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.892, Punto III, a).-

¹⁴⁸ A.D.Molinario, “La anticoncepción...” Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.893, Punto III, c).-

protestantes dan mayor preeminencia a la composición de la pareja que a la procreación; el valor comunitario conyugal prevalece sobre la paternidad.- Por ello, adoptan una actitud permisible en relación a la anticoncepción¹⁴⁹.- Los musulmanes lo admiten, aunque el Corán aprecia la fecundidad.- La doctrina talmúdica coincidiría con la postura del catolicismo.- La Federación Internacional de Planificación de la Familia sostiene el derecho de los cónyuges a decidir el número y esparcimiento de los hijos.-

- **POSTURA DE LA IGLESIA CATOLICA:** Ha enseñado constantemente que el acto marital debe realizarse respetando las leyes de la naturaleza.- El fin primario del matrimonio es la procreación y educación de la prole.-

Solamente, en casos excepcionales, los esposos no pueden procrear.- Por ejemplo, peligro de muerte para la madre en caso de nuevos embarazos y parto, necesidad de separar los nacimientos para mejor educación y crianza de los hijos, peligro de concepción de hijos con constitución anormal o deficitaria en función de previos nacimientos con tales defectos orgánicos.-

El catolicismo ha rechazado en forma constante el control de natalidad.- Admite el sistema de “regulación de nacimientos” como compatible de la ley de Dios.- Basándose en las enseñanzas de San Pablo (Carta a los Corintios, 7,5), marido y mujer, si no desean tener prole, deben abstenerse de mantener relaciones sexuales.- En ello, se trasunta la castidad, el dominio de la pareja, al excluir cualquier uso de artificios físicos o químicos.-

Solamente en caso graves y ser imposible lo anterior, puede tenerse trato sexual en el lapso que la mujer no fecunde.- A esto se lo denomina método del ritmo; es aquél que “*estableciendo los períodos de efectiva esterilidad transitoria de la mujer por medio de registro previo de doce*

¹⁴⁹ “Pueden concluirse pues que el protestantismo coincide con la Iglesia Católica en que la disociación entre comunicación y posible procreación sólo se produce por causas graves y suficientes, pero se diferencia en los medios a utilizarse para lograr esa disociación, pues, con diversidad de las soluciones, admite otros métodos además del rítmico y no considera que la utilización de elementos mecánicos o de sustancias químicas alteren la naturaleza del acto”, A.D.Molinario, “La anticoncepción...” Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.893, Punto III, e).-

ciclo menstruales, que pueden ser complementados, en el caso de haberse registrado menos de ocho, con ciclos imaginarios de treinta y tres y veintitrés días, o por medio de temperatura banal o mediante el análisis de determinadas secreciones cervicales y uterinas¹⁵⁰”.-

En conclusión, *“mientras que todos los procedimientos contraceptivos pueden llevar al control de natalidad e incluso este puede verificarse mediante procedimientos atentatorios contra la vida humana; solo la castidad temporal con la práctica del método del ritmo, pueden llevar a la regulación de los nacimientos, cuando a juicios de los componentes del matrimonio existen motivos graves y suficientes para proceder de esa manera¹⁵¹”.-*

- **LA PATERNIDAD DEL CONTROL DE NATALIDAD DE SER ATRIBUIDO A BENTHAM:** Contrario al conocimiento medio de la población, que sostiene que Malthus fue el primero en propiciar tales medios, Molinario postuló lo contrario.-

Si bien es cierto la diferencia del crecimiento aritmético de los alimentos y el geométrico de la población mundial, este autor sostuvo que el único remedio que podía ser empleado era la castidad; las demás medios eran prácticas viciosas.-

Bentham, en una carta al reverendo José Townsed, escribió: *“Las tasas tienen una influencia en esto.- Ud.es favorable a que se limitan, ¿pero cómo? No mediante un acto de prohibición, no mediante una letra muerta sino por medio de un cuerpo que para resistir a la plaga se arroja en el medio de ella y no fuese por ello devorado”...El cuerpo a que alude era un elemento físico (esponja) cuya eficiencia sostenía¹⁵².-* Esta epístola es anterior a la frase que redactó Malthus en 1803: *“El hombre que nace en un mundo ya ocupado no tiene derecho alguno (si su familia no puede mantenerlo o el Estado no puede utilizar su trabajo) a reclamar una parte cualquiera de la alimentación y está demás en este*

¹⁵⁰ A.D.Molinario, “La anticoncepción...”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.893, Punto III, e).-

¹⁵¹ A.D.Molinario, “La anticoncepción...”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.892, Punto II.-

¹⁵² A.D.Molinario, “La anticoncepción...”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.901, Punto V.-

mundo.- En el gran banquete de la Naturaleza no hay cubierta para él.- La Naturaleza le exige que se vaya, y no tarda en ejecutar ella misma tal orden¹⁵³”.-

Por ello, “asociar, pues el nombre de Malthus a las campañas y tareas que emprenden quienes, en algunos casos, para asegurar mejores condiciones de vida propician la reducción de la natalidad mediante el uso de contraceptivos, es incurrir en verdadero contrasentido lógico e histórico¹⁵⁴”.-

- **PRONUNCIAMIENTO EN CONTRA DEL ABORTO:** *“No podemos admitir, por constituir un atentado contra la vida humana, la liberalización del aborto por graves que sean las consecuencias individuales y sociales que resultan de su realización en clandestinidad.- Desde un punto de vista estrictamente jurídico es absolutamente imposible derogar una norma debido el gran número de violaciones que se registran respecto de ella, pues ello significaría eliminar, por ejemplo, el robo por el gran número de asaltos a mano armada que se comenten todos los días.- No es ni siquiera lógico un razonamiento de esa especie, pues ello equivaldría a abrir las cárceles dado el aumento constante y progresivo de la criminalidad¹⁵⁵”.-*

- **EDUCACION SEXUAL:** *sobre este tema tan en boga en la actualidad, el civilista dejó asentada su opinión: “Ninguna persona sensata puede oponerse hoy a la educación sexual de la juventud.- Obsérvese que decimos educación y no simplemente instrucción sexual.- Si a los niños, a los adolescentes y jóvenes a medida que van alcanzando ciertas etapas, padres y madres, según el sexo de los hijos deben instruirlo gradualmente, en forma simultánea tienen que educarlos...Instrucción y educación sexual no significan libertinaje sexual y , demás está decirlo, es*

