

DICCIONARIO ELEMENTAL DE DERECHO Y C. SOCIALES

(Véase el número anterior)

— ABROGACION. — (del latín: “ab” (privación) y “rogatio” (promulgación). — Este término técnico ha caído casi absolutamente en desuso. Se lo ha reemplazado por el de “derogación”; que no significa por cierto lo mismo. Hablando con justicia, “abrogación” de la ley significa su total abolición o sustitución. Es lo que expresaba Modestino en el Digesto: “Derogatur legi aut abrogatur... Abrogatus legi, cum prorsus tollitur”. Es decir: deróganse y abróganse las leyes... Abróganse cuando las normas pierden su vigor totalmente.

Antiguamente, en las asambleas del pueblo romano, (comicios por curias), se dictaban las leyes y la proposición venía a ser la “rogatio”. De manera que el prefijo “ab” tiene el sentido de antítesis con la vigencia de la ley promulgada.

La abrogación puede ser: expresa, y ésta, a su vez, general o especial; y tácita. La expresa y especial se refiere a una ley determinada. La general, a “toda ley que se oponga” a la que se dicta. La abrogación tácita se opera en virtud del principio según el cual no pueden coexistir en el área del derecho, dos leyes dictadas en distinto tiempo y sobre el mismo objeto, pues sólo la últimamente promulgada y publicada tiene vigencia.

En el antiguo derecho, hubo época en que no se abrogaban explícitamente las leyes. Eran sucesivas y sin conexión; se creaban por ello fundamentales antagonismos; y, aunque hubieran caído en desuso, se reputaba que tenían una vida larval. Sin duda, fué en el texto de las Doce Tablas donde se inserta, por primera vez, el principio de la sustitución de las leyes en el tiempo.

En el derecho anterior a la codificación, o sea con anterioridad al período romántico de la elaboración jurídica, la abrogación de las leyes podía producirse por la costumbre “contra la ley”. (V. COSTUMBRE). En nuestros días, sin embargo, la abrogación de las leyes sólo se logra por medio de otras leyes; el uso, la costumbre, la jurisprudencia relativa a su inconstitucionalidad, no surten efectos abrogatorios. Este principio legalista es fiel traducción del espíritu racionalista y político que caracterizó a la mentalidad revolucionaria y post-revolucionaria. (Fines del siglo XVIII y principios del XIX.)

(V. DEROGACIÓN. ENERVACIÓN DE LA LEY. SUBROGACIÓN).

— ABSTENCION. — El orden jurídico comprende no sólo nuestra actividad positiva sino también la negativa: el hecho y la abstención. Por lo tanto, un sujeto pasivo puede serlo en cuanto restringe su libre actividad con un objetivo jurídico. La abstención puede, de consiguiente, ser uno de los contenidos de la prestación jurídica.

Si un individuo se compromete con otro a no comprar sino a él las mercaderías que necesita para la provisión de su casa de comercio, contrae una obligación consistente en una abstención: restringe su libre acción de comprador. Claro está que la abstención resultará tan obligatoria si se estipula: “Me comprometo a no comprar sino a X. las mercaderías... etc.”, como si se dice: “Sólo podré proveerme de mercaderías de la casa X.”. El sentido negativo de la primera expresión y el positivo de la segunda, no alteran la sustancia del deber jurídico para el obligado.

Estrictamente hablando, no puede concebirse la violación parcial de una abstención. Pero en derecho es posible toda vez que la abstención recaiga sobre un objeto divisible. Al respecto, explica Marcadé: “Si os habéis obligado a no cortar sino cincuenta hectáreas del bosque de vuestro campo, para que yo pueda cazar en las restantes y cortáis cien hectáreas, vuestra obligación queda violada en parte. Ella es, pues, divisible aunque consiste “in no faciendo”. Muy respetable es la opinión de Marcadé, citada por Vélez Sarsfield, mas debemos declarar que no nos convence: en efecto si el campo del supuesto se compone precisamente de cien hectáreas y el que no podía cortar sino cincuenta (la mitad del campo)

corta las cien hectáreas (la totalidad del campo) cómo puede hablarse de violación parcial?... Eso podrá admitirse cuando el campo sea de ciento cincuenta o más hectáreas y considerando el exceso en relación al resto del campo donde quedaba vedada la corta.

Hay, por el contrario, abstenciones que no se pueden cumplir o violar sino totalmente; tal es la que consiste en no demandar, en no subalquilar una casa, en no obstaculizar el paso de un acueducto, etc.

Hay abstenciones jurídicamente imposibles, aunque físicamente posibles: comprometerse a no matar a alguien, comprometerse a no raptar a alguien, son abstenciones viciosas de inmoralidad y sin sentido jurídico.

Hay abstenciones moral y físicamente posibles y legalmente admisibles cuando se contrajeron, que vienen a ser legalmente imposibles después. Tal es el caso de la contraída por un propietario que se comprometió a no vender su cosa hasta pasados cuatro años, y que, antes de ese plazo, es expropiado. Su abstención ha venido a ser legalmente imposible.

(V. OBLIGACIONES DE NO HACER).

— ABUSO DEL DERECHO. — Desde un punto de vista general, “abuso” significa toda demasía o exceso dañoso para el propio o extraño interés y condición.

Referido al derecho, el término “abuso” tuvo antiguamente determinada acepción técnica, de donde se ha derivado erróneamente un pretendido derecho de abusar, incompatible con la vida jurídica en cualquier estado de su desarrollo. En Roma, cuando se quería enunciar el contenido del dominio, se decía: “jus utendi, fruendi et abutendi”, esto es: derecho de usar, gozar y abusar, pero esto último debía entenderse de cierta manera: era el uso degradatorio y consuntivo. Claro está que la palabra “abusar” traducía simplemente la posibilidad del máximo uso legítimo. Por absoluto que se concibiera entonces el dominio, no se legislaba el abuso en cuanto violación del derecho sino en tanto importaba la plena potestad del señor (domine) sobre su cosa.

El abuso del derecho de que aquí tratamos es una figura antijurídica, inconciliable con el sistema armónico de las relaciones de derecho. El mal uso de una facultad, potestad o atribución,

puede engendrarlo; y, necesariamente, una sanción (pena pecuniaria, corporal y resolución de otra clase), debe corregirlo.

