

La enseñanza de las potestades y relaciones jurídicas

POR ALBERTO D. MOLINARIO

Profesor de Derecho Civil IV en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y en la de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires; profesor de Derecho Civil V en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad del Salvador y en la de Ciencias Jurídicas, Políticas y Económicas de la Universidad del Museo Social Argentino; ex profesor de Derecho Civil V en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; ex profesor de Derecho Civil II en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

I INTRODUCCIÓN

1. - DEDICATORIA: Dedicamos este brevísimo, aunque fundamental ensayo, a la memoria del Rdo. Padre Vicente Alonso S. J., Decano ejemplar, bajo cuyo gobierno la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad del Salvador nos otorgó el honor de desempeñar, con el carácter de Profesor Titular, la Cátedra de Derecho Civil V Curso (Familia y Sucesiones).

Entendemos que los trabajos que se escriben en homenaje a una persona deben vincularse a la actividad desarrollada por ésta. Y de allí que, teniendo en consideración que como Decano organizador, el Padre Alonso, insigne maestro de Deontología jurídica, también estudió problemas concernientes a la didáctica jurídica, producimos estas líneas que tienen como objeto presentar una nueva solución en orden al contenido del programa de Derecho Civil 1ª Parte.

2. - PERSONERÍA: Causará extrañeza, tal vez, 'que ejerciendo la docencia simultáneamente en las Cátedras de Derecho Civil IV y V Curso¹ trabajemos respecto de un sistema expositivo referente al primero.

Pero, a poco que se analice, se advertirá que por la repercusión que tiene el estudio de la Parte General del Derecho Civil en la formación del estudiante, no es indiferente a los Profesores de los cursos ulteriores, los efectos que aquélla produce en quien tiene que afrontar luego el estudio de los últimos cursos de Derecho Civil.

Con la solución actual, los Profesores que tienen a su cargo la enseñanza de los cursos II (Obligaciones y Hechos Ilícitos) y III (Contratos y Cuasi contratos), no experimentan inconveniente alguno desde el momento que el estudiante ve funcionar en ambos en forma adecuada y cómoda, la doctrina de la relación jurídica que estudió en el primero y que se le presentó con validez universal, esto es, aplicable en todos los sectores del Derecho Civil.

No ocurre lo mismo, en cambio, cuando el estudiante toma contacto con los derechos reales pues allí le aparece el concepto de potestad, distinto al de relación jurídica, y como, en cierto sentido, son conceptos antitéticos, el alumno, instruido en la relación jurídica que ve funcionar admirablemente en los dos cursos siguientes al de Parte General, se encuentra totalmente desubicado pues no ve actuar allí esa figura salvo en algunos aspectos colaterales al derecho real pero que no configuran derecho real y, sobre cuya distinta naturaleza no siempre se le advierte. Más aún. La teoría de las relaciones reales tampoco le es explicada con anterioridad, y de allí que tenga que insumirse buena parte del lapso lectivo en la explicación de ésta con el inconveniente -para el estudiante- de no haberla conocido antes de haber estudiado los contratos, siendo así que, algunos de ellos (locación de

¹ Desempeñamos el cargo de Profesor titular de Derecho Civil (IV) en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y con el carácter de Profesor Ordinario en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

Hemos sido designados por la Universidad del Museo Social Argentino para: impartir en su Facultad, de Ciencias Jurídicas, Políticas y Económicas la enseñanza de la asignatura que profesamos en la Universidad del Salvador.

cosas, sub-locación, depósito, comodato, etc.) suponen necesariamente el conocimiento de la misma, por lo menos, en sus lineamientos generales.

Nuevamente, en el último curso, aparece el concepto de potestad, vinculado ahora a la "persona y se encuentra con relaciones jurídicas que se diferencian profundamente, en sus elementos y funcionamiento, con la que le había sido exhibida como única y aplicable, por ende, a cualquier situación.

Por lo tanto, interesa a quienes tienen a su cargo la enseñanza de los dos últimos cursos, el contenido del primero, pues este influye en la posición del estudiante cuando tiene que afrontar el examen de aquellos, .

Además, el Derecho Civil, constituye una materia única, de donde se sigue que, quien pretende ser civilista, no puede desentenderse de los otros sectores distintos a los de su mayor - atención, ocasionada, sea por accidente, o por predilección personal.

Justifica así nuestra personería, para abordar el tema precisaremos a continuación algunas advertencias para la exacta comprensión del presente ensayo de naturaleza fundamentalmente didáctica.

3. -ADVERTENCIAS PREVIAS: En primer término, se hace necesario señalar que las cuestiones didáctico-jurídicas van inseparablemente unidas, en cierta medida, a la esencia, razón de ser, télesis y organización de las figuras jurídicas de cuyo aprendizaje se trata. De ahí que, para compenetrarse de la exactitud de las tesis postuladas en orden al contenido de un curso, deba conocerse las instituciones que lo integran. Es por ello que nos vemos obligados a esbozar, a muy grandes rasgos todas las categorías jurídicas que debieran ser; estudiadas en el primer curso.

En segundo lugar hablamos de las categorías que actúan en el campo del Derecho Civil lo cual no significa que seamos positivistas. En modo alguno. Entendemos que -por sobre todo Derecho Positivo, incluso el Constitucional y Administrativo, así como también con relación al Derecho Internacional (Público y Privado) existe el Derecho Natural, consubstancial a la naturaleza humana, único, perenne e inmutable, impuesto por Dios en el hombre, pero aquí nos limitamos al Derecho Civil Positivo. De allí que; si hablamos de cuatro categorías fundamentales, las establecemos en función, única y exclusivamente" del Derecho Positivo sin que ello importe desconocimiento del Derecho Natural, cuya función rectora reconocemos como primaria y fundamental.

Finalmente, cuando aludimos a la evolución histórica del Derecho Privado lo hacemos en función .de lo conceptual y no de lo episódico y natural por ser lo histórico conceptual lo que interesa.

Formuladas estas tres advertencias entramos de lleno al quehacer que nos hemos propuesto.

II

LA PERSONA HUMANA Y LAS RELACIONES DE LAS QUE ES SUJETO ACTIVO O PASIVO

4. - LAS RELACIONES QUE TIENEN COMO SUJETO A LA PERSONA HUMANA: En el ámbito terrenal la persona humana tiene tres clases de relaciones: unas, con los otros seres humanos individualmente considerados; otras, con las cosas corporales o incorpóreas; y, por último, unas terceras con los grupos sociales integrados por seres humanos y, según las situaciones, conjuntamente o con exclusión de otros grupos sociales o de otros seres humanos. A su turno, estos grupos sociales, si el Derecho Positivo les reconoce personalidad, pueden tener también relaciones iguales a las de las personas humanas con la única exclusión de las ,que comportan o son consecuencia de la complementación biológica del individuo humano.

Tenemos así; relaciones personales; relaciones reales; y, dentro de las primeras, relaciones familiares.

5. - CATEGORÍAS JURÍDICAS Y RELACIONES PRIMARIAS: Las relaciones humanas que se establecen sea con las personas de existencia visible y de existencia ideal o con 18"8 cosas, pueden organizarse de acuerdo a dos grandes categorías, a saber:

- a) la potestad;
- b) la relación jurídica.

A su vez la potestad da lugar, en el campo del derecho privado, a dos especies: la potestad personal y la potestad real.

La relación jurídica también admite un desdoblamiento según se trate de relación patrimonial o de relación familiar.

Todas las relaciones humanas, sin excepción, encuadran dentro de una de estas cuatro categorías que analizaremos a continuación.

