

## REVISTA DE REVISTAS

Derecho civil . . . . .	234
-------------------------	-----

clara tendencia de tratar de solucionar los problemas, a través de mayores subsidios e internación oficial en el sector agropecuario.

Pedro HERNÁNDEZ GAONA

## DERECHO CIVIL

CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen, "Estudio de la disposición adicional sexta de la Ley 30/1981, de 7 de junio: Separación y divorcio con consentimiento de los cónyuges", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, Madrid, núms. 2-3, 1983, pp. 293-323.

A partir de la entrada en vigor de la Constitución de 27 de diciembre de 1978, la legislación española en materia de matrimonio ha sufrido una profunda transformación. La Constitución vigente consagra la libertad religiosa, el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica, y en su artículo 32 dejó el camino llano para que leyes futuras establecieran la libertad para la celebración del matrimonio en su forma civil o religiosa, y para que se reglamentara su disolución; asimismo, al consagrar la unidad jurisdiccional rescató para el ordenamiento civil la competencia en cuestiones matrimoniales.

En virtud del ordenamiento constitucional, el Real Decreto-ley de 29 de diciembre de 1979, ya derogado, atribuyó la competencia en materia de separación matrimonial a los jueces de primera instancia, independientemente de cuál hubiese sido la forma de celebración de matrimonio.

Posteriormente, en 1981, se promulgó la Ley Reglamentaria del mencionado artículo 32, cuya disposición adicional sexta regula con carácter provisional —hasta en tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil— el procedimiento de separación y divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, o por iniciativa de uno de ellos con el consentimiento del otro; merced a esta ley se volvió una realidad jurídica el divorcio vincular tan debatido en la sociedad española.

La mencionada *disposición adicional sexta*, desde un punto de vista procesal, constituye el objeto de análisis de María del Carmen Calvo Sánchez, profesora adjunta de derecho procesal en la Universidad de Valladolid, y su trabajo se ocupa del ámbito de aplicación de la norma y del procedimiento judicial que la misma establece. El primer asunto

que se examina es el ámbito de aplicación de la disposición adicional sexta —en adelante DAS— que se circunscribe a las peticiones de separación o de divorcio, por mutuo acuerdo o con el consentimiento de uno de los cónyuges, independientemente de la forma de celebración del matrimonio, civil o religiosa, y de la fecha de su celebración; por tanto, queda fuera de su ámbito de aplicación la tramitación de nulidades matrimoniales.

En vista de lo anterior, la autora se plantea la interrogante de si los tribunales civiles son competentes para disolver el matrimonio canónico; declarándose en contra de esa posibilidad, argumenta que el Estado atribuye y reconoce efectos civiles al matrimonio canónico, según lo dispone el artículo 60 del Código Civil, y esos efectos civiles son los únicos que pueden desaparecer por el divorcio; por tanto, este tipo de matrimonio continúa indisoluble y al margen del divorcio. Reduce a una “cuestión de conciencia” la situación que puede darse, en la vida real, de una persona casada civilmente con *A* y eclesiásticamente con *B*.

La segunda cuestión que se plantea es si merced a la mencionada Ley de junio de 1981 se puede plantear la aplicación retroactiva del artículo 82 del Código Civil que a la letra dice: “el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.” La opinión de la autora es que la referida ley sí establece una excepción al principio general de la irretroactividad de la ley, dado que se reconocen hechos y situaciones creadas con anterioridad a la entrada en vigor del ordenamiento.

En el segundo apartado del trabajo, se analiza el procedimiento regulado por la DAS: su naturaleza jurídica, las partes del proceso, su tramitación, los recursos, la eficacia de la sentencia y, finalmente, las costas.

### *Naturaleza jurídica*

Se señala que el procedimiento pertenece a los llamados “procesos de familia”, los cuales tienen un carácter declarativo especial por razones jurídico-materiales en consideración al objeto discutido, cuyo interés trasciende al particular de los contendientes por verse afectado con ellos el interés del Estado y de la sociedad. En estos procesos se rompen los principios clásicos del ordenamiento procesal civil, para dar paso a los que informan los procesos regidos por el principio de necesidad —principio de oficialidad, investigación de oficio, verdad material, etcétera.

El proceso regulado por la DAS, según la autora, no puede considerarse un auténtico proceso, dado que, además de no presentarse una oposición de voluntades entre las partes, el juez no actúa en calidad de tal, sino que se limita a constatar, dado el mutuo acuerdo de las partes, si han transcurrido los plazos señalados por la norma sustantiva, en cuyo caso otorga la separación o el divorcio, sin asumir juicios de valor sobre la cosa alegada. No siendo un auténtico proceso, la disyuntiva que se presenta es si se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Al analizar las características de este procedimiento, concluye que tampoco es un acto de jurisdicción voluntaria, si bien no deja de reconocer que participa de algunos de los caracteres de éste; por tanto, concluye dubitativamente, quizá se trate de un *expediente nuevo* hasta ahora no conocido en el derecho español.

### *Partes*

La competencia viene atribuida a los jueces de primera instancia hasta en tanto no entren en funciones los jueces de familia. Los Juzgados de Familia comenzaron a instaurarse en julio de 1981.

La competencia territorial se atribuye con carácter imperativo a los jueces del lugar del domicilio conyugal, el cual es fijado de común acuerdo por los esposos; pero se establecen una serie de reglas para casos en que aquél no exista. Por tal razón, las partes no pueden someterse a la competencia de otro tribunal, lo cual plantea el problema de si el juez debe examinar de oficio su propia competencia, asunto que la ley, según la autora, resuelve negativamente.

En relación a la capacidad y legitimación, dado que su reglamentación no se aparta de las normas generales, no presentan mayor interés, así como tampoco lo que se refiere a la postulación procesal, al reiterar el legislador la necesidad de que las partes estén debidamente representadas y defendidas en el juicio.

### *Tramitación*

No obstante que la tramitación del juicio prevista por la Ley de junio de 1981 tiene, como ya se indicó, un carácter provisional hasta en tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil, la autora examina pormenorizadamente tanto los aspectos procedimentales más significativos de la ley, como su fundamentación sustantiva.

### *Recursos*

La DAS permite a las partes interponer ante la Sala de lo Civil de la audiencia respectiva, recurso de apelación contra la sentencia desestimatoria de la pretensión y, en su caso, contra el auto ratificador del convenio regulador de la separación; llama la atención la autora sobre esto, que viene a ser otra de las imprecisiones de la ley analizada, dado que las normas generales de interposición de la apelación establecen que ésta se debe intentar ante el Tribunal *a quo*.

### *Eficacia de la sentencia*

Finaliza el trabajo con el examen de los efectos que la sentencia estimatoria de separación produce, que, de acuerdo con el artículo 13 del Código Civil: se suspende la vida en común de los cónyuges y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. En tanto que la sentencia estimatoria de divorcio produce la disolución del matrimonio desde que ésta sea firme, frente a terceros de buena voluntad no produce efectos, sino a partir de su inscripción en el Registro Civil.

Sin embargo, los efectos de la sentencia sobre los hijos, si los hay, y sobre el patrimonio, podrán modificarse en cualquier momento si varían las condiciones tenidas en cuenta por el juzgador para su determinación.

Este es un trabajo bien escrito, que, aún sin rebasar un nivel informativo, resulta de interés para quienes sigan de cerca la recepción del divorcio en el derecho español.

Rosa María ÁLVAREZ

CARBONELL, DE ESCALERA, Irma, "Origen y evolución del usufructo", *Boletín Informativo*, Xalapa, Ver., núm. 8, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, marzo-abril de 1984, pp. 67-81.

En este artículo, que abarca desde los orígenes del usufructo hasta su configuración jurídica actual, la autora trata fundamentalmente de poner de relieve la vigencia socioeconómica de esta figura jurídica, la función vehicular que cumple para resolver múltiples problemas domi-

niales que suelen presentarse en la vida práctica de nuestros días. Lo caracteriza, al final del artículo, como “derecho real conciliador de bienes materiales”, feliz expresión que sintetiza su pensamiento.

Comienza la articulista precisando cómo la categoría de los derechos reales se va diferenciando —en derecho romano clásico— de la órbita del derecho de las obligaciones, y cómo ambas categorías se encuentran con los elementos económico-patrimoniales, dando lugar a un desarrollo histórico, comprensivo del derecho de usufructo.

Es rastreado el usufructo desde sus orígenes en el *Digesto* (a través de los comentarios de Gayo, las reglas de Ulpiano y las sentencias de Paulo), así como de los fragmentos de derecho romano descubiertos por M. Mai. Continúa la autora con un análisis de las palabras *utendi* y *fruenti* y con el estudio etimológico de expresiones que caracterizan el contenido dominial del usufructo, así como el deslinde del mismo con la más vasta noción de dominio.

