

Derecho civil 1086

lucionar la reforma agraria y a fortalecer el campo con sus consecuentes impactos en la vida municipal de todo el país; ellas son las siguientes:

1. El catastro rural y de regularización de la tenencia de la tierra afecta tanto al municipio como al núcleo agrario, en virtud de que el catastro rural sirve para agilizar la justicia agraria; para acelerar el procedimiento de dotación de tierras y aguas; para dar seguridad jurídica en los ejidos y comunidades y para propiciar el desarrollo rural integral; por lo que el municipio se fortalecerá de una economía agraria más fuerte, además de que se aprovecharán mejor las tierras.

2. El programa de asentamientos humanos permitirá regularizar los asentamientos en todos los municipios.

3. La reforma agraria puede servir a los municipios para definir los límites municipales, para actualizar sus padrones del impuesto predial, para determinar las áreas de conurbación, para promover expropiaciones de terrenos necesarios al municipio pertenecientes al ejido y en general para enriquecer el desarrollo económico de los municipios.

Pedro HERNÁNDEZ GAONA

DERECHO CIVIL

SERIAUX, Alain, "«Tes père et mère honoreras». Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, año 85, núm. 2, abril-junio de 1986, pp. 265-281.

Considera el autor que el artículo 371 del Código Civil francés, que se encuentra ubicado en el capítulo "de la autoridad parental", contiene una regla moral, desprovista al parecer, de todo alcance jurídico al disponer que "los hijos de toda edad deben honrar y respetar a su padre y madre".

Algunos comentaristas opinan que este principio ético familiar, elevado por el legislador al rango de norma obligatoria, no es sino el reconocimiento legal del cuarto mandamiento del Decálogo.

Otros se limitan a guardar un discreto silencio sobre este principio moral, por considerarlo desprovisto de sanción y de escasas consecuencias prácticas. Sólo la represión gravísima del parricidio, dicen, el deber de obediencia de los hijos menores y las obligaciones alimenticias,

serían ejemplos de una lista poco extensa de consecuencias legales colaterales.

Sin embargo, algunos filósofos consideran que esta norma puede engendrar relaciones jurídicas dignas de este nombre; mediante la observación detenida de algunas manifestaciones de este deber moral podría llegarse a conclusiones concretas. En efecto, los padres pueden exigir a sus hijos menores el deber de obediencia y a los mayores el respeto. Éste puede manifestarse en un aspecto material "mediante la satisfacción de las necesidades nacidas de la vejez o de la enfermedad, que al cumplirse debidamente por los hijos, se traducen en una expresión del deber de justicia".

En cambio, otros autores consideran que tales obligaciones de los hijos no se encuentran sancionadas por la ley y son simples deberes morales. "Los que ligan el derecho sólo a la ley positiva concluirán afirmando que el deber de honrar a los padres, pertenece al dominio del 'no derecho', en donde lo jurídico escapa a las normas de comportamiento", dice el autor.

En la práctica judicial puede observarse que son escasas las actuaciones de los padres en contra de sus hijos. Las injurias y las prestaciones incumplidas entran en el dominio del olvido o del perdón, ya sea como consecuencia de una demostración de afecto o para no externar las querellas familiares. Se recurre, no obstante, en forma discreta a la aplicación de sanciones exclusivamente privadas. "Las maneras de vivir las relaciones jurídicas en el medio familiar, difieren de las que existen entre extraños."

Cuando los padres han dedicado todos sus esfuerzos para educar convenientemente al hijo, es legítimo y justo que ellos "devuelvan esos sacrificios, restituyendo gratuitamente lo que gratuitamente obtuvieron", en el convencimiento de que jamás podrán equilibrar la balanza en las prestaciones recíprocas. La justicia conmutativa que trata de igualar las prestaciones económicas no tiene cabida aquí, dice el autor, porque lo que los padres han dado sin esperar el pago, no puede tener equivalencia, a menos que se presente para los hijos la ocasión de dar, a su turno a sus progenitores, un poco de sus bienes.

En las relaciones entre padres e hijos este equilibrio puede cambiar a medida que éstos crecen. El deber de respeto adquiere en tal caso una perspectiva dinámica siguiendo la dimensión del tiempo.

En este estudio, afirma el autor, sólo suponemos a los padres dignos de consideración y no a los agresivos o que dan mal ejemplo a sus hijos, los cuales son motivo de preocupación por los legisladores contemporáneos.