III LA POTESTAD

6. - CONCEPTO DE POTESTAD: Puede caracterizarse la 'potestad como *la relación existente entre una persona y la : ,comunidad, u otra persona, o un objeto, en virtud de la cual éstos últimos quedan sometidos en forma total o parcial a la acción y a la voluntad de la primera.*

La potestad es la primera categoría jurídica que aparece en el tiempo y así como leemos al comienzo del Evangelio según San Juan que, "en el principio era ya el Verbo y el Verbo estaba en Dios, y el Verbo era Dios",² análogamente podemos decir que en el principio que la potestad y que la potestad era el todo jurídico. Así, por ejemplo, en la primera época de Roma vemos que el núcleo primario de toda la organización social económica y política es la familia cuyo jefe, el ascendiente varón más anciano, es el único que goza de plena , capacidad de derecho y constituye el verdadero "quiritis": O sea el ciudadano romano pleno que tiene un señorío doméstico "ilimitado dentro y fuera de la casa y hace a su titular responsable por toda la familia para con los terceros".³ Un autor refiriéndose a esta potestad expresa: "Es ilimitado dentro de la familia. Confiere un poder exclusivo de vida y muerte (*ius vitae ac necis*) en que no tiene para que entrometerse lajurisdicción ordinaria y cuyo ejercicio, tratándose de miembros adultos, se halla sujeto por el poder de la costumbre a la aprobación de un consejo de familia; la exposición de los recién nacidos se dejaba, en cambio, al arbitrio del jefe de la casa por la sencilla razón de que era su voluntad omnimoda (*liberos tollere, suscipere*) y no el hecho del nacimiento, lo que hacía que el niño entrase a formar parte de la familia, cosa que hacía inútiles en esta época las presunciones del derecho posterior en favor o en contra de la legitimidad del parto. La patria potestad encierra, además, el derecho de entregar a _ la potestad de otro a los sometidos a ella (*mancipiu*) y hasta el de venderlos en el extranjero (*trans Tiberin*) como esclavos, aunque más tarde, quizá al desintegrarse la *manus* del poder doméstico ordinario, se excluya de esta posibilidad a la mujer. Y finalmente, atribuye plenos poderes sobre el patrimonio de los miembros de la familia. Cuanto poseen o adquieren, aunque de hecho se les deje disfrutarlo (*peculium*)_pertenece jurídicamente al "*pater familias*", éste tiene el derecho de reclamar con la misma acción (*vindicatio*) todo lo que pertenece a la casa, todo lo que se halla bajo su *manus* o su potestad, sea animado o inanimado si otro se apodera de ello sin su voluntad... Tiene además la facultad de hacer suyos cuantos derechos pueda adquirir hacia terceros cualquiera de los sometidos a su poder, y no sólo en el sentido de que la adquisición favorezca al *pater familias*, sino entendiéndose que éste _ es el único facultado 'para hacer valer esos derechos"⁴. Esta organización familiar es "la

² Capítulo 19, verso 19; en la ed. de la Sagrada Biblia traducida de la Vulgata latina por el P. José Miguel Petisco S. J., publicada por Félix Torres Amat. 4, ed. Madrid, 1950, p. 1311.

³ Roberto von Mayr, "Historia del Derecho Romano", traducción de Wenceslao Roces, Barcelona, 1926, T. 1, p. 152.

⁴ von Mayr, ob. ed. y lug. cit., en nota anterior. .

célula que al multiplicarse forma el Estado romano".⁵ Como puede apreciarse, el quirite tenía la potestad marital sobre su mujer; la patria potestad sobre sus hijos y descendientes nacidos de la unión y sus mujeres respectivas, sus hijas solteras y las hijas de los hijos y la potestad heril sobre sus esclavos. Todo estaba pues organizado en función de la potestad del jefe de familia.

Y no debe creerse que esto haya acontecido tan sólo en el campo del Derecho Romano. De ninguna manera. Lo mismo ocurrió con el derecho Germánico como nos lo explica Brunner en los siguientes términos: "Las relaciones jurídico-familiares están construidas sobre el *"mundium"* ,del cabeza de familia. Pero *"mundium"*, tutela, designa en general una relación de protección y representación, un concepto que rebasa los dominios del derecho de familia, a causa de que en él se incluyen además, la relación del señor protector con el encomendado a su *defensio* y con los semilibres dependientes, la abogacía sobre los extranjeros, sobre las iglesias y la representación procesal las personas capaces , en la medida que excepcionalmente se permitía. El autor (*foramundo, muntporo, muntwalt, ital.: manovaldo, gerhabe, vogt*), representa al pupilo ante los tribunales : responde por sus delitos y recibe por él multa y el *wergeld*. El concepto del *"mundium"* se fue reduciendo en el curso del tiempo, ya que algunas relaciones de representación perdieron su carácter jurídico privado y otras recibieron el de una sustitución de la voluntad revocable libremente. De otro lado, los casos concretos de aplicación del *"mundium"* se escinden en instituciones sustantivas del Derecho Privado, puesta que ,la cara interna de la relación, particularmente la posición entre tutor y pupilo, se encuentra de modo muy diverso, y la relación "de representación aparece también diferenciada al exterior. Es así como los casos de la tutela familiar se diversifican en la tutela matrimonial, la paterna, la subsidiaria o por razón de la edad y del sexo y la tutela por causa de deficiencia mental o defecto corporal".⁶

En consecuencia el *"mundium"* importaba una potestad análoga a las tres potestades clásicas del Derecho Romano primitivo.

Exactamente lo mismo ocurrió en el Derecho Hebreo pues: "El padre israelita, antes de la aparición de la Ley mosaica, era al mismo tiempo Magistrado, Sacerdote y Señor de vida y hacienda de sus hijos. Su poder era absoluto y omnipotente. Se consideraba como un delegado de Dios mismo que le había conferido sus poderes excepcionales sobre el hijo engendrado".⁷

El concepto de potestad actúa en el campo de los derechos reales y con tal fuerza que en "Roma " se llegó a confundir el dominio que comporta la máxima potestad con la cosa objeto de él de tal manera que tener la propiedad de una cosa es tener la cosa misma.

Pero, lo más extraordinario es que, originariamente, como nos lo enseña también el Derecho Romano, el derecho creditorio se concibió también como potestad.

En efecto: el primer contrato que tuvieron los romanos fue *"nexum"* que venía a ser un préstamo de dinero que se realizaba mediante el cobre y la balanza (*per aes et libram*). Mediante el *"nexum"* se establecía prácticamente una potestad del acreedor sobre la persona del deudor bajo la condición suspensiva de que no abonara al vencimiento lo debido. El deudor que no daba cumplimiento a su obligación pasaba entonces bajo el poder del acreedor quien lo trataba como si fuese su esclavo, y no sólo el deudor sino todas las personas que estaban sometidas a la potestad de éste, también caían bajo la potestad del acreedor.

Esta situación desaparece con la ley Paetelia Papiria, sancionada, según unos, en el año 428 de Roma y según otros, entre los cuales se encuentra Varrón, en el 441, en virtud de la cual se estableció que el vínculo que creaba el *"nexum"* no era con relación de la persona al cuerpo del deudor sino al patrimonio de éste. Como bien lo enseña Iburguren antes de la sanción de la ley Paetelia Papiria: "El derecho del acreedor, era pues el de un dueño. El deudor no figuraba como parte en el litigio, era

⁵ von Mayr, ob y oo. cit., t. 1, p. 57.

⁶ Heinrich Brunner, "Historia del Derecho Germánico", según la 8va.ed. alemana de Claudius von Schwerin, traducida y anotada por José Luis Alvarez López, Barcelona, 1936,p. 224, párr. 52.