¹⁵³ A.D.Molinario, “*La anticoncepción...*”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.900, Punto V.-

¹⁵⁴ A.D.Molinario, “*La anticoncepción...*”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, pp.900-901, Punto V.-

¹⁵⁵ A.D.Molinario, “*La anticoncepción...*”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.906, Punto IX.-

*fundamental en la educación sexual el ejemplo que brindan los padres a los hijos*¹⁵⁶”.-

4.- DERECHOS REALES

TEORIA GENERAL DE LAS RELACIONES REALES

Este tema es una de cuestiones más dificultosas y delicadas de la materia.- Muchos autores han renunciado a tal posibilidad debido a la multiplicidad de las situaciones que pueden presentarse en la realidad.- Piénsese por ejemplo en el condómino, usufructuario y locatario.-

Seguramente su legado más importante para la ciencia de los derechos reales es su teoría pluralista de las relaciones reales¹⁵⁷, que sin hesitación, demuestra su poderoso poder de abstracción y vasto conocimiento de la lógica escolástica.-

Molinario observó que las relaciones reales son situaciones múltiples que cada individuo experimenta cotidianamente.- Son fenómenos complejos no reducibles a una sola categoría.-

Precisamente, acuñó para el derecho argentino el término de relaciones reales¹⁵⁸.- Gracias a él, tomó carta de ciudadanía.- Empezó a usarlo en sus clases del año 1957.-

Ella es *“toda relación, instantánea o estable, existente entre una persona o un bien, instituida de acuerdo – o en contra – de lo dispuesto por la ley, o que resulta ser absolutamente indiferente a ésta; así como también las que la ley establece en forma abstracta y que se traducen en un conjunto de requisitos exigidos por aquélla, sea para conceder a las relaciones reales concretas ciertos efectos, o para identificarlas y clasificarlas*¹⁵⁹”.-

Este concepto pone de resalto el vínculo entre la cosa y el hombre en forma inmediata.-

¹⁵⁶ A.D.Molinario, *“La anticoncepción...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.907, Punto XI.-

¹⁵⁷ Consideró a su obra como original, no en cuanto a su novedad, sino en cuanto al método que permite organizar la exposición de acuerdo a la ley.- Su afán consistió en identificar la propuesta metodológica del Codificador en este ámbito.-

¹⁵⁸ Logró reemplazar la alocución relación posesoria que empleara por primera vez Ihering en su obra *“La voluntad en la posesión”*.- Este autor la usó para designar la posesión y tenencia conjuntamente.- Su objetivo fue lograr identificar en un concepto abstracto los encuadramientos de las diversas situaciones.-

¹⁵⁹ A.D.Molinario, *“De las Relaciones Reales”*, Universidad, Buenos Aires, 1981, p.37.-

Sus elementos constitutivos son dos: **1.- Relación de disponibilidad**¹⁶⁰: En la doctrina es conocida como corpus.- Ihering empleó la letra “C” para designarlo; el jurista argentino usó la “D” para individualizar la relación de disponibilidad.- **2.- Posición anímica**: bautizado tradicionalmente como animus domini (animo del propietario) y animus rem sibi habendi (voluntad de poseer para si).- Es el querer comportarse como el titular de un derecho real o como si lo fuera, independientemente si lo es.- Ambas son pasibles de expresarse en fórmulas.-

Molinario reformuló la ecuación que hiciera Ihering para explicar mejor las diferencias de su teoría objetiva con la subjetiva de Savigny.- La calificación “cuasi algebraica” se debe a la expresión de ellas en forma de fórmula y los símbolos empleados connotan un objeto determinado de las relaciones reales¹⁶¹.-

El primero de ellos, **relación de disponibilidad**, supone una relación que se establece entre su titular y la cosa en virtud de la cual el sujeto mantiene o establece un contacto físico con la cosa.- Se integra por la relación suficiente y un factor psicológico¹⁶².-

El primero, relación suficiente, se define como “*la relación material o inmaterial*¹⁶³ que se traduce en el contacto físico de la persona con el objeto de la relación o en la posibilidad de establecerlo y disponer materialmente o jurídicamente de la cosa¹⁶⁴”.- El segundo, factor psicológico, se compone cognoscitiva y voluntariamente: conocer y querer, respectivamente.- El elemento intelectual permite la clasificación entre consciente e inconsciente.-

El segundo de los elementos se denomina así porque el vocablo “*posesión*” implica la actitud del sujeto y “*anímica*” porque opera el entendimiento y la voluntad.- Se la ha definido como “*la situación psicológica*

¹⁶⁰ En la edición anterior, empleó la expresión relación suficiente, que denota la idea de contacto físico con la cosa.- Se encontraba integrado por esta relación física más un querer encaminado al mantenimiento o establecimiento de aquélla.- Molinario reconocía que esta alocución no era completamente adecuada.-

¹⁶¹ Versan solamente sobre las relaciones reales concretas.-

¹⁶² Este componente de la relación de disponibilidad es distinto del animus domini; no debe confundirse con él.-

¹⁶³ Las relaciones materiales son aquellas que permiten el contacto físico o la posibilidad de ello con la cosa; esta última se encuentra bajo la jurisdicción o disposición del sujeto, sin intermediación de persona ajena.- Cuando la cosa no se encuentra en el dominio de titular, se está en presencia de una relación inmaterial.- También la ley puede crearlas; tal es el supuesto de aquella que se origina entre el sujeto y la cosa perdida.-

¹⁶⁴ A.D.Molinario, “*De las Relaciones...*”, pp.118-119.-

del sujeto al tiempo de instalar la relación de disponibilidad en orden a las facultades que quiere adquirir respecto del objeto de la relación y al conocimiento o creencia que tiene acerca de la licitud de la misma; y que pueden mantenerse o no durante la relación real que sigue al establecimiento de la misma a pesar de lo cual la ley puede, por disposición expresa, negar todo o algún efecto a las mutaciones que puedan producirse¹⁶⁵”.-

Presenta naturaleza compleja.- Se encuentra constituida de un querer, - intención de ejercer el derecho real o personal o cumplir una obligación - , un conocimiento, - versa sobre la licitud o licitud- , o creencia de legitimidad que emana del título suficiente o justo título.-

