

REVISTA DE REVISTAS

Derecho civil 702

DERECHO CIVIL

FÉLIX BALLESTA, Ma. Angeles, "El matrimonio judío: próxima forma en nuestro sistema matrimonial", *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Palma de Mallorca, núm. 11, 1985, pp. 45-68.

Quien desee hacer un análisis de derecho comparado tomando como eje de estudio la institución del matrimonio, se enfrentará al problema que representa la coexistencia de dos sistemas jurídicos en un mismo Estado, sobre todo cuando dicho Estado es confesional como Italia o España. El artículo que reseñamos responde a esta problemática, por tanto, al leerlo e intentar evaluar su importancia debemos tener presente que surge precisamente en un Estado en donde se da validez jurídica al matrimonio religioso; de hecho, Félix Ballesta inicia su artículo explicando que el matrimonio contraído según los ritos y usos judíos debe ser estudiado por la doctrina española dada la cantidad de creyentes que esa religión tiene en su territorio, aunque, por razones que apuntaremos en seguida, todavía no se le reconozcan efectos civiles a este matrimonio.

La autora apunta que dada la pluralidad formal del nuevo sistema matrimonial español es lógico que la Constitución acepta el consentimiento de las partes —origen del conjunto de relaciones que dan lugar a dicho estado civil— en la forma establecida por el Estado o en el seno de los ritos o formas religiosas mediante su inscripción en el registro civil.

Sin embargo, ahora y con fundamento en la Ley orgánica de libertad religiosa (LOLR) sólo son válidos, y por tanto registrables, los matrimonios canónicos, pues es necesario que la confesión religiosa esté inscrita en los términos acordados por el Estado español, o en su defecto, que los matrimonios estén expresamente autorizados por la legislación y ello sólo sucede con la religión católica, apostólica y romana.

Nos explica que actualmente la religión judía ya está inscrita en el Registro de Entidades Religiosas y la Comisión Asesora de la Libertad Religiosa ya emitió dictamen positivo sobre el notorio arraigo de este culto en España, pero no ha sido aún aprobado el acuerdo respectivo. Sin embargo, se espera que ello suceda en fecha próxima y ésta es la razón de su estudio.

En realidad su artículo, dadas las circunstancias de España que hemos argumentado, es una comparación entre el matrimonio canónico y el judío que surgen, ambos, de la tradición bíblica, pero que, por razones obvias, evolucionaron en forma diversa.

El matrimonio judío es definido, según citas que reporta la autora, como una institución divina e indisoluble que tiene por objeto la felicidad, en donde el hombre y la mujer conservando una "igual dignidad" son el complemento necesario el uno del otro formando un todo.

En ese sistema se distinguen los impedimentos dirimentes, que conllevan la nulidad del matrimonio, y los impedimentos que conllevan el "deber religioso" de los cónyuges de disolver su vínculo a través del divorcio. Dentro de los primeros enumeran a los impedimentos de parentesco, de religión, de vínculo (poliandria, que afecta sólo a la mujer con carácter dirimente y al varón en carácter impediante); de impotencia (recordemos que el matrimonio en la biblia tiene como fin la procreación) y de falta de edad núbil. Dentro de los segundos están las prohibiciones talmúdicas sobre el parentesco, como por ejemplo la falta de la *Halizah* o renuncia al levirato, el adulterio de la mujer; las nuevas nupcias entre quienes ya hubieren estado casados entre sí y se hubieren divorciado; las uniones *mamzer*, es decir con personas "fruto de una unión incestuosa"; la falta del cumplimiento de los plazos para contraer nuevas nupcias; la poligamia y el *cohenne* o sacerdocio cuando un rabino pretende contraer nupcias con una mujer que no posea las "cualidades de pureza y santidad que la hagan digna de ese matrimonio."

Dentro de su estudio la autora describe también los requisitos de validez para el matrimonio judío en el que se destaca, una vez más, la diferencia de trato entre el hombre y la mujer, por ejemplo, señala que el matrimonio de una mujer menor de edad es válido sólo si el padre ha muerto o si estando vivo es él quien la entrega en matrimonio, en cambio el matrimonio del varón es válido siempre, y nadie puede realizarlo en su nombre. Asimismo se considera delito el matrimonio de mujer menor de diecisiete años a no ser que tenga permiso de un tribunal competente, sea mayor de dieciséis años y concurren circunstancias especiales. La autora no aclara si el delito es de ambos o sólo de la mujer aunque hace referencia a las penas correspondientes y efectos sobre el matrimonio.

Otro ejemplo que nos salta a la vista en relación a estas diferencias, es el vicio de violencia en el consentimiento que sólo anula el matrimonio cuando ésta es ejercida sobre la mujer, pues el varón puede, si lo desea, ejercer el repudio.