⁷ Mateo Goldstein, "El Derecho Hebreo a través de la Biblia y el Talmud", Bs. As., 1948, p. 169.

considerado como la cosa objeto del debate y la única defensa consistía en la reivindicación que un tercero podía deducir en favor del obligado. A este tercero se le llamaba "*vindex ad ea quod vindicat quominus in, qui prensus est, ad aliquo teneatur*" dice Pompeius Festus, porque él reivindica a fin de que el deudor no fuese detenido por el que se ha apropiado de su cuerpo".⁸

En consecuencia, de lo expuesto se infiere' que en Roma, hasta la sanción de la ley Paetelia Papiria todo el derecho privado estaba organizado sobre la idea de la potestad y que, a partir de ella, deja de actuar la potestad en el campo del derecho creditorio, para mantenerse en las relaciones familiares y en los derechos reales.

7. - EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE POTESTAD EN EL DERECHO PRIVADO: Al sólo efecto de completar el esbozo de este cuadro señalamos que en el campo del Derecho Público también apareció, en primer término, el concepto de potestad como único y dominante. Precisamente, en el Derecho Romano la potestad del jefe de la familia era, simultáneamente una potestad política. Los poderes del Estado Romano, hasta el advenimiento del Imperio fueron limitados, pero, a partir de este último período no debe olvidarse que leyes lo que al Príncipe place⁹ Aparece así el absolutismo del Estado, al mismo tiempo que éste se confunde con la persona que detenta el poder máximo. En todas las organizaciones jurídicas en las que el Estado es todo, y que acostumbramos a calificar, ahora, de totalitarias, impera nuevamente el concepto de potestad en el campo del Derecho Público, pues, tales regímenes implican el sometimiento total de la comunidad a la acción y a la voluntad de la persona o del grupo que detenta el poder¹⁰.

Más aún. El concepto de soberanía expuesto por juristas positivistas queda caracterizado como una potestad absoluta, ilimitada, indivisible, inalienable e imprescindible¹¹, con lo cual se advierte que soberanía- es, en definitiva, potestad. Y aún en la definición de quienes" creemos en la existencia y supremacía del Derecho Natural la soberanía será *la* potestad máxima solamente limitada por los derechos naturales del individuo y de los otros integrantes de la comunidad internacional.¹²

Es por ello que nosotros hemos definido a la soberanía como "el poder indivisible, inalienable, imprescriptible, limitado exclusivamente por los derechos naturales del individuo y de los otros Estados integrantes de la comunidad internacional, que permite al Estado: dentro de sus fronteras regir con máxima plenitud el orden, la paz doméstica y la administración de justicia, a efectos de asegurar la realización del bien común y al individuo el efectivo goce de los derechos naturales; y ejercitar, en la comunidad internacional, todos los derechos que le competen *por* derecho natural y por los tratados y convenciones"¹³.

⁸ Carlos Ibaguren, "Apuntes de Derecho Romano". Obligaciones. Contratos en General", Bs. As., 1918, p. 24. Por lo que respecta a las Obligaciones esta publicación viene a ser la 3ra. ed. de los apuntes tomados al Dr. Ibaguren en 1909, por Emilio Alonso Criado y Rodolfo

Freyre (h); Y lo concerniente a los "Contratos" es segunda edición de 'los apuntes tomados por Faustino Infante y Roberto Gache, en un curso intensivo dictado por el mismo catedrático en 1910.

⁹ Instituta de Justiniano, L. I, Tít. II, Párr. 6. Véase también Gayo. Instituciones, I, 5 quien define a la Constitución del Príncipe así: "Constitución del príncipe es lo que el emperador establece por decreto, por edicto, o por epístola, jamás se ha dudado que tenga fuerza de ley, ya que el mismo emperador recibe el poder en virtud de una ley" (Gayo, Instituciones", texto latino con traducción de Alvaro D'Ors Pérez Peix, Madrid, 1943, p. 3).

¹⁰ En todos los países en que impera el comunismo, el Estado es totalitario; la comunidad está bajo la férula de los jefes del partido comunista (único que se admite) y de los burócratas, quienes detentan el poder merced a un régimen policíaco que no respeta ninguna libertad y que conculca todos los derechos naturales de la persona humana.

¹¹ Véase p. ej. a Mariano de Vedia y Mitre, "Curso de Derecho Político", compilado por Juan B. Servat y Pedro Frutos, 2da. ed., Bs. As., 1928, t. 1, N° 114.

¹² La concepción cristiana católica del Derecho Natural enseña "la existencia de una sociedad natural entre las naciones y, por lo tanto, de un derecho internacional anterior y superior a todo convenio" (Unión Internacional de Estudios Sociales, "Código Social", Bs. As., 1953, p. 77, arto 117, primitiva redacción y 190 de la nueva).

¹³ Alberto D. Molinario, "Derecho Patrimonial y Derecho Real", Bs. As., 1965, número 21, p. 117.

A través de estos pocos renglones se advierte pues que la categoría jurídica originaria y fundamental ha sido la potestad.

Dada la índole de este ensayo no consideramos el concepto de potestad en el campo del derecho público y por ello nos vamos a limitar a la potestad en el ámbito del derecho privado.

Con el transcurso de los siglos la potestad sobre las , personas se va suavizando y transformando hasta llegar en nuestros días a constituir una especie de función social. La esclavitud desaparece en Brasil último país que la tenía organizada en América, en 1888, y el año siguiente la suprime Turquía, el 4 de diciembre de 1889, aun cuando continúa practicándose subrepticamente como resulta del hecho de haberse celebrado en 1900 en París un Congreso Internacional antiesclavista para determinar los medios de concluir con la esclavitud y la trata de negros en algunos países musulmanes y en determinadas regiones africanas. Pero lo que interesa es que ningún país civilizado la mantuvo como institución jurídica a partir de 1889, pese a que, repetimos, aún se sigue practicando.

En el campo del derecho de familia la potestad fue batiéndose gradualmente en retirada y tanto es así que en la actualidad, desaparecida prácticamente la potestad marital,¹⁴ sólo queda la patria potestad y en algunos -aspectos de las denominadas instituciones cuasi familiares.¹⁵ Mas, en todas éstas campea en la actualidad el concepto de constituir todas ellas el desempeño de una verdadera función social por parte del sujeto capaz sin que ello signifique, por lo que respecta a la patria potestad, desconocer que por derecho natural el padre y, en su defecto, la madre,¹⁶ son quienes deben ejercerla con máxima libertad.

Las limitaciones que restringen esta potestad así como también las que ciñen las acordadas por las instituciones cuasi familiares radican exclusivamente en el ejercicio antifuncional de las atribuciones que ellas comportan.

El campo que deja libre la potestad lo toma la relación jurídica aunque no siempre ésta traduzca siempre esta traduzca, en el ámbito familiar una relación de dependencia de un sujeto pasivo respecto de un activo, pues las relaciones jurídicas que han desalojado a la potestad en el campo del derecho de familia son, por regla general, relaciones que suponen recíproca interdependencia entre dos seres humanos y, no subordinación o dependencia del uno respecto del otro.

La sustitución de la potestad por la relación jurídica, en el ámbito familiar, se va operando lentamente, y se acentúa en forma considerable a raíz de la ideología individualista, efecto del movimiento religioso denominado Reforma, que se produce en el siglo XVI, y que con la Revolución Francesa de 1789 lleva incluso a introducir el concepto del distracto en la institución matrimonial¹⁷.

¹⁴ El concepto de potestad marital ha sido sustituido por el derecho de decisión del marido el cual sigue subsistiendo aun cuando se acuerde carácter operativo a la Convención de Bogotá.

¹⁵ La tutela y la -curatela son, fundamentalmente, instituciones de representación. La circunstancia que se imponga a quienes desempeñan esas funciones obligaciones semejantes a las que debe dar satisfacción el titular de la patria potestad, no es suficiente para incorporar estas instituciones al derecho de familia. De ahí que, siguiendo la acertada terminología de Felipe Sánchez Román, en sus "Estudios de Derecho Civil" las denominamos "cuasi familiares" es decir, como si fuesen instituciones familiares, o a la manera de las instituciones familiares. Véase nota 24.