Tal querer referido a las atribuciones y facultades a ejercer sobre el objeto se divide en **querer adquirir** provocado por una relación real instantánea y **querer mantener** originada en una estable.- La subespecie del primero son: **a.- Querer adquirir para sí:** usualmente es la adquisición del dominio.- Se representa mediante las letras **AID.- b.- Querer adquirir conjuntamente con otro u otros:** normalmente se refiere a la adquisición del condominio.- Se plasma con las letras **AIC.- c.- Querer obtener la entrega de una cosa de un tercero para otro u otros:** no hay fórmula cuasi matemática para este supuesto.- **d.- Querer obtener la entrega de una cosa ajena con el objeto de ejercitar un derecho real propio sobre bien ajeno:** Se plasma con el conjunto **IODRA.- e.- Querer obtener la entrega de una cosa ajena para ejercer respecto de ella un derecho personal propio:** Su fórmula es **IODP.- f.- Querer obtener la entrega de una cosa ajena con el objeto de cumplir una obligación:** representado en las letras **IOCO.-** El segundo de los queres se conforma por: **a.- Querer mantener en la cosa para sí y como dueño:** Se combina aquí **IED.- b.- Querer mantener en la cosa y como condueño conjuntamente con otro u otros:** se emplea la combinación **IEC.- c.- Querer mantener en la cosa para otro u otros:** no se configura aquí ninguna fórmula.- **d.- Querer mantener en la cosa ajena con el objeto de ejercitar un derecho real propio pero sobre bien ajeno:** Se representa por **IEDRA.- e.- Querer mantener en la cosa ajena para ejercer respecto de ella un derecho personal propio:** **IEDEP** son su equivalente.- **f.-**

¹⁶⁵ A.D.Molinario, “*De las Relaciones...*”, p.132.-

Querer mantener en la cosa ajena con el objeto de cumplir una obligación: se combinan aquí **IOCO**.-

Se observa que **querer adquirir** es antecedente indefectible de **querer mantener**.-

El factor de cognoscibilidad trata acerca del conocimiento del titular en cuanto al origen de la relación real.- El supuesto de las lícitas no interesa porque, de acuerdo al régimen legal, se ha originado el derecho real pertinente.- Su estudio cobra actualidad en las ilícitas.-

Sus especies son: **a.- Conciencia de legitimidad (CLG):** se configura cuando la relación suficiente ha sido constituida de acuerdo a la ley.- **b.- Creencia de presunción de legitimidad (CRLG):** surge cuando el sujeto, cumpliendo los requisitos formales requeridos por ley, cree por un error de hecho excusable que se ha procedido en forma legítima, careciendo de algún presupuesto sustancial; verbigracia, el caso del enajenante que no es propietario.- Es el supuesto del justo título.- **c.- Conciencia de ilegitimidad (CILG):** es el saber consistente en que la relación suficiente no se ha establecido de acuerdo a la ley.- Posee como subespecie la **conciencia de ilegitimidad viciosa (CILGV):** se da cuando el sujeto ha empleado un procedimiento expresamente prohibido por la ley.- Por ejemplo, el hurto en la adquisición de cosas muebles.-

El tercer ítem es la **ley**.- Cumple la función de discriminar las relaciones reales en lícitas e ilícitas.- Asimismo, establece presunciones iuris tantum, como por ejemplo, se presume la legitimidad de la relación real.- Con el propósito de facilitar la defensa del derecho de dominio, reglamenta el inicio de la posición anímica del titular y las causales de su cesación.- Por último, crea modelos abstractos para identificar las relaciones reales y para determinar sus efectos jurídicos y permite la extensión de los principios y normas de aquellas cuyo objeto es una cosa a las inmateriales.-

El factor de la **ley** es simbolizado con el vocablo **L**.-

Existen las relaciones reales concretas: aquéllas que el legislador reconoce, es decir, existen en la realidad.- Su objeto puede recaer sobre una cosa o un bien.- Puede ser instantánea, de efímera vida.- Ellas dan origen a otra clase: las estables.-

Las primeras cumplen diversas funciones: **a.-** Son elementos para la adquisición de los derechos reales.- **b.-** Crean la relación ilegítima de carácter estable.- **c.-** Determinan la realización de un derecho patrimonial ya existente, sea

real o personal.- En este último, el derecho existe pero la relación instantánea le asegura su plena vigencia.- En cambio, en **a.-** ella no existe.- Es el supuesto de la inscripción constitutiva de los derechos reales: mientras que la posesión efectiva de la cosa concreta el primer contacto con ella, el cumplimiento de la otra le asegura el poder efectivo – carácter erga omnes – del derecho real.- También, el ejemplo de la locación de cosa es harto ilustrativo: este contrato de índole comercial da derecho al use y goce de la cosa, la tenencia del bien locado realiza su derecho.-

Las relaciones reales estables son aquellas que manifiestan externamente la existencia de un derecho, independiente de su calidad de verdadero.- Se subdividen en cuatro especies: aquellos que exteriorizan **a.-** relaciones reales permanentes que muestran derechos patrimoniales efectivos.- **b.-** derechos reales aparentes.- **c.-** derecho cuasi aparente, que en realidad, significan sencillamente nada.- El cuarto caso muestra una situación extrajurídica.-

Las relaciones abstractas son las creadas por ley por la cual se configuran categorías para aplicar un régimen a ciertos conjuntos de las anteriores (concretas) o establecer su protección.-

En las primeras, denominadas instrumentales, el legislador tiene en consideración la realidad para definir las; ejemplos de lo afirmado, son los conceptos abstractos de posesión y cuasiposesión.- En el segundo, bautizada con la alocución factores determinantes, se establecen las condiciones para la defensa procesal de la relación real; verbigracia, la interdictal y la posesión accional¹⁶⁶.-

Ellas concuerdan parcialmente con las concretas.- Se crea un tipo legal que aglutina a varias de las últimas para someterlas a ciertos principios y normas.- Si bien el legislador goza de amplia discrecionalidad, cualquier criterio que use debe fundarse en la distinción del párrafo siguiente.-

De acuerdo a su relación con la ley, - indiferencia, concordancia con ella y contraviniéndola-, se clasifican como neutrales, lícitas e ilícitas, respectivamente.- Verbigracia, el comprador o el ladrón al adquirir o apoderarse de una cosa mueble, en ese preciso momento, provoca el nacimiento de una relación real instantánea, que se agota con la aprehensión del objeto.- Ello dá cabida a una

¹⁶⁶ “Designamos” como relación interdictal “al conjunto de los requisitos exigidos por las leyes procesales para acordar interdictos; y “posesión accional” al conjunto similar establecido por el C.C.” (se refiere al Código Civil) “para conceder las acciones posesorias”, A.D.Molinario, “De las Relaciones...”, p.40, nota 3.-

relación estable de posesión legítima en el primer supuesto e ilegítima en el segundo.-