En un segundo apartado, se adentra en las doctrinas que tratan de definir los derechos reales. Sostiene, la autora, que éstas no han logrado apartarse de dos grandes errores: por un lado, el hecho de confundir el aspecto económico de los derechos con su naturaleza estrictamente jurídica; es decir que, para la articulista, estas tendencias doctrinales caracterizan a los derechos reales por lo que tienen de contenido económico, no prestando atención a la estructura jurídica. Advierte este error en la escuela de la exégesis, en Francia. Por otro lado, incurren las doctrinas en el error de creer que el objeto de los derechos (o de las relaciones jurídicas) son los bienes o cosas, y no la conducta humana. Este error parte, según la autora, del hecho de que no se ha visto en los derechos reales la naturaleza de los derechos subjetivos: preocupase el jurista por determinar el poder económico de su titular, y no sus facultades en su verdadera esencia.

Siendo el usufructo un derecho real, se propone la autora determinar qué es un derecho real, acudiendo a los criterios acuñados por las diversas escuelas jurídicas. Destaca así los dos elementos que propugna la escuela clásica: oponibilidad *erga omnes* y recaer en cosas determinadas; enfoca la tesis monista de Planiol y la teoría ecléctica.

La ensayista pasa luego al terreno de las definiciones, mencionando sólo las más comúnmente aceptadas: Mazeaud, Aubry y Rau, Planiol, Rojina Villegas.

Después encara la división clásica de los derechos reales, en “principales y secundarios” y “de goce y de garantía”.

Es sobre la base de estos elementos que entra propiamente en tema, pasando a caracterizar al usufructo. Principia por su sentido etimoló-

gico (*usus y fructus*). Enumera seguidamente las cinco formas de constitución del usufructo, a saber: contrato, testamento, acto unilateral, ley y prescripción, con una escueta explicación de cada una de ellas.

En seguida, pasa a definir los sujetos de la relación usufructuaria y a la mención de los bienes sobre los cuales puede recaer.

Pasando por las formalidades requeridas para la creación de la institución, incide la autora en las definiciones —ahora sí específicas— sobre el usufructo, desde Justiniano a Rojina Villegas, sin dejar de lado a Planiol y Mazeaud. Apunta la autora cómo cada definición responde a una época y colma las necesidades que la teoría jurídica de ese momento histórico en especial reclama.

Estudia luego la finalización del usufructo, con un aparte para la situación de las personas morales.

Por último, realiza un estudio de la legislación del estado de Veracruz, con relación al usufructo. Realza en especial las implicaciones del artículo 27 constitucional, en cuanto a la adquisición de bienes por los extranjeros.

A modo de conclusión, la autora encara las aplicaciones prácticas de la figura jurídica del usufructo en la época moderna y su plasticidad en cuanto a la fórmula jurídica apta para conciliar intereses patrimoniales, verbigracia, en el caso de sucesiones, ante la imposibilidad de dividir bienes del patrimonio del causante.

En suma, se trata de un artículo completo en cuanto a su contenido, aunque no demasiado extenso en sus desarrollos, bien informado y con interesantes conclusiones por parte de su autora.

Carmen GARCÍA MENDIETA

CASTILLO PEÑA, Ernestina, "El certificado de participación", *Boletín Informativo*, Xalapa, Ver., núm. 7, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, enero-febrero de 1984, pp. 45-51.

Se propone la autora el análisis de la naturaleza jurídica del llamado "certificado de participación", tema que atañe tanto al derecho civil como al mercantil, aunque el certificado de participación aplicado al campo inmobiliario interesa muy especialmente al derecho de los bienes, clásica rama del derecho civil.

Para la articulista, se trata de un tema interesante y poco transitado, a la vez que de gran actualidad, ya que se encuentra estrechamente

ligado con el fideicomiso. Aclara someramente qué debe entenderse por fideicomiso y cuál es la incidencia del mismo, tanto en Estados Unidos de Norteamérica como en México.

Según la autora, el banco fiduciario puede emitir certificados de participación, que representarán la porción de cada participante en el fondo común fiduciario. La Ley Orgánica de la Nacional Financiera, S. A., en su artículo 21, fracción XI, autorizó a la institución para emitir certificados de participación, nominativos o al portador. Para la autora, la norma legal es oscura, y no establece claramente que el acto previo a la emisión de esos valores es, necesariamente, la constitución de un fideicomiso. Sin embargo, al final expresa que el acta notarial de creación hará constar los plazos de retiro y las utilidades, intereses o dividendos que Nacional Financiera, S. A. garantice a los tenedores de certificados.

La articulista encuentra que se trata de una norma legal "híbrida y contradictoria", dado que, en la primera parte, parece referirse a un fondo común fiduciario, respecto del cual el fiduciario, en tanto que titular y administrador, sólo responde del debido desempeño de su cargo; mientras que en la parte final se establece la obligación de devolver el valor de los títulos y garantizar sus productos. En base a esta contradicción, sostiene la autora que el certificado de participación de Nacional Financiera, S. A., a pesar de su nombre, no es sino una obligación a cargo de dicha sociedad, "con la cobertura de un fondo constituido por valores comerciales".

Establece cómo, en base al éxito obtenido por el certificado (extendido incluso al extranjero), se pensó en aplicar dicho título al ámbito inmobiliario, como forma de paliar la ingente necesidad de habitaciones populares. El mecanismo teórico sería la creación de un fondo fiduciario común y la expedición de tantos certificados de participación como departamentos tuviese un determinado edificio; cada certificado ampararía la propiedad o el derecho de uso de un departamento. La venta de los títulos en abonos facilitaría la conversión de cada particular en propietario; a la vez, el sistema de títulos impartiría movilidad a la más inmóvil de las propiedades, la propiedad urbana.

Estudia la autora las tres clases de certificados de participación que establece la ley: los que incorporan el derecho a una parte alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes que tenga en fideicomiso la sociedad; los que incorporan el derecho a una parte alícuota del derecho de propiedad o de la titularidad de esos bienes, derechos o valores, y los que incorporan el derecho a una parte alícuota del producto que resulte de la venta de los mismos.

De acuerdo a la ley, los certificados de participación pueden ser nominativos o al portador. La autora sostiene que deberían ser en todos los casos nominativos, en virtud de las disposiciones constitucionales que tienden a prohibir la propiedad de "mano muerta".

Posteriormente, la ensayista estudia los contenidos del certificado de participación, culminando con el enfoque acerca de la naturaleza jurídica del mismo. En este punto opina que, en cuanto al certificado de propiedad, se trata de un título representativo de la misma: el fiduciario tiene la titularidad del bien constitutivo del fondo común, pero la propiedad radica en los titulares de los certificados. Los titulares serán copropietarios del fondo común. Para la autora, los demás certificados de participación no han sido utilizados en la práctica, y serían —a su juicio— títulos incompletos, "ya que la representación a que darían derecho no podría determinarse por el título mismo, sino por elementos extracartulares". En la práctica, ac'ara la autora, se han constituido fondos comunes fiduciarios, integrados por inmuebles y con dinero, para realizar fraccionamientos urbanos. A su entender, la institución se desarrolla aún en forma tentativa y vacilante. En todo caso, la creación del certificado no puede ser fin del fideicomiso, y éste se extinguirá al quedar cumplida su finalidad.

Para la autora, al amparo de la ley, se ha venido desarrollando una institución híbrida, que no responde a la naturaleza del fideicomiso; el llamado certificado de participación es en realidad un título por el cual el fiduciario garantiza rendimientos y devolución del capital; por lo tanto, se trata de una obligación a cargo del fiduciario.

En cuanto al certificado que implica el derecho al uso de una parte del bien, el "certificado de vivienda", supone la ley que la causa del mismo es un contrato de promesa de compraventa; para la autora, se trata de una verdadera venta en abonos: se han determinado ya la cosa, el precio y la forma de pago, y se produjo la entrega de la cosa al comprador. Por lo tanto, el contrato se halla perfeccionado.

En conclusión, es éste un claro estudio de la naturaleza jurídica del certificado de participación, con aportaciones de su autora que indican un formado criterio jurídico por parte de la misma, en un tema de indudable trascendencia práctica.

Carmen GARCÍA MENDIETA

Gross, Friederike, "La reforme de la puissance parentale en droit allemand", *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, Toulouse, France, tomo xxix, Editorial 2, Rue Albert Lautman, 1981, pp. 343-377.

En Alemania Federal, la Ley del 18 de julio de 1979, que empezó a regir el primero de enero de 1980, introdujo diversas modificaciones a las normas relativas a la patria potestad del Código Civil alemán (artículos 1616-1711).

Esta ley forma parte de un conjunto de reformas hechas al derecho familiar en los últimos treinta años.

Esta reforma era necesaria, dice Gross, con el fin de adaptar los principios del derecho familiar alemán a las diversas modificaciones introducidas en leyes especiales, durante ese lapso, a los conceptos más relevantes del derecho privado.