¹⁶ La equiparación resultante de la Convención de Bogotá no altera la organización de la patria potestad en lo concerniente a la titularidad de la misma. Este concepto concuerda con el que suministra el Derecho Natural y por ello la Unión Internacional de Estudios Sociales en el Código Social, ha establecido: "El padre es el jefe natural de la familia. La madre se halla asociada a esta autoridad. Está llamada a ejercerla, sin compartirla con nadie, a falta del padre (Código Social, ed. cit., arto 12 de la Ira. redac. y 16 de la 2da., p. 17).

¹⁷ "La Revolución, que no veía en el matrimonio más que un contrato civil, debía necesariamente descartar el principio religioso de la indisolubilidad. Desde los tiempos de la Constituyente se proyectó introducir el divorcio en las leyes civiles, pero ello sólo ocurrió en la Asamblea Legislativa que lo organizó por ley de 20 de setiembre de 1792. Esta permitió el divorcio con una gran facilidad. Desde luego lo admitió no solamente por consentimiento mutuo sino también por simple incompatibilidad de humor alegada por uno solo de los esposos.' Estableció numerosas causas de divorcio muchas de ellas muy discutibles, como la emigración, la locura, la desaparición de uno de los esposos durante cinco años. La Convención, por dos decretos del 8 de Nevosio y del 4 de Floreal del año U, hizo todavía más fácil el divorcio; pero, ante los abusos de esta nueva libertad, retornó a la ley de 1792 (Decreto del 15 de Thermidor del año III)", Marcel Planiol, "Traité Élémentaire de Droit Civil, revu et complété par Georges T. Ripert, avec le concours de Jean Boulanger", 3ra. ed., París, 1946, T. 19, número 1065, p. 384). Esto no significa que el divorcio no haya existido con anterioridad, pues, como es sabido fue una institución de la antigüedad greco romana. Igualmente debe señalarse que la potestad entraña también la posibilidad de la

Durante el siglo XIX y en lo que va del presente se observa que no sólo la relación desaloja a la potestad, en el ámbito familiar, sino que la idea contractualista se introduce en casi todas las legislaciones matrimoniales para hacer posible la disolución del vínculo matrimonial hasta por la sola voluntad de los cónyuges.¹⁸ Continúa campeando en cambio, en toda su plenitud, el concepto de potestad en los derechos reales. Y es de hacer notar que en este sector del Derecho Civil, pese a los intentos doctrinarios que se han realizado para substituir el concepto de potestad por el de relación, ello no se ha logrado.¹⁹

8. - **DISTINTAS ESPECIES DE POTESAD:** De lo que acabamos de exponer resulta pues que existen dos tipos de potestad: la potestad real; y la potestad familiar.

La potestad real es la que se tiene en fama total o parcial sobre los bienes corporales o incorporeales y que es objeto de distintas reglamentaciones que originan los derechos reales y los derechos intelectuales.²⁰ La potestad real se manifiesta en la praxis a través de tres subtipos: la potestad sobre bien totalmente propio; ²¹la potestad sobre bien parcialmente propio; ²² y, por último la potestad sobre bien ajeno.²³

La, segunda comporta dos subtipos: la patria potestad.; y la potestad cuasi familiar, que es lo que aparece en: ciertos aspectos de la tutela y de la curatela y que se denominan acertadamente por Sánchez Román, instituciones cuasi familiares, ²⁴ por cuanto no siempre quién la ejerce está unido por vínculos de consaguinidad o afinidad con la persona sometida y beneficiaria de esa potestad, y, además, según las situaciones, resultan tener preeminencia sobre el aspecto potestad, la función representación y administración que hacen al gobierno de los bienes del individuo subordinado a una de esas potestades.

9. - **POTESAD Y PUBLICIDAD:** Potestad y publicidad son dos conceptos que se encuentran indisolublemente unidos, por lo menos en lo que hace al establecimiento de la potestad. En efecto, si algo va a quedar sometido, en mayor o menor grado a la exclusiva voluntad de una persona, es necesario que la instalación de esa potestad sea conocida, o pueda serlo, por toda la comunidad.

Obsérvese que la publicidad actúa en el derecho civil tratándose de los derechos reales, de los derechos intelectuales y de los derechos de familia, no así en el campo de los derechos creditorios²⁵

disolución del vínculo matrimonial por el repudio que es de carácter unilateral. Pero, el cristianismo, al lograr –el sometimiento del matrimonio al Derecho Canónico había logrado imponer en forma rigurosa a partir del siglo VIII el principio de la indisolubilidad del vínculo matrimonial durante la vida de los cónyuges. El restablecimiento del divorcio se produce, en la civilización occidental, en el siglo XVI, en los países que adoptan la religión protestante.

¹⁸ Así ocurre con el Código Civil para el Distrito Federal de México y Territorios Nacionales, arto 267; y con la ley Cubana de. 10 de mayo de 1934 (Luis Fernández Clérigo, "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada", México, 1947, págs. 135 y 136).

¹⁹ Véase nuestro trabajo, "Derecho Patrimonial y Derecho Real", ed. cit., números 15 a 18, pág. 99 a 113.

²⁰ Véase nuestro trabajo, "Derecho Patrimonial y Derecho Real", ed. cit., números 6 y 7, págs. 43 a 67; y números 10 y 11, págs. 81 a 90. Para advertir las diferencias profundas que median entre la potestad real y la intelectual, véase especialmente apartado g) del N° 11, págs. 88 a 90.

²¹ Es la que comporta el derecho de dominio.

²² Son las potestades regladas por los diversos derechos de condominios (Condominio sin indivisión forzosa; condominio con indivisión forzosa; condominio de muros, cercos y fosos; condominio de accesorios de inmuebles; condominio de árboles; condominio de indivisión postergada judicialmente, y el condominio por confusión de límites), y el derecho de propiedad de sectores independientes integrativos de un edificio común, mal denominado "propiedad horizontal".

²³ Son las potestades reglamentadas por los derechos de usufructo, *uso*, habitación, servidumbres prediales nominadas e innominadas, servidumbre personales innominadas, rentas (art. 2614), hipoteca de grado menor (art. 3135), hipoteca de grado mayor (art. 3137), preanotación hipotecaria, prenda, prenda tácita, anticresis mobiliaria (art. 3231), anticresis inmobiliaria, anticresis inmobiliaria tácita y retención.

²⁴ Felipe Sánchez Román, "Estudios de Derecho Civil", Madrid, t.V, vol. 19, págs. 396-7; t. V., vol. Iº, págs. 1241/2.

²⁵ Tratándose de los derechos reales la distinción entre título y modo hace que este último funcione como publicidad. Este distinguo fundamental no actúa por lo que respecta a los derechos reales respecto de los cuales el contrato resulta ser única y suficiente

Se nos dirá que la locación es susceptible de inscripción²⁶ y que, en alguna situación, ésta resulta ser obligatoria²⁷ En un régimen jurídico como el nuestro que organiza la locación de cosas como derecho creditorio, constituye una excepción; pero, es preciso tener en consideración que la locación puede ser organizada también como derecho real²⁸ Acotamos que 'todos los derechos cuya naturaleza jurídica es objeto de controversia en el sentido de si son derechos reales o derechos creditorios son situaciones jurídicas que, técnicamente, pueden ser organizadas como potestad, o bien como relación jurídica patrimonial. En realidad, en la lucha sorda y milenaria entre la potestad y la relación, hay momentos en que la relación llega a cubrir un vínculo económico con igual intensidad y amplitud que la potestad que antes lo organizaba y, en ese momento que podemos' calificar de indecisión, se tiene que una misma situación económica pueda quedar reglada a voluntad del legislador por la categoría potestad, o por la categoría relación; y como llegan a ser tan semejantes una y otra regulación el espíritu del jurista, al no hallar otra diferenciación más que la que resulta entre potestad y relación, padece de confusión. Y se tiene así incidentalmente otra de las razones por las cuales es absolutamente necesario poner de manifiesto la existencia de estas dos grandes categorías, potestad y relación jurídica, y no exhibir ésta última como categoría única y mucho menos a uno de sus tipos, la patrimonial, como si tuviese validez universal.