Cuando los hijos llegan a la mayoría de edad y han adquirido la madurez suficiente, se opera en ellos una mutación profunda en su vida: pasan a ser jurídicamente responsables de sus actos. ¿Desaparece en esta ocasión el deber de respetar a los padres? Estas obligaciones persisten, dice el autor.

El artículo 371-1 dispone que el hijo queda bajo la autoridad de sus padres hasta la mayoría de edad o su emancipación y tiene la obligación de obedecerles. El hijo abdica de su propia voluntad, en homenaje a ellos, declara el autor.

Al desaparecer con el crecimiento la irreflexión de la primera infancia, deben los padres reexaminar este deber de obediencia, porque el hijo, aun cuando se encuentre próximo a la mayoría de edad, en muchas ocasiones necesita de la autorización de ellos para la realización de determinados actos, como ingresar a las fuerzas armadas, convenir contratos de trabajo, someterse a una operación quirúrgica. Puede, no obstante, realizar libremente otros actos: la hija menor a pesar de la oposición de sus padres puede reconocer a un hijo e intervenir en los juicios de investigación de la paternidad. Pueden los menores otorgar testamento a la edad de 16 años; tienen igualmente autonomía en materia sexual, de acuerdo con lo dispuesto en la ley de 4 de diciembre de 1974 que los faculta para adquirir medicamentos anticonceptivos en las farmacias y en los centros de planificación y educación familiar.

El deber de obediencia, agrega el autor, supone el sometimiento del menor a las indicaciones y señalamientos de sus padres. Esta acción en la mayoría de los casos es espontánea.

Si el hijo se rebela, ¿pueden los padres adoptar sanciones en su contra? Pueden hacerlo en forma privada, de manera racional, tomando en cuenta el carácter del hijo, pero no pueden aplicarle castigos corporales.

En los casos de divorcio, cuando el hijo menor es confiado a uno de los progenitores, ¿qué ocurre si se niega a integrarse al hogar del custodio? En estos casos, dice el autor, el otro progenitor está obligado a emplear toda la autoridad de que dispone para convencerlo, si no quiere verse expuesto a sanciones.

Si la coacción familiar no fuere suficiente pueden los progenitores recurrir a la intervención oficial, pues el Código Civil reconoce a los padres el derecho de corrección y pone a su disposición los centros de reeducación, cuyas modalidades de funcionamiento han variado con el tiempo.

Después de la expedición de la ley de 4 de julio de 1970 existe en el país la asistencia educativa que permite a los padres pedir a los

jueces de menores la adopción de medidas destinadas a mejorar la conducta del hijo. El juez debe limitarse a mantener al menor en su medio actual y a no desarraigarlo de su vida hogareña autorizando a los padres para conseguir la ayuda de expertos en educación (artículo 375-2 a 4).

Sólo en casos extremos puede el juez confiar el hijo a los servicios departamentales de auxilio social a la infancia o a un establecimiento de educación especializada, adoptando al respecto todas las medidas de prudencia que sean necesarias para evitar que el hijo se considere sancionado.

El juez de menores no es sino un auxiliar activo del derecho de los padres en la orientación del menor. No se "apodera" de la competencia natural de los padres.

La tendencia actual considera que el control judicial debe ser temperado, esto es, que no debe darse gran amplitud al juez en estas materias, pero tampoco debe darse plena libertad a los padres en el ejercicio de su autoridad.

Cuando el hijo mayor de edad queda liberado del control de sus padres ¿subsiste la obligación de honrarlos y respetarlos? La legislación francesa no contiene disposiciones específicas que sancionen al hijo irrespetuoso. El hijo mayor de edad puede tratar a sus padres como a cualquier extraño. No existe norma legal alguna que le impida dirigir en contra de ellos las acciones judiciales que considere pertinentes. Puede enmendar el nombre que le fue impuesto al nacer si lo considera ridículo (334-5) y eliminar el nombre del marido de su madre natural, si le fue conferido por substitución durante su minoría de edad.

Los padres sólo pueden sancionarlo con la desheredación cuando sea procedente.

Sólo en forma colateral, la legislación relaciona indirectamente el deber de honrar a los padres con otras normas, como el otorgamiento de prestaciones alimenticias y la severa sanción al parricidio.

Entre los deberes de los hijos de honrar a sus padres, algunos autores incluyen las obligaciones alimenticias a las cuales denominan "deudas de reconocimiento".