Era necesario armonizar los nuevos conceptos sobre el derecho familiar contenidos en la Ley fundamental y en las leyes sobre igualdad jurídica del hombre y la mujer de 18 de junio de 1957; sobre reforma al derecho familiar de 11 de agosto de 1961; la Ley sobre Igualdad Jurídica de los Hijos Naturales de 19 de agosto de 1969; la Ley de Adopción de 14 de agosto de 1973; la Ley sobre la Mayoría de Edad de 31 de julio de 1974; la primera Ley de Reforma al Derecho del Matrimonio y la Familia de 14 de junio de 1976; que son las más importantes.

El objetivo perseguido por la Ley del 18 de julio de 1979, dice Gross, fue dar un espacio más amplio a los intereses del hijo en sus relaciones con sus progenitores.

Según Gross, en la legislación romana la *patria potestas* era un derecho de dominación ilimitada del padre sobre sus hijos; en cambio, en el derecho germánico, la patria potestad provenía del *mundium*, que era un derecho de protección del padre sobre el hijo. No obstante, el aspecto "derecho" de la potestad, predominaba sobre el de "obligación" y semejaba un "derecho de dominación" cuando se empleaba la expresión patria potestad.

El concepto "obligación" en las relaciones entre padres e hijos había sido modificado por la Ley fundamental al establecer que el hombre libre, independiente y responsable es el centro de la actividad social, donde la dignidad humana constituye el "valor supremo". La Ley fundamental no admitió atribuir a una persona un derecho sobre otra, concepto aplicable también a las relaciones entre padres e hijos. "La patria potestad no puede considerarse como un derecho de dominación. Los progenitores tienen la obligación de respetar la personalidad del hijo

y su dignidad e impulsarlo a adquirir una personalidad libre y responsable, como lo establece la Ley Fundamental”, expresa Gross. La Ley del 18 de julio de 1979 tiende a dar ese carácter a la patria potestad de los padres.

“El legislador —agrega el comentarista— ha colocado en el primer plano la guarda y la responsabilidad de los padres. Se ha empleado la palabra *elterliche sorge* que equivale a *responsabilidad parental*, reemplazando la expresión *elterliche gewalt*, que correspondía a potestad”. La expresión *gewalt* era un concepto de poder y de potestad sobre el hijo. El término *sorge* corresponde a “esmero”, “atención”, “cuidado que se otorga a alguien” y que pudiera ser traducido como responsabilidad. De allí que pueda denominarse propiamente a la patria potestad, a contar de la dictación de la ley modificatoria, como *responsabilidad parental*.

En la dictación de la Ley del 18 de julio de 1979 hubo que conciliar dos conceptos: el tradicional de “autonomía de la familia” y la intervención que puede corresponder al Estado en el derecho familiar. De acuerdo a los nuevos principios, la autoridad no debe intervenir en los problemas familiares si se quiere mantener intacta la “autonomía hogareña”.

La Ley del 18 de julio de 1979, modera la intervención del Estado y mejora los aspectos internos de la familia. Incorpora un conjunto de normas sobre deberes y responsabilidades de los padres en sus relaciones con los hijos.

En el ejercicio de la *responsabilidad parental*, se hace un distinguo entre hijos legítimos e ilegítimos.

Con respecto a los hijos legítimos, destaca Gross que el Código Civil atribuía la patria potestad al padre y, subsidiariamente, a la madre por muerte o imposibilidad de aquél. La nueva ley, al modificar el artículo 1627, establece que la *responsabilidad parental* sobre los hijos legítimos la ejercerán ambos progenitores en conjunto.

Era necesaria esta modificación para armonizar la legislación familiar con el principio de la “igualdad jurídica” del hombre y la mujer, consagrado en el artículo 117 de la Ley fundamental del Estado.

Las resoluciones importantes, deben adoptarse los progenitores de común acuerdo, en especial en materia de representación del hijo, donde no puede actuar uno de los progenitores sin el mandato expreso o tácito del otro, bajo pena de nulidad del acto, quedando, además, sujeto su autor a la responsabilidad que pudiere emanar respecto de terceros (artículo 1629).

En caso de desacuerdo, decidirá el Tribunal de Tutelas, cuyas facul-

tades se han restringido en resguardo del principio de la "autonomía de la familia". El Tribunal propondrá un acuerdo conciliatorio o podrá atribuir a uno de los progenitores el "poder de decisión" si considera que con ello los intereses del hijo quedan suficientemente asegurados.

Cuando alguno de los progenitores se encuentra impedido, de hecho o de derecho, del ejercicio de la *responsabilidad parental*, ésta será ejercida sólo por el otro.

En caso de divorcio, si los padres están de acuerdo sobre el cuidado personal de los hijos, lo propondrán al Tribunal, quien lo aprobará si los intereses de los hijos quedan suficientemente asegurados, o lo rechazará en caso contrario. También puede rechazarlo si el hijo mayor de 14 años manifiesta una opinión diferente. El artículo 1671 dispone que a falta de acuerdo de los padres, el Tribunal debe resolver tomando en cuenta los vínculos afectivos del hijo, en especial su predilección por su padre, madre o hermanos. Se mantienen las relaciones entre el progenitor que no se encuentra al cuidado personal del hijo. Sin embargo, ambos padres deben abstenerse de todo aquello que pueda perjudicar las relaciones del hijo con el otro progenitor (artículos 1634 y 1696).

Son novedosas las modificaciones en el cuidado personal del hijo. Según el artículo 1631 los progenitores tienen el "deber y el derecho" de cuidar, educar y supervigilar al hijo y fijarle el lugar de su residencia. Comprende también el derecho de seleccionar sus amistades. Esta disposición incorpora el moderno concepto del "derecho deber" a las relaciones de filiación.

Se impone a los progenitores el deber de dialogar con sus hijos y llegar a entendimientos con ellos, en vez de exigirles la simple obediencia. La ley excluye el principio de autoridad en lo relativo a la obediencia. Exige a los padres mayor consideración con respecto a la personalidad del hijo, prohibiéndoles castigos y educación degradantes.

El carácter degradante de un castigo, dice Gross, aparece claramente en los casos de padres que exponen al hijo al ridículo en público, encerrándolo en la obscuridad, mofándose de él con burlas y sarcasmos. El juez determinará cuando el castigo adquiere esta categoría. Con respecto a los malos tratos, la ley modificatoria no los erradica; pero el artículo 223 del Código Penal los sanciona. También lo hacen las leyes dictadas para proteger la dignidad humana.

En la elección de una profesión para el hijo, el artículo 1631 establece que los padres deben considerar sus aptitudes e inclinaciones, y en caso de dudas recurrir a la asesoría de un maestro o de otra persona calificada.

Las modificaciones más significativas en la gestión del patrimonio del hijo son las siguientes: en la colocación de dineros la idea de la "seguridad de la colocación" se reemplaza por la de "rentabilidad"; los padres no tienen derecho de usufructo sobre los bienes del hijo, pero los ingresos pueden ser utilizados para pagar la alimentación del hijo y el mantenimiento de los otros hijos y la propia alimentación de los padres si fuere necesario (artículo 1646).

En cuanto a la responsabilidad parental sobre los hijos naturales, se mantiene el principio establecido originalmente en el Código Civil, de que sólo la ejerce la madre y a ella le corresponde decidir en qué medida el padre puede mantener relaciones personales con el hijo, sin perjuicio de las facultades que la ley otorga al Tribunal de Tutelas para intervenir en esta materia (artículos 1705 y 1711).

Se ha discutido, afirma Gross, si esta exclusión del padre lo convierte en un simple "padre alimentario". La verdad es que se considera preferible atribuir la responsabilidad parental a uno solo de los progenitores, porque los primeros años de vida del niño son los más importantes y dependen física y psíquicamente de la madre. Aun cuando ambos padres vivan juntos, no ejercen la responsabilidad parental porque esa unión puede disolverse en cualquier momento.

Lisandro CRUZ PONCE

GUILLOD, Oliver, "La clause de dureté dans quelques législations européennes sur le divorce", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, Trente-cinquième année, núm. 4, octubre-diciembre de 1983, pp. 787-815.

Se trata de un estudio comparativo de la legislación y jurisprudencia alemana, francesa e inglesa sobre el divorcio por ruptura de la vida en común.

Esta causal, a la que el autor denomina *divorce-faillite* porque trae consigo el descalabro del matrimonio, ha sido incorporada recientemente a la legislación familiar de la mayoría de los países europeos y de otros continentes. Sin embargo, numerosos círculos consideran que el acto unilateral de uno de los cónyuges de abandonar al otro, para después obtener la disolución del vínculo conyugal, equivale a una verdadera "repudiación".