En el uso y goce del más pleno derecho real —el de propiedad— se hace posible el abuso. Para prevenirlo, se han fijado “restricciones y límites” al dominio.

El que defiende su vida de un ataque ilegítimo que no ha provocado, ejercita una facultad legal. Pero si lleva su fuerza más allá de los límites impuestos por la necesidad, habrá cometido un abuso que el derecho contempla y reprime.

Quien ejercita potestades de derecho privado (patria potestad, tutela, administración, etc.) y excede la órbita de sus atribuciones, en perjuicio del interés que le está confiado, comete un abuso.

El que denuncia o acusa sin fundamento serio a alguno por la comisión de un supuesto delito, abusa del derecho que cada uno tiene para promover la acción pública, en determinados casos.

Los funcionarios que, con violación de las normas reguladoras de su potestad pública, atacan, desconocen o vulneran derechos de las personas, o garantías que les son aseguradas, o realizan actos prohibidos en el ejercicio de sus funciones, abusan del derecho.

El abuso puede realizarse en las personas o en las cosas, en la esfera del derecho privado o en la del público, por actos positivos o por omisiones, como un medio o como un fin.

Modernamente, se ha elaborado la doctrina llamada del “abuso del derecho”, aunque el principio que sustenta puede decirse no es extraño a antiguas legislaciones. Dos sentidos puede darse a la doctrina del abuso del derecho: la una, de sentido económico-social, la otra de sentido individualista. La primera, puede caracterizarse como el ejercicio del derecho de una manera incompatible con la función económico-social del derecho mismo. La segunda, podemos concretarla en el ejercicio de un derecho sin necesidad o beneficio legítimo para el titular, con perjuicio de tercero. Aciertan sin duda quienes sostienen que el principio corrector del abuso del derecho, especialmente en el sentido individualista, es antiguo. Lo reciente es el análisis que, con nuevos y más ricos elementos de juicio, hace la doctrina.

— ACASO. — Con ser el derecho un orden eminentemente racional no deja de experimentar algún contacto con “lo irracional”, en cuanto lo incierto e imprevisible puede jugar de algún modo en las relaciones jurídicas. Es lo que acontece, desde luego, en las convenciones de carácter aleatorio, en que los eventuales beneficios o perjuicios se miden por las partes con muy personal criterio. Los juegos de azar, las apuestas, las loterías, rifas y otras maneras curiosas de explotar el acaso ventajosamente, pueden crear, modificar, extinguir derechos, en tanto las leyes lo permitan.

El acaso — indistintamente llamado casualidad, accidente, suerte o mala suerte, según a lo que se aplique — no ha escapado a la racionalidad. El cálculo de probabilidades, admirable matemática de lo aleatorio, sirve de base a numerosas organizaciones de comercio o previsión (compañías de seguros, cajas de accidentes, cajas de pensiones y retiros, etc.), como una ciencia exacta.

En cuanto al cumplimiento de las obligaciones o deberes jurídicos, el acaso es conocido con el nombre de “caso fortuito”. (V. CASO FORTUITO).

— ACCESORIO. — Enteramente análoga a la corriente, es la significación del término “accesorio”, en derecho. Lo accesorio tiene por correlativo a “lo principal”.

Todo lo que es complementario o dependiente de algo que tiene realidad independiente o no subordinada, es accesorio. Un viejo aforismo enseña que lo accesorio sigue la suerte o condición de lo principal. Quien ha embargado, verbigracia, una lancha, es evidente que ha embargado los remos o los aparejos que son sus accesorios. Quien ha vendido “un negocio de librería” (no simplemente “libros”) es entendido que vende las intalaciones o estanterías que son accesorios, dentro del negocio. Si alguien es fiador de una obligación a cargo de otro y éste la satisface, es decir, extingue por pago la obligación, es incuestionable que el fiador queda liberado.

Puede hablarse de accesorios legales, como, por ejemplo, las costas judiciales que son un complemento de la sentencia. Hay, además, penas accesorias, como la consistente en la pérdida de toda jubilación o pensión de que disfruta aquél que es condenado a la pena de inhabilitación absoluta.

Hay, por otra parte, cosas accesorias, como la capota de un automóvil o las instalaciones de un parque. (V. COSAS.)

Refiriéndose a las acciones, algún autor habla de “derecho accesorio”, expresión impropia. En cuanto mantienen y hacen respetar el derecho público o privado podría decirse que las acciones son el accesorio del derecho; pero aun esto sería discutible, desde que el derecho sin la acción pierde toda eficacia, lo que no acontecería si la acción fuese un simple accesorio. (V. ACCIÓN.)

Accesorias llámase cierta clase de obligaciones. (V. OBLIGACIÓN.)

— ACCIDENTE. — Suceso fuera o más allá de lo previsible. Eventualidad que puede tener consecuencias jurídicas. Se dice “accidente” de trabajo, con una significación especial, desde que no sólo se incluye el hecho realmente imprevisible sino aun el que deriva de las peculiaridades del trabajo mismo.

Se habla de domicilio “accidental”, por oposición al habitual, en cuyo caso se quiere significar “residencia”.

El accidente propiamente dicho, en el orden penal no produce sanciones, pero sí las produce el que suele decirse delito (accidente) por culpa o imprudencia, es decir, la eventualidad previsible. En el orden civil, el accidente sólo puede traer sanción (daños y perjuicios) si el obligado ha tomado a su cargo el caso fortuito.

(V. CASO FORTUITO.)

— ACCION. — Roguin, usando una expresión dramática, expresa que “la acción es el derecho en pié de guerra”, lo cual no impide que el propio derecho enuncie obligaciones sin sanción (obligaciones naturales).

La acción es el medio o instrumento legal para asegurar la subsistencia del derecho, impedir su desconocimiento y corregir su violación. La distinción entre “derecho” y “acción” debe tomarse muy relativamente, pues así como podría decirse que la acción es el derecho en acto, cabría decir que el derecho es la acción en potencia. Esto significa: que la distinción es posible, pero no la separación. Análogamente, podemos distinguir las dos faces de una moneda, pero no podemos concebir siquiera esas fa-

ces. separadas. El derecho sin la acción, que es su posibilidad tutelar, constituiría una pretensión impotente; la acción sin el derecho, es un absurdo. Por eso la expresión “derecho de las acciones”, que constituía el tercer término de la clasificación de los derechos contenida en la Instituta de Gayo, era técnicamente inaceptable y no tardó en ser sustituida.