En el campo de los derechos de familia la publicidad tiene la misma trascendencia que en el sector de los derechos reales²⁹ y, precisamente ello es consecuencia de la subsistencia del concepto de potestad aunque en forma más limitada en extensión e intensidad al que tuvo originariamente. Los derechos intelectuales por lo mismo que implican una potestad sobre una obra de la inteligencia humana, con independencia de la potestad que se pueda tener sobre las manifestaciones sensoriales a que ella da lugar,³⁰ exigen también publicidad no solamente por lo que hace a su establecimiento³¹ sino también a las distintas mutaciones de que puede ser objeto a raíz de su explotación.³²

En síntesis: donde hay potestad, tiene que existir publicidad. Publicidad es consecuencia de potestad y no puede funcionar ésta sin aquélla.

10. - **POTESTAD Y RELACIÓN DE SOMETIMIENTO:** Así como la potestad está indisolublemente unida a la publicidad; toda potestad entraña una relación de sometimiento de la persona o del bien respecto del titular de la potestad.

No debe alarmar el hecho que una persona humana pueda ser, a raíz de lo que afirmamos, el objeto de la potestad, pues, lo es exclusivamente desde el punto de vista gnoseológico, toda vez que ontológicamente, es el beneficiario de esa potestad, ya que la misma debe ser ejercida en su provecho y no en el del titular, aún cuando a éste se le reconozca, según los casos, un usufructo,³³ o una retribución.³⁴

causa eficiente (véase nuestro trabajo, "Derecho Patrimonial y Derecho Real, ed., cit., ap. D), número 25, p. 131 Y 132). La institución de los registros inmobiliarios es una especie dentro del género publicidad y pueden funcionar como modo, tal como ocurre en el supuesto de "inscripción constitutiva" (en nuestro país, arto 19 decreto ley -6582/58). En cuanto al derecho de familia la ley sobre registro de estado civil de las personas es la que organiza su publicidad.

²⁶ Ley 1893 para la Capital de la República, art. 226, inc. 5°.

²⁷ Ley 13.246; art. 40.

²⁸ La inscripción arrendaticia es derecho real en el derecho español (véase: Felipe Sánchez Román, "Estudios de Derecho Civil", Madrid, 1900, t. 39, número 10, en pág. 12).

²⁹ Todos los actos jurídicos familiares; que importan emplazamiento o modificación de Estado, sin excepción, deben ser objeto de inscripción.

³⁰ Véase nuestro trabajo, "Derecho Patrimonial y Derecho Real", ed. cit., números 10 y 11, págs. 81 a 90.

³¹ Ley 11.723, arto 57.

³² Ley 11.723, arto 66.

³³ Art. 287, C. C. El usufructo establecido a favor del titular de la patria potestad es, en nuestra opinión, inconstitucional. Véase en La Ley, t. 90, págs. 900 a 922, las notas 16 y 29 de nuestro trabajo, "Inconstitucionalidad del monto de las cuotas legitimarias".

³⁴ Art. 451, C. C.

La relación de sometimiento cuando se está en presencia de un bien material o inmaterial comporta las relaciones reales exteriorizadoras de los derechos que rigen la relación real o sea la "posesión exteriorización" o "cuasi posesión exteriorización", según la naturaleza corporal o incorporal del objeto sometido.³⁵

Las relaciones personales de sometimiento deben ser estudiadas en el derecho de familia; en cambio, la teoría general de las relaciones reales, es materia que tendría que estudiarse conjuntamente con el concepto de potestad real en el primer curso de derecho civil no sólo porque complementa el concepto de potestad real, sino también porque tales relaciones reales no solamente actúan en función de la potestad real, sino también de ciertas relaciones jurídicas crediticias como ocurre con la tenencia, que funciona en la ejecución de los contratos de locación de cosas o en la de locación de obra cuando para la ejecución de ésta se entrega un inmueble en el que se va a realizar la obra o material para la ejecución de la misma, comodato o también en el depósito, transporte de mercaderías, etc. Desde luego que en estos supuestos no se trata de las relaciones reales "posesión exteriorización" o "cuasi posesión exteriorización", sino las que nosotros denominamos "tenencia exteriorización", "cotenencia exteriorización", "subtenencia de exteriorización", "subcotenencia de exteriorización", "cuasi tenencia exteriorización", "cuasi cotenencia exteriorización" y "cuasi subcotenencia exteriorización".³⁶ Indiscutiblemente el conocimiento de la teoría general de las relaciones reales facilitará al estudiante el estudio de la ejecución de los contratos, a raíz de los cuales se establecen estos tipos de relaciones reales.

IV LA RELACIÓN JURÍDICA

11. - CONCEPTO DE RELACIÓN JURÍDICA: Así como hemos dado un concepto abstracto de potestad, podemos intentar definir el concepto de relación jurídica en forma tal que abarque los dos tipos que ofrece la praxis y que son la relación jurídica patrimonial y la relación jurídica familiar. Pero desde ya advertimos que este concepto que, como todo concepto es una abstracción, no va a reflejar ninguna relación concreta que se da en la praxis sino que configurará la representación de una abstracción. Es decir, tendrá existencia en el ámbito exclusivamente conceptual, mas no así en el de la realidad concreta y particular.

Nos atrevemos a formular la siguiente definición: *la relación jurídica es el vínculo existente entre dos partes, integradas cada una de ellas por una o más personas humanas o de existencia ideal, en virtud del cual una puede exigir a la otra, o ambas, recíproca y sucesiva o simultáneamente, el cumplimiento de una prestación reglada por la ley; que nace de una causa generadora admitida y reglamentada también por la ley; y cuya efectividad esta última asegura mediante la concesión de acciones o excepciones a deducirse u oponerse ante las autoridades jurisdiccionales competentes en forma y tiempo oportunos.*

12. - DISTINTAS ESPECIES DE RELACIÓN JURÍDICA: La idea de la relación jurídica nace en el Derecho Romano, como lo hemos puntualizado renglones más arriba con la ley Paetelia Papiria. A partir de ese momento va cobrando una importancia cada vez mayor pues cubre todo el campo de los derechos creditorios.

Como hemos recordado con anterioridad, a raíz del movimiento filosófico que desencadena la Reforma religiosa del siglo XVI, se produce la exaltación del individualismo e, indirectamente, de la voluntad humana. De allí que, en el ámbito jurídico, el concepto de contrato como resultado de la voluntad de las partes adquiera tanta trascendencia que, no solamente se va actuar con este concepto

³⁵ Sobre esta terminología véase nuestro trabajo, "De las Relaciones Reales", Bs. As., 1965.

³⁶ Véase obra citada en nota anterior.

en el campo del Derecho Privado, sino que se lo lleva al sector del Derecho Público y es sí como la teoría del contrato social expuesta por Rousseau puede considerarse el resultado de la filosofía religiosa derivada del calvinismo.

La trascendencia que se acuerda a la teoría del contrato, hace que se pretenda introducirlo también en el campo del derecho de familia especialmente en lo concerniente al distracto en materia matrimonial.³⁷

De allí que no deba llamar la atención que sea precisamente en los países en que predomina la religión reformada aquellos en los cuales cobra mayor desarrollo la teoría del contrato, primero, y luego la de la relación jurídica.

y tanto se trabaja sobre este concepto que, en especial, por obra de los juristas alemanes; todo se reduce a la teoría de la relación jurídica como si ésta fuese la única explicación del fenómeno jurídico, cuando en realidad no es así, como lo hemos señalado con la exposición de la teoría de la potestad.

Existen dos relaciones jurídicas: una de carácter patrimonial; y otra de naturaleza familiar.