Se considera, en fin, que los padres no pueden exigir la ayuda de sus hijos cuando han sido indignos del reconocimiento de éstos. Dispone el Código Civil, al respecto, que si el progenitor pierde la patria potestad, puede el hijo negarse a proporcionar alimentos a su padre indigno.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos, "Notas sobre la subrogación personal", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, t. LXIX, núm. 6, junio de 1985, pp. 491-514.

En forma clara y metódica, recopila el autor en este comentario las opiniones formuladas sobre la subrogación personal por juristas de diversas épocas y termina haciendo un interesante estudio sobre su naturaleza jurídica.

Subrogar, según el *Diccionario* de la Real Academia significa: "sustituir o poner una persona o cosa en el lugar de otro".

Desde el punto de vista legal, la subrogación presenta características propias y puede clasificarse en real y personal. El autor sólo se refiere a esta última y dice que no es sino

un beneficio predispuesto por la ley a favor del *solvens* (tercero) con la exclusiva finalidad de asegurarle el interés de regreso que le incumbe por el hecho del pago y que se trata del medio técnico que le permite asumir la titularidad de un crédito, precisamente a causa del pago que ha llevado a cabo válidamente.

Una particularidad o característica de la subrogación personal es que el pago hecho por el tercero no extingue la obligación, sólo produce un cambio de acreedor. "El tercero que pagó pasa a ocupar frente al deudor la posición de acreedor y esta cualidad le atribuye el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación."

El tercero es, pues, una persona distinta de las partes que concertaron la relación jurídica.

Discuten algunos autores acerca de si la intervención del tercero constituye o no un verdadero pago.

Consideran algunos que se estaría frente a una figura compleja de índole trilateral.

Si el interés del acreedor, dicen algunos comentaristas, es satisfecho por el tercero que paga ¿cómo explicar que subsista el crédito?, ¿es posible que un crédito quede satisfecho frente al acreedor y pendiente de cumplimiento ante el deudor?

Existen dudas igualmente acerca de si debe mantenerse la dualidad entre subrogación convencional y legal o si la primera no es sino una modalidad de la cesión de créditos.

Desde el punto de vista práctico, es innegable que la subrogación la tiene, porque con ella se traspasan los créditos y sus garantías, y al hacerlo no se está evitando un enriquecimiento indebido del deudor,

sino más bien, impidiendo al empobrecimiento del tercero que paga. Al lado de esta función cautelar hay una función promotora porque se estimula el pago de las deudas ajenas.

En el derecho romano la cesión de acciones y la figura jurídica de la fianza tenían características especiales que permitían al tercero que pagaba una deuda ajena conservar los derechos para obtener el reintegro. Equivalía, en sus efectos, a su subrogación que, según el autor, no tenía cabida en ese derecho.

En el Parlamento de París de 1690 se consideró expresamente tanto la subrogación legal, como la convencional. Renusson, refiriéndose a ella, decía que la subrogación era la mutación o cambio de acreedor al pasar los derechos de éste al que proporciona el dinero para el pago. Este mismo autor expresaba que la subrogación era una cesión ficticia, o sea, establecida por la ley a favor de quien facilita el dinero. Esta figura jurídica, creada ficticiamente por el legislador, tendría como finalidad asegurar al tercero el regreso íntegro de lo pagado. Ampliaba su opinión expresando que no era sino una venta ficticia de los derechos, acciones y garantías del acreedor.

Pothier, en la Coutume de Orleans, sostenía igualmente que la subrogación era una ficción de la ley mediante la cual el acreedor cede sus derechos, acciones, hipotecas y privilegios al tercero de quien recibe lo que se le adeuda.

En el Código Civil español, los artículos 1203-3, y 1209-1213 se refieren a la subrogación. No obstante ello, hay autores que la consideran como una novación por cambio de acreedor o una cesión especial de créditos.

El autor de este artículo considera que la subrogación tiene identificación plena y no es posible confundirla con la cesión ni con el endoso, porque en la cesión se pone en circulación un crédito, en cambio en la subrogación no ocurre lo mismo, porque ella se contrae tan solo a asegurar la recuperación de lo pagado y no más. La cesión es un mecanismo convencional, en cambio la subrogación puede ser legal o convencional.

Sobre la naturaleza jurídica de la subrogación personal existen varias doctrinas. El profesor Espín Cánovas las clasifica en extremas e intermedias. En las primeras, la extinción y la transmisión del crédito serían nociones inconciliables. Los partidarios de esta doctrina considerarían la subrogación como una forma especial de pago o como una modalidad especial de la cesión de créditos. Las intermedias, en cambio, sostienen que ambas nociones son conciliables.