Estas críticas han impulsado a algunos legisladores europeos a adop-

tar la denominada *clause de dureté* que autoriza al juez para rechazar la demanda cuando el divorcio acarrea para el cónyuge abandonado o los hijos, consecuencias materiales o morales de "excesiva dureza" o severidad.

Opinan los autores que se trata de una verdadera cláusula y cada país ha adoptado su propia versión de ella, tratando de conciliar, en su esencia, las exigencias de la moral tradicional.

En la legislación universal el divorcio ha pasado por diversas etapas. Al fundado exclusivamente en la falta se agregó después el por mutuo acuerdo y, actualmente, la ruptura de la vida en común.

El artículo 229 del Código Civil francés, establece que el divorcio puede decretarse por consentimiento mutuo, por ruptura de la vida en común y por falta. A su vez, el artículo 237, modificado por la Ley 75-017 de 11 de julio de 1975, dispone que: "Un esposo puede pedir el divorcio por ruptura prolongada de la vida en común por más de seis años."

En Inglaterra, la Ley de Divorcio de 1969 reconoce sólo una causal de divorcio: la ruptura irremediable del vínculo conyugal, presumiéndose esa ruptura en cinco casos, siendo uno de ellos la separación de hecho por más de cinco años.

En Alemania, la cesación de la vida en común por más de tres años, constituye causal de divorcio y permite "el aniquilamiento" de los matrimonios que se encuentran irremisiblemente rotos.

La *clause de dureté*, o cláusula de dureza, constituiría una excepción a los objetivos generales del divorcio por ruptura de la vida en común. Esta cláusula se incorporó al Código Civil francés en el artículo 240, que dice: "Si el otro cónyuge acredita que el divorcio tendrá para él, tomando en cuenta su edad, la duración del matrimonio, o para los hijos consecuencias materiales o morales de excepcional dureza, el juez rechazará la demanda."

La traducción literal de la palabra francesa *dureté* (dureza) no tiene equivalencia en nuestro lenguaje jurídico. Hay palabras de uso legal que tienen un determinado sentido semántico dentro de un territorio, y diverso en otros.

El autor analiza la *clause de dureté* desde cuatro puntos de vista: respecto de los hijos; del cónyuge abandonado; desde el punto de vista moral, y de la conducta anterior de los cónyuges. Con respecto a los hijos, el derecho y la jurisprudencia inglesa no la consideran.

Los tribunales alemanes han resuelto que una unió n matrimonial muerta no puede beneficiar a los hijos. En Francia ha sido generalmente rechazada, porque, en la mayoría de los casos, el divorcio por

ruptura de la vida en común lo solicitan "personas maduras", cuando los hijos son mayores o independientes. Sin embargo, fue acogida en un caso: la demandada vivía en la habitación matrimonial con un hijo casado que a su vez tenía hijos; como el divorcio hubiere entrañado la licitación de la casa y la expulsión de sus ocupantes, el tribunal aplicó el artículo 240 invocado por la demandada.

Con respecto al cónyuge, en Francia se admitió la cláusula en beneficio de una demandada de 56 años de edad, casada hacía más de 30 años y que perdería una pensión de acogerse el divorcio. Se tuvo en cuenta, además, el frágil estado de su salud y los sacrificios que debió hacer para educar a sus hijos. En la legislación y jurisprudencia alemana e inglesa, no se considera la cláusula en este aspecto. La posible pérdida de la pensión de viudez, que generalmente se invoca para oponerse al divorcio, es sistemáticamente rechazada, por tratarse de un hecho contingente que puede compensarse con otras medidas de orden económico.

En lo referente a la "dureza moral" los tribunales franceses han acogido la cláusula en algunos casos. Un tribunal rechazó la demanda de divorcio en consideración a los ideales religiosos de la esposa de 77 años de edad, y porque el divorcio acarrearía la reprobación de los vecinos de la pequeña ciudad en que residía.

Las razones de orden moral sólo las consideran los tribunales franceses, cuando van unidas a otras que las complementan.

Un tribunal de París rechazó una demanda de divorcio por considerar que el matrimonio constituía el único aporte psicológico de la esposa inválida, de 63 años de edad, casada desde hacía 46 años.

En Alemania los jueces rechazan la cláusula de dureza por "aspectos de orden moral". Se citan, no obstante, dos casos en que fue acogida: la demandada de 56 años, casada desde hacía 36 años, había educado a tres de sus hijos e invertido todo su dinero para ayudar a su marido en una empresa que quebró, viéndose obligada a trabajar como auxiliar en un despacho para mantener el hogar. En el segundo caso, el tribunal rechazó la demanda de divorcio para evitarle mayores sufrimientos morales a la esposa gravemente enferma de cáncer.

Acerca de la conducta anterior de los esposos, no se han pronunciado, al respecto, los tribunales de Inglaterra y Alemania.

En Francia algunos tribunales toman en cuenta agravios del pasado, fundamentando sus sentencias en argumentos tales como: "la esposa sufrió la afrenta de verse desplazada por otra mujer", o "la demandada ha sido siempre una esposa perfecta e irreprochable".

En conclusión: la jurisprudencia alemana en seis años de aplicación

del nuevo derecho, sólo en dos oportunidades ha acogido la cláusula, y en Inglaterra sólo en una.

Francia, en los primeros años de vigencia del sistema, acogió, en muchas oportunidades, la cláusula de *dureté*. Hoy lo hace excepcionalmente.

Las opiniones contrarias a la cláusula pueden sintetizarse en las siguientes:

a) El divorcio sólo se limita a oficializar la ruptura anterior de un matrimonio deshecho;

b) La cláusula introduce elementos subjetivos en un proceso de divorcio fundado en hechos objetivos: el abandono de uno de los cónyuges por el otro;

c) Es más perjudicial para los hijos mantener un matrimonio quebrado, que el divorcio mismo;

d) El rechazo del divorcio no hará volver al hogar al cónyuge demandante;

e) Invocar razones económicas para conservar un matrimonio significaría transformarlo en una institución meramente alimentaria, y

d) El divorcio por ruptura de la vida en común evita que el demandante exponga las causas que lo han originado. Rechazarlo significaría revivir agravios morales que el derecho no alcanza a proteger.

En lo referente a la mayor o menor amplitud de la cláusula, los autores consideran que si la redacción legal es muy rigurosa, su aplicación será difícil, y si, por el contrario, se concede a los jueces amplia libertad para acogerla, se puede llegar al arbitrio judicial y a la formación de una jurisprudencia incoherente.

Lisandro CRUZ PONCE

JARA FLORES, Humberto, "Clasificación de bienes muebles e inmuebles", *Derecho*, Perú, núm. 37, Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre de 1983, pp. 67-94.

En un interesante e informado artículo, el autor se da a la tarea de cuestionar, como gran parte de la doctrina lo hace, la antiquísima clasificación de los bienes en muebles e inmuebles. Como muy bien expresa, esta clasificación ha sido, "durante siglos, la opción legislativa acogida por casi todos los Códigos Civiles del mundo".

Pero, como el prestigio de la clasificación reposa en su origen an-

cestral, se pregunta el autor si la misma es válida hoy día, cuáles son sus virtudes y cuáles sus defectos, siendo el explícito sentido del artículo el encontrar respuesta a esas interrogantes.

Aclara el articulista que la clasificación no ha tenido la misma importancia a través de la historia: en Roma era apenas una subdivisión de las cosas materiales. Para los jurisconsultos romanos no tenía más que una pequeña importancia práctica, pues se aplicaban las mismas reglas a la propiedad mueble y a la inmueble. Los romanos no extendieron la división a los derechos.

En la época medieval, la tierra tenía una privilegiada importancia, dado que era el sustento del poder político; tanto la economía familiar como el status social dependían de la propiedad territorial de los feudos. El derecho protegía especialmente a los inmuebles: no había libertad testamentaria a su respecto, no ingresaban a la comunidad patrimonial de los cónyuges, etcétera. Estas reglas no se aplicaban a los bienes muebles: de ahí la vieja máxima, *res movilis, res vilis*.

El antiguo derecho francés no fundó la clasificación en la cualidad de movimiento o fijeza de los bienes, sino en un criterio económico. Prestó especial atención a los inmuebles por su valor, por su duración y por su posibilidad de producir rentas periódicas.

Hacia el fin de la Edad Media, ante la aparición de bienes muebles de gran valor, los juristas procedieron a realizar una ficción, adjudicando la calidad de inmuebles a ciertos muebles, para incorporarlos a un estatuto jurídico de mayor protección. Y, viceversa, algunas edificaciones de poco valor se consideraron como muebles.

Esto llevó de la mano a clasificar a los derechos, haciéndoles participar de una condición mueble o inmueble, aunque, en puridad, un derecho no tiene inmovilidad ni fijeza, según resalta el autor.

Culmina el repaso histórico realizado por él mismo, con el análisis del Código Napoleón, “cuerpo legal desde el que la división entre muebles e inmuebles adquirió carta de ciudadanía universal...”