Describe también las formas de este matrimonio: *Shidduquim* o esponsales; *Kiddushin* o consagración del hombre y la mujer como esposos, pero sin que puedan vivir maritalmente —aunque el varón sí puede

tener relaciones sexuales con otras mujeres—, y el *Nissu-in* o matrimonio con todos los efectos civiles y religiosos.

Los derechos y obligaciones entre los cónyuges vuelve a marcar una fuerte dependencia de la mujer hacia el hombre, sobre todo en lo económico, que se traduce en disposiciones como el derecho que tiene el marido a quedarse con el salario de la mujer, aunque el único régimen patrimonial es el de la separación de bienes; es cierto que la mujer puede elegir quedarse con sus ingresos siempre y cuando renuncie al derecho a ser mantenida.

Y finalmente Félix Ballesta hace referencia al divorcio resaltando la figura del libelo de repudio cuya entrega a la mujer señala la disolución del vínculo; señala que la actuación del tribunal se limita a decidir quién está obligado a dar o a recibir el libelo y en qué términos.

El artículo que reseñamos es interesante, no sólo por la comparación que hace su autora entre el sistema judío y el español, sino por la comparación que nosotros podemos hacer, a partir del análisis que se nos ofrece, entre un sistema confesional-religioso y uno civil como el nuestro, pues podemos describir, a pesar de las apariencias, muchos puntos en común e identificar, en última instancia, el origen judío-cristiano de nuestro sistema matrimonial.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

PARRA DE MOLINA, Marleny, "Pensión de alimentos entre los ex cónyuges conforme a los alcances del artículo 195 del Código civil venezolano", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia*, Maracaibo, julio-diciembre de 1985, pp. 1-19.

Las reformas a las pensiones alimenticias postdivorcio y su comparación con los textos anteriores son el objeto de estudio de este trabajo. El anterior artículo 191 del Código civil venezolano, consignaba la pensión alimenticia para la mujer como una medida provisional durante el juicio de divorcio, pero una vez disuelto el vínculo matrimonial, cesaba la obligación de alimentos sin importar la situación económica en que pudieran encontrarse los divorciados.

Las reformas de 1982 han establecido un nuevo artículo, por el cual, el cónyuge inocente en el divorcio y económicamente débil, puede obtener una pensión alimenticia. También cuando la perturbación psiquiátrica grave sea la causa del divorcio, el cónyuge sano debe pagar

pensión alimenticia al que se encuentre en estado de necesidad. La obligación subsiste mientras dure la incapacidad o el impedimento de un cónyuge para satisfacer sus necesidades. Aquellos que consideran injusta la pensión alimenticia sostienen que con ella se propicia la dependencia económica de la mujer y se extiende la relación de los excónyuges más allá del divorcio, provocando con ello tensiones entre los divorciantes; los que así opinan, no han tomado en cuenta la dificultad de las mujeres en general y en especial de las maduras para obtener empleo.

El criterio de "falta" —suponemos que así lo determina la nueva disposición, porque la autora no transcribe el texto del artículo— para fijar la pensión implica que ésta es considerada como un impuesto a pagar por el cónyuge calificado como culpable por el juez. En opinión de Marleny Parra el criterio de "falta" debería ser reemplazado, un principio de equidad procuraría establecer una situación de equilibrio económico entre los cónyuges una vez disuelto el matrimonio. La desigualdad económica de un cónyuge con respecto del otro, al producirse el divorcio, es usualmente producto del rol desempeñado por cada uno dentro del matrimonio. El juzgador, al decretar el divorcio, debe considerar la labor desempeñada por el cónyuge dedicado a los trabajos domésticos y a la crianza y educación de los hijos, y al papel que ha jugado al apoyar al económicamente fuerte en lograr mayores oportunidades de superación en su trabajo y educación.

La autora enumera factores que, a su juicio, debe tomar en cuenta el juez para evaluar el estado de necesidad y la cuantía de las pensiones alimenticias: fuentes de ingresos de la parte que solicita la pensión, estándar de vida de la pareja durante el matrimonio, necesidades, condiciones físicas y mentales de la parte que reclama alimentos; periodo durante el cual la persona que demanda alimentos puede adquirir educación o entrenamiento para desempeñar un empleo.

En el artículo se reproducen preceptos del Código de la familia de Cuba, la Ley del divorcio de España, los códigos civiles de Francia y la República Federal de Alemania, en la parte relativa. El análisis de esas cuatro legislaciones demuestra una inclinación a tomar, como base para fijar las pensiones, el criterio de necesidad económica y el restablecimiento del equilibrio económico con las mismas condiciones de vida en que se encontraban antes de producirse el divorcio. Esos textos procuran la independencia financiera del cónyuge débil, a través de la reincorporación en su trabajo el entrenamiento para un nuevo empleo.

