

REVISTA DE REVISTAS

Derecho civil. 1163

DERECHO CIVIL

ABARCA, Ana Paloma, "Sobre los efectos o relaciones personales entre los cónyuges en derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. XXXV, núm. 1, 1983, pp. 41-60.

En opinión de Ana Paloma Abarca, la celebración del matrimonio produce una comunidad de vida entre los cónyuges, comunidad que genera una serie de efectos tanto entre los cónyuges, como frente a terceros. Tradicionalmente se han clasificado esos efectos en personales y patrimoniales; definiéndose los primeros, como aquellos que pertenecen a la organización personal de la familia, los que no tienen un contenido patrimonial y que no guardan relación con el régimen de bienes del matrimonio; a *contrario sensu*, y aunque la autora no lo aclare, los efectos patrimoniales serían los derivados de las relaciones económicas entre los cónyuges.

Los efectos personales del matrimonio han reflejado el modelo de familia que adopta una sociedad concreta, de ahí la importancia de analizar los distintos modelos familiares. Existen dos modelos: a) la familia, como unidad básica, cuya cabeza es el marido, y b) el grupo familiar basado en la igualdad de los cónyuges.

Una vez analizados los tipos de familia, la autora reflexiona sobre la postura del derecho español en relación con ambos modelos y la relevancia de los efectos derivados del matrimonio en el derecho internacional privado.

Los profundos cambios sufridos por los modelos de matrimonio y familia, han propiciado respuestas jurídicas que varían en los diversos países. Los más desarrollados y liberales han basado sus reformas en dos principios concretos: la igualdad entre hombre y mujer, y la neutralidad del Estado frente al tipo de familia (matrimonio o uniones de hecho). El fin de la supremacía marital ha producido la derogación de leyes que imponían el modelo jerárquico y la proliferación de uniones de hecho, el reconocimiento de efectos jurídicos a la mera convivencia.

En estos países ha ido declarándose, cada vez con mayor fuerza, el principio de respeto a la intimidad de la vida matrimonial, en relación con la cual Estado y derecho deben estar ausentes. En Dinamarca los derechos y deberes entre los cónyuges se limitan a la obligación de vivir juntos y ocuparse, en común, de los intereses de la familia; mientras en Gran Bretaña, el único deber es el de la cohabitación.

Los efectos personales y patrimoniales derivados del matrimonio en este modelo tienden a desaparecer. Se ha llegado a la indiferencia casi total del derecho. Esta situación propicia que los conflictos de derecho internacional privado se resuelvan aplicando el estatuto personal con preferencia al familiar, en cuestiones de nacionalidad, domicilio, capacidad, etcétera.

En sociedades más tradicionales, el papel de la familia sigue siendo preponderante. En los países de tradición católica se defienden los valores morales a través del derecho de familia, y en los Estados totalitarios, el grupo familiar desempeña un papel crucial. En China, por ejemplo, los esposos tienen "el deber de amarse, respetarse... participar en el trabajo de producción... luchar en común por la felicidad de la familia, así como para la edificación de una nueva sociedad". Tanto en los países tradicionales, como en los totalitarios, la familia es objeto de una regulación exhaustiva; el matrimonio es más importante que los individuos que lo integran. Y las relaciones patrimoniales, entre los miembros de una familia, están subordinadas a las finalidades de las relaciones personales. Al no diferenciarse las relaciones personales de las patrimoniales, se aplica un estatuto, el del matrimonio para resolver los conflictos de aplicación de leyes en el espacio.

El modelo familiar adoptado por cada Estado, determinará la aplicación del principio de derecho internacional privado más adecuado a él. Si el modelo reconoce como superior la autoridad marital, la legislación determinará la aplicación de la ley nacional del marido para los efectos personales del matrimonio. En los países que han aceptado la igualdad de los cónyuges, se aplican distintas reglas según se trate de efectos personales o patrimoniales, se toma en cuenta la nacionalidad y residencia de los cónyuges y la protección a terceros.

El derecho español, radicalmente reformado en 1975, no se adapta a un modelo único. España ha reconocido la igualdad de los sexos, pero ha colocado a la familia, no sólo a la matrimonial, bajo la tutela del Estado, para evitar el debilitamiento de los lazos familiares.

La contradicción entre los principios liberales e intervencionistas influye en el derecho internacional privado español. La igualdad y capacidad de la mujer provoca el reconocimiento del estatuto personal

de la misma, independientemente del estatuto del marido. Sin embargo, la protección otorgada por el Estado a la familia y al matrimonio, exige la formación de un estatuto general para éste, que proteja aquellas instituciones consideradas básicas para el buen funcionamiento de la familia.

Si bien España tradicionalmente ha aplicado el estatuto personal cuando se trata de los efectos personales del matrimonio, las concepciones del legislador sobre éste no han podido ser desconocidas en la aplicación de un derecho extranjero de manera que pudiera violarse los principios del Foro. En nuestro sistema jurídico invocaríamos la inviolabilidad de las normas consideradas de orden público.