Como consecuencia de ello, modificó la clasificación de los hechos contemplada en el Código Civil.- Los ilícitos pueden ser subjetivos u objetivos.- Los primeros son aquellos en que la persona actúa con dolo o negligencia; tal descripción corresponde, por ejemplo, al homicidio.- El sujeto, en el segundo, ignora la existencia de la ilicitud; verbigracia, el adquirente de buena fe con justo título al ser engañado en la calidad del vendedor del inmueble por suposición de persona.- En este último ejemplo, hay una posesión ilegítima de buena fe y un derecho real aparente.-

Las relaciones reales “cuasi” denotan un objeto consistente en un bien en sentido estricto¹⁶⁷.- Molinario aplicó tal adverbio de cantidad, que implica proximidad, anteponiendo a los términos de aquellas relaciones que recaen sobre una cosa.- Tal método clarifica y facilita su aprendizaje.- Así resulta cuasi posesión y cuasi tenencia.-

Las relaciones reales de sujeto plural, que se indican con el prefijo “co”, son aquellas que intervienen simultáneamente dos o más personas.- Es indiferente que su objeto sea una cosa o un bien.- En la primera hipótesis “co” se agrega al término que identifica la relación real de sujeto único; por ejemplo, coposesión y cotenencia.- En el segundo caso, se antepone entre cuasi y el vocablo de la relación real que se trate; verbigracia, cuasi coposesión y cuasi cotenencia.-

Las relaciones reales “sub” implican una subdelegación.- Su característica principal consiste en que la relación delegada posee la misma esencia que la que ejerce el sujeto delegante.- El prefijo “sub” se coloca antes de la alocución usada para identificar la relación real delegada.- Con tal procedimiento, resulta subtenencia.-

Las relaciones reales inclusive actúan dentro del campo del derecho administrativo.- Así debe ser calificado la concesión o el permiso de los bienes públicos.-

¹⁶⁷ **Artículo 2311 del Código Civil:** “Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor.- Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación”.-

El detalle que demuestra la asombrosa capacidad especulativa de Molinario es su cuadro sinóptico¹⁶⁸, donde enumeró todas las relaciones reales cuyos titulares son personas de derecho privado, incluyendo su actuación en el campo del derecho público.- Se exceptúan a aquéllas que tengan al Estado como sujeto de Derecho Público o de Derecho Internacional¹⁶⁹.-

Las dos grandes categorías son la abstracta y concreta.- El criterio distinguidor de las clases radica en el objeto de la relación: cosa o bien.- La clasificación de subclase va a depender si es sujeto individual o plural.-

La primera categoría (**abstractas**) se divide por sus funciones: **a.**- instrumentales: si el objeto es cosa y el sujeto individual, **posesión, tenencia, subtenencia y yuxtaposición**; sujeto plural: **coposición, cotenencia, cosubtenencia y coyuxtaposición**.- Si es bien y sujeto individual, **cuasi posesión, cuasi tenencia y cuasi subtenencia**; sujeto plural: **cuasi coposición, cuasi cotenencia y cuasi cosubtenencia**.- **b.**- factores determinantes¹⁷⁰: según su consecuencia, se clasifican en: **1.- Relación defendible**: la ejerce toda persona que tiene con la cosa la relación de disponibilidad.- Es decir, es la defensa extrajudicial reglada en el artículo 2470 del Código Civil¹⁷¹.- La posee el poseedor, el tenedor y el yuxtaposedor y todos sus derivados.- **2.- Relación interdictal**: es la que se acuerda a todo titular del corpus simple para la defensa judicial de la relación de disponibilidad mediante los interdictos.- Lo puede interponer el poseedor y tenedor.- **3.- Relación despojada**¹⁷²: es aquella que otorga la posibilidad de petitionar la acción de despojo (artículo 2490 del Código Civil¹⁷³).- **4.- Relación turbada**: es aquella que permite interponer la acción

¹⁶⁸ Empleó nueve divisiones como herramientas, categorías, subcategorías, ramas, subramas, grupos, subgrupos, clase, subclases y especies.-

¹⁶⁹ Vease A.D.Molinario, “*De las Relaciones...*”, entrepáginas 94-95.-

¹⁷⁰ Molinario usó la alocución “*determinantes de ciertos efectos*” en el cuadro sinóptico.- Ver número anterior.-

¹⁷¹ **Artículo 2470 del Código Civil**: “*El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa*”.-

¹⁷² En la primera edición, se mencionó como posesión despojada, pero como la ley 17.711 amplió la legitimación activa a los tenedores prefiero usar la terminología de relación despojada.-

¹⁷³ **Artículo 2490 del Código Civil**: “*corresponde la acción de despojo a todo poseedor o tenedor, aun vicioso, sin obligación de producir título alguno contra el despojante, sucesores y cómplices, aunque fuere dueño del bien.- Exceptúase de esta disposición a*

policial de recupero (artículo 2469 del Código Civil¹⁷⁴).- **5.- Posesión accional**¹⁷⁵: es la que permite la defensa calificada de las acciones posesorias.- La ejerce quién se ha mantenido un año, en forma ininterrumpida y continua; la posesión no debe ser viciosa.-

En las relaciones **concretas**, la subcategoría principal se encuentra dada por la índole del derecho y secundariamente por la licitud o ilicitud que califica a la relación en cuanto a su origen y otorgamiento.-

En la primera **-de Derecho Público**¹⁷⁶, en la perspectivas de las **lícitas**, dentro de las cosas, se encuentra: **a.- Yuxtaposición impuesta.- b.- Yuxtaposición carga.- c.- Yuxtaposición funcional.- d.- Yuxtaposición concesionarial.- e.- Yuxtaposición permisionarial.-** En cambio, si es bien: **a.- Cuasi posesión funcional:** es una relación inmaterial y estable que se determina entre el funcionario y las facultades que su cargo le confiere.- **b.- Cuasi posesión concesionarial:** es la relación inmaterial y estable entre el titular de concesión y los derechos que ella implica.- **c.- Cuasi posesión permisionarial:** es la relación inmaterial entre el titular del permiso y el derecho que ella confiere.- En la **ilícita**, se configura el reverso de la medalla: Con respecto a las cosas: **a.- Yuxtaposición impuesta ilícita.- b.- Yuxtaposición carga ilícita.- c.- Yuxtaposición funcional ilícita.- d.- Yuxtaposición concesionarial ilícita.- e.- yuxtaposición permisionarial ilícita.-** Con referencia a los bienes: **a.- cuasi posesión funcional ilícita.- b.- cuasi posesión concesionarial ilícita.- c.- cuasi posesión permisionarial ilícita.-**