En el último capítulo del artículo, la autora se pregunta si la pensión de alimentos es una responsabilidad privada o pública. Si el juez

fija la pensión alimenticia por un periodo limitado, después de finalizado el mismo, el Estado debe asumir la responsabilidad del miembro de la familia que se ha convertido en económicamente dependiente, como una forma de garantía a la seguridad de todos los miembros de la comunidad.

El análisis legislativo y los comentarios presentados por Marleny Parra de Molina, coinciden con las corrientes modernas que buscan el fundamento de las pensiones alimenticias no en la connotación de culpabilidad o inocencia derivadas de un juicio de divorcio. El estado de necesidad y las posibilidades de cada cónyuge para cubrirlas, y la restitución e las mismas condiciones económicas que existían durante el matrimonio, son elementos valorativos de mayor importancia para el juzgador.

Respecto a sus comentarios finales sobre la posible responsabilidad estatal, habrá de estudiar la proposición con más detenimiento, pues hay cuestiones que merecen un previo análisis, tales como la situación económica y capacidad de cada cónyuge, las obligaciones de otros parientes en relación al necesitado y posibilidad económica de Estado entre otras.

Ingrid BRENA SESMA

PAU PEDRON, Antonio, "La nueva regulación alemana sobre la patria potestad", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, t. 35, fasc. III, julio-septiembre, 1982, pp. 721-749.

Antonio Pau Pedron nos presenta en este artículo la regulación que existe en la República Democrática Alemana sobre la patria potestad vigente; los comentarios de los principales autores alemanes a partir de 1979 y desde luego, sus propias anotaciones.

En concepto de Pau Pedron, la reforma a la patria potestad en Alemania responde a una necesidad derivada de la equiparación jurídica de los hijos legítimos e ilegítimos, operada en 1969, y la igualdad de los cónyuges, consagrada en tres sucesivas leyes: Ley de equiparación jurídica de 1957, Ley de modificación del derecho de familia de 1961 y primera Ley de reformas del derecho matrimonial de 1976. El legislador, apartándose definitivamente de los antecedentes germánicos de la patria potestad, adoptó diversos criterios innovadores:

La actuación común de los padres es preeminente en las cuestiones

derivadas de la patria potestad; ante la presencia de divergencias, los progenitores deben buscar el acuerdo, si no lo logran acudirán al Tribunal de Tutelas. Este tribunal podrá encomendar la facultad decisoria al padre o a la madre, según lo aconseje el interés del menor, o podrá adoptar por sí mismo las medidas que considere convenientes, incluso contra la voluntad de los padres.

La unificación de las atribuciones de la patria potestad no autoriza a sostener su indivisibilidad. En muchos casos la desintegración o parcelación de la patria potestad es, incluso, necesario. Por ello los preceptos que encabezan la regulación de la materia separan cuatro funciones: el cuidado personal, la representación, el cuidado patrimonial y el cuidado fáctico de la persona y el patrimonio. La representación recae sobre las relaciones jurídicas externas del hijo y el cuidado fáctico se refiere a los demás derechos y deberes de los padres.

Existe una limitación a las medidas educativas, las humillantes son inadmisibles, el legislador señala como límite de los castigos, el honor y la integridad moral de los hijos. Sin embargo, se trata, en opinión de Schwab, autor alemán, de una norma pragmática carente de sanción jurídica, de ámbito indeterminado y variable con los tiempos y la sensibilidad de los sujetos.

El cuidado personal comprende, especialmente, el derecho y el deber de determinar la residencia del hijo. En su virtud pueden los padres confiar el hijo a un tercero, internado o sanatorio; si tal medida implica privación de la libertad se exige la previa autorización del Tribunal de Tutela. En virtud de esa misma facultad para determinar la residencia del hijo pueden los padres reclamar del otro cónyuge, en caso de separación o de tercero que lo retenga, la restitución del hijo al hogar familiar.

El cuidado personal comprende igualmente el derecho de determinar las relaciones personales del hijo. La doctrina alemana manifiesta un criterio riguroso, atribuyendo a los padres la facultad absoluta de excluir a determinadas personas de las relaciones de los hijos.

El cuidado patrimonial supone la obligación paterna de administrar el patrimonio del hijo. De tal administración quedan excluidos los bienes que adquieran los menores por causa de muerte o por donación, con expresa exclusión de tal facultad paterna, y las ganancias laborales del hijo, que éste, en la medida de sus capacidades, pueda administrar. Los frutos o rentas del patrimonio del hijo que administren los padres se aplican, en primer lugar, a satisfacer los gastos de administración de ese patrimonio y las cargas que pesen sobre el mismo; en segundo lugar, a la alimentación del hijo. Lo que exceda podrá des-

tinarse a la alimentación de los padres o de los hermanos solteros y menores. La justificación de este empleo de las rentas se desprende, según Pau Pedron, del mismo precepto: facilitar cierto equilibrio patrimonial en la familia, evitando que la opulencia de unos coexista con la pobreza de otros. En cambio las rentas obtenidas por el trabajo del hijo no se destinan nunca a satisfacer las necesidades paternas o fraternas.