La primera, actúa en el campo de las obligaciones y de los contratos; la segunda, en el derecho de familia.

La relación jurídica patrimonial supone una vinculación entre dos personas respecto de un objeto corporal o incorporeal. pero susceptible de apreciación pecuniaria, que tiene su origen en un hecho o en un acto jurídico, y que se complementa con la acción que es el recurso que puede poner en juego el sujeto activo .en caso de incumplimiento por parte del sujeto pasivo, o con la excepción, si cumplida la prestación pretende repetírsela.³⁸

En cambio, en la relación jurídica familiar no tenemos tan sólo dos sujetos sino que interviene también el interés de la colectividad, que se caracteriza como interés familiar y que integra la relación jurídica familiar. La existencia de este tercer elemento se pone de manifiesto en todos los supuestos en que deben ventilarse judicialmente las relaciones familiares pues entonces actúa en representación de ese interés el Ministerio Público³⁹

Además, salvo casos excepcionalísimos, el objeto de la relación no está constituido por cosas corporales o incorporeales susceptibles de apreciación pecuniaria, sino por prestaciones de naturaleza extrapatrimoniales.⁴⁰ Y, mientras que en la relación jurídica patrimonial existe un' sujeto activo y un sujeto pasivo, en la familiar, salvo contadas hipótesis, los sujetos se encuentran en una situación de igualdad que importa interdependencia; es decir que la prestación extrapatrimonial es adeudada por ambos que son igualmente sus beneficiarios. Además, siempre en orden a establecer diferencias, cabe señalar que mientras los sujetos de las relaciones jurídicas patrimoniales pueden ser tanto personas de existencia visible como personas de existencia ideal, tratándose de la relación jurídica familiar, puede decirse que salvo casos excepcionalísimos ambos sujetos han de ser personas humanas. Esto no es contradictorio con lo que hemos afirmado en orden a la existencia del interés familiar pues éste implica el respeto absoluto de las disposiciones legales de orden público y de carácter imperativo que gobiernan la relación. Los casos excepcionalísimos en -que uno de los sujetos puede ser una persona de existencia ideal aparecen exclusivamente en las instituciones cuasi familiares cuando, por ejemplo, un menor se encuentra bajo la custodia exclusiva de una institución oficial o de carácter asistencial.

V

³⁷ Véase aquí, nota 17.

³⁸ Véase nuestro trabajo, "Derecho Patrimonial y Derecho Real", ed. cit., números 8 y 9, págs. 67 a 81. Allí ensayamos una nueva definición del derecho creditorio.

³⁹ El Agente Fiscal es parte esencial en los juicios de separación personal, nulidad, reconocimiento o contestación de filiación matrimonial o extramatrimonial y, en nuestra opinión, también en los juicios de adopción, y sea que éstos revistan el carácter de voluntarios o contenciosos.

⁴⁰ A título de ejemplo tenemos: las obligaciones de respeto mutuo y de prestación del débito conyugal que se deben recíprocamente los cónyuges; la obligación que pesa sobre el titular de la patria potestad de velar por la salud física y moral del menor; etc.

POSIBLE CONTENIDO DE UNA TEORÍA GENERAL O PARTE GENERAL DEL DERECHO CIVIL

13.- ADVERTENCIA HERMENÉUTICA: La elaboración de una parte general, o teoría general del Derecho Civil, varía fundamentalmente si quien la realiza es el mismo legislador, o si es el resultado de una labor doctrinaria.

En efecto: en el primer caso, el legislador, que ordena y manda, asigna a los preceptos que integran la denominada parte general una importancia jerárquica especial, y advierte al habitante que tales principios revisten el carácter de generales por cuyo motivo gobiernan todas las situaciones que no han sido objeto de reglamentación especial al legislarse las distintas instituciones jurídicas. La preeminencia de los preceptos integrativos de la parte general resulta ser así obra del legislador.

Mas, cuando el legislador no ha elaborado la parte general sino que ésta es realizada por el intérprete, entonces el principio hermenéutica que acabamos de indicar no rige. La exposición de los preceptos legales agrupados para que constituyan una parte general, que el legislador no estableció, no tiene más que un valor meramente doctrinario o docente, que no puede ni debe tener gravitación en la aplicación de la ley.

Esto último es lo que ocurre en nuestro país ya que nuestro ilustre Codificador Vélez Sársfield, a pesar de haber tenido a la vista tratados y proyectos legislativos que ostentaban una parte general,⁴¹ no siguió ese método sino que prefirió legislar primero sobre los derechos individuales en las relaciones civiles;⁴² para reglamentar luego la complementación biológica del individuo y las consecuencias que fluyen de la misma;⁴³ y, una vez legislado el individuo en sí, las relaciones familiares, las distintas filiaciones extramatrimoniales y las instituciones cuasi familiares, en los libros II, III y IV legisló sobre los derechos patrimoniales.

El estudio de la parte general arranca en nuestro país del dictamen de una comisión especial organizada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, que funcionó en 1910 y que fue el resultado de la labor de tres civilistas de singular valía, Alfredo Colmo, Jesús H. Paz, y Eduardo Prayones.⁴⁴ Estos cedieron evidentemente, ante la influencia y el pretendido hábito de perfección que parecía desprenderse del Código Civil Alemán que entró en vigencia al comenzar el presente siglo, y desde entonces, ese fruto metodológico foráneo adquirió carta de ciudadanía y se impuso en forma tal que causa profunda sorpresa en nuestro medio, cuando se osa discutir tal tratamiento.

Es más. En los tres intentos de reforma de nuestro Código Civil en todos ellos se introduce la parte general.⁴⁵ y de la misma manera se procedió por el Instituto de Altos Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata cuando, con la dirección del

⁴¹ Entre otros: el "Esboço" de Augusto Teixeira de Freitas, Río de Janeiro, 1860-1865; y el Manual de Derecho Romano de Fernando Mackeldey, Bruselas, 1846.

⁴² Sección Ira. del libro 19.

⁴³ Sección Ira. del libro 19.

⁴⁴ Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", 2da. serie, t. 1, p. 671.

⁴⁵ "Reforma del Código Civil - Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni", 3 tomos, Bs. As., 1939-1940. En este trabajo, el libro 19 del Anteproyecto comprende una Parte General y una Especial, en la que se ocupa del derecho de familia. El primer libro del Anteproyecto tiene dos redacciones, que aparecen publicadas en el primer tomo.

"Reforma del Código Civil — 1º Antecedentes — IIº Informe — IIIº Proyecto", dos tomos, Bs. As., 1936. El articulado del proyecto aparece en el IIº tomo. La Parte General constituye el libro Iº que, con un título preliminar, abarca los arts. 1 a 332. Del Anteproyecto de 1954 lamentablemente no existe más que una publicación mimeografiada del texto del libro Iº que es el dedicado ala Parte General, que fue editado en 1954, por la Dirección General de Publicaciones, Biblioteca y Archivo del Ministerio de Justicia de la Nación. Se trata de una obra de gran valor y que debiera ser publicada en su totalidad con las ilustrativas notas que figuran al pie de casi todos los artículos y que, por 10 que respecta a las de la Parte General, fueron inexplicablemente omitidas en la edición a que se alude.

maestro Juan Carlos Rébora, se procedió a realizar la metodización y consolidación de leyes civiles, como contribución a la obra preparatoria de la reforma del Código Civil.⁴⁶

Dejando de lado la cuestión previa a resolver de si es más conveniente estudiar un Código de acuerdo a la distribución de materias practicada por el legislador⁴⁷ o si es preferible agrupadas de acuerdo a- criterios que se consideran superiores desde el punto de vista hermenéutico o docente, corresponde dejar perfectamente puntualizado que, en el Derecho Civil Argentino, al no haberse establecido por el legislador una parte general, no es posible en modo alguno, asignar a las disposiciones legislativas de la misma, que se consideran integrantes de la misma, Una jerarquía superior a las que aparecen en los demás sectores.