Austin llamaba al derecho en sí mismo, “derecho primario o sustantivo” y a la acción “derecho secundario o instrumental”. Es un error este distingo en cuanto se parte al derecho — que es síntesis de sustancia y acción, — en dos “derechos”.

Alguna vez, en la época romana de las “legis acciones”, la acción señoreaba el derecho. Lo contrario ocurre hoy.

Las acciones pueden ser: personales o reales, de carácter público y de carácter privado, prescriptibles o imprescriptibles.

Llámanse personales las que se refieren a derechos que tienen por finalidad la tutela de la personalidad o sus obligaciones y, por lo tanto, van dirigidas siempre contra determinado sujeto pasivo. Las acciones reales, por referirse a la tutela de un derecho real, persiguen la cosa sin consideración a la persona que la detenta. Así: la acción relativa al cobro de una suma de dinero, la que tiene por objeto la declaración de insania de una persona, son acciones personales. En cambio, la acción reivindicatoria, que persigue la cosa, contra cualquiera que la tenga, es una acción real.

Tienen carácter público las acciones ejercitadas por el Estado con propósito de tutela general de la convivencia o paz jurídica; tales son las acciones penales. Las acciones de carácter privado atañen a los particulares y sólo por excepción se refieren al orden penal.

Casi todas las acciones son prescriptibles, es decir, se extinguen por el simple fluir del tiempo. Hay algunas, empero, imprescriptibles: como la acción a favor del hijo para reclamar el estado de tal, la acción de división de cosas comunes, etc.

A toda “acción”, opónese como antitética la “excepción” que es una acción inversa, mejor, una contra-acción. Mientras la acción tiene carácter eminentemente activo, ofensivo, la acción es claramente defensiva y subordinada a la acción. (V. EXCEPCIÓN.)

— ACREEDOR. — (del latín: “creditor”). — Sujeto ac-

tivo de la obligación. Ente jurídico al que le es debida alguna prestación. “Aquel que ha de recibir debda o otra cosa por alguna derecha razón”, según reza la ley 10, tít. 33, partida VII.

La etimología de la palabra acreedor revela que el acreedor no es el permutante, sino aquél que descansa en la presunta buena fe del deudor, en la que *creo* tal acreedor; de ahí la relación con “creditor”.

El acreedor, antiguamente, tenía derecho sobre el deudor mismo: podía pagarse con su libertad o con partes de su cuerpo. Así lo disponía la ley de las XII Tablas, así ocurrió en la monarquía franca, según Glasson, así fué en un antiguo reino de Misteco (Méjico), según Herrera. Hasta la tradición bíblica recoge la especie. La última manifestación del derecho del acreedor sobre la persona misma del deudor es la prisión por deudas, abolida ya en los países civilizados.

En la actualidad, el acreedor sólo tiene un derecho a la actividad (positiva o negativa) del deudor.

Un acreedor puede ser: común o privilegiado. El primero tiene un derecho general e igual a los demás acreedores sobre el patrimonio del deudor. El segundo tiene asegurado su crédito con preferencia a la generalidad de los acreedores. El privilegio puede ser especial (hipoteca) o general (honorarios del médico que atendió en la última enfermedad al deudor, salarios de empleados, etc.).

(V. OBLIGACIÓN.)

— ACTO. — Nuestra múltiple actividad es contemplada por el derecho. Hay, sin embargo, numerosos actos que escapan a la esfera jurídica. Tales son: los de mera sociabilidad, los religiosos, los políticos, etc.

No debe confundirse, “acto” con “hecho”; éste es el género, aquél, la especie. Para definir el acto podemos referirnos al hecho, pero no a la inversa.

Los actos a que el derecho se refiere pueden clasificarse con arreglo al siguiente cuadro:

Actos	} jurídicos	}	contratos o convenciones.
			cuasi - contratos.
			de última voluntad.
			públicos o auténticos y privados.
			escritos o no escritos.
			positivos o negativos.
			verdaderos y simulados.
	} antijurídicos	}	delitos.
			cuasi - delitos.
			faltas o contravenciones.
			simples omisiones.
			abusos del derecho.
			nulos o anulables.

Como las definiciones pueden ser múltiples, sin perjuicio de que sean aceptables todas, podemos tomar la definición que da nuestra ley civil, de acto jurídico. “Son — dice — los hechos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”. Y, al contrario, podemos decir que actos antijurídicos, son todos los hechos humanos, voluntarios o involuntarios, que de algún modo violan o contrarían el orden legal o el convencional. Por ahora sólo nos referiremos a los actos de última voluntad, públicos y privados, escritos y no escritos, verdaderos y simulados. Las clases restantes, contenidas en el cuadro precedente, se tratan en el lugar respectivo.

Los actos de última voluntad (testamentos), tienen por finalidad disponer, para después de la vida del otorgante, de los bienes que constituyen su patrimonio. Además, pueden tener por objeto reconocimientos de vínculos familiares y disposiciones de carácter religioso. Opuestos a ellos son los llamados actos “entre vivos”, no dependientes de la muerte del que los otorga.

Tales actos de última voluntad deben ser necesariamente escritos, públicos o privados, y pueden modificarse o revocarse cuantas veces quiera el disponente. Son “unilaterales” porque se deben al “fiat” de una sola voluntad que se objetiva con propósitos y alcances jurídicos.

Las disposiciones de última voluntad, en el derecho antiguo

se hacían como un “pacto”; no eran, pues, unilaterales; a medida que la autonomía de la voluntad gana terreno, aparecen formas de pacto aparente hasta que, bajo la influencia de la Iglesia, que favorecía las disposiciones “pia causa”, se perfeccionan los actos de última voluntad, como expresiones unilaterales aunque siempre condicionadas y no enteramente libres de restricciones legales.

Por razón de su forma, los actos jurídicos pueden ser: verbales y escritos, cosa que no requiere explicación; y públicos y privados. Los públicos, que también pueden ser llamados auténticos, se concluyen con la intervención de un funcionario autorizado, extraño al interés del acto mismo. Pueden ofrecer exterioridad varia, es decir, constar en “instrumentos públicos” de características diversas: tales las escrituras públicas, certificaciones, y otros documentos que extiendan los notarios; las actas judiciales realizadas conforme a derecho, en los respectivos expedientes, y las copias de ellas extendidas judicialmente; los billetes de banco emitidos por el Estado, los títulos de la deuda pública, los asientos de libros de ciertas dependencias del Estado, los asientos de los libros de los corredores de comercio, las acciones emitidas de conformidad a sus estatutos, por las entidades con personería jurídica, etc.