Por otro lado, si la Constitución directamente consagra los principios de igualdad conyugal y de protección familiar, la ley española debe aplicarse sin tener en cuenta la nacionalidad de las partes, pues la protección familiar no puede quedar subordinada al resultado indeterminado de una norma en conflicto. Los tribunales españoles son competentes para conocer los casos de residentes en España y la protección a terceros determina también la aplicación de la ley del lugar en donde se encuentran los esposos. En estos casos se aplica el principio de territorialidad de la ley. La protección a los individuos que integran un matrimonio y a terceros, resulta más importante que la permanencia y continuidad perseguidas por el estatuto personal.

Concluye Ana Paloma Abarca, que la aplicación del derecho internacional privado debe ser flexible, como respuesta a las transformaciones de la sociedad actual. En último lugar se debe imponer la aplicación de la ley con la que la vida familiar presente lazos más estrechos. Pero en el caso de España, atendiendo a la tradición, este principio sólo tendría aplicación cuando la respuesta actual hubiera resultado inservible.

Ingrid BENA

ÁLVAREZ J., Luis Fernando, "Régimen sobre el control de arrendamientos de inmuebles ubicados en áreas urbanas", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, Medellín, Colombia, núm. 60, enero-marzo de 1983, pp. 17-34.

Luis Fernando Alvarez, profesor colombiano de teoría constitucional y desarrollo administrativo, nos presenta un panorama sobre el régimen jurídico sobre el control de arrendamientos. Panorama que abarca no

sólo el marco de derecho civil sino su inserción en los fundamentos constitucionales y en los del sistema general de control que ejerce el Estado colombiano sobre la economía de ese país.

Expresa que la evolución funcional del Estado ha superado el período liberal. Superación impulsada por los resultados de la economía, las crisis financieras y las guerras mundiales. La intervención estatal tiene como finalidad controlar los desajustes y las injusticias que afectan el desarrollo social.

La implantación de este proceso intervencionista implica el reajuste de todo un desarrollo jurídico mediante la aplicación de normas de orden público en cuya naturaleza llevan implícitas restricciones a la autonomía de la voluntad individual.

Explica que el fenómeno intervencionista, como una sistematización jurídico-política, se dio en Colombia a partir de las reformas constitucionales de 1936, las cuales introdujeron una nueva tendencia solidaria que implica la racionalización de la actividad económica, pautándola, programándola y corrigiéndole los errores que la libre empresa ocasionaba con toda su pureza.

En dicha reforma (párrafo final del artículo 16 constitucional) se plantean nuevos principios rectores como la existencia de deberes sociales frente a los derechos individuales. También se deposita en el Estado la dirección general de la economía (artículo 32), entre otras cosas "para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme al cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular".

Dentro de este contexto intervencionista se ubica el control en los arrendamientos de inmuebles en áreas urbanas, al que el autor diferencia para tres periodos: de 1943 a 1975; de 1976 a 1982 y del 30 de diciembre de 1982 a la fecha.

El primer periodo contempló:

1. La regulación de precios máximos que podían cobrarse por el arrendamiento en proporción al avalúo catastral;
2. La prohibición de solicitar al arrendatario la devolución del inmueble una vez vencido el contrato;
3. La congelación de las rentas (1956) en las ciudades de más de 50,000 habitantes.

El segundo periodo muestra un cambio de posición que se reflejó en:

- a) El control de precios sobre las rentas ya no se expresaba en relación con el valor catastral del inmueble, sino a "exigibilidad legal"

(el autor no explica en qué consiste dicho concepto) o a lo pactado entre las partes;

b) El régimen de congelación de rentas sólo alcanza la vigencia del contrato;

c) Los contratos se convierten en contratos a término indefinido en los cuales el arrendador sólo podía solicitar la devolución del inmueble para ocuparlo en su propia habitación, para reconstruirlo, repararlo o efectuar una nueva construcción. Los reajustes al precio de la renta sólo podían hacerse cuando el valor de los servicios públicos estuvieren a cargo del arrendador y las tarifas se hubieren reajustado.

El tercer periodo que se inicia con la promulgación del decreto 3817 contempla:

1) Reglas para fijar los precios del arrendamiento en razón del valor catastral del inmueble, excepto cuando se trate de contratos regulados por el Código de Comercio, cuando, tratándose de casa-habitación, el avalúo sea superior a \$4.300,000.00 o de oficinas de \$3.000,000.00, cuando el arrendatario subarriende o cambie el destino del inmueble sin autorización.

2) El desarrollo de reglas de reajuste para los contratos anteriores al decreto de diciembre de 1982 que incluyen la acción judicial y medidas de tipo administrativo.