El cuidado paterno respecto de los hijos extramatrimoniales corresponde exclusivamente a la madre y el padre sólo adquiere ese derecho cuando contrae matrimonio con la madre. Podrá tener el padre trato personal con el menor si así lo autoriza la madre o el tutor; en tal caso el padre tiene derecho a estar informado sobre la situación del hijo, esto siempre y cuando el padre demuestre tener un interés legítimo y el hijo no resulte perjudicado en su bienestar.

La figura del *Beistand*, consejero o auxiliar del progenitor al que le corresponde en exclusiva el cuidado paterno, en caso de separación, divorcio o muerte de un progenitor, resulta, tras las reformas de 1980, enormemente limitada, a tal grado que, en opinión de Pau Pedron, caerán probablemente en desuso.

La lectura del artículo resulta provechosa porque el autor no se limita a transcribir las nuevas normas reguladoras de la patria potestad en Alemania, también se toma el trabajo de relacionarlas con otros textos legales de aquel país. Por otra parte, Pau Pedron recoge los comentarios de principales autores alemanes que han estudiado el tema después de 1979, y al final del artículo incluye la bibliografía del tema.

Ingrid BRENA SESMA

SALZER, E., Michael, "Lucha contra la violencia en el mundo de los niños". *Revista del Menor y la Familia*, México, año 3, vol. 3, 1984, pp. 111-115.

Una reflexión sobre la ley que ha prohibido recientemente el castigo corporal en Suecia es la base para el desarrollo del artículo que se comenta.

La nueva ley patrocinada por un grupo de educadores psicólogos, médicos, asistentes sociales y juristas tuvo como propósito iniciar una discusión más amplia sobre los peligros de todas las formas de violencia a que están expuestos los niños en su vida cotidiana.

La legislación trata de evitar la represión cruel y los malos tratos

hacia los niños, pero Michael Salzer opina que tampoco se puede confiar totalmente en la ley para proporcionar una adecuada protección al niño "éste necesita de un portavoz propio que vele por sus derechos".

En Suecia funciona una federación denominada "Salvad a los niños", que cuenta con un *ombudsman*. El papel de éste no es el del clásico "delegado o representante" del pueblo. El *ombudsman* de los niños desempeña el papel de un defensor sin poder legal o político, encargado de la protección de los derechos de los niños a través de la investigación, de recomendaciones e información, que moviliza la opinión pública, facilitando información sobre la educación de los niños y combatiendo el abuso de la droga entre los jóvenes.

El actual *ombudsman* de los niños ha manifestado su intención de ejercer presión sobre las autoridades locales para introducir al país la institución del *ombudsman* de los niños a nivel municipal. Éste sería un cargo remunerado por las autoridades locales con posibilidad de intervenir como portavoz del niño ante los tribunales, en los comités para asuntos sociales, en las oficinas de planificación municipal, y en cualquier parte donde esté en juego el interés de los niños, o cuando los padres se disputen su custodia o el niño sea enviado a una institución pública o a un hogar adoptivo.

Además del *ombudsman*, existen otras organizaciones privadas voluntarias en Suecia; el BRIS o "El derecho de los niños en la sociedad", fundada en 1971 como un grupo de presión para combatir los abusos cometidos contra los niños, que está compuesto por un equipo de psicólogos de niños, médicos y juristas. Esta asociación cuenta con una asignación proporcionada por el municipio de Estocolmo y cuyas funciones consisten en producir y distribuir información sobre los abusos cometidos en contra de los niños; sobre los procedimientos para el divorcio y custodia de los niños, y sostiene debates públicos para promover la prohibición de los juguetes de guerra para los niños.

El artículo, a pesar de su brevedad nos muestra el interés de la sociedad sueca por sus menores. Son organizaciones privadas, bajos los auspicios de las autoridades, las preocupadas por la protección de los intereses de los menores, ya sean concretos o difusos, pero ante todo aquello que pudiera ser considerado como perjudicial para ellos. La intención de estas organizaciones es avanzar todavía más y llegar hasta los tribunales para representar de una manera más eficaz a los menores.

El ejemplo de la sociedad sueca es digno de ser seguido por aquellas sociedades que se preocupen por defender y proteger los intereses de los menores en ámbitos cada vez más amplios.