Es a partir de esta realidad histórica que el autor enfoca su crítica a la clasificación multisecular. Para él, los requerimientos de las relaciones económicas, hoy en día, han puesto de manifiesto las deficiencias de la clasificación, pese a los devotos de la antigüedad y de la tradición. Cita en su apoyo la opinión de calificada doctrina. Sostiene el autor que los bienes muebles no tienen actualmente un amparo legal idóneo. Para él, los papeles han cambiado, y el axioma *res movilis, res vilis*, ha dejado de ser verdadero; es más, poca riqueza inmobiliaria podría igualar a los capitales acumulados en los bancos o en las grandes sociedades de la industria y el comercio.

Afirma, sin vacilaciones el ensayista, que la antigua clasificación debía ya pasar a los archivos de la doctrina jurídica, puesto que correspondió a épocas y circunstancias que no son las actuales.

Para él, da origen a dos regímenes distintos: uno mejor estructurado para los inmuebles, y otro menor para los muebles, lo cual es inadmisibile.

Así, analiza pormenorizadamente el sistema de seguridad en las adquisiciones, con relación a muebles e inmuebles; el respaldo de la posesión en uno y otro caso; la distinción que al respecto realizan las normas sobre usucapión, o prescripción adquisitiva; el hecho de que sólo puedan ser hipotecados los inmuebles. Y todo ello, a juicio del autor, en una época en que la economía se sustenta en el crédito, para respaldar el cuál un fuerte patrimonio mobiliario es tan apto o más que uno inmobiliario.

Considera, además, insuficiente la clasificación, dado que sólo abarca verosímelmente a las cosas materiales: es para el autor un despropósito hablar de derechos muebles o inmuebles. Acusa asimismo a la doctrina y a la legislación de falta de imaginación para encontrar soluciones prácticas, que se abstengan, sin embargo, a la naturaleza jurídica.

Por último, realiza el autor un estudio de la legislación peruana, con respecto a la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles, desde el Código Civil de 1852 hasta el de 1936, sin olvidar leyes especiales, como la Ley de Hipoteca Naval. Culmina el artículo con un estudio de las normas pertinentes de la legislación comparada.

En conclusión, se trata de un estudio muy bien documentado, claramente escrito, que plantea frontalmente el problema de la vigencia actual de la mencionada clasificación, en el que su autor adopta una posición doctrinaria audaz, despojada de prejuicios y sólidamente fundada.

Carmen GARCÍA MENDIETA

MOACYR PORTO, Mario, "Ação de responsabilidade civil entre mulher e marido", *AJURIS*, Revista da Associação dos Juizes de Rio Grande do Sul, Brasil, núm. 28, año x, julio de 1983, pp. 173-187.

El autor, profesor emérito de la Universidad del Estado de Río Grande do Sul, de Brasil, se refiere en este artículo a las responsabilidades que pueden derivarse de acciones directas ejecutadas por uno de los cónyuges en perjuicio del otro, o por incumplimiento de deberes conyugales.

Es sabido que la legislación universal consagra el principio de que tanto el marido como la mujer, durante el matrimonio, podrán ejercitar todas las acciones que tengan el uno en contra del otro, y responden recíprocamente de los daños y perjuicios que se ocasionen por dolo, culpa o negligencia. Esta responsabilidad no sólo se refiere a la vida conyugal sino que se extiende más allá de la disolución del matrimonio, cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente. (Artículos 177, 218 y 288 del Código Civil del Distrito Federal.)

También se considera, en caso de divorcio, que el pago de una pensión al cónyuge inocente, no tiene su origen en las fuentes comunes del derecho alimentario, que son el matrimonio, el concubinato y el parentesco, sino en la responsabilidad civil, porque el divorcio, al disolver el matrimonio, hace desaparecer la fuente primaria de la obligación de alimentos.

Hace un análisis el profesor Moacyr Porto, de la Ley de Divorcio vigente en su país (Ley N.6515 de 26 de diciembre de 1977). El artículo 5 permite la separación de los cónyuges cuando la vida en común se hace intolerable.

El abandono prolongado del hogar conyugal constituye, según la ley, un motivo de separación judicial. La mujer abandonada no está obligada a requerirla y puede no hacerlo por convicciones religiosas, educación rígida o prejuicios sociales; pero puede demandar alimentos a su marido. "No sería posible pretender que el cónyuge ofendido y sin recursos quede por el resto de sus días atado a su infortunio."

En la República del Brasil, el marido que abandona a su mujer sin causa justa, debe proveer a su subsistencia, y si se resiste a hacerlo, comete un delito "contra la subsistencia familiar", no siendo necesario para la configuración de este delito la existencia previa de una sentencia que obligue al pago de una pensión alimenticia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la Ley de Divorcio, el responsable de la separación está obligado a otorgar al otro cónyuge una pensión alimenticia que, en cada caso, determinará el juez.

Examinando la naturaleza jurídica de esta pensión, considera el profesor Moacyr que se trata de una indemnización de daños y perjuicios derivada de la conducta ilícita del cónyuge culpable. Equivaldría a la ayuda material que injustamente dejó de prestar con motivo de la disolución anticipada del matrimonio. Tendría el carácter de una reparación pecuniaria por la disolución prematura, reprobable y culpable del matrimonio. Sería una indemnización sustitutiva del deber de socorro, como si se tratase de una obligación incumplida.

La naturaleza indemnizatoria sería evidente, pues vendría a resarcir perjuicios resultantes de un incumplimiento ilícito.

El artículo 23 de la Ley de Divorcio confirmaría el carácter indemnizatorio de la pensión. Este artículo establece que la obligación alimentaria se trasmite a los herederos del deudor, lo que va en contra del principio establecido en el Código Civil de que las obligaciones alimenticias son personalísimas e intransmisibles.

La pensión, en tal caso, tendría por finalidad "reparar el perjuicio resultante de la ruptura prematura del matrimonio". Este perjuicio no se extinguiría por la muerte del deudor de la pensión y se perpetuaría durante toda la vida del ex cónyuge acreedor. Sería "un crédito por el resarcimiento del daño" que se transmitiría como deuda de la sucesión.

Como esta sanción económica, si la incumple el obligado, le deja expuesto a ser procesado y condenado a prisión, el profesor Moacyr hace las siguientes reflexiones:

a) Considera que la prisión como medida coercitiva destinada a obligar al deudor "recalcitrante" al pago puntual de las pensiones alimenticias, es vejatoria y exorbitante y sólo debería decretarse en casos muy excepcionales, cuando resulte de la "inexcusable rebeldía del deudor".

Se podría substituir por una medida conminatoria en la que se advertiera al transgresor que su conducta maliciosa agravará su responsabilidad por incumplir un "deber familiar".

b) Tanto el marido como la mujer se deben asistencia recíproca, y si ésta tiene medios propios, debe contribuir a las expensas comunes. Lógicamente se infiere que, si es la mujer quien abandona injustificadamente la casa conyugal y no proporciona a su marido necesitado los recursos necesarios para su subsistencia, debe incurrir en las mismas sanciones penales y civiles ya dichas, "pues para situaciones iguales, debe imponerse un tratamiento idéntico".

c) El abandono del hogar por el marido o la mujer no siempre constituiría una "infracción al deber legal de vivir juntos". Sería justificado el abandono cuando la convivencia se transforma en "coacción intolerable y en riesgo permanente". Sólo sería punible el abandono malicioso.

d) ¿Quedaría limitada esta indemnización al simple pago de la pensión alimenticia o sería posible ejercitar, independientemente de ella, otras acciones, cuando la actuación ilícita que da origen al divorcio ocasiona otros daños físicos o morales al cónyuge inocente?

No podría el cónyuge inocente demandar otras indemnizaciones por perjuicios derivados del simple hecho del divorcio, pero podría hacerlo cuando provienen de hechos ilícitos sancionados por el derecho común.

e) En cuanto a las acciones de "responsabilidad" que pueden ejercitarse entre marido y mujer ajenas al divorcio mismo, en Francia, cuya legislación es muy semejante a la de Brasil, hace tiempo que se admiten las acciones de responsabilidad como procedimiento autónomo o como adición a la pensión alimenticia. La jurisprudencia francesa considera que el otorgamiento de una pensión alimenticia indemniza los daños y perjuicios resultantes directamente de la disolución anormal y culposa del matrimonio; pero si existieren otras causas ajenas, podría el cónyuge perjudicado demandarlas al culpable.

Se citan como ejemplo las consecuencias que pueden traer consigo los actos violentos que caracterizan la *sevicia*, cuando producen al afectado una lesión corporal que le ocasiona una disminución en su capacidad de trabajo. De igual modo, cuando uno de los cónyuges difama al otro y esta conducta trae consigo un perjuicio desastroso en las actividades profesionales o en la vida en sociedad del cónyuge agredido. La pensión alimenticia no sería suficiente para compensar estos daños y el cónyuge culpable estaría obligado a indemnizar aparte estos perjuicios.

f) Las indemnizaciones, termina diciendo el autor, son sanciones simultáneas y acumulables.