Es un artículo que nos ilustra sobre la experiencia colombiana en el control de arrendamientos. Sin embargo, es una lástima que tengamos que inferir lo favorable y lo adverso de cada periodo por el cambio de políticas, entre uno y otro, que denota la intención de corregir yerros. Sería muy útil que el señalamiento de aciertos y desaciertos fuera expreso a fin de utilizar en nuestro provecho las experiencias de otros países.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, "Derechos familiares de la persona y derechos sociales de la familia", *Jurídica*, México, núm. 15, 1983, pp 109-139.

Chávez Asencio, profesor del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, se está caracterizando por sus estudios jusfilosóficos sobre la familia. Ya en 1981 esta misma revista publicó su artículo "El deber jurídico familiar", que es antecedente del que reseñamos,

no sólo por su cronología, sino por la estructura y metodología que emplea nuestro autor.

En su primer artículo establece la existencia de distintas relaciones jurídicas tanto en el seno de la familia, como en la naturaleza propia de los actos jurídicos familiares y en sus relaciones frente a la comunidad y al Estado.

En esta ocasión profundiza aún más en el tema de estos derechos familiares, partiendo de una hipótesis que podemos enunciar de la siguiente manera: existen derechos subjetivos conyugales y familiares derivados de actos o hechos jurídicos familiares, y la propia familia como comunidad natural también tiene derechos que le son inalienables.

En su estudio hace una relación de los derechos familiares de las personas y otra sobre los derechos sociales de la familia. Dentro de la primera relación nos llama la atención el derecho a la preparación para la vida conyugal y familiar, el derecho a nacer y a la seguridad social del concebido; de la segunda, el derecho a creer y profesar su fe, así como a difundirla y el derecho a la asesoría conyugal y familiar.

Llamamos la atención sobre éstos porque nos dan una muestra clara sobre la ideología del autor (con la cual podemos no estar de acuerdo), definiéndola claramente ante el lector como una corriente materialista con marcado corte eclesiástico.

En su análisis sobre el derecho a contraer matrimonio, considerado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, incluye el derecho a la estabilidad del vínculo y de la institución matrimonial, que no es otra cosa, como Chávez Asencio lo informa a pie de página, que una exhortación apostólica del papa Juan Pablo II. El primero, encuentra su fundamento en la propia naturaleza humana y su consideración en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre se debe a que en algunos países —y sobre todo en algunas religiones— se prohíbe la unión entre dos personas de diferente religión o raza, en lo cual coincidimos. Sin embargo, el derecho a la estabilidad del vínculo y de la institución del matrimonio nos queda poco claro ya que el autor sólo lo enuncia sin explicar sus alcances y sobre todo quiénes son los sujetos a los que tutela tal facultad o derecho.

Así enunciado podría venírse nos a la mente la idea de invocarlo ante tribunales en casos de divorcio, por ejemplo, pero ¿quién es el que debe hacerlo valer? Nuestro autor es omiso al respecto.

A partir de aquí Chávez Asencio en cada uno de los derechos que relaciona hace hincapié en la tarea del Estado no sólo por tutelar el núcleo familiar como elemento material y fundamental de la sociedad, sino a la carga que tiene para el establecimiento de condiciones socio-

económicas para que los derechos naturales familiares de las personas puedan ser ejercitados aun cuando no consten en la legislación positiva y vigente. Con esta ideología nos lleva desde el derecho a la preparación para la vida conyugal y familiar hasta los derechos a participar en el desarrollo integral de la comunidad, pasando por algunas tan importantes como el derecho a la vivienda digna y suficiente a sus necesidades.

Así, por ejemplo, al hablar del derecho a formar y ser parte de una familia, expresa que éste adquiere especial importancia tratándose de gente de escasos recursos económicos, ya que implica el establecimiento de condiciones socioeconómicas idóneas a fin de que tales derechos no sólo sean una norma jurídica, sino una realidad.

Chávez Asencio concluye exhortando a nuestro legislador a que incorpore en el Código Civil una declaración de deberes y derechos familiares, lo cual, según textualmente afirma, "favorecería mucho el conocimiento de los deberes, derechos y obligaciones familiares, su orientación y ayuda a los cónyuges y familiares, y también un punto de partida para que las instituciones públicas de servicio familiar puedan orientar sus esfuerzos y trabajos...", lo que, entre otras cosas que no menciona específicamente el autor, evitaría absurdos legislativos como el Código Familiar del Estado de Hidalgo y su Código adjetivo.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

FOSAR BENLLOCH, Enrique, "Las uniones no matrimoniales en el derecho histórico español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, núm. 554, enero-febrero de 1983, pp. 133-162.

El autor de este interesante artículo nos presenta una vasta investigación de las uniones no matrimoniales. Motivado por las modificaciones al Código Civil en lo relativo al matrimonio y a la familia en España, se enfrenta a la necesidad de estudiar la regulación de las relaciones que surgen de parejas no casadas a fin de encuadrarlas en el ordenamiento jurídico.