El carácter público de los actos les da ciertas características particularmente importantes. Son: la fecha cierta, la garantía de verdad de su contenido, salvo que sean argüidos de falsos, y su validez respecto de terceros.

Los actos privados carecen propiamente de forma, carecen de fecha cierta y no pueden oponerse a terceros, produciendo tan sólo efecto entre las partes que los han celebrado. También los actos privados pueden constar en determinados “instrumentos”, tales: cartas, recibos, vales, pagarés, y, en general, todo papel suscripto por las partes en que conste la sustancia del acto.

La forma pública a veces es esencialmente requerida para la existencia o la prueba de ciertos actos; en otros casos, la forma es dejada al arbitrio de los interesados.

Los actos jurídicos positivos consisten en una acción, presente o futura; los negativos, consisten en una abstención, que puede ser pura (abstención) o mixta (abstención y tolerancia a la vez). (V. OBLIGACIONES DE HACER Y NO HACER).

El acto jurídico verdadero o sincero o real es aquél cuya expresión objetiva es fiel reflejo de la efectiva voluntad del o de los otorgantes, tanto en lo que respecta a la sustancia como a las particularidades del acto. El acto jurídico es simulado cuando “se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquéllas para quienes en realidad se constituyan o transmiten.”

La simulación, pues, puede consistir en:

a) la falsa apariencia de la naturaleza del acto; como si se hace aparecer como venta lo que es una donación.

b) la falta de verdad de ciertas manifestaciones contenidas en el acto; como si se hace constar, en una escritura de compra-venta que ya se ha recibido el precio por el comprador, cuando en realidad la venta es a plazo.

c) la interposición de personas que no son partes interesadas en el acto; como en el antiguo derecho romano acontecía con el “*familiae emptor*”, aparente comprador de un patrimonio, que era encargado de cumplir la voluntad del disponente en cuanto a las disposiciones “*mortis causa*”. En nuestros días, podría servir como ejemplo la intervención de un tercero comprador aparente en una subasta judicial de bienes que, en realidad, adquiere por intermedio del aparente comprador, uno de los abogados que interviene en el juicio y que no podría adquirirlos directamente por expresa prohibición de la ley.

ch) la expresión insincera de fechas, lugares u otras circunstancias; como si se antedata un recibo o se firma un contrato como celebrado en un lugar distinto a aquél en que realmente se verificó.

La simulación puede ser absoluta, cuando nada tiene de real el acto; o relativa, cuando teniendo alguna realidad se oculta el verdadero carácter del acto. Del acto absolutamente simulado puede decirse: “*Colorem habet, substantiam vera nullam*”. Del relativamente simulado: “*Colorem habet, substantiam vero alteram*” (Bédarride).

Lo tocante a la simulación de los actos jurídicos, no es extraño a las relaciones entre moral y derecho a que se alude en el

respectivo lugar. Se dice que cuando “no hay fraude hecho a las leyes, a las buenas costumbres o a los derechos de terceros”, la simulación no tiene nada de ilegítimo ni ilícito.

Difícil, si no imposible, será hallar en el hecho, una simulación realizada con un fin que, así sea indirecta o mediatamente, no resulte perjudicial. “El objeto de la simulación es engañar — dice Escriche— y desde este punto de vista se halla comprendida bajo el nombre general de fraude, del cual no se diferencia sino como la especie del género”. Sostiene Messina que “el acuerdo de la simulación está siempre inspirado en el engaño fraudulento”. Ferrara, en cambio, replica: “Intereses legítimos, como la necesidad de sustraerse a disgustos y solicitudes, o un fin de vanidad o de “réclame”, o el interés de conservar el crédito y ciertas apariencias sociales, pueden dar lugar a la producción de una apariencia, con plena seriedad de las partes, sin causar una lesión en el derecho de terceros”.

No debe confundirse la simulación con la “reserva mental”. La primera es obra común de dos o más convinientes; la segunda es exclusiva al fuero interno de una de las partes.

Tampoco debe confundírsela con el “negocio fiduciario” que es un acto serio, concluido con un fin práctico determinado, aunque la finalidad económico-jurídica sea realmente distinta a la aparente. Tal es la cesión de un crédito que jurídicamente tiene el efecto de transferir la propiedad del crédito al cesionario, y que puede haber sido hecho *al sólo objeto* de que el cesionario aparente persiga el pago del crédito. (V. DELITO, CUASI DELITO, CONTRATO, CUASI CONTRATO, OBLIG. DE HACER Y NO HACER, FALTA, OMISIÓN, ABUSO DEL DERECHO, NULIDAD.)

— ADJETIVAS. — (V. LEYES).

— ADMINISTRAR. — Literalmente, significa “servir a”. Administración, que puede ser en el orden privado como en el público, es el régimen de los servicios necesarios para la conservación, utilización y progreso de un patrimonio privado o del total mecanismo de la vida colectiva.

(V. DERECHO ADMINISTRATIVO).

— ADOPCION. — Suele llamarse a la adopción “filiación artificial”. Es una institución de derecho privado fundada en las más nobles impusiones de la sensibilidad. Ha dicho Miraglia: “antes que la adopción de derecho hay una adopción de hecho, fundada sobre sentimientos propios de la naturaleza humana”.

Antiguamente esta institución tuvo un sentido profundamente religioso: la necesidad de un hijo que continuara los deberes del culto doméstico ante el ara de los antepasados, la impuso para aquellos padres que no habían logrado un varón en el matrimonio.

Una ley de Partidas (ley 1^a, tít. 16, part. IV), decía que la adopción es “una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los homes seer fijos de otros, maguer non lo sean naturalmente”.

La adopción es una imitación de la naturaleza (“*adoptio est semula naturae; seu naturae imago*”). De aquí resulta la exigencia de ciertas particularidades para la formación del vínculo. Tal es la relativa a la edad. No se concibe que un individuo de 25 años, adopte a uno de 18, pues que no podría ser naturalmente su padre. El artificio de la adopción, por lo tanto, es llevado a límites compatibles con la realidad.