Cita el profesor Moacyr, en apoyo de sus opiniones, la legislación, doctrina y jurisprudencia francesas, donde los tribunales han decidido que, "independientemente del divorcio o de la separación de cuerpos y de sus sanciones propias, el esposo que invoque un perjuicio por la ruptura del vínculo conyugal, puede demandar la reparación de ese daño a su cónyuge, de acuerdo al derecho común" (*Recueil Dalloz Sirey*, 1966, p. 80).

El 2 de mayo de 1941 se dictó en Francia una ley que dispone: "Independientemente de las otras reparaciones adeudadas por el esposo contra quien se ha pronunciado el divorcio, los jueces podrán conceder al cónyuge que lo ha obtenido, el pago de los daños y perjuicios materiales y morales causados por la disolución del matrimonio."

En Brasil no existiría jurisprudencia al respecto.

En el siguiente caso, los tribunales no se pronunciaron sobre el fondo de la materia: La esposa que había obtenido el divorcio por *sevicia* quedó viviendo en el departamento, que era el único bien social. Con posterioridad al divorcio, demandó se le hiciera pago, con el departamento, de los daños y perjuicios morales y materiales que le había ocasionado la acción cruel de su ex marido. Los tribunales rechazaron la demanda por no haberse probado los perjuicios invocados.

NANNI DE SMANIA, Estela, "Patria potestad: atribución del ejercicio de la patria potestad después del divorcio", *Revista del Colegio de Abogados de Córdoba*, Córdoba, Argentina, núm. 19, 1984, pp. 87-103.

Al ilustrar las razones de elección del tema objeto del artículo, la autora se plantea si el derecho es o debe ser el fiel reflejo de la realidad o, por el contrario, es un instrumento de reforma, que permite preservar o modificar determinadas realidades sociales. En ese orden de ideas y aun reconociendo la influencia recíproca entre el derecho y las circunstancias sociales económicas y políticas de una época determinada, afirma que el derecho debe perseguir el supremo valor de la justicia, valor que también inspira a la autora para encarar el tema del régimen de la patria potestad en el sistema argentino, y los efectos de ésta después de la disolución del matrimonio.

De la definición legislativa de la patria potestad, que deja de lado la concepción de potestad absoluta y despótica, para delimitarla al conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres respecto de las personas y bienes de los hijos legítimos, infiere que el codificador en su referencia al conjunto de derechos de los padres, correlativamente les impone obligaciones, y en éstas el legislador ha puesto un particular énfasis con miras a la protección de los menores.

Encuentra que el *proceso educativo* es el núcleo central de la institución y del cual dimanarán "pretensiones y deberes" que en una armónica conjugación permitirán la optimización de aquel proceso. Los demás derechos y deberes contemplados en el Código Civil no son más que coadyuvantes al proceso educativo.

La legislación actual alude claramente, según la autora, a la patria potestad como un verdadero derecho natural, que corresponde a los padres, de lo cual deriva la afirmación de que los progenitores son los guardadores naturales de los hijos, función en la que el Estado únicamente tiene que cumplir un rol de vigilancia y amparo ante "situaciones límites".

Hecho este acotamiento se realiza un somero examen de las características de la patria potestad, de sobra analizadas por la doctrina moderna; su carácter irrenunciable, personalísimo; el carácter imperativo de las normas que la reglamentan, consideradas de orden público en razón de los bienes que protegen, y cuyo cumplimiento interesa a la sociedad misma.

En la delimitación del tema se analiza la titularidad de las funciones derivadas de la patria potestad, la cual, según la legislación argentina, corresponde a los padres; sin embargo, se otorga al padre el ejercicio

de la patria potestad de los hijos legítimos, lo que equivale a limitar el derecho de la madre.

La autora señala que dentro del seno familiar, ambos padres tienen la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, así como la misma autoridad y la misma facultad de corrección; ambos gozan del usufructo de los bienes de los hijos y sobrellevan las cargas consiguientes. La diferencia se manifiesta fuera del seno familiar, cuando se requiere la representación formal, en cuyo caso ésta le corresponde en exclusiva al padre, quien tiene facultades de mandatario general para la administración de los bienes de los hijos. Asimismo, el padre goza, con exclusión de la madre, de otras facultades ligadas al ejercicio de la patria potestad, entre otras la de autorizar a los hijos menores para contraer matrimonio, para ausentarse del país, para inscribirse en instituciones educativas.

Advierte la autora que el análisis inicial de su trabajo supone la existencia de una familia basada en el matrimonio en una convivencia armónica; el problema nace de lo que denomina "desmembramiento de la guarda", cuando la armonía conyugal desaparece y con ella la convivencia de los esposos, y se hace necesario otorgar a uno de ellos la guarda de los menores, en cuyo caso surge una situación conflictiva respecto del ejercicio del resto de las facultades derivadas de la patria potestad.

Define el término *guarda* como el derecho a tener a los hijos, y plantea la hipótesis del "desmembramiento de la guarda" cuando la autoridad judicial determina que los hijos queden bajo el cuidado de la madre, en cuyo caso, ésta queda limitada en sus facultades para actuar en forma activa y directa la función que le compete.

Frente al problema de determinar si la atribución de la guarda debe producir el traspaso del ejercicio de la patria potestad a la madre, la autora se remite a los resultados de las VI Jornadas de Derecho Civil realizadas en la ciudad de San Fe, en 1977, y señala que en ellas surgieron dos posiciones: una que consideró que en ningún caso la tenencia de los hijos legítimos era criterio definitorio para otorgar el ejercicio de la patria potestad, y otra que propugnó porque el padre a cuyo cargo quedaran los hijos tuviera el ejercicio de la patria potestad.

Analizadas las propuestas, la autora finaliza su trabajo declarándose en favor de que el ejercicio de la patria potestad se le otorgue a la madre; si ésta recibió la guarda de los menores, ello le permitiría asumir en su totalidad los derechos y obligaciones que le competen. Sin embargo, considera que existen situaciones de particular relevancia para los hijos, que exigirían la actuación conjunta de ambos padres, verbi-

gracia, la autorización para que los hijos menores contraigan matrimonio.

Finaliza la autora su trabajo señalando acertadamente que, dada la profunda trascendencia social del tema, merece ser objeto de reflexión y estudio.

Rosa María ÁLVAREZ

PAU PADRON, Antonio, "La nueva legislación alemana sobre la patria potestad", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, tomo xxv, fascículo 111, julio-septiembre de 1982, pp. 723-749.

En la legislación civil de Alemania Federal, la Ley de 18 de julio de 1979, que empezó a regir el 1º de enero de 1980, introdujo modificaciones substanciales al régimen legal de la patria potestad.

No podía Alemania Federal quedar al margen del proceso de modernización del derecho familiar que se observa a nivel mundial. Las nuevas leyes dictadas constituyen un novedoso avance a las estructuras jurídico-familiares de ese país.

Pau Padron comenta en el *Anuario de Derecho Civil* las modificaciones introducidas por esta ley al régimen legal de la patria potestad del Código Civil alemán (artículos 1626-1709).

"La reforma de la patria potestad —dice Pau—, era en el derecho alemán una necesidad derivada de dos trascendentales innovaciones introducidas en la legislación civil: la equiparación de los hijos y la igualdad de los cónyuges."

*Igualdad de los hijos.* Con anterioridad a esta ley, se había reconocido la igualdad de los hijos en el artículo 121 de la Constitución de Weimar, en la Ley de la Beneficencia Juvenil de 1922 y en la Ley fundamental de Bonn; pero sólo en su aspecto programático.

La equiparación definitiva de los hijos legítimos e ilegítimos se logró en 1969, al dictarse la ley referente a la "Situación jurídica de los hijos ilegítimos", que empezó a regir el 1º de julio de 1970.

*Igualdad de los cónyuges.* "La tendencia a la igualdad jurídica de los cónyuges —expresa Pau—, tiene una evolución semejante. Se inicia en el artículo 119 de la Constitución de Weimar, continúa en el artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn y entra en el campo civil con tres sucesivas normas reformadoras: las llamadas leyes de equiparación jurídica de 1957: la Ley de Modificación del Derecho de Familia de

1961 y la primera Ley de Reforma del Derecho Matrimonial, dictada en 1976.”

La Ley fundamental de Bonn otorgó el ejercicio de la patria potestad al padre y a la madre; pero dejó subsistentes los demás atributos, deberes y facultades que las antiguas leyes otorgaban a los progenitores sobre sus hijos menores.