En la segunda **- Derecho Privado -** hallamos en las **lícitas**: **a.-) Cointegrativas del Derecho Real:** Si es cosa y sujeto individual: **1.-Posesión apropiativa.- 2.- Posesión traditiva.- 3.- Posesión acto jurídico.- 4.- Posesión usucaptiva.- 5.- Posesión prescriptiva.- 6.- Posesión privada fiscal.-** Al supuesto de sujeto plural se le agrega el prefijo “co” a las anteriores.- **1.-**

quien es tenedor en interés ajeno o en razón de una relación de dependencia, hospedaje u hospitalidad”.-

¹⁷⁴ **Artículo 2469 del Código Civil:** “La posesión, cualquiera sea su naturaleza, y la tenencia, no pueden ser turbadas arbitrariamente.- Si ello ocurriere, el afectado tendrá acción judicial para ser mantenido en ellas, la que tramitará sumariamente en la forma que determinen las leyes procesales”.-

¹⁷⁵ Es posesión porque no la puede interponer el tenedor como en los casos anteriores.-

¹⁷⁶ Recordar que en su libro Molinario excluyó a aquellas relaciones reales cuyo sujeto es el Estado.- Tal decisión se basó por ser la obra un ensayo de derecho privado.-

Coposición apropiativa.- 2.- Coposición traditiva.- 3.- Coposición acto jurídico.- 4.- Coposición prescriptiva.- 5.- Coposición usucaptiva.- 6.- Posesión privada fiscal.- Hay correlación en el subgrupo bien: Sujeto individual: **1.-Cuasi posesión traditiva.- 2.- Cuasi posesión cuasi traditiva.- 3.- Cuasi posesión prescriptiva.- 4.- Cuasi posesión usucaptiva.-** Sujeto plural: **1.-Cuasi coposición traditiva.- 2.- Cuasi coposición cuasi traditiva.- 3.- Cuasi coposición prescriptiva.- 4.- Cuasi coposición usucaptiva.-**

b.-) Realizadora del Derecho Real: es la que permite obtener el señorío del objeto en forma efectiva.- Provoca la posesión exteriorización o cuasi posesión exteriorización.-

c.-) Realizadora del Derecho Creditorio: es la relación instantánea que permite el primer contacto del derecho con su objeto.- Es antecedente de la relación real “tenencia exteriorizada”.-

d.-) Transmisora de Derecho Real o Derecho Creditorio: resulta ser la **cuasi posesión notificación.**

e.-) Exteriorización del Derecho Real: corresponde a las relaciones estables que suceden a la constitución del derecho real.- Son productos de las realizadoras.- Si es cosa, se encuentra la **posesión exteriorización** (sujeto individual) y **coposición exteriorización** (sujeto plural).- Sus defensas están contempladas por las relaciones reales de factores determinantes.- Si es bien, se halla la **cuasi posesión exteriorización** (sujeto individual) y **cuasi coposición exteriorización** (sujeto plural).-

f.-) Exteriorizadora de Derecho Creditorio: es aquella que manifiesta permanentemente el contacto entre el acreedor o deudor, según sea el caso, con su objeto.- Es consecuencia de la relación instantánea de las realizadoras de tal Derecho.- Como éste es personal, gira todo alrededor de la tenencia.- Si es cosa distinguimos: Sujeto individual – **tenencia exteriorización** y **subtenencia exteriorización** – y sujeto plural - **cotenencia exteriorización** y **subcotenencia exteriorización.**- En bienes: Sujeto individual – **cuasi tenencia exteriorización** y **cuasi subtenencia exteriorización** – y sujeto plural – **cuasi cotenencia exteriorización** y **cuasi subcotenencia exteriorización.**-

g.-) Contenido parcial de Derechos Creditorios: se presenta en este ámbito ciertas situaciones en que una de las partes no tiene relación con el objeto; piénsese en el viajero de colectivo con el asiento donde se encuentra, allí hay un simple contacto: **Yuxtaposición contractual.-**

h.-) Contenido parcial del Derecho Real: es aquel contacto físico que establece el titular del fundo dominante con el fundo sirviente: **Yuxtaposición predial.-**

Dentro del ámbito del **derecho privado**, las **ilícitas** se dividen en dos grandes grupos.- El patrón novedoso es la discriminación entre **situación objetivamente lícita y subjetivamente ilícita.-**

El primer subgrupo es **Generadoras de situaciones ilícitas permanentes:** son relaciones instantáneas que forman un modo de aprehensión reputado ilícito por la ley.- Son correlativas a la cointegrativa del Derecho Real en el sector de lo lícito.- Producen reales permanentes que manifiestan la ilicitud.- Se dividen en: **a.-) Subjetivamente ilícitas:** cumplen el rol de las relaciones reales exteriorizadoras del Derecho Real o del Derecho Creditorio en el campo de lo lícito.- Manifiestan un derecho aparente o cuasi aparente¹⁷⁷.- Si el titular es un sujeto individual, se puede configurar: **1.- Aprehensión furtiva.- 2.- Aprehensión violenta.- 3.- Aprehensión abusiva.- 4.- Aprehensión clandestina.- 5.- Aprehensión estelionática.- 6.- Aprehensión ilícita subjetiva simple.-** Con referencia al sujeto plural se configuran las mismas: **1.- Coaprehensión furtiva.- 2.- Coaprehensión violenta.- 3.- Coaprehensión abusiva.- 4.- Coaprehensión clandestina.- 5.- Coaprehensión estelionática.- 6.- Coaprehensión ilícita subjetiva simple.-** Con los bienes: **1.- Cuasi aprehensión furtiva.- 2.- Cuasi aprehensión violenta.- 3.- Cuasi aprehensión abusiva.- 4.- Cuasi aprehensión clandestina.- 5.- Cuasi aprehensión estelionática.- 6.- Cuasi aprehensión ilícita subjetiva simple.-** Sujeto plural: **1.- Cuasi coaprehensión furtiva.- 2.- Cuasi coaprehensión violenta.- 3.- Cuasi coaprehensión abusiva.- 4.- Cuasi coaprehensión clandestina.- 5.- Cuasi coaprehensión estelionática.- 6.- Cuasi coaprehensión ilícita subjetiva simple.-** **b.-) Objetivamente ilícita:** es la que se realiza de buena fe; se piensa en una actuación legítima.- En cosa, se encuentra la **aprehensión ignorada ilícita** (sujeto individual) y **coaprehensión ignorada ilícita** (sujeto plural).- Bien: **cuasi aprehensión ignorada ilícita** (sujeto individual) y **cuasi coaprehensión ignorada ilícita** (sujeto plural).-