Suele distinguirse entre adopción y arrogación. La primera propiamente se realiza cuando un individuo que se halla bajo la potestad de su padre, pasa a la del adoptante o padre artificial. La segunda, cuando se trata de la adopción de un sujeto mayor de edad o de un menor que carece de padres o que está emancipado.

Las consecuencias jurídicas de la adopción y de la arrogación son en un todo análogas a las que comporta la filiación legítima. Pero todo sin perder de vista el límite razonable de lo ficticio. El adoptado queda en calidad de hijo del adoptante, con derecho al nombre, al trato y al patrimonio, a las ventajas y beneficios de la filiación, y sujeto a los deberes y obligaciones correspondientes, pero no es pariente de los parientes del adoptante. De modo que la adopción, y su análoga la arrogación, es un vínculo personal y no propiamente familiar.

Puede ofrecer dudas y suscitar discusiones esta institución, como aconteció durante las tareas preparatorias del C. Civil italiano entre 1863 y 1864, o provocar resistencias en el ánimo de

jurisconsultos como nuestro Vélez Sarsfield que ha creído útil no incorporarla al régimen de la familia argentina; mas debe reconocerse que la adopción, aunque fundada en la ficción por lo que respecta a la forma, contiene una universal y permanente sustancia social.

El reparo que puede hacérsele está en que, por una parte, se pretende con la adopción imitar a la naturaleza, y, por otra, se la ha autorizado respecto de hijos bajo potestad que continuaban formando parte de su familia natural, llevaban un nombre distinto y venían a tener, en el hecho, padres dobles.

Debe legislarse la adopción y reconocerse en ella una institución de innegable raíz social (de “derecho natural”, diríamos si escribiéramos en el siglo XVIII o XIX), pero sustentarla sobre bases modernas. Tales:

1) Sólo podrán ser adoptados los individuos, mayores o menores, que carezcan de padres.

2) El adoptante no deberá tener hijos legítimos ni naturales, en el momento de la adopción.

3) Debe haber una diferencia mínima de diez y ocho años entre adoptante y adoptado.

4) Como consecuencia directa de la equiparación del hijo adoptivo al hijo legítimo, respecto del adoptante, los hijos de aquél deben también equipararse a los nietos legítimos del adoptante.

— ALEATORIO. — (V. CONTRATOS).

— ALEGATO. — Exposición en juicio, a base de razones de derecho y de situaciones de hecho, tendiente a afirmar, reafirmar, robustecer o encarecer determinada pretensión jurídica, sea del demandado o del demandante.

Los alegatos, por lo regular, sólo contemplan la cuestión planteada desde un punto de vista parcial, oportunista, como que se dirigen a un fin dialéctico preestablecido por el interés de los litigantes. De ahí que, en su afán de “alegar”, algunas veces se sostenga lo insostenible y, otras, se haga un “galimatías”, con poca o ninguna ventaja para el juzgador que no se ve auxiliado en su tarea.

Cuando el alegato es verbal, ante jueces de paz, o letrados en asuntos de ínfima cuantía, se llama simplemente exposición; cuando se hace en juicios ordinarios ante jueces de primera instancia, se llama informe o alegato; cuando se verifica de viva voz ante tribunales de apelación suele llamarse “informe in voce”.

Cada parte, merced al alegato, trata de exhibir la “verdad judicial” que el juez fijará en la sentencia.

— ALTERNATIVAS. — (V. OBLIGACIÓN).

— ANALOGIA. — (V. APLICACIÓN ANALÓGICA).

— ANFIBOLÓGICAS (LEYES). — (V. INTERPRETACIÓN).

— ANTICRESIS. — (Literalmente, del griego, “en vez de” y “uso”). — En general, la anticresis consiste en un derecho otorgado por un deudor a su acreedor sobre los frutos de un inmueble, que dicho acreedor entra a gozar, como medio de pago. Ahora bien: en dos diversos modos puede consistir la anticresis: o los frutos obtenidos de la cosa por el acreedor que la goza, se imputan sólo a los intereses de la deuda, hasta tanto el deudor la satisfaga; o se imputan a la deuda total (capital e intereses).

Alguna vez ocurre que este contrato, por razón de conveniencia para el deudor que desea disimular su situación de tal, se concluye bajo la forma decorosa de una venta con pacto de retroventa.

Es la anticresis un verdadero derecho real?. Nuestro codificador así lo sostiene, y en nota al Art. 3239 C. C. objeta a Troplong que le niega el carácter de real. (V. DERECHO REAL).

La anticresis es un derecho que participa del carácter de garantía y de goce; es como una prenda activa. Al mismo tiempo es un derecho “medio”, por cuanto es constituido “para” extinguir una deuda.

Se comprende sin esfuerzo que no es necesario ser propietario de la cosa para poder otorgarla en anticresis; basta con ser usufructuario, esto es, tener derecho a la apropiación de los frutos, derecho que se cedería al anticresistario.

— ANTINOMIA. — (V. INTERPRETACIÓN). — En filosofía, Kant llamó “antinomias” a las contradicciones de la razón consigo misma, tan pronto como pretendía penetrar en lo absoluto.

— APELACION. — Recurso que se interpone para ante un superior, en el orden judicial o administrativo, contra una resolución (sentencia, auto o decreto) que cause gravamen.

Puede ser un recurso independiente o relacionado y subsidiario. En este último supuesto, puede ser consecuencia de un recurso de reposición rechazado por el juez. (V. REPOSICIÓN).

Debe interponerse ante el mismo juez de cuya resolución se recurre, por escrito, sin fundarlo, dentro de un término perentorio que varía según la índole del proveído o la clase de juicio.

En ciertos casos, la interposición del recurso suspende la ejecución del proveído a que se refiere; pero generalmente, no es así. Todo depende del carácter de la resolución y de la índole del juicio.

La apelación significa el llamado hecho por un litigante agraviado a un tribunal o a un jefe administrativo superior, para que revoque total o parcialmente, amplíe o reduzca un derecho reconocido o declarado, corrija un error o repare una injusticia y, en todo caso, para agotar las probabilidades de éxito en una nueva instancia.