La reforma trató de corregir esta legislación anticuada para adecuarla al pensamiento jurídico familiar contemporáneo. Los aspectos más relevantes de la reforma, según Pau, son los siguientes:

1. Se elimina la expresión “poder de los padres”, concepto anticuado derivado de la locución latina *patria potestas* para reemplazarla por otra, que equivale aproximadamente en nuestro idioma a “cuidado de los padres”. No se trata ya de una relación de “poder”, sino de “asistencia y cuidado”.

En este aspecto Pau coincide con el profesor Hans-Leo Weyers, quien expresa una opinión semejante en el comentario intitulado: “Apuntes para la evolución del derecho civil en la República Federal Alemana: año 1980”, que aparece publicado en la revista madrileña *Anuario de Derecho Civil*, tomo xxxiv, fascículo iv, correspondiente a los meses de octubre y noviembre de 1981, pp. 959 y ss., y con el comentario del profesor Friederike Gross intitulado “La réforme de la puissance parentale en droit allemand”, publicado en los *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, tomo xxix, 1981, pp. 343-377.

Antes de las reformas, la legislación alemana otorgaba poderes muy amplios a quienes desempeñaban la patria potestad o la tutela, facultades que, en muchas ocasiones, ofendían gravemente la dignidad o el honor de los incapacitados.

Este poder discrecional que mal ejercido era “arbitrario, humillante u odioso”, fue duramente criticado por la doctrina que llegó a considerarlo un “derecho de dominación sobre las personas”.

Los autores proponían su reemplazo por principios inspirados en la bondad, el humanismo y la unidad familiar, de acuerdo al pensamiento contemporáneo de exaltación de los derechos y valores humanos. Para adecuarlos a las corrientes renovadoras, era necesario substituir el inaceptable “derecho de dominación sobre las personas” por los nuevos conceptos de “asistencia”, “cuidado personal”, “bienestar” y “provecho”.

Todos estos objetivos, expresa Pau, se alcanzaron plenamente con las reformas.

2. Comunicación de los padres con los hijos. El artículo 1626 contempla en su párrafo segundo una novedosa innovación: establece que los padres deben mantener una comunicación permanente con sus hi-

jos en las diversas etapas de su desarrollo —infancia, adolescencia, edad adulta—. La formación intelectual del niño y sus necesidades y aspiraciones cambian constantemente, a medida que avanzan en edad.

El legislador considera que, a través de la comunicación constante, podrán los padres captar debidamente las variaciones conductuales y las cambiantes reacciones emocionales de los hijos, objetivos que son particularmente necesarios en la fase educacional. El conocimiento de las inclinaciones y aptitudes de los hijos permitirá una elección más adecuada de su futuro ocupacional.

3. Ejercicio conjunto de la patria potestad. Corresponde este ejercicio a ambos cónyuges, quienes deberán actuar de mutuo acuerdo. Si existieren opiniones divergentes entre ellos, deberán intentar un acuerdo o pedir la intervención del Tribunal. El juez, a instancia de los padres, puede trasladar la decisión del asunto a uno de ellos si lo considera conveniente a los intereses del hijo.

4. El progenitor que sea privado del ejercicio de la patria potestad, conserva la facultad “de trato con el hijo” y el derecho de informarse sobre las relaciones y amistades personales de éste.

Comenta Pau que la doctrina ha discutido la naturaleza de este “residuo inviolable de la patria potestad”.

La subsistencia de estos dos derechos es considerada por la jurisprudencia como una “derivación o emanación del parentesco de sangre”, opinión que no es compartida por los juristas. Algunos consideran que es “un residuo de la patria potestad”, otros que es un “aspecto del derecho natural de los padres sobre los hijos” o “una consecuencia de la relación social de paternidad”.

5. Cuidado personal del hijo. El artículo 1626 establece que el padre y la madre tienen el derecho y el deber de cuidar al hijo menor de edad y su patrimonio. El cuidado de la persona del hijo se denomina “cuidado paterno”, y de su patrimonio “cuidado patrimonial”.

Acoge este artículo el concepto de “derecho-deber” que la legislación familiar contemporánea atribuye a la patria potestad, pues su ejercicio trae consigo más deberes que facultades. Entre las obligaciones se destacan principalmente las de carácter educacional.

6. Educación religiosa. Ninguno de los padres puede determinar en forma unilateral la formación religiosa del hijo.

Cuando el hijo cumple los 13 años, los padres no pueden modificar la formación religiosa del hijo sin la autorización de éste, y al cumplir los 15 años, puede el hijo elegir su propia religión.

7. Cuidado patrimonial. Consiste en la obligación de administrar

el patrimonio del hijo y su posesión. Algunos autores consideran que los padres son poseedores inmediatos y los hijos mediatos.

En la administración tienen varias limitaciones: *a)* si los padres explotan el patrimonio del hijo en su propio beneficio, están obligados a indemnizarle de los perjuicios que le ocasionen (artículo 1664); *b)* no pueden donar los bienes del hijo, salvo que respondan a un deber moral o a una atención exigida "por el decoro" (artículo 1641); *c)* cuando existen intereses contrapuestos; *d)* cuando debe intervenir el Tribunal de Tutelas; *e)* los bienes transmitidos al hijo a título gratuito, con expresa exclusión de la facultad paterna, y *f)* las ganancias laborales del hijo.

En cuanto al usufructo legal, los artículos 1649 a 1663 otorgaban este derecho sólo al padre; la Ley de 1º de abril de 1953 lo hizo extensivo a la madre y fue suprimido en 1958.

En la actualidad, el artículo 1646 establece que las rentas y frutos que producen los bienes del hijo se destinarán: *a)* a satisfacer los gastos de administración; *b)* a la alimentación del hijo, y *c)* lo que exceda podrá destinarse a la propia alimentación de los padres o de los hermanos menores solteros para los efectos de "facilitar un cierto equilibrio patrimonial en la familia, evitando que la opulencia de unos coexista con la pobreza de otros".

Los ingresos del trabajo pueden destinarse a la alimentación del hijo, pero no a sus familiares.

8. Hijos extramatrimoniales. El cuidado corresponde exclusivamente a la madre, según el artículo 1705, salvo que el juez determine otra cosa.

Lisandro CRUZ PONCE

PUEENTE Y LAVALLE, Manuel de la, "La lesión", *Derecho*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 37, diciembre de 1983, pp. 161-185.

Encara el autor el tema —tan debatido en el correr del presente siglo— de la admisibilidad o no de la figura jurídica de la lesión, con respecto a la legislación peruana en especial.

Comienza el artículo de una forma muy motivante, presentando cuatro ejemplos, extraídos de la realidad, de contratación en condiciones lesivas para una de las partes. A partir de este punto, se cuestiona el

autor sobre la procedencia de la revisión de los mencionados contratos, compartiendo la inquietud de muchos juristas y filósofos del derecho.

Pasa luego a realizar una esquemática reseña histórica de la figura jurídica en cuestión, a partir del derecho romano, donde tuvo su origen, en el periodo justiniano, pasando por la Edad Media, hasta llegar a la empeñosa discusión doctrinaria suscitada a propósito de la sanción del Código Napoleón, en 1804. Destaca el autor las posiciones discrepantes de los eminentes juristas que participaron en la redacción del preclaro cuerpo normativo.

Culmina el análisis histórico con las legislaciones más modernas, a saber: Código Civil alemán, Código Suizo de las Obligaciones, que fueron fuente de muchos otros ordenamientos jurídicos, tanto europeos como americanos.

Analiza, seguidamente, las respectivas exposiciones de motivos de los mencionados códigos, en lo que a la lesión se refiere. Destaca cómo, en América, el Código Civil mexicano para el Distrito Federal de 1928 fue el primero en recoger la institución jurídica de la lesión, en su forma subjetiva, de moderna data.

A fin de resaltar todo su interés, transcribe los trozos pertinentes de la exposición de motivos de este Código.

Estudia, asimismo, la evolución de la legislación argentina desde el Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield hasta la ley que introdujo la lesión subjetiva, Ley número 17711, de 1968. Realza el autor lo propio con respecto a la legislación brasileña.

En un intento de balance de posiciones opuestas, calibra los diversos valores en juego, la antítesis (o aparente antítesis) entre la seguridad en la contratación y el respeto a la palabra dada —que encuentran sus bases en la teoría de la autonomía de la voluntad— y los ideales de justicia y de buena fe con que deben celebrarse los negocios jurídicos entre las partes. Se inclina el ensayista por el predominio de la justicia, aun al precio del sacrificio de la seguridad en la contratación.

Halla respaldo normativo para su posición en el artículo segundo de la Constitución Política del Perú, "que concede a toda persona el derecho a contratar con fines lícitos, pero permite que la ley regule el ejercicio de esa libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho".

Pasa a analizar cuál sería, a su entender, el tratamiento legislativo que debería darse a la acción por lesión, al amparo de la citada disposición constitucional.