Los problemas relacionados con el tema han sido objeto de análisis multidisciplinarios y de congresos internacionales. Entre los autores no españoles que han tratado el tema hay plena conciencia de que la tradicional hostilidad de los ordenamientos jurídicos hacia la unión libre se debe a factores histórico-religiosos hoy superados. La condena

del concubinato por el Concilio de Trento y su prohibición por algunas iglesias protestantes fue acogida por los ordenamientos seculares.

Por el contrario, España tuvo un conjunto de importantes regulaciones jurídicas de esas uniones no matrimoniales. La mujer llamada barragana, poseía dignidad, se equiparaba personal y patrimonialmente a los hijos de matrimonio y a los hijos extramatrimoniales, cuando hubieran sido concebidos en una relación estable y notoria semejante a la del marido con mujer de bendición.

El autor se aproxima sin prejuicios ni falsos juicios morales al hecho de las uniones no matrimoniales. Hace presente la necesidad de estudiar el hecho en la historia del derecho español, para lograr una adecuada comprensión del tema, y lograr una regulación justa de estas uniones.

El estudio histórico presentado tiene un vasto alcance. Se inicia en la Hispania primitiva, en el derecho ateniense y en el derecho romano. En Roma se autorizaba el concubinato y para la mujer no era motivo de deshonra ser concubina. El derecho le reconocía efectos jurídicos al concubinato; entre ellos, ciertos derechos sucesorios a la concubina y a los hijos nacidos del concubinato, tanto por testamento como por sucesión legítima.

El artículo comprende la investigación del derecho musulmán y el derecho mosaico y su interpretación talmúdica. En razón de la conquista de Hispania por los musulmanes rigieron tres ordenamientos jurídicos en la Península. El musulmán, para los musulmanes conquistadores o conversos al Islam. *Liber iudiciorum* para los cristianos hispanorromanos, y el derecho mosaico talmúdico para los judíos. El derecho musulmán permite al varón contraer matrimonio con cuatro mujeres y tener un número ilimitado de concubinas, que necesariamente sólo pueden ser esclavas; sin embargo, a los hijos habidos de uniones libres se les atribuye condición de legítimos. Los judíos españoles utilizaron su propio derecho: el derecho mosaico (y su interpretación talmúdica), según el cual, el concubinato coexiste con el matrimonio e inclusive puede ser facilitado por la mujer estéril para adoptar al hijo de la concubina. El concubinato es una relación entre amos y esclava. Al expulsarse a los judíos en 1492, terminó la aplicación de la ley de Moisés en España.

Resulta importante la referencia al derecho musulmán por la influencia que tuvo en los fueros medievales de los siglos XI al XVI. Estos fueros regularon la barraganía. Alfonso X dedujo dos acepciones etimológicas de la palabra barra: fuera, y gana: ganancia, fuera de ga-

nancia o sin ganancia, y al parecer esta figura para algunos autores tuvo su origen en el derecho musulmán.

La barraganía era un contrato de amistad y compañía cuyas principales condiciones eran la permanencia y la fidelidad. Tener barragana no era indecoroso ni indecente y se le otorgaban los mismos favores que a las esposas legítimas. Al parecer se dieron dos clases de barraganías, la contraída en términos de especial dignidad para la mujer y la otra, de orden inferior, que apenas se diferenciaba de criadas y siervas.

La generalidad de los fueros mencionan a las barraganas, así de los cleros como de los legos, y aun de los casados y sus disposiciones acerca de los derechos de hijos y madres, prueban cuan universal era la costumbre, y si en algunos fueros estaba prohibido a los casados tener concubinas en público, esta prohibición no se extendía a los solteros.

Las partidas regulan ciertos derechos de la barragana si es una sola y existe posibilidad de casarse con ella.

Hace notar el autor, que a diferencia del resto de Europa, en que se llama bastardos a los hijos de uniones libres, en España ser hijo de ganancia o de barragana no es peyorativo.

En derecho canónico, antes del Concilio de Trento, se permitían las uniones con el sólo consenso, sin solemnidades religiosas; la unión era concubinato o matrimonio según la intención presumible de las partes, la cual, lógicamente, era muy difícil de probar. A partir del Concilio de Trento, el derecho canónico establece que el matrimonio se debe contraer en presenacia de un párroco y que toda cohabitación sexual no acompañada de la celebración del matrimonio debía considerarse contraria al matrimonio.

A partir de este momento el concubinato es perseguido y castigado con la excomunión, la barraganía se convierte en concubinato y deja de ser una práctica social honorable y dotada de efectos jurídicos.

El autor nos explica que la supresión de la barraganía se debió, además de a los intereses de tipo moral, al interés político de constituir una España con unidad política y religiosa, de manera que los no católicos musulmanes y judíos, casados según sus ritos, vivían en simple concubinato desprovistos de efectos jurídicos y susceptibles de persecución criminal, con la alternativa de convertirse al cristianismo y celebrar matrimonio católico.

Independientemente de las causas, a partir del Concilio de Trento, las uniones no matrimoniales fueron perseguidas, combatidas y mal vistas socialmente. La intención probable del autor al referirse al marco histórico de las uniones no matrimoniales, es presentarlas como una

situación de hecho que en determinadas circunstancias ha sido considerada como una situación honorable.