Aun cuando regularmente es el vencido en un juicio o el rechazado en una pretensión jurídica el que apela, nada impide que deduzca el recurso el que ha ganado el litigio u obtenido resolución favorable, al objeto de perseguir la total obtención de su derecho o la plenitud del reconocimiento de su pretensión, cuando el juez sólo ha otorgado una parte de lo demandado o reclamado.

— APLICACION POR ANALOGIA. — Es un medio de resolver una cuestión jurídica por la aplicación a un caso o situación que ha escapado a la previsión legislativa, de una disposición legal vigente para un caso semejante o análogo, ya sea analogía de hecho o de derecho.

La aplicación analógica es un mecanismo antiguo de la técnica jurídica. Ya en fórmula clásica se decía: “Ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio”, esto es, libremente traducida, la mis-

ma razón o motivación legal impone la aplicación de la misma disposición. Un elemental principio de lógica hace indispensable e insustituible el procedimiento de la analogía. Stuart Mill lo formulaba así: “Cuando dos situaciones son exactamente semejantes, la ley de la uniformidad de su naturaleza nos lleva a consecuencias idénticas”. El principio de la igualdad fundamenta la analogía.

Representa la aplicación analógica un procedimiento lógico, a la vez inductivo y deductivo. En presencia del caso que se trata de resolver, y que, como es natural suponer, carece de regla jurídica que lo rijan; y de una regla que resuelve una situación análoga, nos elevamos inductivamente hasta el principio general que vincula ambos casos dentro de un criterio uniforme; y de ahí, deducimos la regla aplicable; porque si el caso A es regido por la regla Z y el caso B carece de regla a su respecto, por una laguna de la legislación; y entre A y B hay la analogía necesaria, sea de hecho o de motivación jurídica, se deduce que la regla Z, aplicable al caso A, *debe también* aplicarse al B.

Una distinción que carece de firmeza científica pero que es frecuente en los autores, es la de analogía “legis” (en la ley) y analogía “juris” (jurídica o de derecho). La primera, resulta del texto de la ley misma; la segunda, de los principios jurídicos tan sólo.

Nuestra ley civil establece que cuando una cuestión no puede resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, y en consideración a que los jueces no pueden dejar de juzgar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, deberá atenderse, en primer término a lo preceptuado por leyes análogas (analogía “legis”); y si aún la cuestión no pudiere resolverse, se recurrirá a los principios especiales del caso (analogía “juris”). (Arts. 15 y 16 del C. C.).

La aplicación analógica no es propiamente un modo de interpretación de la ley. De ahí el error craso de quienes confunden aquélla con la interpretación extensiva. Se trata, en verdad, de un procedimiento más próximo a la creación del derecho. (V. INTERPRETACIÓN).

No es admisible la analogía en materia penal o en aquella esfera jurídica de excepción. (V. DERECHO PENAL).

Según Maximiliano, la analogía presupone: 1°) una hipótesis no prevista; 2°) la relación contemplada en el texto, aunque diversa de la que se examina, debe ser semejante, tener con ella un elemento de identidad; 3°) este elemento no puede ser cualquiera sino fundamental, esto es, el hecho jurídico que dió origen a la disposición”.

— APTITUD JURIDICA. — (V. CAPACIDAD).

— ARISTOCRACIA. — (Del griego: “aristos”, óptimo y “krateia”, poder). — Dentro de la concepción aristotélica, la aristocracia es el gobierno de “algunos”, frente al gobierno de “uno” (monarquía) y al gobierno de “muchos” o de “todos” (democracia).

No es propiamente una forma del Estado, pues si por aristocracia se quiere significar el gobierno de los mejores, es decir, gobierno de una selecta minoría, una verdadera democracia, que podríamos llamar orgánica, sería una aristocracia: la aristocracia de la idoneidad.

Las aristocracias antiguas — la de los eupátridas en Atenas, la de los patricios, en Roma — fueron verdaderas y permanentes “oligarquías”, que es decir tiranía de una clase privilegiada sobre una clase envilecida. Las repúblicas aristocráticas de la Edad Media, tampoco valieron como expresiones de una selección política.

En los países modernos, ya sean monarquías constitucionales o repúblicas, a falta de la aristocracia de la idoneidad, se practica la pseudo-aristocracia del poder económico: la plutocracia. Hoy como ayer, la riqueza es razón de mando; los “mejores”, son los más poderosos, los más acaudalados. Se ha operado una selección de la “cantidad” en menoscabo evidente de la “calidad”.

— ARROGACION. — (V. ADOPCIÓN).

— AUSENCIA. — La ausencia, como simple hecho, consiste en la no presencia de una persona en el lugar de su domicilio o de su residencia.

Jurídicamente, suele ocurrir con frecuencia, que una per-

sona ausente de hecho sea reputada presente de derecho, en cuyo caso, merced a la ficción, se estima como presente para todos los efectos jurídicos, a quien, en realidad, está ausente. Esta ficción necesaria, hace posible la notificación de una providencia judicial, p. ej., por cédula o por edictos; el requerimiento de pago al representante municipal, como si fuera el deudor, etc.

El hecho de la ausencia, por razón de la elemental libertad de tránsito y permanencia, no modifica la situación de las personas o la condición de los bienes, salvo cuando reviste caracteres graves de estado de hecho que, puede decirse, es un índice más o menos infalible de la muerte. De ahí que la ausencia sea considerada por códigos y tratadistas como vinculada a la presunción del fallecimiento. En tal supuesto, la ausencia presenta caracteres bien netos: falta de noticias del ausente por un período de tiempo que varía según las circunstancias; todo lo que engendra temor racional de la muerte acaecida al ausente; al propio tiempo, se engendra la necesidad jurídico-social de normalizar la situación de los bienes que, por la ausencia del propietario deben atribuirse a sus herederos y, de consiguiente, la liquidación del patrimonio del ausente "como si" hubiera acaecido realmente su fallecimiento.

En países como el nuestro, en que el matrimonio tiene una organización pseudo-civil, la ausencia con presunción de fallecimiento no disuelve el vínculo nupcial. Así lo resuelve el Art. 83 de la Ley de Matrimonio, aunque la situación de que se trata acarrea la liquidación de la sociedad conyugal. (Art. 123 del C. C.).

— AUTARQUIA. — Aristóteles llamaba así a las "supremas condiciones de la humana suficiencia" que no encontrándolas reunidas ni en el individuo, ni en la familia, ni en la sociedad, las atribuía al Estado, único ente autárquico.