Las diferencias de criterio se deben a que no se explica satisfactoria-

mente el motivo por el cual no se extingue la deuda no obstante el pago que hace un tercero. Se trataría, en consecuencia, de una simple cesión de la titularidad del crédito.

La teoría mas antigua sobre la naturaleza jurídica de la subrogación personal es la de la ficción, que admite dos interpretaciones: la cesión ficticia y la ficción legal.

Al lado de estas teorías existirían otras, según las cuales en la subrogación se opera una trasmisión parcial, no del crédito que no se extingue por el pago, sino de las garantías y derechos accesorios que aseguran su titularidad al tercero que paga.

En la trasmisión de las garantías radicaría la esencia de la subrogación personal, doctrina que, según el autor, no tiene eco en el derecho español porque el artículo 1212 del Código Civil dispone que se transmite no sólo el crédito sino también los derechos anexos.

Hay comentaristas que niegan que en la subrogación exista un verdadero pago, ya que no se cumple la obligación en su sentido estricto, porque no es el deudor sino el tercero el que realiza la prestación.

Para el jurisconsulto Paulo la subrogación no era sino una simple venta del crédito, donde el precio era equivalente a lo pagado por el tercero.

Hay autores que consideran la subrogación como una simple modalidad de la cesión de créditos. Se identificarían ambas figuras jurídicas. Manresa sería uno de los partidarios de esta doctrina.

Reconoce el autor que es difícil distinguir en la práctica entre la subrogación convencional y la cesión de créditos. No puede alcanzar, sin embargo, esta equiparidad a la subrogación legal.

Se ha sostenido que el pago que hace el tercero no representa el cumplimiento en un sentido estricto, amplio, como ya se dijo, porque el deudor sigue vinculado esta vez con el tercero o *solvens*.

Esta anomalía es explicada en varias teorías: tenemos en primer lugar la denominada "teoría de las dos caras" de García Goyena, según la cual el pago que hace el tercero extingue la obligación "de cara del acreedor" porque es un verdadero pago, pero no "de cara del deudor" que sigue obligado. Se critica esta teoría por ser meramente descriptiva.

La teoría denominada "del regreso legal" considera que el pago que hace el tercero extingue la obligación, pero la ley concede al *solvens* un crédito nuevo de igual contenido que el primitivo. Se dice que esta doctrina confunde la subrogación con la novación.

Considera el autor que en la actualidad la subrogación no es sino una forma especial de pago que permite al tercero asumir la titularidad del acreedor frente al deudor, sin que esta figura legal se iden-

tifique con la cesión de créditos porque sólo permite al *solvens* obtener y garantizar la restitución de únicamente lo pagado.

En la subrogación convencional, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, pueden las partes modificar la obligación, reduciendo su monto, excluyendo uno o más fiadores, etcétera. En cambio, en la subrogación legal cualquier modificación puede derivar en una novación.

Termina el autor haciendo diversas consideraciones sobre la posible existencia de casos de subrogación presunta en la legislación española. Hace igualmente unos comentarios acerca de las excepciones que puede hacer valer el deudor en contra del tercero y considera que existiría subrogación parcial cuando el tercero adquiere solo parte de la obligación.

Lisandro CRUZ PONCE

WEISSMAN, Gary A. y LEIK, Christine M., "Mediation and other creative alternatives to litigating Family Lay Issues"; *North Dakota Law Review*, Estados Unidos, vol. 61, núm. 3, 1985, pp. 263-300.

La transformación en los últimos 25 años del derecho de familia da oportunidad a Gary Weissman y a Christine M. Leik de meditar en la evolución de otros mecanismos de resolución no judiciales a las controversias originadas por los divorcios y la custodia de menores. Por las razones que más adelante expresan los autores, creen que la mediación es la mejor opción para la resolución de las controversias, sin que ello signifique que otras opciones no merecen ser tomadas en cuenta.

Los juicios ante las cortes son exasperantemente largos, de manera que los procesos de divorcio son verdaderas cargas para los divorciantes. La intervención del Estado auscultando las relaciones íntimas entre los cónyuges es una intromisión a la esfera particular de las personas. Las preguntas que se plantean los autores son: ¿se resuelven estos problemas modificando las reglas actuales, agilizando los juicios de divorcio, haciéndolos menos caros y protegiendo la privacidad de los divorciantes? o ¿habrán de plantearse otras alternativas?