Esta concepción de las uniones no matrimoniales puede servir como antecedente o como criterio de base para regular jurídicamente esta situación de hecho, tomando en cuenta las profundas modificaciones que está sufriendo la legislación española en materia de relaciones familiares.

Ingrid BRENA

LETE DEL RÍO, José Manuel, "Sujetos de las capitulaciones matrimoniales", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, vol. XXXVI, núm. 2, 1983, pp. 397-420.

El 13 de mayo de 1982, en el ilustre Colegio Provincial de Abogados, José Manuel Lete del Río pronunció una conferencia sobre las capitulaciones matrimoniales en el derecho español, cuyo texto será objeto de la presente reseña.

El orden jurídico español considera las capitulaciones matrimoniales como contratos susceptibles de ser suscritos no sólo por los contrayentes sino también por personas ajenas al matrimonio que pueden intervenir en ellas con motivaciones distintas.

Los menores de edad que celebren capitulaciones deben ser asistidos por sus padres en ejercicio de la patria potestad o, en su defecto, por un tutor. Sin embargo, si los contrayentes menores se limitan a pactar el régimen de separación o de gananciales tal como los regula la ley, sin variación alguna, se les reconoce plena capacidad. Si con posterioridad al matrimonio los cónyuges menores desean modificar sus capitulaciones, requerirán, asimismo, de la asistencia de padres o tutores cuando el cambio de régimen implique gravamen o enajenación de bienes. La función que desempeñan los representantes es la protección a los menores y sus bienes cuando sus derechos se afecten o puedan ser afectados al pactar o novar capitulaciones.

Por otra parte, también pueden intervenir en las capitulaciones matrimoniales terceros que concedan o constituyan derechos a favor de los cónyuges, denominados por Lete del Río "otorgantes no contrayentes". La ley exige la asistencia de estos otorgantes cuando la modificación de las capitulaciones afecte los derechos por ellos concedidos.

José Manuel Lete del Río distingue entre terceros otorgantes de de-

rechos que no son afectados por la modificación de las capitulaciones y los que sí pueden resultar afectados por tales modificaciones al pacto.

El autor no considera al donante como tercero susceptible de ser afectado por las modificaciones a las capitulaciones, puesto que la donación supone un acto gratuito por el cual el donante no espera obtener contraprestación. A menos que se trate de una donación sujeta a condición, la validez y eficacia de las capitulaciones no depende de los derechos concedidos por los donantes. En consecuencia, a excepción hecha de la donación sujeta a condición, el donante, después de realizada la donación, se sustrae de la relación entre los cónyuges y éstos podrán novar sus capitulaciones en los términos que deseen. El donante pierde el poder de disposición respecto de los bienes que integran ya el patrimonio de los cónyuges.

Dentro del sistema del Código español, se considera que las capitulaciones matrimoniales son verdaderos pactos de familia, susceptibles de ser suscritos por familiares de los contrayentes e inclusive por terceros ajenos. Estas personas transmiten bienes a cambio de ayuda o compañía que deben proporcionar los cónyuges. No se trata de simples donantes, sino de personas que aportan bienes a cambio de una contraprestación específica. En este caso, las capitulaciones, además de establecer el régimen económico matrimonial, permiten una relación patrimonial dentro de una auténtica sociedad familiar y las modificaciones al pacto pueden afectar los derechos de las personas que participan en él.

La ley establece que los "otorgantes no contrayentes" deben asistir tanto a la celebración de las capitulaciones como a su modificación; si bien hay que advertir que éstos no pueden establecer reglas para la economía del matrimonio y su intervención se limita a instituir derechos y proteger los adquiridos en pactos anteriores.

Ingrid BRENA

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, "El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores", *Revista de Derecho*, Santiago, vol. 51, núm. 173, enero-junio de 1983, pp. 145-170.

El sistema jurídico chileno establece que por el solo hecho del matrimonio se contrae, entre los cónyuges, la sociedad conyugal, en la que el marido es el administrador legal tanto de los bienes sociales, como de los de la mujer.

Sin embargo, ese régimen económico puede ser modificado por varios medios, uno de los cuales lo constituye el llamado pacto de separación de bienes, previsto por el Código Civil, y según el cual los cónyuges mayores de edad pueden disolver la sociedad conyugal para acordar la separación total de sus bienes, siempre y cuando no se perjudiquen los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer.

El pacto por el que los cónyuges acuerdan la separación de sus bienes deberá otorgarse por escritura pública y surtirá efectos entre las partes, y frente a terceros, hasta que la escritura a su vez se subinscriba en el margen de la respectiva inscripción matrimonial.

El autor plantea el problema en torno a la determinación del medio más idóneo con el que el tercero perjudicado podrá defender su derecho de las consecuencias que se deriven del pacto de separación de bienes, el cual en la práctica ha llegado a ser frecuentemente utilizado para burlar, sobre todo, los derechos de los acreedores del marido.