Previamente, repasa las soluciones de la legislación comparada y se

apoya en la posición doctrinaria de Guillermo Borda, uno de los redactores de la Ley argentina de 1968. En la disyuntiva entre la adopción de la lesión en su forma objetiva (propugnada por Pothier, en ocasión de la redacción del Código Napoleón) y la forma subjetiva de las legislaciones europeas modernas, se inclina el autor por esta última solución.

Repasa, por fin, la discusión suscitada a propósito del Proyecto de Reforma del Código Civil peruano de 1936, donde pudieron salir a luz posiciones doctrinarias que consideraron a la lesión como un vicio del consentimiento y, por tanto, descartable como figura jurídica autónoma (Manuel A. Olaechea); el propio Olaechea, sin embargo, elaboró una fórmula legal muy convincente, inspirada en el Código de la colonia italiana de Eritrea. Pero, según nos relata el autor, más adelante la Comisión Revisora del Proyecto decidió dejar de lado el precepto redactado por Olaechea, impidiendo así un avance que hubiera estado de acuerdo con las tendencias legislativas más actuales.

En conclusión, este interesante artículo nos informa acerca de las tendencias de la doctrina peruana, y de sus discrepancias, en relación con uno de los tópicos más interesantes de la época moderna en materia jurídica, como lo es el que se refiere a la teoría de la lesión.

Carmen GARCÍA MENDIETA

RIVERA PONT, Consuelo, "La atribución de ganancialidad del artículo 1.º 1.355 del Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, vol. 59, núm. 559, noviembre-diciembre de 1983, pp. 1413-1434.

En el marco de las reformas introducidas al Código Civil español en 1981, se sitúa este estudio en el que se analiza el artículo 1.355, norma que, en virtud de la reforma, otorga a los cónyuges la facultad de atribuir carácter ganancial a bienes que en la anterior reglamentación eran de naturaleza privativa.

Supone la autora que el legislador, al modificar el régimen patrimonial económico de los cónyuges, tuvo como propósito procurar la adecuación del régimen legal regulador de las relaciones económicas entre los cónyuges, con las nuevas concepciones sociológicas de la familia y el matrimonio, que se caracterizan fundamentalmente por tener como finalidad la democratización e igualdad de los cónyuges en las relaciones familiares, y por tendencia a sustituir los regímenes de comunidad por los de separación o participación.

De la actual redacción de ese Código Civil se deriva la posibilidad de contratación entre los cónyuges, que no se contemplaba antes de la reforma, así como la posible mutación de la naturaleza privativa o ganancial de los bienes de los cónyuges, en principio determinada por el origen de su adquisición.

Sin embargo, la autora se manifiesta en contra de la interpretación que atribuye un carácter absoluto a esa facultad de contratación, según la cual los esposos pueden formalizar entre sí todo tipo de contratos, y variar el carácter ganancial o privativo de los bienes que les corresponden, por sus solas manifestaciones de voluntad.

Se arguye que, al hacer esta interpretación, se confunde la posibilidad de contratación entre los cónyuges con la posibilidad de atribuirle a los bienes una naturaleza privativa o ganancial, distinta de la que les corresponde en razón del título adquisitivo.

Resulta, pues, que el hecho de que los cónyuges contrataran entre sí, de ninguna manera puede significar que sus solas voluntades puedan variar la naturaleza común o exclusiva de un determinado bien, dado que en este caso entran en juego consideraciones en torno a la protección de los derechos de terceros, de seguridad de tráfico jurídico, del carácter imperativo de las normas relativas a la naturaleza privativa o ganancial de los bienes y, finalmente, hasta problemas de índole fiscal.

A partir de la consideración anterior, se analizan las tesis que se han planteado en torno al ámbito de aplicación del artículo en cuestión, señalándose la argumentación en favor y en contra de cada una de las interpretaciones propuestas.

Asimismo, y en razón de los regímenes económicos que se suscitan respecto de la determinación del sujeto activo de la facultad que señala el multicitado artículo 1.355, y las relativas a la determinación del momento en que surge la facultad atributiva que el mismo establece; concluyéndose con el análisis de las consecuencias derivadas de la aplicación de la norma, respecto de los cónyuges, herederos voluntarios o forzosos, acreedores y fisco.

Con la entrada en vigor, en 1984, de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia de familia, resulta particularmente vigente la llamada de atención que la autora hace respecto de los problemas —sobre todo de interpretación— que entrañan los cambios legislativos parciales.

Rosa María ALVAREZ

Russo, Amedeo, "Depositi bancari e rapporti patrimoniali tra coniugi", *Vita Notariale*, Palermo, núm. 6, noviembre-diciembre de 1983, pp. 1377-1432.

En el ámbito de aplicación del nuevo derecho de familia italiano —a partir de 1975—, el autor se plantea la problemática de la titularidad de los derechos de crédito, materia en la que no se ha realizado, al igual que en otras, un análisis que tome en cuenta la nueva reglamentación y los principios que de ella se deriven, y cuyos efectos van a repercutir en instituciones que tradicionalmente estaban cerradas a la influencia del derecho de familia.

Señala el autor que el nuevo régimen de la familia no ha sido estudiado en todas sus implicaciones, ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia. Así, en los casos de separación de los cónyuges, en los tribunales no se ha prestado atención a uno de los efectos de ésta: la disolución de la comunidad y la consecuente división de los bienes.

En el ordenamiento anterior a la reforma no tenía ninguna relevancia, bajo el aspecto patrimonial, el hecho de que los dos sujetos titulares de depósitos bancarios, estuvieran unidos en matrimonio.

El régimen legal constituido por la separación de los bienes se traducía en una total indiferencia de la familia como tal, al aplicarse los principios generales del ordenamiento a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

Las convenciones patrimoniales entre los cónyuges —dote, patrimonio familiar— eran institutos de una escasa difusión, y por tanto estadísticamente irrelevantes. El régimen patrimonial no era otra cosa que el espejo de las relaciones personales establecidas en el Código de 1942, basadas en el principio de la *autoridad marital*. El marido era el jefe de la familia, y esta regla tenía como corolario, desde un punto de vista patrimonial, por un lado que los bienes adquiridos durante el matrimonio se presumieran propiedad del marido, y por otro una injerencia de éste en la administración de los bienes de la mujer.

Las reformas introducidas en el derecho de familia han innovado aquellos principios, transformando radicalmente el orden económico de la familia. El enunciado constitucional de la igualdad —artículo 29— ha llevado a la eliminación progresiva de las discriminaciones entre cónyuges, aun desde el punto de vista patrimonial.

Ante la necesidad de realizar, no sólo formal, sino sustancialmente la igualdad de los cónyuges, el legislador pasó de un total desinterés respecto de las relaciones patrimoniales de la familia, a una profunda

evaluación del régimen patrimonial, en función de los principios constitucionales de la tutela de la persona en la relación matrimonial.

Afirma el autor que, por primera vez, la regulación de las relaciones patrimoniales se hizo tomando como parámetro los principios referentes a las personas involucradas en la relación y no los relativos a los bienes, como se establecía en la legislación anterior.

Estas consideraciones permiten comprender el tránsito de un sistema patrimonial de la familia, fincado en la separación de bienes entre los cónyuges, al de la comunidad de adquisiciones.

El régimen de separación de bienes existía en razón de las exigencias del mercado, por las cuales la familia no debía representar un obstáculo a la circulación de los valores de cambio ni al proceso de valorización del capital. En el nuevo derecho de familia, este principio cede la calificación de "régimen legal, al de comunidad de bienes".

La actualización del principio de igualdad establecido por la Constitución, la valorización del trabajo familiar, el replanteamiento del carácter comunitario de la familia, bajo el principio de solidaridad familiar, son algunas de las razones propuestas por la doctrina, según el autor, para explicar, desde un punto de vista jurídico, la *ratio* de las nuevas tendencias legislativas.

El cuestionamiento medular del autor radica en la incoherencia que encuentra entre la *ratio* de las modificaciones introducidas al derecho de familia y los dictados concretos que el legislador escogió para establecer una ilimitada posibilidad de derogación del régimen de comunidad legal. De esta hipótesis deriva el análisis concreto del problema relativo a los depósitos mancomunados, problema que tiene una particular vigencia en nuestro propio sistema jurídico, en el que, al igual que el italiano, se establece formalmente la igualdad de los cónyuges en sus relaciones patrimoniales, pero sin establecer fuentes de conexión para la aplicación de las normas del derecho de familia en campos propios de otras ramas del derecho.

El interés que indudablemente tiene el artículo reseñado radica fundamentalmente en la afirmación, a través del señalamiento de un problema concreto, de que la declaración de una igualdad formal entre los cónyuges no es válida sin establecer modificaciones sustanciales que permitan la efectividad de la reforma.

Rosa María ÁLVAREZ