El otro segundo subgrupo corresponde a **exteriorizaciones de situaciones ilícitas permanentes:** cumplen el rol de las relaciones exteriorizadas en el ámbito lícito.- Se halla: **a.-) Subjetivamente ilícita:** en cosa, hay que distinguir: sujeto individual – **1.- Posesión exteriorización de mala fe.- 2.- Posesión**

¹⁷⁷ Por ello, se relacionan con los vicios de la voluntad.-

exteriorización viciosa.- 3.- Tenencia exteriorización de mala fe.- 4.- Tenencia exteriorización viciosa.- 5.- Subtenencia exteriorización de mala fe.- 6.- Subtenencia exteriorización viciosa.- 7.- Yuxtaposición exteriorización de mala fe.- 8.- Yuxtaposición exteriorización viciosa (los dos últimos casos son excepcionales.- Por ejemplo, la persona que ingresa en terreno ajeno para cortar ramas para hacer fuego, tiene una relación de yuxtaposición ilícita con el inmueble) – y sujeto plural - **1.- Coposición exteriorización de mala fe.- 2.- Coposición exteriorización viciosa.- 3.- Cotenencia exteriorización de mala fe.- 4.- Cotenencia exteriorización viciosa.- 5.- Subcotenencia exteriorización de mala fe.- 6.- Subcotenencia exteriorización viciosa.- 7.- Coyuxtaposición exteriorización de mala fe.- 8.- Coyuxtaposición exteriorización viciosa.-** En bienes: sujeto individual – **1.- Cuasi posesión exteriorización de mala fe.- 2.- Cuasi posesión exteriorización viciosa.- 3.- Cuasi tenencia exteriorización de mala fe.- 4.- Cuasi tenencia exteriorización viciosa.- 5.- Cuasi subtenencia exteriorización de mala fe.- 6.- Cuasi subtenencia exteriorización viciosa.-** - y sujeto plural - **1.- Cuasi coposición exteriorización de mala fe.- 2.- Cuasi coposición exteriorización viciosa.- 3.- Cuasi cotenencia exteriorización de mala fe.- 4.- Cuasi cotenencia exteriorización viciosa.- 5.- Cuasi subcotenencia exteriorización de mala fe.- 6.- Cuasi subcotenencia exteriorización viciosa.-**

b.-) Objetivamente ilícitas: de nuevo, hay que diferenciar: cosas y bienes.- En la primera, si hay un sujeto individual, se configura la **posesión exteriorización ilícita de buena fe, tenencia exteriorización ilícita de buena fe, subtenencia exteriorización ilícita de buena fe y yuxtaposición exteriorización ilícita de buena fe** (en el caso anteriormente visto, el adquirente del leño que ignora por su buena fe, que el detentador del inmueble carece de derecho para disponer de ella).- Las mismas relaciones se observan si existe una pluralidad de sujetos: **coposición exteriorización ilícita de buena fe, cotenencia exteriorización ilícita de buena fe, subcotenencia exteriorización ilícita de buena fe y coyuxtaposición exteriorización ilícita de buena fe.-** En los bienes, se presentan las cuasi realidades correlativas.- Con sujeto individual, se dan las siguientes: **cuasi posesión exteriorización ilícita de buena fe, cuasi tenencia exteriorización ilícita de buena fe y cuasi subtenencia exteriorización ilícita de buena fe.-**

Procede cuando concurre un sujeto plural: **cuasi coposición exteriorización**

ilícita de buena fe, cuasi cotenencia exteriorización ilícita de buena fe y cuasi subcotenencia exteriorización ilícita de buena fe.-

Las **neutras** son las que existiendo como hechos sociales son indiferentes para la ley.- Hay dos supuestos: **a.-) Yuxtaposición complaciente:** es aquella cuyo sujeto está en contacto con el objeto por razones de cortesía y amistad, sin que medie tenencia.- Habría una intención cuasi liberal.- Verbigracia, el huésped con los muebles del cuarto de visitas.- **b.-) Yuxtaposición precontractual:** es aquella que se configura entre el eventual adquirente con el objeto posible de su compra.-

Por último, en las **inconscientes**, el titular desconoce la existencia de la relación real.- Es el caso de la **yuxtaposición:** lo representa el ejemplo clásico de la persona dormida de Paulo.-

El Código Civil en sus 153 artículos sobre esta materia es harto suficiente para permitir la construcción de una teoría.- Hay que aclarar que algunas de las especies no se encuentran mencionadas en el ordenamiento civil.- Sin embargo, la doctrina elabora su concepto.- Por ejemplo: la subtenencia puede ser deducida de la reglamentación de la sublocación.-

Como el mismísimo Aristóteles que describió las distintas virtudes y vicios en época en la cual no había sustantivos propios para algunos, Molinario trató de denominar a cada situación que se presentara en la práctica.-

Haciendo suya la opinión de Salvat y ampliando su razonamiento, estableció como principio de interpretación que todas las relaciones reales se presumen en principio como exteriorizadoras de un derecho.-

Molinario era adverso al criterio unitario de posesión.- La doctrina tradicional distingue tres funciones de tal relación real: elemento del derecho real, contenido de derecho y fuente de derecho.- El civilista las discrimina constituyendo nuevas figuras a partir de ellas:

a.- Elemento del derecho real: recae sobre la relación cointegrativa del derecho real.-

b.- Contenido de derecho: las posesiones exteriorizaciones versan sobre ellas.-

c.- Fuente de derecho: es substituido por la relaciones interdictal, despojada y posesión accional.-

Disentía con Legón quién postulaba la negación de la posesión como categoría autónoma, admitiéndola como elemento del derecho.-