Es en este sentido que se analizan las opciones que el tercero perjudicado tiene para impugnar los actos de separación y liquidación de los bienes de los esposos. Análisis que resulta interesante por la similitud entre los sistemas chileno y mexicano.

Señala el autor que los acreedores tienen dos opciones para defender sus derechos: la impugnación del pacto de separación y de la propia liquidación de los bienes, o el ejercicio de una acción contra la mujer por su responsabilidad frente a las deudas sociales.

Respecto de la primera opción se plantean varias vías por las que se puede impugnar el pacto: el ejercicio de la acción pauliana; la acción de simulación o de nulidad absoluta configurada por el acto simulado; o la declaración de inoponibilidad.

Mediante la utilización de cualquiera de las tres vías señaladas se pretende privar de su eficacia al acto de separación respecto del acreedor, correspondiendo a éste por tanto demostrar además de la existencia del crédito, su constitución anterior a la celebración del pacto.

Acción pauliana. Antes de analizar la procedencia de la acción pauliana como medio para impugnar el pacto de separación, el autor hace una serie de acotamientos previos para determinar la naturaleza jurídica del pacto de separación; puntualiza que en realidad son dos los actos que sucesivamente se ejecutan: el pacto de la separación y la partición de la comunidad de bienes; al primero lo caracteriza como un acto de carácter patrimonial cuya función es la de adoptar un régimen económico por el que han de regirse las relaciones entre

los cónyuges, refutando las opiniones doctrinales que consideran este acto como un derecho derivado del estado civil de los cónyuges.

Una vez establecido el carácter patrimonial del pacto de separación aborda el problema de determinar si se trata de un acto bilateral, por tanto una convención, y si dentro de este género se puede clasificar como contrato, carácter que el autor niega argumentando que sus efectos no producen obligaciones para los cónyuges, sino que únicamente cumple la función de reemplazar un régimen económico por otro. En cuanto a la partición de la comunidad de bienes la califica como una convención onerosa negándole el carácter contractual.

De la determinación de la naturaleza jurídica del pacto de separación se concluye la procedencia de la acción pauliana de acuerdo a las prescripciones del Código Civil chileno.

Acción de simulación. Afirma el autor que podrá atacarse el pacto de separación mediante el ejercicio de la acción de simulación, si aquél se celebra sin la voluntad de realizarlo y con la intención de mantener las cosas en el mismo estado en que se encontraban antes de la celebración del pacto. En caso de prosperar la acción, el pacto quedará sin efectos y, por tanto, los bienes adjudicados a la mujer regresarán al patrimonio del marido; llama la atención el autor sobre las dificultades que en la práctica se afrontan al ejercer esta acción.

Declaración de inoponibilidad. Mediante esta vía, que el autor considera bastante segura, se pretende que la autoridad judicial determine que el pacto de separación y la liquidación de los bienes son inoponibles al acreedor demandante, a fin que frente a éste, continúe vigente la sociedad conyugal, y todos los bienes que forman parte de ella puedan ser objeto de ejecución del acreedor.

La segunda opción, que según el autor tiene el acreedor para impugnar el pacto que le perjudica, es el ejercicio de la acción en contra de la mujer que después de haber liquidado la sociedad ha recibido gananciales; fundamenta este medio en la disposición que establece, para la mujer que acepta gananciales, la obligación de responder por las deudas sociales. Se precisa que el valor por el que responde la mujer corresponde a la cifra que arrojó la liquidación como gananciales, dividida entre dos.

Finalmente, se precisan las diferencias prácticas que se derivan de la selección de las dos alternativas planteadas y se concluye el estudio con el señalamiento de una tercera —que el autor considera inadecuada—, en la que se otorga un alcance ilimitado al artículo que permite el pacto de la separación y liquidación de los bienes, de tal

suerte que, según esta interpretación, el pacto no produce efectos contra terceros acreedores.

Rosa María ÁLVAREZ

PERLINGIERI, Pietro, "Por un derecho civil constitucional español", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, vol. XXXVI, núm. 1, 1983, pp. 1-16.

A partir de las profundas modificaciones sufridas por la legislación española, motivadas por los cambios políticos ocurridos en España en los últimos diez años, han proliferado los estudios dirigidos al análisis de esos cambios y a las posibles consecuencias que ellos implican.

El estudio reseñado se sitúa dentro de esa corriente. En este caso se analizan los nuevos conceptos contenidos en la Constitución y de cómo influyen en las tradicionales instituciones de derecho civil.

En opinión del autor, a raíz de la publicación de la nueva Constitución española en 1978, el civilista debe interesarse por las normas constitucionales. El jurista debe intentar la reconstrucción del ordenamiento jurídico como una unidad. La norma constitucional se halla en la cúspide de la jerarquía normativa y todo el ordenamiento, incluido el derecho civil, debe fundarse y estar acorde con ella.