Naturalmente que, tratándose de la regulación de la persona, no puede derivarse de ello dificultad alguna, pues en los supuestos en que derogan los principios establecidos en la sección primera del libro 19 del Código Civil, además de ser muy excepcionales, no dan lugar a mayores dificultades.⁴⁸ Y lo mismo acontece con el estudio de las cosas y de los bienes y de las diversas clasificaciones que se hace de ellos en el título 1º del Libro III, aun cuando aparezca en el Título II de ese mismo Libro III otra clasificación no expresamente contemplada y que tiene sin embargo extraordinaria trascendencia jurídica.⁴⁹ Pero, donde surgen gravísimos inconvenientes es en lo relativo a la regulación de los hechos y actos jurídicos, pues, la contenida en la sección II del Libro II del Código Civil, pese a los términos que se desprenden de la nota puesta a la leyenda de dicha sección, y que no es más que una transcripción parcial de Freitas,⁵⁰ no gobiernan, en nuestra opinión, el acto jurídico familiar. El problema se ha puesto especialmente de manifiesto con motivo de la nulidad matrimonial⁵¹ pero, craso error, es el- de creer que la categoría "acto jurídico familiar" constituya una expresión simplemente nominal,⁵² pues configura la expresión de una situación jurídica que aparece regida por principios distintos a los que ordenan el acto jurídico patrimonial. La teoría del acto jurídico familiar debe ser extraída de las normas que resultan de las disposiciones existentes en la sección II del Libro 1º del Código Civil, así como también de las leyes que han derogado parcialmente o complementando el contenido de dicha sección. Fuera de la substantividad de la teoría del acto jurídico familiar, cabe señalar que el concepto básico de responsabilidad por los hechos ilícitos no es siempre el que resulta de los Títulos VIII y IX de la sección II del Libro II del Código Civil, pues, mientras que la responsabilidad por tales hechos, en dichos títulos, es de carácter

⁴⁶ "Instituto de Altos Estudios de la Facultad- de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata", "Contribución a la obra preparatoria de la Reforma del Código Civil". "Metodización y Consolidación de leyes", La Plata, 1929. A la Parte General le consagra el libro 19 que fue ordenado por los entonces Profesores Arturo Barcia López (título preliminar y secciones la. y IIa.) y Enrique V. Galli (sección IIIa.) según así se informa en págs. 57 y 59.

⁴⁷ Tenemos entendido que ese era el método de enseñanza propiciado por Vélez Sársfield y fue observado desde el momento que pudo contarse con cuatro profesores titulares de Derecho Civil (Véase nuestro trabajo, "La enseñanza de los Derechos Reales que integran el Derecho Civil", en "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata", t. XVIII, págs. 7 a 110, y allí N° 7 págs. 54 a 59).

⁴⁸ Así, tenemos: arto 9º, inc_ 4º, ley 2.393, modificado por el arto 14 de la ley 14.394 que acuerda aptitud nupcial al varón a los 16 años y a la mujer a los 14; arto 2392 que acuerda capacidad para adquirir la posesión en forma originaria a los diez años, y de esta manera el dominio de las cosas muebles susceptibles de apropiación privada; y arto 3614 que permite testar a los mayores de 18 años de uno u otro sexo. Esta última disposición, juntamente con los arts. 3615, 3616 y 3617 origina una controversia en -nuestro derecho en orden a saber si la capacidad testamentaria posee un régimen especial, distinto al de la capacidad en general (Véase Juan Carlos Rébora, "Derecho de las Sucesiones", IIa. edición, Bs. As., 1952, págs. 250 a 264).

⁴⁹ Es la que surge de la interpretación que debe hacerse de la primera parte del arto 2400, teniendo en consideración además la nota al arto 3952. Véase sobre el particular a Raymundo M. Salvat, "Tratado de Derecho Civil Argentino - Derechos Reales", IV edición, actualizada por Sofanor Novillo Corvalán y Manuel J. Argañarás, 4 tomos, Bs. As., 1951/60, t. Iº, número 193, pág. 175, y nota 184.

⁵⁰ Freitas, "Esbozo", nota al art. 431.

⁵¹ Véase a Juan Carlos Rébora, "Instituciones de la Familia", 4 tomos, Bs. As., 1945-1947, t. IIº, párr. 20 a 22, págs. 200 a 246; y Eduardo B. Busso, "Código Civil Anotado", t. IIº, Comentario al arto 84, números 9 a 18, págs. 288 y 289.

⁵² Así, entre otros, Guillermo Allende y Enrique Díaz Guijarro. Véase el trabajo del primero de los expresados "El acto jurídico real", publicado en La Ley, t. 110, especialmente pág. 1065; y, por lo que respecta al segundo, Jurisprudencia Argentina, 1956-IV, Seco Doc., pág. 108.

subjetivo ya que a los elementos violación de la ley,⁵³ y daño causado⁵⁴ se exige la existencia de dolo o de culpa o negligencia⁵⁵ en la persona del responsable, tanto en el ámbito de los derechos reales, como en materia de nulidad matrimonial. puede hallarse una persona incurso en una situación objetivamente ilícita, sin que medie dolo, ni culpa de su parte.⁵⁶

Todo ello nos ha conducido a sostener, desde hace muchos años atrás, la absoluta autonomía del acto jurídico familiar respecto del acto jurídico patrimonial y de allí que no admitamos la supeditación que se enseña por todos los cultores de la parte general en nuestro país de las situaciones regidas por el derecho familiar a los principios y normas establecidos en la Sección IIª. del Libro II.

La solución correcta en la Argentina, en función del Código Civil en vigencia y de las leyes que 100 complementan, radica en la elaboración de una verdadera teoría general para cada uno de los cuatro grandes sectores: Derecho de familia; Derechos creditorios; Derechos reales y Derechos sucesorios y que, hasta el presente solamente se ha realizado en el campo de los derechos creditorios y, en alguna medida, en el del Derecho Sucesorio.⁵⁷ Falta la elaboración escrita tanto de la teoría general del acto jurídico familiar como la de los derechos reales.

Mas como ha de mantenerse, sin duda alguna, la concepción de una parte general, dado el arraigo que esta creación didáctica ha alcanzado en nuestro país, creemos necesario dejar bien sentada la advertencia hermenéutica que resulta del presente número.

14. - LA EXPOSICIÓN QUE SE HACE EN LA ACTUALIDAD DE LA PRETENDIDA PARTE GENERAL EN FUNCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ES ERRÓNEA E INCOMPLETA: Si es realmente exacto lo que hemos expuesto en los capítulos III y IV del presente ensayo, va de suyo que es esencialmente errónea la presentación de una parte general reducida exclusivamente a una relación jurídica única con pretensiones de validez universal. -

La teoría general del Derecho Civil Argentino exige la presentación de las cuatro categorías que hemos esbozado en los capítulos III y IV. Es decir, una teoría general del derecho civil ha de exponer los conceptos de potestad familiar, potestad real, relación jurídica patrimonial y, por último, relación jurídica familiar.

Repetimos, a riesgo de resultar cargosos, que se produce en la mente del estudiante una grave deformación criteriológica al exhibírsele una sola relación jurídica tipo, ocultándosele la existencia del concepto primario y básico de potestad, y al no aclarársele también desde el comienzo de sus estudios, que la relación jurídica familiar ontológicamente es distinta de la patrimonial.

Y, además de errónea, peca de incompleta. Lo incompleto resulta no sólo de las omisiones que hemos señalado y que la hacen errónea, sino por el hecho de no abarcarse todas las materias que se consideran integrativas de una parte general, como resulta de los tópicos cuya legislación se ha proyectado en los tres intentos de reforma de nuestro magnífico y nunca bastante bien ponderado Código Civil.