— AUTENTICO. — Que merece fe de verdadero y real. Dícese de los actos jurídicos que, por razón de la forma que revisten, por las circunstancias en que se verifican, por las personas que intervienen, merecen juicio de verdaderos.

Llámase también "auténtica" a una clase de interpretación. (V. INTERPRETACIÓN).

— AUTOCRACIA. — (Literalmente: poder o gobierno de uno mismo). — Régimen de gobierno unipersonal en que los poderes del jefe son únicos, ilimitados e incontrastables. En el seno de la mayor antigüedad, la autocracia era la forma normal de gobierno. Moisés fué, sin duda, un autócrata de su pueblo. Pero cuando aparece el Estado, más o menos organizado, la autocracia pasa a ser una forma degenerativa y odiosa.

Antiguamente, Augusto, el emperador romano, fué un autócrata por la extensión y realidad de su poder, si bien no cubrió de horrores su potestad como más de un autócrata moderno. En nuestros días, el zar de Rusia tenía el título de “autécrata” y lo era en verdad, a pesar del mecanismo complejo del Estado ruso anterior a 1917, pues reunía bajo su mano las funciones de supremo legislador, supremo juez, supremo sacerdote y supremo jefe militar, absoluto e irresponsable, de consiguiente.

La autocracia, hoy, reviste formas esporádicas y reaccionarias dentro del ambiente constitucional y democrático generalizado en todo el mundo. Los autócratas de nuestros días pretenden disimular el odioso perfil sanguinario de los de épocas pretéritas pues como dictadores o caudillos victoriosos y enérgicos, se presentan en el escenario político con el consenso de la opinión “sana”, como salvadores de la patria o genios conservadores o reconstructores, en momentos de crisis colectiva de la personalidad.

— AUTOR. — El que produce una obra o realiza un hecho. Así se dice autor al escritor como al delincuente. Es término genérico que lo mismo puede aplicarse al que realiza un invento como un descubrimiento. También se aplica este nombre a la persona de la cual deriva un derecho o proviene un patrimonio, en cuyo caso equivale a “causante”. A lo que llamamos hoy “actor”, esto es, el que inicia o “hace” un pleito o causa, se llamaba antes “autor”.

El derecho de los autores a beneficiarse de sus obras, constituye un interesante aspecto de las relaciones patrimoniales de sentido social. (V. MONOPOLIOS TEMPORARIOS DE DERECHO PRIVADO).

— AZAR. — Voz de origen árabe, sinónima de acaso. Lo imprevisible e imprevocable.

Se denomina juegos de azar a aquéllos en que para nada cuentan la pericia, la destreza o la fuerza del que los practica. En muchos países tales juegos son prohibidos y los jugadores penados con multas considerables; y las leyes no acuerdan a las deudas originadas de ellos, el carácter de obligaciones exigibles en juicio. Por reputarse las ventajas obtenidas de los juegos de azar contrarias a la moral y a las buenas costumbres, así se ha resuelto. Pero, por una original contradicción, existen leyes prohibitivas de los juegos de azar, por una parte; y, por otra, leyes que organizan y fomentan loterías de Estado, juegos de bolsa, etc. Es decir, que el azar se condena por el poder público cuando puede ser explotado por los particulares, pero el Estado mismo organiza cierto aspecto de su vida financiera a base de la explotación del azar, contando con la cooperación frenética de aquellos a quienes se prohíbe lucrar con el azar. Como se comprende, esta ridícula situación es muestra de una reprobable moral que ha dividido lo indivisible: un azar prohibido e ilícito y un azar oficializado y lícito, como si cupiesen distingos en semejante cuestión.

— BIENES. — (Del latín “beare”, hacer feliz o dichoso).

— Jurídicamente, bienes llámase a las cosas y a los objetos corporales susceptibles de valor y de constituir el objeto de las relaciones jurídicas. Por lo tanto, es un término genérico: caben bajo esa denominación los inmuebles, los muebles, los semovientes, el dinero, los créditos, los frutos, etc.

Suele llamarse también, popularmente, bienes a la inteligencia, a la libertad, a la buena fama u honor, etc. Pero estos atributos o calidades de la personalidad no son bienes jurídicos por más que su lesión pueda dar acción al lesionado para exigir compensaciones pecuniarias (indemnizaciones).

Son numerosas las clasificaciones que pueden hacerse de los bienes; algunas han perdido su valor en la actualidad. Nos referiremos a las más generales.

— BIENES CORPORALES E INCORPORALES. — Los primeros, caen bajo los sentidos, como un campo, un mueble, billetes de banco. Son cosas. Los segundos, son derechos.

— BIENES PÚBLICOS O DE USO O APROVECHAMIENTO COMÚN. —

Son aquellos que, por razón de su naturaleza o su destino, están fuera del comercio. Como el agua de los ríos, las playas, las calles, las plazas, los yacimientos de ciertas sustancias minerales, etc.

— BIENES PRIVADOS. — Son todos aquellos que, por hallarse en el comercio, están bajo el dominio, el uso, goce o disposición de las personas físicas o jurídicas.

— BIENES DOTALES. — Los que aporta la mujer al matrimonio, y los que después adquiera por herencia, legado o donación. Los que se adquieren por permuta con ellos, o con dinero proveniente de la dote. Se llaman también bienes “propios”.

— BIENES GANANCIALES. — Diremos con Escriche: “los que adquieren por un título común, lucrativo u oneroso, el marido y la mujer durante el matrimonio y mientras viven juntos; o los que el marido y la mujer o cualquiera de ellos, durante el matrimonio y viviendo “en uno”, adquieran por compra o mediante su trabajo e industria; como también los frutos de los bienes propios que cada uno lleva al matrimonio y de los que adquiere para sí por algún título lucrativo mientras subsiste la sociedad conyugal”.

— BIENES INMUEBLES. — Los que no se pueden llevar y traer, cambiar de lugar, mover, sin desnaturalizarlos o alterar su sustancia. Ej.: la tierra, los edificios, etc.

Pero la tierra puede alzarse por palas y transportarse en vagonetas o carros... Cómo ha de ser inmueble? Este hecho no modifica la característica de la tierra: es un elemento natural fijo. Lo que se transporta es “un poco”, una porción más o menos superficial de tierra, pero no “la tierra” ni una parte de ella, con su disposición natural en estratos.