Si se piensa en la solución privada de las controversias, debe tenerse en cuenta que existe una variedad de métodos alternativos, entre ellos, los tribunales administrativos, *ombuspersons* y negociación. Los *ombuspersons* no han sido usuales en las controversias familiares, las cortes

han utilizado procedimientos administrativos desarrollados por trabajadores sociales pero en forma paralela al procedimiento judicial; la negociación ha sido más recurrida a través de la mediación y el arbitraje.

El arbitraje es un sistema de corte privada; a través de él, las partes eligen a un tercero para la resolución de la controversia entre ellos planteada; las decisiones de este tercero son concluyentes, no son objetables por el juez que las acepta. El arbitraje representa: privacidad, informalidad en el proceso, flexibilidad en los procedimientos y la obtención rápida de una solución.

La mediación también es un proceso que se lleva a cabo ante un tercero. Si bien el mediador o los mediadores no tienen facultades decisorias, su función consiste en asistir a las partes y en ayudarlas a encontrar un acuerdo. Las ventajas de este proceso son variadas: permite la comunicación entre las partes, ayuda a identificar los puntos de controversia, pero también los de unión; explora las capacidades propias de cada parte y por último insta a los contendientes a negociar su propio acuerdo. La resolución pacífica de las controversias evita la sensación de perdedor o de ganador que se presenta después de una sentencia judicial y las soluciones alcanzadas perduran al representar los puntos de vista de las dos partes y la mutua aceptación. Por último, otra de las importantes ventajas de la mediación es su privacidad que reduce la interferencia del gobierno en los asuntos familiares.

Obviamente también se han atribuido desventajas a la mediación: el probable riesgo de que el divorciante más poderoso o con más recursos, ejerza sobre el otro un dominio, y obtenga un acuerdo poco equitativo. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que el mediador desempeña el papel de un estabilizador de fuerzas. El mediador es un consejero imparcial que escucha los planteamientos que se le presentan, no representan ni defiende a ninguna de las partes sino que concilia los diversos intereses.

No se ha establecido aún el perfil profesional del mediador. La Northwest Mediation Service en Seattle, The Family Mediation Association y The Academy of Family Mediators utilizan abogados y terapeutas como mediadores, alguno de ellos con entrenamientos especializados proporcionados por las mismas academias.

La mediación privada es impartida por particulares cuyos altos honorarios profesionales pueden ser costeados sólo por las clases medias altas o altas. La pública que no es onerosa por depender de algún órgano del Estado, deberá asegurar su buen funcionamiento por medio de constantes supervisiones técnicas sobre los mediadores.

La mediación podría presentar problemas éticos. Algunas asociaciones de profesionales insisten en que el mediador viola sus deberes profesionales al asistir a dos partes que tienen intereses contrarios. En opinión de los autores de éste artículo, esto no ocurre puesto que la función del mediador es la de un consejero imparcial que durante la mediación se mantiene separado de los tribunales y al que le está prohibido practicar como abogado, mientras dure la mediación.

Otras alternativas de solución para no llegar ante los tribunales son los minijuicios, especie de mediación elaborada, en la que los abogados de cada parte exponen sus argumentos en medio día y un tercero analiza la posición de cada parte y da su opinión en media hora. El *med-arb* combinación de mediación y arbitraje a través de "conferencias de cuatro" que es la simple reunión de las partes con sus abogados.

El interés del artículo está en lo novedoso del tema, ciertamente las cuestiones de familia no siempre o únicamente deben resolverse ante los tribunales. Lo aspectos emocionales que se manejan van más allá de lo jurídico. Por otra parte, como señalan Weissman y Leik, la manera de impedir la intromisión del gobierno en la esfera particular de las personas es resolviendo las controversias a través de otros medios que no sean los judiciales. Las proposiciones planteadas recogen las experiencias que se han desarrollado en la Unión Americana con buenos resultados, en especial la mediación, que es la solución por la que se inclinan los autores.

Ingrid BRENA SESMA

DERECHO CONSTITUCIONAL

BEYME, Klaus von, "Neocorporatismo ¿vino nuevo en odres viejos?", *Ideas en Ciencias Sociales*, Buenos Aires, año II, núm. 4, pp. 27-47.

Klaus von Beyme comienza por afirmar que el nuevo paradigma, el neocorporatismo, no podría explicarse fácilmente si las tres corrientes metateóricas más importantes en ciencia política no mostraran cierta tendencia a interesarse por el nuevo enfoque. Asimismo, señala que el término fue utilizado en forma muy extendida y multívoca, por lo que requiere de ser adecuadamente circunscrito y delimitado. Ha prevale-