Así, Bibiloni, al proyectar la Parte General y hacer de ésta la primera parte del Libro Iº, distribuye el material tanto en la primera como en la segunda redacción, en cuatro secciones destinadas a tratar sucesivamente: de las personas; de las cosas; de los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones; y en la cuarta, a considerar el ejercicio y defensa de los derechos, la prueba y la cosa juzgada.

⁵³ C. C., arto 1066.

⁵⁴ C. C., arto 1067

⁵⁵ Véase nota anterior.

⁵⁶ El poseedor ilegítimo de buena fe se encuentra en tal situación; véase nuestro trabajo, "La enseñanza de los Derechos Reales que integran el Derecho Civil", ed. cit., p. 40, nota 80. En el ámbito del derecho de familia tenemos la situación del cónyuge de buena fe que ha celebrado un matrimonio nulo o anulable, arts. 87, 88, 90 Y 91 de la ley 2393.

⁵⁷ Así ocurre en la obra de Juan Carlos Rébora, "Derecho de las Sucesiones" ya citada; y con la de Enrique Martínez Paz, "Introducción al Derecho de la Sucesión Hereditaria", Bs. As., 1953.

La Comisión Redactora del Proyecto de 1936 dedica todo el Libro I° a la Parte General integrándola con cinco secciones, pues, a las cuatro presentadas por Bibiloni, con algunas diferencias parciales de contenido, agrega una quinta destinada a la teoría general de la prescripción, legislando también los términos legales de prescripción liberatoria pues trata la usucapión o prescripción adquisitiva en - el Libro IV que ostenta la indebida denominación de "Derecho sobre las cosas".

El Anteproyecto de 1954, obra casi exclusiva de Jorge Joaquín Llambías⁵⁸ que se caracteriza, como lo señala acertadamente Borda por su claridad y precisión, sus "preceptos breves, concretos", y responder "a un gran unidad de pensamiento"⁵⁹, si bien divide el Libro 1 en cuatro secciones, de acuerdo a' la metodología de Bibiloni, titula la cuarta de ellas "De la tutela de los derechos", y después de tratar de la prueba, de la cosa juzgada, y de la prescripción, la integra con un extenso título dedicado al Registro Nacional de Inscripciones.

Si se contraponen el método seguido por nuestros especialistas en teoría general del Derecho Civil con el que resulta de los tres trabajos prelegislativos a que acabamos de hacer referencia, se advierte que todos ellos no contemplan todos los temas que, en el ámbito normativo se han considerado que integran la denominada parte general.

Así, todo lo relativo a la teoría de las acciones y excepciones, y el tema fundamentalísimo de la cosa juzgada no es considerado en ninguno de los libros sobre Parte General, pese al gran valor no ya didáctico, sino también científico que ostentan todas esas producciones.⁶⁰ Por eso concluimos repitiendo que la enseñanza de la Parte General es incompleta.

15. - EL VERDADERO CONTENIDO DE LA PARTE GENERAL: Toda crítica ha de ser constructiva; de lo contrario, carece de sentido. No se debe intentar destruir o demoler por el solo hecho de combatir. Al mismo tiempo que se formulan objeciones, deben darse soluciones. Y quien objeta debe estar dispuesto, a su turno, como lo estamos, a recibir objeciones, pues como lo dijera en una ocasión el maestro Lafaille, "La discusión y la disparidad son la vida misma del derecho". Para nosotros el contenido ideal de una Parte General ha de ser el siguiente:

a) Concepto de Derecho Civil. Relaciones y diferencias que existen entre el Derecho Civil y las otras ramas del Derecho Positivo. Derecho Natural y Derecho Civil..

b) Teoría general de la ley. Efectos de la ley en orden al territorio y al tiempo.

c) Aplicación e interpretación de la ley civil.

d) La persona humana. La persona de existencia ideal. Régimen de cada una de ellas. La representación.

e) Cosas. Bienes. Prestaciones .no susceptibles de apreciación pecuniaria pero que son objeto de derecho. El patrimonio. Los derechos patrimoniales.

f) La potestad: concepto; especies; elementos. Potestad y publicidad.

La potestad real: concepto; especies. Las relaciones reales. Concepto de relación real. Distintas especies. Establecimiento, conservación y pérdida de las relaciones reales. Publicidad y potestad real.

La potestad familiar: concepto; especies. Ámbito de la potestad en las relaciones de familia; supuestos actuales y elementos integrantes. Potestad familiar y publicidad.

⁵⁸ Lo confiesa el citado jurista en su excelente "Tratado de Derecho Civil - Parte General", 2da. ed., Bs. As., 1964, t. 1, N° 267, pág. 196.

⁵⁹ Guillermo A. Borda, "Tratado de Derecho Civil Argentino - Parte General", 2da. ed., Bs. As., 1955, N° 126 bis, pág. 128.

⁶⁰ Dichos tratados son los siguientes: el magistral de Raymundo M. Salvat, "Tratado de Derecho Civil Argentino - Parte General", décima ed. actualizada por Víctor N. Romero del Prado, dos tomos, Bs. As., 1954; las notables obras de Llambías y de Borda citadas aquí en las notas 58 y 59; el claro "Curso de Derecho Civil (Parte General)" de Rómulo Etcheverry Boneo, versión taquigrafiada de sus clases compiladas por Pedro Frutos e Isauro P. Argüello, tres tomos, Bs. As., 1942/1943; las precisas y sintéticas "Lecciones de Derecho Civil" de Edgardo Saux Acosta, Santa Fe, 1960; y por último la monumental obra de Alberto G. Spota, cuya Parte General abarca diez volúmenes aparecidos entre 1947 y 1959. En esta última se han tratado la casi totalidad de los tópicos, pero se ha incurrido en el vacío que denunciamos en el texto.

g) La relación jurídica: concepto; especies.

La relación jurídica patrimonial: concepto; elementos. Hechos y actos jurídicos patrimoniales: concepto; elementos; clasificaciones; los elementos de la voluntad; los vicios de la voluntad; los vicios que afectan la licitud; nulidad y confirmación del acto jurídico patrimonial. El tiempo y los actos jurídicos patrimoniales.

La relación jurídica familiar; concepto; elementos. Teoría del acto jurídico familiar, con exclusión del régimen de la inexistencia e invalidez matrimonial.

h) Tutela de los derechos.

El ejercicio de los derechos.

La prueba de los derechos. Prueba y régimen federal. Diversos medios de prueba. .

Protección extrajudicial de los derechos.

La protección judicial. Acciones, excepciones y presunciones.

La cosa juzgada.

El enunciado que precede es de carácter sintético y lo hemos hecho sin que corresponda exactamente a la importancia y extensión real de los distintos temas. Nos limitamos, simplemente, a indicar el posible real y completo contenido del primer curso. Nada más.

Si se nos pretendiera objetar que éste contenido resulta ser excesivo, contestamos que es tarea eminentemente didáctica graduar la extensión e intensidad de los conocimientos a impartirse y que, lo que realmente interesa es el conocimiento de los conceptos y principios fundamentales. que son los que deben ser adquiridos y conservados con absoluta precisión, prescindiendo de lo meramente reglamentario y, en algunas ocasiones, de lo simplemente anecdótico. No se trata de saber todo; sino de conocer lo que no se puede ignorar, y ese minimum es el que debe ser perfectamente asimilado, esto es, no simplemente recordado, sino reflexionado, digerido e incorporado al espíritu del estudiante, pues ello es lo que conformará el criterio jurídico de éste cuando egrese.

Ponemos así fin a este breve ensayo al que pretendemos asignarle el mismo destino que hemos perseguido en otro trabajo: que sea a la vez proyectil y cimiento.⁶¹

⁶¹ Véase el prólogo de nuestro trabajo, "De las Relaciones Reales", Buenos Aires, 1965.