Los autores al estudiar esta relación real, antes de Molinario, la analizaban entre una introducción general y los derechos reales – tal es el caso de Salvat y Lafaille -, otros la entendían directamente como elemento propedéutico, Legón y Allende adoptaron tal metodología.- En cambio, nuestro civilista, basándose en su postura integral, la ubicada dentro de la Parte General del Derecho Civil¹⁷⁸ ya que alguna de ellas se encuentran en todos los derechos patrimoniales¹⁷⁹: verbigracia, la tenencia en los contratos de locación de cosa, depósito y comodato.-

La verdadera explicación de tantas distinciones en las doctrinas radica que sus autores no observaron las distintas especies de ella.- La definición del artículo 2351 del Código Civil¹⁸⁰, referente a una relación abstracta, no condice con la riqueza multiforme de la posesión.-

A su vez, rechazó la idea de una única tenencia, cuasiposesión y cuasitenencia.- Para él, hay múltiples relaciones reales con génesis, naturaleza y efectos que le son peculiares.- Cada una de las nombradas forman una especie.- Por ello, obtuvo **un concepto pluralista**.- Reconoció que los desdoblamientos de ellas pueden ser infinitos¹⁸¹.-

Molinario, a diferencia de Savigny, ubicó el caso de la persona que con la sola intención de obtener algún provecho de la cosa, como la tala de árboles o la adquisición de frutos, en relación de yuxtaposición, no de posesión.- Esta última se configura con el objeto de su derecho, verbigracia los frutos separados del árbol.-

¹⁷⁸ Tal sugerencia puede ser calificada como novedosa para la época teniendo en cuenta los modelos legislativos.- Por ejemplo, el código civil francés de aquel entonces mencionaba a la posesión en el Capítulo II del título XX dedicados a la prescripción.- Otros reglaban tal relación real entre dominio y sus limitaciones; optaron por tal vía los códigos de Chile, Ecuador, Colombia y Panamá.- El de España lo sitúa entre el dominio y los demás derechos reales.- El legislador suizo e italiano en sus ordenamientos civiles de 1910 y 1942, respectivamente, los ubicó después de los derechos reales.-

¹⁷⁹ No obstante, el alumno debería estudiarlo sumariamente.- La Parte General debería ser destinada para que la persona que se inicia en el conocimiento del derecho adquiriese una idea global de las instituciones fundamentales.-

¹⁸⁰ **Artículo 2351 del Código Civil:** *“Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”*.-

¹⁸¹ A.D.Molinario, *“De las Relaciones...”*, p.49, nota 23.-

La mayoría de los autores argentinos reconoce como creador de la teoría subjetiva a Savigny¹⁸², que ha adoptado nuestro Código.- En cambio, Molinario objetó que su origen era anterior; se pierde en el derecho romano.- Vélez Sarsfield lo receptó por medio del derecho patrio, sumándole algunas modificaciones del ordenamiento francés¹⁸³.-

Aconsejaba para una futura reforma adoptar una terminología más precisa de las relaciones reales: emplear un vocablo para cada una de ellas.- No sería necesario disciplinar todas las situaciones en aras de impedir que el ordenamiento pierda claridad.- Es fundamental discriminarlas en base a su función.-

JUICIO A LA OBRA

La característica fundamental de la investigación de Molinario, a diferencia de las de su época, radicó en que construyó su teoría general prescindiendo del marco legislativo.- Sigue en este punto el método de la pandectística romana.-

Las fuentes primordiales que indagó fueron las del derecho patrio, en especialmente Las Partidas.- Su búsqueda en este ordenamiento es constante en sus escritos, como en los de Allende se nota un conocimiento profundo del derecho romano¹⁸⁴.- Lamentablemente, tal actitud es escasamente seguida por los autores modernos.-

A su vez, su teoría es pluralista ya que postula la existencia de diversas clases de relaciones reales, una por cada función que desempeñan.- Este aspecto casi único contrasta con las ideas tradicionales que configuran tres únicos institutos, posesión, tenencia y yuxtaposición, con múltiples funciones.-

¹⁸² A diferencia de la costumbre actual de las cátedras de derechos reales de enseñar la polémica Savigny-Ihering, consistente en la naturaleza jurídica de la posesión (hecho o derecho), fundamento de la protección posesoria y las célebres formulas matemáticas, era partidario de liberar de tal carga al alumno.- Lo debían estudiar en la materia de Derecho Romano.- Debía ser objeto de estudio en el Doctorado como investigación de sistemas legislativos.-

¹⁸³ Fundamentó su afirmación basándose en las investigaciones de Segovia y de Díaz Biale.- Resaltó el conocimiento directo y profundo del Codificador sobre el derecho romano y patrio.- Ver A.D.Molinario, “*De las Relaciones...*”, pp.57-59, nota 83.-

¹⁸⁴ Se encuentra pendiente en la doctrina jurídica argentina realizar un estudio comparativo sobre el pensamiento de Molinario y Allende y determinar el legado de cada uno de ellos a esta disciplina jurídica.- Con respecto al segundo de los nombrados, se ha tratado dicho punto en un artículo en homenaje a su persona por el aniversario de su fallecimiento: Silvia T.Tanzi y Carlos A.Fossaceca, “*Guillermo L.Allende: su recuerdo y su legado*”, Diario La Ley del Viernes 9 de marzo de 2012.-

Introduce en la posición anímica, a diferencia de los grandes maestros de la materia, Savigny y Ihering, el aspecto cognoscitivo y desarrolla subespecies del querer no estimadas anteriormente.-

Sostiene la necesidad de que la ley reglamente en base a la realidad, manteniendo el distingo posesión – tenencia, no empleando términos que la deforman; tales como poseedor inmediato y mediato.-

Por último, y en proceder aislado en la materia, siguió con la tradición clásica de la cuasi posesión.- Hoy en día, predomina la postura de Allende quién hace extensiva la posesión a cualquier derecho real, salvo casos excepcionálísimos.-

Queremos terminar esta parte del trabajo manifestando que sólo un hombre excepcional es capaz de llevar a cabo una clasificación tan exhaustiva.- Permite evitar cuestiones unilaterales que han provocado la proliferación de confusión en la materia; verbigracia la posibilidad de contemplar distintas naturalezas jurídicas.-

CONCLUSIONES

Fue un autor muy prolífero.- Poseyó una de los intelectos más capaces que honran el universo de juristas argentinos.- No se limitó a la enseñanza de una sola rama del Derecho Civil, sino que supo conjugar y armonizar las distintas partes del ordenamiento jurídico argentino.-