Pierde importancia la separación entre derecho privado, caracterizado por la plena libertad y autonomía de los sujetos, y el derecho público, regido por el principio de soberanía. Se afirma que el interés privado y el público son interdependientes. No hay nada que sea exclusivamente privado y lo público obtiene una justificación cuando se destina a la realización de intereses individuales.

Por efecto de los cambios operados en la carta constitucional, el centro del ordenamiento jurídico español no es ya la propiedad *per se*, sino la persona humana, sus valores, y su significado existencial e ideológico. Los órganos y estructuras del Estado están subordinados a la realización de esos valores. De la combinación o equilibrio de las situaciones patrimoniales y existenciales de los ciudadanos, se podrá afirmar si se está en presencia de un Estado social de derecho o solamente en presencia de un Estado de derecho.

Los profundos cambios ideológicos obligan a replantear técnicas interpretativas. La unidad del ordenamiento jurídico presupone una jerarquía de normas en cuya cúspide se encuentran las constitucionales, que no deben ser contravenidas por las ordinarias, como en el caso de

las cíviles. El civilista, en su actividad hermenéutica, debe recurrir siempre de modo directo e inmediato a los principios del ordenamiento constitucional, aun cuando esté presente la ley ordinaria o la costumbre.

Al modificarse los principios fundamentales contenidos en preceptos constitucionales, las normas preexistentes asumirán un nuevo espíritu y finalidad. Por ejemplo, el concepto de "orden público", propio de un Estado policía, que garantizaba situaciones adquiridas, ha sido reemplazado por un "orden público" propio de un Estado social democrático y promotor de la justicia social. La norma contenida en la Constitución que afirma la dignidad de la persona, sus derechos inviolables, el libre desarrollo de su personalidad, el respeto de la ley y de los derechos de los demás, es el fundamento del orden político y de la paz social, que influye incluso en los sectores más técnicos del derecho civil.

Propone el autor una revisión de los conceptos tradicionales (derecho subjetivo, relación jurídica, negocio jurídico, obligación) y también de las instituciones, que nominalmente seguirán siendo las mismas, pero que, funcionalmente, serán distintas. Al aplicar la norma se deberá intentar el máximo respeto a las particularidades de los hechos concretos. Al individualizar la solución normativa se reconocerán los nuevos conceptos constitucionales.

Sugiere Perlingieri una concepción menos dogmática del derecho civil, que ya no estudie "la obligación" sino las obligaciones (alimentarias, personales, etcétera); que no se refiera a "la propiedad" sino a las muchas formas de propiedad (pequeña, rural, etcétera).

Se debe volver a pensar en un derecho civil que parta de dos premisas. La primera es la consideración de que el ordenamiento jurídico constituye un todo unitario, en cuya base se encuentran los principios fundamentales de la constitución, y que toda división del derecho en privado o público, es más académica y didáctica que científica y objetiva. La segunda, el replanteamiento del derecho fundamentado no sólo en las leyes y en la dogmática jurídica, sino también en la realidad social, en los hechos concretos, en la situación histórica en la que se vive.

Ingrid BRENA

PROSPERI, Francesco, "Matrimonio, famiglia e parentela", *Rassegna di diritto civile*, Nápoles, núm. 2, 1983, pp. 389-438.

La ausencia en la disciplina civilista de una definición de la familia, ha llevado a negar que tal concepto tenga una especial importancia,

dado que el ordenamiento jurídico toma en consideración únicamente a los sujetos de las relaciones familiares, individualmente considerados. Con esta reflexión inicial, y en el marco jurídico establecido por las reformas al Código Civil italiano de 1975, el autor plantea la necesidad de formular un concepto unitario de familia, mismo que no ha sido dado por el legislador.

Si el legislador no ha definido a la familia, compete hacerlo al intérprete de la norma, no como un mero ejercicio teórico sino con fines eminentemente prácticos, como lo es la determinación exacta del ámbito de aplicación de los preceptos que genérica o particularmente hacen referencia a la familia, o que implícitamente presuponen el concepto, para la solución de problemas concretos, verbigracia, los relativos a los derechos derivados del reconocimiento de la familia natural. Una vez aceptada la necesidad de formular una definición de la familia, la siguiente cuestión es determinar si el ordenamiento jurídico permite la delimitación de un concepto único, posibilidad que ha sido negada, por considerarse que el concepto de familia varía en la medida en que cambian los intereses tutelados por las normas. En realidad esta argumentación no se puede refutar si únicamente se fundamenta en lo que el Código Civil establece, dado que en los raros casos en que el legislador no ha dado por supuesto el concepto de familia, sino que ha delineado una definición, ha sido exclusivamente en consideración al interés particular que en esa específica circunstancia se intentaba tutelar.