Se distingue jurídicamente, inmuebles “por naturaleza” e inmuebles “por accesión” y “por su destino”. Los primeros son los verdaderos inmuebles. Las otras dos categorías comprenden a cosas muebles que, por razón de accesión o de destino, se reputan inmuebles. Ej.: los árboles, los bancos y surtidores de un parque, son inmuebles por accesión, en razón de la perpetuidad con que

están adheridos en el parque. Los ladrillos que están apilados junto a una obra en construcción, las cosas que aunque no estén adheridas estén destinadas a un fundo (máquinas agrícolas, etc.) son inmuebles por su destino.

En esta materia fácilmente se llega a exageraciones. Vélez Sarsfield, en nota al Art. 2347 del C. C., recuerda a Marcadé y después dice: "...cuando una paloma del palomar vecino anida en el mío, es por accesión que viene a ser mía y se encuentra inmovilizada con el palomar". Parece que una solución más aceptable, sería la de reputar al ave en cuestión como parte del palomar por razón del destino que su dueño le ha dado. No se puede equiparar a un ser, así sea irracional, a la cosa que, puesta en un lugar sólo puede cambiar de sitio por el hecho del hombre.

Asimismo es objetable la propiedad de la designación de inmuebles "por su carácter representativo", dado a las escrituras públicas en que consta la adquisición de derechos reales sobre inmuebles porque esos papeles representan en todo caso el derecho, esto es, la situación jurídica creada o existente, y no la materialidad de la cosa inmueble que es sólo el objeto de la relación.

Es un principio universalmente admitido que el régimen de los bienes inmuebles (forma de adquisición, transmisión, conservación, etc.) es exclusivamente territorial, o sea que no se concibe el imperio de la ley extranjera al respecto. Esta solución consulta el interés político de los países, supuesto que el territorio es la materialización, el cuerpo físico y económico del Estado.

— BIENES MUEBLES. — Los que pueden, sin alteración de su naturaleza o sustancia, cambiar de lugar, ya sea ese cambio resultado del hecho del hombre (muebles propiamente, cosas), ya por la determinación de ellos mismos (semovientes), animales irracionales.

El régimen de los bienes muebles (salvo el de aquellos que por accesión o por su destino, se reputan inmuebles y siguen el mismo régimen que éstos) son regidos por la ley personal del propietario y no por la ley territorial de su situación, como los inmuebles. Esa ley es, para unos países, la de la nacionalidad del dueño y, para otros, la del domicilio.

— BIENES MOSTRENCOS. — (De “mostrar”, porque son exhibidos o se muestran o se da aviso de su existencia para que el dueño pueda reclamarlos de la autoridad). — Dícese de las cosas muebles y de los semovientes que se hallan abandonados y de dueño no conocido.

— BIENES VACANTES. — Son los bienes inmuebles, sin dueño conocido. Puede decirse también “patrimonio” o “herencia” vacante, en cuyo caso lo que carece de dueño conocido, es una universalidad de bienes (muebles, inmuebles, semovientes, etc.).

No deben confundirse los bienes vacantes y mostrencos con los “res nullius” del Derecho Romano. Esta expresión tenía un sentido más amplio: comprendía las cosas respecto de las cuales aun no había recaído derecho de dominio alguno, como los animales salvajes (bienes “de ninguno”, según la expresión de Eseriche), cosas voluntariamente abandonadas por su dueño, y las cosas fuera de comercio.

— BIENES RESERVADOS. — Los que el viudo o la viuda que contraen segundas nupcias deben guardar o reservar en beneficio de los hijos del primer matrimonio.

— BIENES DE MANOS MUERTAS. — Son los bienes pertenecientes a corporaciones o comunidades religiosas que no pueden venderlos. Son bienes inenagenables, de los que no se puede echar mano. Tales son también los bienes de mayorazgo.

— BIENES LIBRES. — Los que están exentos de cargas o gravámenes de origen convencional o privado, pues los impuestos o contribuciones públicas son cargas normales e ineludibles. Por el contrario, los bienes se dicen “gravados” cuando soportan cargas, es decir, restricciones, derechos creditorios o reales, como servidumbres, hipotecas, etc.

— BIEN PUBLICO. — Expresión aplicable a los criterios de gobierno y administración. No siempre es fácil a los que lo invocan, disimular los móviles egoístas de sus actos. Una fórmula la-

tina, enseñaba que el bien del pueblo debía ser suprema ley para los gobernantes, y ante él debía ceder el más firme derecho o interés privado: “Salus populi suprema lex esto”.

En cierto sentido, el bien público se asimila al bien supremo o al “soberano bien”, para la colectividad. Pero no confundamos esto con aquel “soberano bien” de Platón, especie de arquetipo del bien: el bien ideal y eterno. Voltaire se burló de esa concepción porque el tal soberano bien “debe considerarse como una soberana quimera”.

Algunos usan como sinónimas las expresiones: “bien público” y “orden público”. (V. ORDEN PÚBLICO).

— BIGAMIA. — Delito contra el estado civil que se comete por quien contrae nuevo matrimonio estando subsistente un matrimonio anterior.

A pesar de que, literalmente, bigamia significa “dos casamientos” se aplica el término a quien ha consumado indebidamente cualquier número de matrimonios. Así no lo entendió, sin duda, aquel juez original que resolvió, en presencia de un acusado de haber excedido el número de dos matrimonios, no haber culpa ni lugar a pena pues lo que la ley castigaba era sólo la bigamia y no el matrimonio triple...

— BLASFEMIA. — Aunque etimológicamente significa “ataque a la reputación” y, en ese sentido, pertenece a la categoría de las injurias, es atentado que no puede cometerse sino contra la divinidad o las entidades celestiales.

Fué la blasfemia un verdadero delito hasta la época moderna; las leyes lo reprimían con penas más o menos severas. Ha desaparecido en casi todos los países civilizados, salvo en Italia donde el régimen fascista ha creído velar por la salud moral del pueblo, restituyéndolo como delito de orden público.

No debe confundirse con el sacrilegio, delito de carácter religioso, que consiste en violar, hurtar, robar o de algún otro modo atentar contra cosas sagradas.

ARTURO ORGAZ

(Prof. de la Fac. de Derecho y C Sociales)

(Continuará)