Perteneció a la escuela católica argentina.- Supo combinar la fidelidad al Magisterio de la Iglesia con la búsqueda profunda de la verdad.- Él mismo lo expresó: *“Tenemos el orgullo de haber sido hombres libres; de no haber hecho jamás una afirmación en el ámbito técnico o científico que no estuvieran debidamente documentada.- Si se tratara de hechos, hemos afirmado verdad; si se trata de materia opinable, hemos sostenido siempre con absoluta buena fe lo que entendíamos o entendamos con verdad.- Como católicos somos dogmáticos en el ámbito en que lo exige nuestra creencia; en todo lo demás, repetimos orgullosamente hemos sido y somos un hombre libre¹⁸⁵”*.-

Si hemos logrado rescatar su figura y obtener que los noveles abogados y las futuras generaciones de estudiantes de derecho, especialmente de nuestra querida facultad, la Pontificia Universidad Católica Argentina, aprendan y se

¹⁸⁵ A.D.Molinario, *“De nuevo sobre...”*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, p.869, Punto XIX.-

sienten honrados por la tradición católica jurídica argentina, nuestra tarea ha sido felizmente llevada a cabo.-

ANEXO



FOTO DE ALBERTO DOMINGO MOLINARIO

BIBLIOGRAFIA

- Entrevista a los Doctores Manuel Horacio Castro Hernandez, Pablo María Corna, Juan Carlos M.Hariri, Luis Leiva Fernandez, Alberto Molinario y Diana Nilda Molinario.-
- Curso de Derecho Reales dictados por Pablo María Corna en la Universidad Católica Argentina.-
- MOLINARIO, Alberto D., “*Constitución nacional y divorcio vincular*”, LA LEY1984-C, versión online.-
- MOLINARIO, Alberto D., “*Contestación al "Proyecto de Reforma al Código Civil y el Divorcio Vincular" de Roberto Repetto (h.)*”, LA LEY1986-E, versión online.-
- MOLINARIO, Alberto D., “*De algunas alegaciones agnósticas a favor de la indisolubilidad matrimonial*”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina 1974, p.541.-
- MOLINARIO, Alberto D., “*De las Relaciones Reales*”, Universidad, Buenos Aires, 1981.-
- MOLINARIO, Alberto D., “*De nuevo sobre la ley santafesina de matrimonio civil*”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1967-V, 844.-
- MOLINARIO, Alberto D., “*Derecho patrimonial y derecho real*”, La Ley, Buenos Aires, 1965.-
- MOLINARIO, Alberto D., “*En el centenario del primer proyecto de ley matrimonial* Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.354.-
- MOLINARIO, Alberto D., “*La anticoncepción en la hora actual*”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-V, p.889.-
- MOLINARIO, Alberto D., “*La discusión y la solución definitiva dada por la comisión que produjo el proyecto de Código Civil de 1936 en materia de divorcio vincular*”, LA LEY 1986-C, versión online.-
- MOLINARIO, Alberto D., “*La inconstitucionalidad de los artículos 21 y 28 del Pacto de San José de Costa Rica*”, LA LEY 1986-B, versión online.-
- MOLINARIO, Alberto D., “*Inconstitucionalidad del divorcio vincular y del divorcio consensual establecidos por la ley 23.515*”, ED 124,
- MOLINARIO, Alberto D., “*La reforma de 1968 al Código Civil*”, LA LEY 1981-C, versión online.-
- MOLINARIO, Alberto D., “*Por tercera vez sobre la ley santafesina de matrimonio civil*”, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1968-IV, p.761.-

- TANZI, Silvia Y. y FOSSACECA, Carlos, “*Guillermo L.Allende: su recuerdo y su legado*”, Diario La Ley del Viernes 9 de marzo de 2012.-

INDICE

- **PRÓLOGO:** página 4.-
- **INTRODUCCION:** página 6.-
- **METODOLOGIA:** página 7.-
- **DATOS BIBLIOGRAFICOS:** página 7.-
- **RASGOS DE SU PERSONALIDAD:** página 9.-
- **TITULOS ACADEMICOS:** página 10.-
- **PROGRAMA DE ESTUDIO:** página 13.-
- **DESEMPEÑO DOCENTE:** página 52.-
- **1.- JURISTA CATOLICO:** página 54.-
- **A.- ROL DEL CATOLICISMO EN LA CONSTITUCION DE 1860:**
página 54.-
- **B.- ROL DE LA IGLESIA EN SUS ESCRITOS:** página 57.-
- **C.- DEFENSOR DEL DERECHO NATURAL:** página 58.-
- **D.- PRESENCIA DE LA DOCTRINA CATOLICA EN SUS
DOCUMENTOS:** página 60.-
- **2.- PARTE GENERAL:** página 61.-
- **A.- SU ESTIMA ACERCA DEL CODIGO CIVIL:** página 61.-
- **B.- REFORMA REALIZADA POR LA LEY 17.711:** página 62.-
- **C.- SU POLEMICA CON BORDA:** página 62.-
- **D.- SU CONCEPCION SOBRE EL DERECHO:** página 65.-
- **3.- DERECHO DE FAMILIA:** página 67.-
- **A.- SU CONCEPTO DE LA LEGISLACION ARGENTINA
MODERNA:** página 67.-
- **B.- INDISOLUBILIDAD DEL VÍNCULO MATRIMONIAL:** página
67.-
- **C.- DIVORCIO:** página 69.-
- **D.- BIBILONI Y LA COMISION REFORMADORA DEL AÑO 36
EN MATERIA DE DISOLUBILIDAD DEL VINCULO: SU
DISPUTA CON ROBERTO REPETTO (H):** página 70.-
- **E.- EL DIVORCIO VINCULAR ES CONTRARIO A LA
CONSTITUCION NACIONAL DE 1860:** página 74.-
- **F.- ANTECEDENTES PATRIOS:** página 76.-
- **G.- LEGISLACION CANONICA Y CIVIL:** página 79.-

- **H.- ANALISIS DE LA LEY SANTEFECINA DE MATRIMONIO CIVIL: SU POLEMICA CON RUIZ MORENO:** página 80.-
- **I.- NATALIDAD Y ANTICONCEPCION:** página 87.-
- **4.- DERECHOS REALES:** página 93.-
- **TEORIA GENERAL DE LAS RELACIONES REALES:** página 93.-
- **JUICIO A LA OBRA:** página 106.-
- **CONCLUSIONES:** página 107.-
- **ANEXO:** página 109.-
- **BIBLIOGRAFIA:** página 110.-
- **INDICE:** página 112.-