Esta perspectiva cambia si se toman en consideración las normas constitucionales que contienen indicaciones generales sobre el contenido de la noción de familia; sin embargo, asume el autor, la fórmula adoptada por el artículo 29 de la Constitución que define la familia como la "sociedad natural fundada en el matrimonio" es de difícil interpretación, y en su análisis soslaya la posibilidad de examinar si esa disposición le atribuye a la familia una cierta subjetividad que permita reconocerle un interés distinto a los de sus componentes particulares.

Considera esencial esclarecer el sentido en que la norma constitucional equipara a la familia con la "sociedad natural"; después de manifestarse en contra de la interpretación de corte jusnaturalista que alguna parte de la doctrina ha elaborado —según la cual la finalidad de la norma constitucional no es la de proporcionar una noción de familia, sino establecer el principio según el cual el Poder Legislativo tiene que respetar la autonomía del ordenamiento familiar—, se manifiesta de acuerdo con la que considera la expresión "sociedad natural" como un

término equivalente a "agrupación social", utilizado por el artículo 2 de la Constitución.

Bajo esta perspectiva, el artículo 29 constitucional colocaría a la familia entre las agrupaciones sociales constitucionalmente garantizadas, necesarias para la plena realización de la personalidad de los individuos, pretendiendo el legislador, con ello, atribuir carácter familiar a todas aquellas comunidades a las que, la conciencia social, concede tal naturaleza, situación que se deberá tener muy en cuenta en el momento de intentar una interpretación del precepto.

Congruentemente con las ideas apuntadas, el autor se manifiesta en contra de la tesis que sostiene que el matrimonio sea la única forma de constitución de la familia. Después de analizar otros preceptos constitucionales que se refieren a la familia, concluye que el artículo 29 ha concedido relevancia a la familia de tipo nuclear no tanto porque se reconozca solamente la fundada en el matrimonio, sino porque ésta es la familia socialmente predominante, por ser el matrimonio la forma típica de constitución de la familia; sin embargo, no se debe perder de vista que típico no quiere decir exclusivo.

El autor intenta validar la tesis anterior mediante el análisis de preceptos de la legislación común y, después de examinar figuras como la filiación natural o la adopción, concluye que el ordenamiento jurídico reconoce y tutela como familia a la comunidad calificada socialmente como tal (familia de tipo nuclear), independientemente del acto formal por el cual se haya constituido.

La anterior conclusión la considera relevante no solamente en un plano sistemático, sino en cuanto a sus consecuencias operativas, ya que permite confirmar, bajo otro aspecto, la línea de distinción que separa a la familia del parentesco, que difieren, además de por los efectos que producen, por los presupuestos en que se fundan. El parentesco se deriva del hecho natural de la consanguinidad, mientras que la familia tiene un origen en un acto jurídico formal, que normalmente es el matrimonio. Aunque parentesco y familia frecuentemente concurren en una misma realidad, deben considerarse conceptos diferentes.

Un argumento que torna más contundente la distinción entre familia y parentesco es que la relación familiar por excelencia la constituye la relación conyugal, antitética a la de parentesco.

El concepto de parentesco comprende en igual medida tanto el vínculo de consanguinidad originado por la filiación legítima, como la natural. En este sentido las expresiones "parentesco legítimo" y "parentesco natural" designan fenómenos que tienen su único fundamento

en el hecho natural de la consanguinidad, y a los que el ordenamiento jurídico les otorga igual relevancia.

Rosa María ÁLVAREZ

DERECHO CONSTITUCIONAL

BROWN, George D., "Le nouveau fédéralisme: la question de la décentralisation aux Etats-Unis", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, núm. 3, julio-septiembre de 1983, pp. 497-508.

Más que ningún otro presidente norteamericano contemporáneo, Ronald Reagan ha subrayado la importancia de la reforma del sistema federal, tanto en su campaña electoral como en su programa de gobierno.

Ahora bien, ¿cómo concibe Reagan la referida reforma y cuál debe ser su contenido? Para el presidente el problema fundamental es el de la ruptura de equilibrio en el reparto de las competencias entre el gobierno federal y los niveles subnacionales. En efecto, el gobierno central se ha vuelto demasiado poderoso y quiere asumir más responsabilidades de las que puede cumplir. La solución al problema es, pues, una extensa descentralización, como lo ha destacado el presidente al afirmar a los legisladores de los estados: "Ustedes tendrán no solamente las responsabilidades de los servicios locales, sino también los recursos financieros actualmente usurpados por Washington..." Al parecer, el "nuevo federalismo" de Reagan tiende a restaurar una condición anterior.

Después de examinar el contenido del federalismo norteamericano al acceder Reagan a la presidencia, el autor —profesor de la Facultad de Derecho de Boston— se propone exponer la concepción reaganiana del "nuevo federalismo", así como las modalidades de aplicación propuestas —que han suscitado una vehemente oposición—. En fin, se señalan las enseñanzas que se desprenden del balance de los primeros resultados.

I. *El federalismo norteamericano*

1. *Clásicamente* se analiza el sistema norteamericano como un federalismo en el que los poderes del gobierno nacional son estrictamente